

Participação das Agências Reguladoras nas Arbitragens dos Setores Regulados

Participation of Regulatory Agencies in Regulated Sector Arbitrations

Fernanda Rosa Coelho¹

¹Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Resumo

A presente pesquisa tem como objetivo analisar os limites objetivos e a pertinência da participação das agências reguladoras nos conflitos relativos à contratos de concessão dirimidos no juízo arbitral. A metodologia tem como abordagem o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, além de revisão de doutrina, jurisprudência e legislação pátria. Conclui-se que, sob o aspecto objetivo, apenas as questões contratuais e que não versem sobre a atividade regulatória em si podem ser submetidos à arbitragem. Quanto ao aspecto subjetivo, ainda que não seja parte no procedimento arbitral, quando o litígio versar sobre questões de setores regulados, é salutar e recomendável que as agências reguladoras sejam chamadas a integrar a arbitragem, dada sua especialidade no tema.

Palavras-chave: arbitrabilidade; administração pública; concessão

Abstract

The present research aims to analyze the objective limits and relevance of the participation of regulatory agencies in conflicts related to concession contracts settled in the arbitration court. The methodology is based on the deductive method, using primarily bibliographic research, as well as a review of doctrine, jurisprudence and national legislation. It is concluded that, under the objective aspect, only contractual issues that do not deal with the regulatory activity itself can be submitted to arbitration. Regarding the subjective aspect, even if it is not a party to the arbitration procedure, when the litigation deals with issues of regulated sectors, it is healthy and recommended that regulatory agencies be called to participate in the arbitration, given their expertise in the subject.

Keywords: arbitrability; public administration; concession

1. Introdução

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), quando de sua promulgação, ao mesmo tempo em que representou formidável novidade, gerou desconfiças e incontáveis debates. Com o passar do tempo, a resistência e as preocupações com a técnica foram dando espaço a experiências positivas e um maior fomento de sua aplicabilidade no Brasil¹. Não obstante, algumas celeumas remanesceram por mais tempo. É o caso da participação da Administração Pública na arbitragem, tema que apenas ganhou uma pacificação com a reforma preconizada pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, que introduziu três parágrafos na Lei de Arbitragem, dentre eles o § 1º do art. 1º, dispondo que “a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais

¹ Sobre a evolução da arbitragem no Brasil, sugere-se, por todos, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

disponíveis”. A despeito desse regramento, no âmbito dos setores regulados, já havia alguma previsão específica nesse sentido, dada pela legislação especial do tema². Pacífica a possibilidade não apenas da Administração Pública socorrer-se da arbitragem, mas também das agências reguladoras utilizarem tal técnica, vale examinar os desdobramentos da opção pela resolução de conflitos na via arbitral nos contratos de concessão, por meio da cláusula compromissória. Nesse cenário, a participação das agências reguladoras nas concessões varia entre o papel de regulamentação e fiscalização do bom desenvolvimento dessas atividades e celebração de contratos de concessões, como representante do poder concedente.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar os limites e a pertinência da participação das agências reguladoras nos conflitos relativos à contratos de concessão dirimidos no juízo arbitral. Para isso, inicia-se com uma breve contextualização da convenção de arbitragem, mais especificamente da cláusula compromissória, estipulada nos contratos de concessão celebrados pela Administração Pública, sobretudo nos casos em que ela é representada pelas agências reguladoras. Em seguida, analisa-se os limites objetivos da arbitragem nos setores regulados, a fim de definir os limites das matérias que podem ser levadas ao juízo arbitral nesses casos. Por fim, examina-se a pertinência da participação das agências reguladoras no procedimento arbitral envolvendo os setores regulados, ainda que ela não seja parte no contrato de concessão, logo, não sendo signatária da cláusula arbitral. A metodologia dessa pesquisa tem como abordagem o método dedutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, além de revisão de doutrina, jurisprudência e legislação pátria.

2. Cláusula Compromissória nos Contratos de Concessão Celebrados pela Administração Pública

A abertura democrática, a Constituição Federal de 1988 e as reformas que lhe sucederam, em especial aquela decorrente da Emenda Constitucional n. 19/1998, foram responsáveis por introduzir no Brasil o novo modelo de “Estado regulador”. Apontado como um intermediário entre o Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar Social, esse novo modelo tem como principal característica a transferência de atividades essenciais, até então desenvolvidas diretamente pelo Estado, aos particulares que, por sua vez, estariam submetidos à disciplina regulatória do Estado³. Na década de 1990, o Brasil passou por uma reestruturação do modelo de Estado relativo à exploração de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, indo de um produtor e prestador de serviços para um Estado Regulador, caracterizado pela criação de agências reguladoras independentes, pelas privatizações de empresas estatais, por terceirizações de funções administrativas do Estado e pela regulação da economia segundo técnicas administrativas de defesa da concorrência e correção de “falhas de mercado”, em substituição a políticas de planejamento industrial⁴.

Sob esse aspecto, as agências reguladoras são “instituições dotadas do poder de formular regras, que disciplinam a conduta dos agentes econômicos, com vistas a aperfeiçoar o desempenho do setor regulado”⁵. Sendo assim, elas não existem para prover serviços nas áreas econômicas reguladas, mas especialmente para regular os mercados tidos por relevantes e necessários. A atividade desenvolvida pelas agências reguladoras é complexa, envolvendo o exercício de três funções diversas: (i) administrativa clássica (p.e. poder de polícia); (ii) poder normativo (p.e. prerrogativa de editar atos normativos); (iii)

2 ANP, Lei n. 9.478/97, art. 43, inciso X; ANATEL, Lei n. 9.472/97, art. 93, inciso XV; ANTT/ANTAQ, Lei n. 10.233/2001, art. 35, inciso XVI; PPPs, Lei n. 11.079/04, art. 11, inciso III; Lei das Concessões, Lei n. 8.987/1995, art. 23-A (incluído pela Lei n. 11.196/2005). Recentemente e após a reforma da Lei de Arbitragem, foi promulgado o Decreto n. 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

3 VILELA, Danilo Vieira. *Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica constitucional brasileira*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 22/23.

4 MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado Regulador no Brasil. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006, p. 152.

5 SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 78.

judicantes (p.e. atribuição para resolver conflitos entre os agentes regulados)⁶. De um modo geral, a doutrina compreende que “seus poderes não se amoldam, facilmente, à tripartição tradicional, exercendo parcelas (adaptadas, é claro) de cada uma das funções clássicas: ao mesmo tempo, possui poderes normativos (com destaque), administrativo (inclusive e especialmente na atividade de fiscalização) e de solução de conflitos”⁷. Pode-se dizer, ainda, que as agências reguladoras possuem funções “quase judiciais; quase legislativas; administrativas e de gestão. Executivas, de investigação e de programação”⁸.

Com efeito, essa transferência de atividades do Estado ao particular é realizada, muitas vezes, por meio de contratos de concessão. Embora não haja um entendimento uníssono, a doutrina majoritária distingue a concessão em três modalidades, quais sejam, a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público⁹. Nas concessões de serviços regulados, não raro é a participação da agência reguladora como representante do poder concedente na celebração desses contratos. Quando isso ocorre, pode-se dizer que ela passa a exercer uma dupla função, pois ao mesmo tempo que mantém seu escopo principal de regulação e fiscalização, também é parte da relação contratual, sujeita aos direitos e obrigações que dela decorrem.

Nesses contratos, com cada vez mais frequência, constam cláusulas determinando que eventual divergência oriunda daquela relação será dirimida no juízo arbitral, a chamada cláusula compromissória¹⁰. Isso porque, devido as peculiaridades dessas relações entre Estado e particular, sobretudo quanto ao vulto e envergadura desses negócios, procura-se flexibilizar a relação contratual, priorizando o equilíbrio de interesse entre as partes¹¹. Nesse contexto, a Administração Pública é conduzida a perfilhar novos caminhos que busquem a solução de controvérsias de modo mais rápido e eficaz para as divergências que envolvam direitos patrimoniais disponíveis nos contratos administrativos e que gravitam em torno das cláusulas econômicas e financeiras - equilíbrio econômico-financeiro¹².

Para cumprir com maior rigor essa necessidade de otimização da resolução de conflitos, tanto as agências reguladoras, quanto a Administração Pública como um todo, vem editando modelos de cláusula compromissória que constarão em seus contratos, de forma cada vez mais detalhada. Dentre os aspectos abrangidos por essas cláusulas, destaca-se a escolha do órgão arbitral, a forma de nomeação dos árbitros, a sede da arbitragem, o procedimento arbitral, a responsabilidade pelas despesas com a arbitragem, entre outros¹³. O tema possui tamanha relevância que em 2017 a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP) realizou a Consulta e Audiência Pública n. 24/2017 para

6 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Método, 2017, p. 105.

7 SILVEIRA, 2021, p. 82.

8 DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v.1, p. 1-23, 2012.

9 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 620.. Ainda segundo a autor, há distinção também entre concessão translativa e constitutiva. A concessão translativa importa a passagem de um sujeito a outro, de um ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo, direitos esses próprios do Estado e transferidos ao concessionário (p.e. concessão de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e s concessões administrativas, estas últimas quando estiverem por objeto a prestação de serviço público). Já a concessão constitutiva corre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo (p.e. concessão de uso de bem público).

10 A Lei de Arbitragem alberga sob a classificação de convenção de arbitragem tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral (art. 3º). Dispõe ainda 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” (art. 4º).

11 LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva*. Confidencialidade ou publicidade processual? Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR realizada em São Paulo, em 06.05.2003. Publicado na RDM 134: 148/163, abr./jun. 2004. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.

12 LEMES, 2004.

13 Destaca-se a Resolução PGE n. 4212, de 21 de maio de 2018, editada pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro que “aprova minuta-padrão de cláusula compromissória” (PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (Rio de Janeiro). Resolução PGE n. 4212, de 21 de maio de 2018. Aprova minuta-padrão de cláusula compromissória. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*: parte I: Poder Executivo, ano XLIV, n. 094, 24 maio 2018).

debater as cláusulas arbitrais presentes nas minutas de contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural¹⁴. As considerações feitas nessa oportunidade foram integradas ao modelo de contrato da 4ª Rodada de Partilha de Produção no Pré-sal¹⁵. Sendo parte no contrato em que se firmou a cláusula compromissória, mormente em representação a Administração Pública, como Poder Concedente, é certo que a agência reguladora também será parte em eventual arbitragem dele advinda. No entanto, frente as peculiaridades desse tipo de contratação, o objeto da arbitragem pode ser limitado. É dizer, haverá sempre uma restrição no escopo da arbitragem nos serviços regulados.

3. Limites Objetivos da Arbitragem nos Setores Regulados

Superada a possibilidade da Administração Pública, em especial das agências reguladoras, integrarem o procedimento arbitral (arbitrabilidade subjetiva), cumpre examinar o seu escopo de abrangência a fim de delimitar o que pode ser levado à arbitragem (arbitrabilidade objetiva). De início, o artigo inaugural da Lei da Arbitragem deixa claro que a técnica é aplicável apenas “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Sobre o ponto, Carlos Alberto Carmona conclui que são arbitráveis “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem”¹⁶. A discussão do que é “direito disponível” por si só já é conturbada, de modo que realizar esse exame sob o prisma da Administração Pública se torna tarefa ainda mais complexa.

A primeira ressalva para esclarecer essa questão está na distinção entre atos administrativos de autoridade e atos de simples gestão, conforme classificação proposta por Rafael Bielsa. Segundo o autor, a jurisdição arbitral não pode debruçar-se sobre matéria de “poder” de autoridade ou de império e sobre os quais não se possa transigir, mas não há o mesmo óbice em relação à questões pactuadas, inclusive entre a Administração Pública e o particular¹⁷. No caso dos contratos de concessão de serviços públicos, eles conterão cláusulas regulamentares - que outorgam prerrogativas públicas ao concessionário - e cláusulas financeiras - que denotam o caráter contratual da obrigação e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro¹⁸. Sob esse prisma, conclui Selma Lemes que nos contratos de concessão de serviço público, tudo que diga respeito e tenha reflexo patrimonial, relacionando-se ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é suscetível de ser dirimido por meio da arbitragem. Por outro lado, as disposições regulamentares ou atinentes à Administração, ficam fora da zona de direito disponível, motivo pelo qual se sujeitam à jurisdição estatal¹⁹.

Em relação às agências reguladoras, essa limitação deve ser vista sob o aspecto de sua função precípua, qual seja, a própria regulação e fiscalização, traduzida no seu poder polícia. No ponto, interessante analisar a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em recurso que envolvia a ANP, em face da Petrobras e outros. No caso, o contrato de concessão continha cláusula arbitral, cingindo-se a controvérsia em torno da arbitrabilidade da matéria levada ao debate, que dizia respeito ao questionamento de uma decisão administrativa negativa de permissão para a divisão do campo petrolífero, questão técnica regulatória sujeita à discricionariedade dos atos administrativos. A decisão, que declarou a indisponibilidade do direito submetido à arbitragem e a consequente inaplicabilidade da cláusula compromissória no ponto, restou assim fundamentada:

14 ANP. *Contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural*. 2019. Disponível: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf. Acesso em 11 fev. 2022.

15 PUBLICADOS edital e modelos de contrato da 4ª Rodada de Partilha. *Site ANP*, 05 abr. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/publicados-edital-e-modelos-de-contrato-da-4a-rodada-de-partilha. Acesso em: 11 fev. 2022.

16 CARMONA, 2009, p. 39.

17 BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 290.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 77.

19 LEMES, 2004.

No caso dos autos, de fato, estamos diante de direito indisponível, eis que a decisão da ANP trata de atividade fiscalizadora decorrente do poder de polícia. [...] Portanto, o Poder em comento é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública, para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. [...]

Apenas pela simples leitura do artigo supra percebe-se que a decisão da ANP refoge aos limites da cláusula de compromisso arbitral, eis que se trata de decisão com caráter de regulação do petróleo. Ao estabelecer que o campo de petróleo Lula engloba dois reservatórios, a Agência exerce função regulatória executiva. [...]

Estamos diante de decisão emanada por Agência Reguladora dentro do Poder de Polícia e, portanto, representando interesse público primário. Importante destacar que não estamos negando a previsão legal para a arbitragem, mas, no caso em comento, ela não se mostra cabível. [...] ²⁰.

O julgado conclui que a despeito da notável capacidade das agências reguladoras em figurar como parte nos procedimentos arbitrais, é indispensável a análise do objeto levado à arbitragem, que deve seguir os limites legalmente impostos, mormente em atenção às peculiaridades das atividades reguladas: “de fato, já é pacífico o entendimento de que as Agências Reguladoras podem participar de arbitragem, tendo, portanto, arbitralidade subjetiva. Entretanto, não se pode tratar perante árbitros o presente objeto. De nada adianta preencher os outros requisitos se não há arbitrabilidade objetiva”.

No âmbito legislativo, a Lei n. 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, além de prever expressamente a possibilidade de submeter as controvérsias ao juízo arbitral (art. 31, *caput*), trouxe também um rol de matérias consideradas como direitos patrimoniais disponíveis que, portanto, podem ser objeto da arbitragem: *i*) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; *ii*) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e *iii*) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes (art. 31, § 4º). Tempos depois, o Decreto n. 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuários e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, manteve as hipóteses trazidas na lei precedente entendidas como direitos patrimoniais disponíveis, em seu art. 2º, parágrafo único, no capítulo nominado “do objeto da arbitragem”.

Não obstante, observa-se que em algumas oportunidades os contratos dos setores regulados trazem os limites do objeto da arbitragem já na cláusula compromissória. É o caso da ANP, na cláusula compromissória dos contratos da 16ª Rodada de Concessões, que indicam como direitos patrimoniais disponíveis *i*) a incidência de penalidades contratuais e seu cálculo, e controvérsias decorrentes da execução de garantias; *ii*) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato; *iii*) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; e *iv*) demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual (ANP, 2019). Já a Agência de Transportes do Estado de São Paulo (ARTESP), incluiu no contrato de concessão rodoviária estadual para exploração da malha rodoviária do Lote Piracicaba-Panorama, cláusula arbitral com delimitação do escopo das divergências entre as partes que podem ser submetidos à arbitragem, a saber: *i*) quanto à responsabilidade pelos ônus financeiros ao emprego de nova tecnologia ou nova técnica nos serviços; *ii*) quanto a impactos econômico-financeiros sobre a percepção de receitas acessórias pela concessionário; *iii*) quanto a aspectos econômicos-financeiros relacionados à transição, devolução e/ou transferência do sistema rodoviário; e *iv*) quanto ao cálculo de valores devidos em razão da extinção do contrato ²¹.

Encampando as disposições legais, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) estabeleceu na minuta contratual de concessão da ampliação, manutenção e exploração de diversos aeroportos,

20 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (8ª Turma Especializada). *Agravo de instrumento 0101176-39.2014.4.02.0000*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO. SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO ARBITRAL DEFERIDA. PODER GERAL DO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] Recorrente: Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A e outros. Recorrido: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator Des. Guilherme Diefenthaler, 12 de novembro de 2014.

21 ARTESP. *Minuta de contrato de concessão*. 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5085005/mod_resource/content/1/00%20-%20MINUTA%20CONTRATO_Republica%C3%A7%C3%A3o%2012.10.2019_CI%2001.2019.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.

após a Consulta Pública n. 3/2020, cláusula compromissória indicando a abrangência para direitos patrimoniais disponíveis, observadas as disposições da Lei n. 9.307/1996 e do Decreto n. 10.025/2019, verificadas durante a execução ou quando da extinção do contrato²². Já a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), no projeto de concessão da rodovia BR-101/SC entre Paulo Lopes (Km 244+680) e a divisa SC/RS (Km 465+100), indica em sua cláusula compromissória a abrangência estipulada pelo Decreto n. 10.025/2019, além de eventuais direitos indisponíveis sujeitos a uma posterior regulamentação específica²³. Tendo em vista que os contratos de infraestrutura regulamentam relações obrigacionais de longo prazo, de modo que não parece possível prever de pronto a dimensão dos conflitos que podem surgir ao longo da sua execução, a delimitação de balizas gerais se revela adequada para tais relações jurídicas²⁴.

4. Participação das Agências Reguladoras no Procedimento Arbitral

Sabe-se, a esse ponto, que não há divergência em relação à arbitrabilidade subjetiva das agências reguladoras, malgrado o objeto dessa arbitragem deva ser cuidadosamente examinado, visto que os atos “puros” da atividade regulatória, no exercício do poder de polícia dessas entidades, não gozam de arbitrabilidade objetiva, restando a técnica aplicável apenas às questões contratuais, inclusive aquelas previstas expressamente na cláusula compromissória. Ocorre que nem todos os contratos de concessão são celebrados diretamente pela agência reguladora, sendo parte no contrato a própria Administração Pública em suas diversas facetas. Como a cláusula compromissória atinge apenas os contratantes, o órgão regulador, assim, estaria fora da arbitragem. Cumpre refletir, no ponto, a pertinência da participação das agências reguladoras nas arbitragens que envolvam os setores regulados, ainda que ela não seja parte no contrato.

A adoção da arbitragem nesses contratos traz consigo algumas vantagens em detrimento da solução dada pelo Poder Judiciário. Especialmente em relação ao Poder Público, o procedimento arbitral visa a concretização de valores constitucionais dirigidos à ele, sobretudo o princípio da eficiência (CF, art. 37, *caput*) e o direito fundamental de razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII). Ao optar por submeter os conflitos à arbitragem, especialmente nos contratos de concessão, de longo prazo, não se está transigindo com o interesse público, mas sim elegendo um meio mais eficaz para a defesa do interesse da sociedade em setores de grande complexidade sistêmica. Além disso, tal possibilidade visa manter mais atrativo o escopo do contrato para investidores, à mingua de soluções rápidas para enfrentar eventuais litígios com o Poder Público quando submetidos ao trâmite judicial²⁵.

Afora a celeridade do rito, outra vantagem da arbitragem no contexto da Administração Pública é a especialização dos árbitros²⁶. Uma das características mais notáveis da arbitragem é justamente a possibilidade de indicação de árbitros de confiança das partes, “sem nenhuma espécie de constricção ou exigência quanto a esta pessoa que não esteja vinculada à sua honradez e capacidade de julgar com independência e imparcialidade”²⁷. Diferentemente do juiz togado, o árbitro pode ser um técnico e especialista na matéria controversa, o que pode economizar tempo e dinheiro, visto que esclarecimentos

22 ANAC. *Consulta Pública n. 3/2020*. 2020. Disponível em: www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas. Acesso em: 11 fev. 2022.

23 ANTT. *Minuta de contrato de concessão*. 2020. Disponível em: www.antt.gov.br/rodovias/concessoes_rodoviaras/index.html#boxInfo. Acesso em: 11 fev. 2022.

24 JUNQUEIRA, André Rodrigues. Atualidades sobre o uso da arbitragem nos setores regulados. *Jota*. 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/infra/atualidades-sobre-o-uso-da-arbitragem-nos-setores-regulados-16062020>. Acesso em: 11 fev. 2022.

25 GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 2.ed. Belo Horizonte: Foco, 2021, p. 310.

26 SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n.241, p. 121-, jul./set. 2005.

27 LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a ‘profissão’ de árbitro. *Valor Econômico*, 14 dez. 2017. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo60.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

elementares e preliminares podem ser desnecessários, dispensando, eventualmente, a contratação de perito²⁸. “A expectativa acerca da qualidade do trabalho dos árbitros é alta, já que, sendo especialistas, espera-se sempre uma decisão de ótimo padrão. Expectativa justa, mas nem sempre preenchida”²⁹.

Nota-se que muitos dos painéis arbitrais são formados precipuamente por advogados que, embora tenham conhecimento apurado nos aspectos legais de determinada matéria, certamente não possuem condição de conhecer todos os aspectos que conformam a lide. Se grande parte dos litígios gravitam ao redor de relações jurídicas, contratos e documentos, os quais os advogados conseguem decifrar, eles se tornam um interlocutor válido para as partes, capazes de compreender razoavelmente o fato técnico e interpretar com percuciência os aspectos que cercam o caso, valendo-se de peritos e prova técnica sempre que necessário para melhor compreendê-los³⁰. A escolha do árbitro, portanto, assume contornos relevantes, sobretudo quando se trata de contratos complexos (como os de concessão), que por sua própria natureza são tidos como incompletos, visto que a sua completude acarreta um significativo aumento nos custos de transação, preferindo-se que eventuais lacunas e omissões sejam supridas com a interpretação de suas cláusulas quando do surgimento de eventuais controvérsias sobre ela. A especialização do árbitro, portanto, oportuniza a melhor interpretação dessas questões, de modo que é salutar existir entre as partes e o árbitro uma simetria de informações que assegure a solução da controvérsia de forma efetiva e adequada³¹.

Em relação aos setores regulados, as peculiaridades da matéria são ainda mais acentuadas. A área das telecomunicações, por exemplo, abrange diversos aspectos, desde o administrativo até o corporativo, passando por regulação civil, contratual e outras matérias como acesso, interconexão, *last mile* e direito de passagem, que exigem um conhecimento singular do negócio, inclusive de sua repercussão regulatória, sob pena de a assimetria de informações acarretar aumento nos custos de transação³². No setor elétrico observa-se a suscetibilidade de surgimento de conflitos decorrentes do processo de comercialização, que envolve centenas de agentes, milhares de contratos e representando grande circulação de riquezas. Esses conflitos podem ter natureza regulatória, ambiental, contratual ou, ainda, comercial³³.

Nesse contexto que ganha relevo a participação das agências reguladoras no procedimento arbitral de conflitos originados nos contratos de concessão. Isso porque é uma de suas características principais a capacitação técnica, de modo que seus agentes são recrutados com base em sua elevada especialização, além de dispor de mecanismos de atualização (estudos, consultorias, pesquisas), o que origina atos tendencialmente mais técnicos³⁴. Por certo que em uma arbitragem envolvendo os setores regulados em que figure como parte a União, por exemplo, espera-se uma boa condução, além da produção de um arcabouço probatório pertinente para a resposta adequada ao conflito. Todavia, não raro os contratos de concessão são celebrados entre o particular e o Município³⁵, que nem sempre terá o aporte necessário para bem conduzir a arbitragem. A participação das agências reguladoras, nesse

28 LEMES, Selma Maria Ferreira. *A arbitragem em propriedade intelectual*. 1997. Disponível em: http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri34.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.

29 CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 28, p. 47-63, jan./mar. 2011.

30 CARMONA, 2011.

31 PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, p. 80, out./dez. 2005.

32 MARTINS, Pedro Antônio Batista. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 252-261, abr./jun. 2006.

33 DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009.

34 MENDONÇA, José Vicente dos Santos; TOSTA, André Ribeiro. Regulação econômica no Brasil: fundamentos, características e atualidades. In: HEINEN, Juliano (Org.). *Direito da regulação*. Teoria e prática dos setores regulados. Salvador: Juspodivm, 2021.

35 A partir da Lei n. 14.026/2020, que reformou o Marco Legal do Saneamento Básico, a celebração de contratos de concessão pelos Municípios tende a aumentar a partir do momento em que os contratos de programa com concessionárias estaduais expirarem (SILVEIRA; MUTTI; MAZER, 2021).

caso, torna-se imprescindível. Outrossim, determinadas decisões arbitrais podem afetar diretamente a regulação exercida pela agência, por exemplo, as decisões que afetam o direito de concorrência. Nesses casos, o Tribunal arbitral deve convidar a agência reguladora a integrar o feito, justamente para que ela possa atender às suas atribuições legais³⁶.

À guisa de exemplo, vale abordar a experiência do município de Mirassol, no estado de São Paulo. O contrato de concessão, prevendo o uso da arbitragem, foi celebrado apenas entre a concessionária de água e esgotamento sanitário e o município e, na discussão sobre a ocorrência de desequilíbrio contratual, o painel decidiu em favor do ente privado, que passou a aplicar a tarifa nos termos postos na sentença arbitral. No entanto, a Agência Reguladora do Serviço de Água e Esgoto de Mirassol (Arsae) editou uma portaria proibindo a revisão das tarifas sem sua autorização prévia, fundada justamente na sua competência para regular a matéria. Além disso, asseverou que como não foi parte do contrato de concessão e nem do procedimento arbitral, a sentença não seria oponível a si. A concessionária, então, buscou a esfera judicial para anular o ato administrativo, pleito esse que foi julgado improcedente na primeira e segunda instância, aguardando julgamento no Superior Tribunal de Justiça³⁷.

Toda essa morosidade e insegurança acerca da aplicação da revisão tarifária, além trazer prejuízos à concessionária, aos serviços e aos usuários, não se coaduna com o mecanismo de solução de conflitos adotado (arbitragem). Percebe-se que no caso abordado, a partir da análise das atribuições da Arsae, a disputa poderia ter sido abreviada se ela fosse incluída “como interveniente-anuente no contrato de concessão, em consonância com as atribuições dispostas em sua lei criadora” ou, ainda, que fosse chamada a integrar o feito arbitral, oportunidade em que sua experiência e competência técnica seriam levadas em conta para a tomada de decisão³⁸.

Ainda que o árbitro detenha conhecimento peculiar da matéria em questão, deve-se zelar por uma simetria de informações no curso do procedimento arbitral: tanto o particular, quanto a Administração Pública, devem trazer ao caso as informações e comprovações técnicas e específicas indispensáveis ao debate travado, devendo todos os sujeitos envolvidos na arbitragem possuírem condições de bem ler e interpretar essas informações. Olhando a estrutura do Poder Público, tem-se que nenhum outro ente possui melhores condições de participar de uma arbitragem sobre litígios envolvendo os setores regulados, com a especialidade que lhe é exigida, do que as agências reguladoras. Por isso, ainda que elas não sejam partes do contrato de concessão, sua participação no procedimento arbitral é salutar e recomendável, quando não imprescindível.

5. Conclusão

A participação da Administração Pública nos procedimentos arbitrais é uma realidade cada vez mais recorrente, sendo muito utilizada também nos contratos de concessão, que já trazem em seu bojo a cláusula compromissória. Não raro esses contratos, quando se fala em setores regulados, são celebrados pelas agências reguladoras, em representação do Poder Concedente. Dada a peculiaridade da relação contratual e das características intrínsecas da Administração Pública, mormente dos órgãos reguladores, a arbitrabilidade desses contratos deve ser vista com mais cautela. Em relação ao aspecto objetivo, apenas podem ser sujeitas à arbitragem questões de direito patrimonial disponível, conceito que encontra grande debate doutrinário. Para o que aqui pertence, entende-se que os atos “puros” da atividade regulatória, no exercício do poder de polícia dessas entidades, não gozam de arbitrabilidade objetiva, restando a técnica aplicável apenas às questões contratuais, inclusive aquelas previstas expressamente na cláusula compromissória. Já quanto ao aspecto subjetivo, a legislação desde muito

36 MORAES, Luiza Rangel. Arbitragem e agências reguladoras. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 73-89, maio/ago. 2004.

37 SILVERA, Henrique Lago; MUTTI, Patrícia; MAZER, Pedro Benintendi. Agências reguladoras devem integrar contratos de concessão de água e esgoto? *Conjur*, 11 jul. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-agencias-reguladoras-contrato-agua-esgoto#_ftnrefl. Acesso em: 11 fev. 2022. O referido processo (TP n. 3255/SP) foi autuado no STJ em 05.02.2021, sob relatoria do Min. Francisco Falcão, na Segunda Turma.

38 SILVERA; MUTTI; MAZER, 2021.

permite a participação das agências reguladoras em procedimentos arbitrais, sendo mais recentemente pacificada tal possibilidade Administração Pública em todas as suas facetas. Não obstante, nos litígios oriundos dos contratos de concessão de setores regulados, ainda que não figure como parte, a agência reguladora deve ser chamada a participar e integrar a arbitragem, em razão da sua especialidade na matéria e dos possíveis reflexos que tal decisão pode gerar na sua função precípua regulatória.

6. Referências

- ANAC. *Consulta Pública n. 3/2020*. 2020. Disponível em: www.anac.gov.br/participacao-social/consultas-publicas. Acesso em: 11 fev. 2022.
- ANP. *Contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural*. 2019. Disponível: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf. Acesso em 11 fev. 2022.
- ANTT. *Minuta de contrato de concessão*. 2020. Disponível em: www.antt.gov.br/rodovias/concessoes_rodoviaras/index.html#boxInfo. Acesso em: 11 fev. 2022.
- ARTESP. *Minuta de contrato de concessão*. 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5085005/mod_resource/content/1/00%20-%20MINUTA%20CONTRATO_Republica%C3%A7%C3%A3o%2012.10.2019_CI%2001.2019.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.
- BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Publico*. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 19, de 04 de julho de 1998. Modifica o regime sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 jun. 1998.
- BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 fev. 1995.
- BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 set. 1996.
- BRASIL. Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 7 ago. 1997.
- BRASIL. 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 nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 jul. 1997.
- BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jun. 2001.
- BRASIL. Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

- BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 maio 2015.
- BRASIL. Lei n. 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 jun. 2017.
- BRASIL. Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 set. 2019.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (8ª Turma Especializada). *Agravo de instrumento 0101176-39.2014.4.02.0000*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO. SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO ARBITRAL DEFERIDA. PODER GERAL DO JUIZ. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. DESPROVIMENTO DO RECURSO. [...] Recorrente: Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A e outros. Recorrido: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Relator Des. Guilherme Diefenthaler, 12 de novembro de 2014.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 28, p. 47-63, jan./mar. 2011.
- DASSO JÚNIOR, Aragon Érico. Estado Regulador, regulação e agências reguladoras: uma contribuição teórica a partir do caso brasileiro. *Revista Derecho y Economía*, La Molina, Peru, v.1, p. 1-23, 2012.
- DAVID, Solange. A arbitragem e a comercialização de energia elétrica no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 20, p. 86-121, jan./mar. 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 2.ed. Belo Horizonte: Foco, 2021.
- JUNQUEIRA, André Rodrigues. Atualidades sobre o uso da arbitragem nos setores regulados. *Jota*. 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/atualidades-sobre-o-uso-da-arbitragem-nos-setores-regulados-16062020>. Acesso em: 11 fev. 2022.
- LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a ‘profissão’ de árbitro. *Valor Econômico*, 14 dez. 2017. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo60.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.
- LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva*. Confidencialidade ou publicidade processual? Palestra proferida na reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR realizada em São Paulo, em 06.05.2003. Publicado na RDM 134: 148/163, abr./jun. 2004. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juril5.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.

- LEMES, Selma Maria Ferreira. *A arbitragem em propriedade intelectual*. 1997. Disponível em: http://www.selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri34.pdf. Acesso em: 11 fev. 2022.
- MARTINS, Pedro Antônio Batista. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 9, p. 252-261, abr./jun. 2006.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A formação do Estado Regulador no Brasil. *Novos Estudos – CEBRAP*, São Paulo, n. 76, p. 139-156, nov. 2006.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos; TOSTA, André Ribeiro. Regulação econômica no Brasil: fundamentos, características e atualidades. In: HEINEN, Juliano (Org.). *Direito da regulação. Teoria e prática dos setores regulados*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- MORAES, Luiza Rangel. Arbitragem e agências reguladoras. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, p. 73-89, maio/ago. 2004.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5.ed. São Paulo: Método, 2017.
- PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem na recuperação de empresas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 7, p. 80, out./dez. 2005.
- PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (Rio de Janeiro). Resolução PGE n. 4212, de 21 de maio de 2018. Aprova minuta-padrão de cláusula compromissória. *Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro*: parte I: Poder Executivo, ano XLIV, n. 094, 24 maio 2018.
- PUBLICADOS edital e modelos de contrato da 4ª Rodada de Partilha. *Site ANP*, 05 abr. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/anp/pt-br/canais_atendimento/imprensa/noticias-comunicados/publicados-edital-e-modelos-de-contrato-da-4a-rodada-de-partilha. Acesso em: 11 fev. 2022.
- SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o Regulador no Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- SILVERA, Henrique Lago; MUTTI, Patrícia; MAZER, Pedro Benintendi. Agências reguladoras devem integrar contratos de concessão de água e esgoto? *Conjur*, 11 jul. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-11/opiniao-agencias-reguladoras-contrato-agua-esgoto#_ftnref1. Acesso em: 11 fev. 2022.
- SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n.241, p. 121-, jul./set. 2005.
- VILELA, Danilo Vieira. *Agências reguladoras e a efetivação da ordem econômica constitucional brasileira*. Salvador: Juspodivm, 2018.