Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades

Helena Caetano de Araújo*
José Cláudio Linhares Pires**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O novo contexto regulatório dos setores de serviços públicos no Brasil; 3. A arbitragem dos serviços públicos na América Latina; 4. Considerações acerca da arbitragem no Brasil; 5. Considerações finais.

PALAVRAS-CHAVE: regulação; arbitragem; serviços públicos.

A transferência do papel do Estado para a iniciativa privada na provisão dos serviços públicos no Brasil impõe a necessidade da constituição de marcos regulatórios estáveis e bem definidos, nos quais sejam previstos mecanismos de solução ágil para os eventuais conflitos de interesses entre os agentes. Este artigo se propõe a apresentar um panorama deste novo contexto, procurando elucidar se o regime da atual Lei de Arbitragem é aplicável aos contratos de serviços públicos, tendo em vista as especificidades do direito brasileiro.

Regulation and arbitration in Brazilian public service sectors: problems and possibilities

The handover of the State's role to the private sector in providing public service in Brazil demands the constitution of stable and well-defined regulatory landmarks, including mechanisms for the solution of eventual conflicts of interests between the agents involved. This paper presents a panorama of this new context, trying to elucidate if the current Arbitrage Law system is applicable to the public service contracts, considering the specificities of the Brazilian law.

* Advogada do convênio BNDES/Pnud.
** Economista do convênio BNDES/Pnud.

1. Introdução

O Brasil atravessa um contexto de transição institucional nos setores que fazem a provisão de serviços públicos, historicamente caracterizados pela presença do Estado atuando de forma monopolista. A escassez de recursos fiscais requeridos para a expansão dos serviços e, ao mesmo tempo, o surgimento de uma série de inovações tecnológicas, que viabilizaram a adoção de práticas mais eficientes e a criação de um ambiente competitivo, estimularam um amplo processo de privatizações e de reformas regulatórias visando a adequar estes setores à gestão da iniciativa privada.

Em linhas gerais, apesar dos diferentes ritmos e características de cada reforma setorial, a orientação básica do governo foi definir marcos regulatórios, inaugurados pela Lei de Concessões (Lei nº 8.985/95) e seguida por leis setoriais específicas, nos quais ficassem estabelecidos:

- os direitos e obrigações das empresas concessionárias de serviços;
- a forma de atuação do Estado no exercício da função regulatória;
- os mecanismos que permitissem a resolução dos conflitos de forma ágil e flexível.

O objetivo deste artigo é apresentar um panorama desse novo contexto regulatório, com ênfase na discussão se a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), criada para permitir uma ágil solução de controvérsias entre os diferentes agentes que atuam na economia brasileira, é adequada e suficiente para fazê-lo nos setores de serviços públicos. A indagação se justifica pelo caráter peculiar desses serviços, que envolvem bens públicos e, portanto, indisponíveis.

Com este intuito, o artigo está organizado em quatro seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta uma visão geral do novo contexto regulatório dos setores de serviços públicos no Brasil. A terceira procura extrair lições da experiência latino-americana, cujas reformas antecederam o caso brasileiro e cujos regimes jurídicos são semelhantes ao brasileiro — diferentemente do caso dos países anglo-saxônicos, por exemplo. A seção seguinte discute as principais características da Lei de Arbitragem e a sua adequação para permitir uma solução ágil dos conflitos nos setores de serviços públicos. A última seção traz as considerações finais.

2. O novo contexto regulatório dos setores de serviços públicos no Brasil

As características do processo de transição do papel do Estado para a iniciativa privada na provisão dos serviços públicos no Brasil fizeram com que o Le-

gislativo e o Executivo se deparassem com tarefas simultâneas. Por um lado, era preciso instituir novos marcos regulatórios, nos quais se estabelecessem direitos e obrigações para as concessionárias privadas e, ao mesmo tempo, permitissem ao Estado, de forma eficaz, exercer a fiscalização do cumprimento das novas regras setoriais. Por outro lado, existia a necessidade de execução da agenda de privatização, numa velocidade que, muitas vezes, suplantava a constituição dos próprios marcos regulatórios.[1]

A harmonização simultânea dessas tarefas não é trivial, principalmente por se tratar de um país que carece de uma cultura regulatória e, ao mesmo tempo, necessita de uma rápida expansão da oferta dos serviços públicos. Um aspecto geral, que irá explicar muitas das dificuldades de afirmação da nova forma de intervenção do Estado, é o fato de que na grande maioria dos setores de serviços públicos privatizados não se obedeceu à seqüência ideal, representada por "reforma regulatória → fortalecimento das novas agências reguladoras → privatização".[2]

Desta forma, a promulgação da Lei de Concessões, a regulamentação para o caso específico do setor elétrico (Lei nº 9.074/95) e a aprovação das emendas constitucionais que acabaram com os monopólios públicos nas telecomunicações e na distribuição de gás natural e de petróleo foram os marcos que deram início a um amplo programa de privatizações de empresas de serviços públicos no Brasil, tanto federais quanto estaduais.[3]

Havia ainda grandes lacunas institucionais que precisavam ser preenchidas para o enfrentamento dos novos desafios. Até o início do processo de privatização, a regulação dos serviços públicos no Brasil era feita de forma implícita pelo próprio Estado, sendo imposto às empresas estatais um conjunto de metas de eficiência de naturezas contraditórias, tais como: distributiva (universalização dos serviços), produtiva (lucratividade e produtividade) e, por fim, macroeconômica (controle da inflação por meio da retração de tarifas, por exemplo).

Deve-se frisar, inclusive, que até 1990 não existia qualquer legislação que garantisse a defesa dos direitos dos consumidores, somente inaugurada

---

[1] As motivações para a privatização, a despeito de perseguirem também a melhoria da eficiência empresarial e a expansão da oferta dos serviços, estiveram sempre norteadas pela necessidade de gerar recursos para reduzir o estoque da dívida pública, que adquiriu especial importância na segunda metade dos anos 1990. Para uma visão das motivações do processo de privatizações no Brasil, ver Giambiagi & Além (1999).

[2] Como bem observa Pinheiro (1999), em temos gerais, esta seqüência não é respeitada em nenhuma reestruturação de setores de serviços públicos na América Latina, onde o último elo superou os dois primeiros por questões de natureza fiscal.

[3] Entre 1990 e 1999, foram privatizadas 127 empresas, gerando um total de US$91 bilhões (incluindo US$18 bilhões de dívidas transferidas). Deste total, US$46 bilhões foram no âmbito federal e US$26 bilhões nos âmbitos municipal e estadual.

com o Código de Defesa do Consumidor, Codecon (Lei nº 8.078/90). Outro aspecto digno de nota é o desinteresse natural do Estado em fiscalizar-se, visto que as empresas estavam sob seu controle e não existiam organismos independentes para o monitoramento da qualidade da prestação dos serviços públicos oferecidos.

O fato é que a implementação das reformas dos setores de serviços públicos no Brasil tem tido uma dinâmica bastante diferenciada. Enquanto em alguns setores se observa a instalação de agências reguladoras independentes e de diversas leis setoriais — casos das telecomunicações, energia elétrica, petróleo[4] e gás natural —, em outros as reformas regulatórias estão mais atrasadas, em especial nos setores de saneamento e transportes, muito embora já se verifique a entrada da iniciativa privada na operação desses serviços.[5]

Constituição de agências reguladoras

A constituição de agências reguladoras independentes para exercer a missão imposta pelo novo contexto dos setores de serviços públicos adquiriu um grau de essencialidade pelas seguintes razões (Pires & Piccinini, 1999):

- aumento da complexidade setorial com a elevação do número de agentes;
- necessidade crescente de arbitragem de conflitos;
- exigência de grande flexibilidade e agilidade na implementação de políticas *ad hoc* por meio de regulamentos, resoluções e portarias;
- importância de mitigação dos riscos de captura do regulador frente a um agente específico ou mesmo de choque de interesses com outros setores de governo, evitando-se, assim, perdas de eficiência.[6]

A legislação que criou as agências reguladoras brasileiras estabeleceu a outorga de delegação normativa aos seus diretores para a implementação prática de diretrizes técnicas adotadas nas áreas de suas competências. Os seguintes pressupostos de autonomia decisória foram adotados para que as agências já constituídas e em funcionamento — Agência Nacional de Energia

---

[4] Embora, conceitualmente, o segmento de petróleo não pertença ao setor de serviços públicos (ou de infra-estrutura), é incluído neste artigo em razão da sua interligação com o segmento de gás natural.

[5] Para uma visão geral do estágio das reformas dos setores de infra-estrutura no Brasil, ver Pires & Piccinini (1999).

[6] A captura regulatória é caracterizada pelo fato de o regulador identificar o interesse específico de um determinado agente que opera no mercado com o interesse da própria missão regulatória (Stigler, 1971).

Elétrica (Aneel), Agência Nacional do Petróleo (ANP) e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) — pudessem enfrentar os novos desafios impostos pelo contexto setorial (quadro 1):

- estabilidade de seus gestores;
- independência financeira e gerencial, inclusive para estruturação de quadro de pessoal concursado;
- critérios técnicos de escolha dos diretores por parte do Poder Executivo;
- transparência decisória;
- delegação de poder para mediação e arbitramento de eventuais conflitos setoriais.

Quadro 1

Principais características das agências reguladoras[7]

Característica	Anatel	Aneel	ANP
Autonomia decisória e financeira	▼ Autarquia especial ▼ Orçamento próprio	▼ Autarquia especial ▼ Orçamento próprio	▼ Autarquia especial ▼ Orçamento próprio
Estabilidade	▼ Mandato fixo ▼ Critérios rígidos de exoneração de diretores	▼ Mandato fixo ▼ Critérios rígidos de exoneração de diretores	▼ Mandato fixo ▼ Inexistentes critérios de exoneração de diretores
Transparência	▼ Mandato não-coincidente e sem recondução ▼ Audiências públicas ▼ Critérios rígidos de exoneração de diretores. ▼ Ouvidor ▼ Conselho Consultivo	▼ Mandato não-coincidente. ▼ Audiências públicas ▼ Critérios rígidos de exoneração de diretores ▼ Ouvidor ▼ Contrato de gestão	▼ Mandato não-coincidente ▼ Audiências públicas. ▼ Gravação eletrônica e divulgação de sessões deliberativas
Especialização	▼ Quadro técnico especializado	▼ Quadro técnico especializado	▼ Quadro técnico especializado
Cooperação institucional para defesa da concorrência e dos consumidores	▼ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ▼ Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ▼ Órgãos de defesa do consumidor	▼ Agências estaduais. ▼ Secretaria de Defesa Econômica (SDE)	▼ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

Fontes: Legislações das agências e Pires & Piccinini (1999).

[7] A Aneel foi instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Anatel foi criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e a ANP foi estabelecida pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

Em particular, o critério de escolha dos gestores com base na notória capacidade e especialização técnica é fundamental para trazer credibilidade e legitimidade social à agência reguladora. Da mesma forma, a transparência decisória é fundamental para mitigar os riscos de captura e garantir a legitimidade social da atuação independente das agências.

Assim, essas instituições devem assegurar, por meio de estruturas estatutárias e mecanismos práticos, a maior quantidade possível de canais de comunicação com os consumidores e seus órgãos de representação, de forma a obter uma visão pluralista e balanceada dos pontos de vista específicos dos grupos de interesse. Para auxiliar nessa tarefa, as agências devem continuar utilizando as práticas de elaboração de consultas públicas, mediante audiências prévias às tomadas de decisões, e de publicação de documentos preliminares para apreciação dos interessados. Outros aspectos de controle social desejável e que já foram estabelecidos são a obrigatoriedade de aprovação de balanços anuais das atividades das agências, para apreciação por parte do Congresso, e a existência de processos de auditoria para controle social dessas agências.

Não é surpresa, portanto, que as dificuldades enfrentadas para o desenvolvimento das reformas e a ampliação dos investimentos nos setores de transporte e saneamento básico, somadas à indefinição de aspectos regulatórios, estão diretamente relacionadas à inexistência, até o momento, de agências reguladoras.

Os principais aspectos da missão regulatória

Em linhas gerais, as agências reguladoras, nos diversos segmentos de serviços públicos, têm quatro atividades principais:

- monitorar o cumprimento das obrigações estabelecidas nos contratos de concessão;
- definir e aplicar o regime tarifário;
- regular as ações das empresas de forma a compatibilizá-las com o ambiente competitivo que se queira promover no setor em questão;
- arbitrar os conflitos entre os diversos agentes setoriais envolvidos.

Pode-se dizer que o marco regulatório brasileiro estabeleceu instrumentos adequados para o exercício eficaz das três primeiras atividades citadas,[8]

[8] A missão de arbitragem requererá uma análise específica nas seções seguintes.

por meio dos mecanismos previstos nos contratos de concessões e na legislação de defesa da concorrência, especialmente nos setores nos quais já se verifica o funcionamento de agências reguladoras independentes (quadro 1).

De fato, em todos os setores onde já ocorreram processos de privatização, foram estabelecidos contratualmente direitos e obrigações das concessionárias privadas, muito embora o monitoramento dos contratos de concessão seja influenciado pela existência ou não de agências independentes.

Nos setores nos quais já foram estabelecidas agências reguladoras, cabem a estas a fiscalização e o monitoramento dos contratos. No caso das telecomunicações e de distribuição de gás natural, existem metas de universalização e padrões de qualidade dos serviços. Estes últimos também são previstos nos contratos com as concessionárias de energia elétrica, muito embora não existam metas de universalização, salvo em casos específicos de algumas distribuidoras estaduais.

Uma grande dificuldade existente no Brasil é a ausência de mecanismos independentes de aferição, por parte das agências, da qualidade dos serviços. Seu acompanhamento depende de informação das próprias empresas, o que representa um óbice para o adequado monitoramento do cumprimento dos contratos de concessão das agências.

Já nos setores nos quais o estágio das reformas ainda não gerou a criação de agências independentes, cabe a departamentos federais, estaduais ou municipais (caso do saneamento) a fiscalização dos contratos. Este aspecto, em particular, tem motivado uma maior dificuldade para a arbitragem de conflitos entre os usuários, o poder concedente e os concessionários.[9]

No que se refere ao regime tarifário empregado nos setores de serviços públicos no Brasil, o quadro é bastante heterogêneo. Na grande maioria dos segmentos, não existe uma metodologia clara para a definição, o reajuste e a revisão das tarifas. Em termos gerais, os critérios levam em consideração o custo de serviço ou taxa interna de retorno, embora já exista a aplicação de mecanismos de incentivos tarifários, pelos quais, através da determinação de uma tarifa-limite (*price cap*) a ser aplicada pela concessionária, o regulador procura estimular a eficiência produtiva das firmas e, por sua vez, por meio

[9] Um exemplo significativo foi a recente interrupção temporária de cobrança de pedágios de rodovias, por ocasião da solução para a greve dos caminhoneiros, em maio de 2000. As concessionárias de rodovias reclamaram da ausência de uma agência independente para arbitrar os efeitos dos impactos desta interrupção no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que teriam sido minimizados pelo Ministério dos Transportes, o mesmo agente que intermediou a solução para os conflitos.

de redutores tarifários, repassar parte desses ganhos de produtividade para os consumidores.[10]

No entanto, a necessidade de reduzir os riscos regulatórios e atrair a iniciativa privada para a entrada nesses setores, em contexto de incertezas macro e microeconômicas, fez com que, em linhas gerais, o redutor de produtividade aplicado inicialmente nas tarifas fosse zero, com exceção do setor de telecomunicações.

Um dos grandes desafios regulatórios no Brasil é aprimorar os mecanismos tarifários, em especial nas futuras revisões tarifárias, de forma que os consumidores possam se beneficiar de parte dos ganhos de produtividade já verificados na maioria das concessionárias em regime privado. Da mesma forma, o reforço da autonomia das agências na determinação dos reajustes e revisões tarifárias contribui para consolidar o novo marco regulatório e, ao mesmo tempo, sob a ótica privada, para reduzir os riscos regulatórios. Nesse sentido, a definição sobre o papel da arbitragem será de particular importância para conferir agilidade às decisões sobre a questão tarifária.

No que tange à aplicação da regulação da defesa da concorrência nos setores de serviços públicos no Brasil, sua diversidade reflete os diferentes estágios das reformas e da dinâmica tecnológica desses setores. Em especial, nos setores de energia elétrica e de telecomunicações, nos quais a reestruturação se encontra mais avançada, o instrumental adotado, com a colaboração do Cade, segue o que está sendo aplicado no contexto internacional: definição de limites aceitáveis de concentração de mercado e monitoramento regulatório de eventuais abusos de poder de mercado e de ação discriminatória contra concorrentes.

Um problema ainda pendente nos setores de serviços públicos no Brasil é a pouca coordenação entre os diversos órgãos reguladores, com impacto direto sobre a arbitragem do direito de uso das redes para a transmissão de sinais de telecomunicações, como será visto mais adiante.

A atividade regulatória envolve custos elevados e inevitáveis imperfeições, em razão das assimetrias de informação entre o regulador e a firma regulada, que detém todas as informações sobre a exploração de sua atividade. Essas assimetrias podem ser atenuadas, mas não eliminadas. Adicionalmente, num contexto de diversidade de agentes, a nova ação do Estado, para ser bem-sucedida, requer o aprimoramento e a propagação de uma cultura regu-

[10] Em linhas gerais, os regimes tarifários com base no custo de serviço visam a garantir uma taxa de retorno para o empreendimento, cabendo ao regulador fiscalizar o custo de serviço sobre o qual irá incidir a taxa de retorno que definirá a tarifa cobrada do consumidor. Assimetrias de informação pró-firmas e elevados custos regulatórios impulsionaram a adoção alternativa do *price cap*, que minimiza, em tese, a necessidade de controle de custos das firmas. No entanto, como as empresas têm um incentivo para reduzir custos, para se apropriarem de excedentes de receitas, este mecanismo requer um grande esforço regulatório para a fiscalização da qualidade dos serviços. Para uma discussão mais aprofundada dos regimes tarifários, ver Pires & Piccinini (1998).

latória que deve envolver desde os governantes (na indicação de quadros técnicos preparados para o exercício de suas funções à frente das autarquias especiais) até os usuários (na afirmação de seus direitos de consumidores previstos na legislação e nos contratos de concessão).

É neste contexto que a atividade de arbitragem desempenha um papel crucial para dar agilidade, eficácia e dinamismo à ação das agências reguladoras. Este será o tema das próximas seções.

3. A arbitragem dos serviços públicos na América Latina

A exemplo do observado no Brasil, os demais países da América Latina e do Caribe vêm sendo alvos de um amplo processo de privatizações, no qual se destaca a transferência da operação dos serviços públicos para a iniciativa privada, em sua grande maioria, oriunda de países da União Européia e dos EUA.

Deve-se frisar, inclusive, que o Brasil foi um dos últimos países do continente a iniciar o seu programa de privatização, ora em curso. Em toda a América Latina, a privatização esteve relacionada aos esforços para reduzir a dívida pública, atrair investimentos diretos estrangeiros e recuperar a credibilidade do continente no cenário econômico internacional, buscando, assim, iniciar um novo ciclo de crescimento.

De fato, nos últimos anos da década de 1990, a América Latina atraiu cerca de US$50 bilhões/ano de capitais externos, montante oito vezes superior ao verificado antes da crise de 1982, quando a região passou a sofrer sérias restrições a partir da moratória mexicana (Carneiro & Rocha, 2000).

Existe uma heterogeneidade muito grande no ritmo de privatizações dos setores prestadores de serviços públicos na América Latina. Enquanto na Argentina e no Peru, por exemplo, praticamente todos os setores foram privatizados, no Uruguai e no Paraguai o setor estatal ainda é o fornecedor monopolista desses serviços.

Apesar disto, pode-se observar uma característica geral. Trata-se do fato de que não foram criadas instituições necessárias para regular adequadamente esses serviços (agências independentes, por exemplo) e promover a defesa da concorrência e do direito dos consumidores (Carneiro & Rocha, 2000). Pode-se afirmar, nesse sentido, que o Brasil foi o país que mais avançou nessas matérias, procurando, tal como observado anteriormente, conciliar a agenda de privatização com a capacitação do Estado para a regulação posterior desses serviços.

No entanto, em relação à utilização da arbitragem como meio mais célere e eficaz de composição dos conflitos surgidos entre os agentes do novo ambiente econômico, paradoxalmente, o Brasil é o país que se encontra mais atrasado. Este fato é bastante relevante, porque, em toda a América Latina, existe uma identidade jurídica muito grande, o que permite extrair lições significativas para o caso brasileiro.

Através da análise das legislações de países selecionados da América Latina e do Caribe (quadro 2), pode-se observar que, em maior ou menor grau, é franqueada ao Estado e às suas entidades descentralizadas a utilização da arbitragem como forma de composição dos conflitos surgidos nos negócios realizados por esses entes públicos com os particulares.

Quadro 2

Panorama geral da arbitragem na América Latina e no Caribe: países selecionados (2000)

País	Previsão legal de arbitragem	Previsão de pessoas jurídicas de direito público como parte
Argentina	*Código Procesal Civil y Comercial de La Nación*, de 1981.	Não existe vedação.
Bolívia	*Ley de Arbitraje y Conciliación*, nº 1.770, de 10-3-1997.	É permitida a submissão do Estado e de todas as demais pessoas jurídicas de direito público à arbitragem, sem prévia autorização.
Brasil	Lei nº 9.307, 23-9-1996.	Omissa.
Colômbia	*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*	Todos os entes estatais podem participar como parte de arbitragem.
Equador	*Ley de Arbitraje y Mediación*, de 4-9-1997.	Para se submeterem às regras da lei de arbitragem, as entidades de direito público deverão firmar, previamente, um convênio arbitral (acordo arbitral).
Panamá	*Decreto Ley* nº 5, de 8-7-1999.	É possível ao Estado e aos demais órgãos da administração pública firmarem contratos com a cláusula arbitral, desde que firmado um contrato arbitral prévio. Caso não exista tal acordo, o ente estatal deverá submeter a questão para aprovação do Conselho de Gabinete e do procurador-geral nacional.
Paraguai	*Código Procesal Civil*, de 1988.	Não existe vedação.
Peru	*Ley General de Arbitraje*, de 9-12-1992.	As controvérsias referentes aos bens móveis e imóveis e às obrigações do Estado e de todas as pessoas de direito público — sempre que derivarem de uma relação jurídica patrimonial (de direito privado ou de natureza contratual) — podem ser submetidas à arbitragem, sem necessidade de autorização prévia.
República Dominicana	*Ley* nº 50, 4-6-1987.	Todas as matérias podem ser apreciadas pelo juízo arbitral, sendo livre ao Estado, por meio de órgão da administração direta ou indireta, utilizar a arbitragem e a conciliação.
Uruguai	*Código General Del Proceso*, de 1988.	Não existe vedação.
Venezuela	*Ley de Arbitraje Comercial*, de 7-4-1998.	É vedada, expressamente, a participação de entes públicos como parte nos processos de arbitragem. As empresas de economia mista podem participar, mas necessitam de aprovação de todos os seus diretores e de autorização do ministro da área à qual a empresa se subordina.

Fontes: Legislações nacionais.

Na maioria das legislações apreciadas, existe cláusula expressa neste sentido. Como exceção, podemos citar a *Ley de Arbitraje Comercial* da Venezuela,[11] que estende os efeitos da lei para solução de conflitos de naturezas comercial, mercantil e industrial, vedando, expressamente, a participação de pessoas jurídicas de direito público (art. 3º). Todavia, no seu art. 4º, a lei é flexibilizada para permitir que as empresas de economia mista possam utilizar a arbitragem, desde que esta decisão seja aprovada por todo o corpo diretivo da empresa e que tenha a autorização do ministro da respectiva área da estatal.

4. Considerações acerca da arbitragem no Brasil

Histórico da arbitragem no Brasil

Apesar da importância da arbitragem para dirimir conflitos em tempo e forma consistentes com o dinamismo da realidade social e econômica contemporânea, em termos históricos sua prática no Brasil foi inexistente. Embora o país possuísse previsão legal para utilização da medida como forma de composição dos conflitos, sua adoção efetiva estava em desuso em função das dificuldades impostas, em especial, pela forma que o instituto era concebido na lei processual.

De fato, pela antiga redação do Código de Processo Civil de 1973, além da exigência de se firmar compromisso arbitral posterior, já que a existência por si só de cláusula arbitral não obrigava as partes, requeria-se, como condição de validade da arbitragem, a homologação judicial do laudo dela resultante. Em especial, nos casos das decisões arbitrais estrangeiras, era necessário que, além da homologação do Supremo Tribunal Federal (STF), a decisão também fosse homologada pelo tribunal competente no país de origem. Como se vê, a fórmula adotada para viabilizar a arbitragem não se diferenciava em nada do acesso direto ao Judiciário, não havendo, portanto, qualquer estímulo para sua adoção, visto que não ocorreria qualquer ganho de agilidade, informalidade, especialização, respeito à autonomia das partes ou mesmo sigilo no procedimento para dirimir conflitos.

Como se não bastassem as dificuldades impostas por lei, existia um outro empecilho, de natureza subjetiva, para que o instituto da arbitragem fosse utilizado no país. Tratava-se do fato do compromisso arbitral só poder ser firmado mediante a ocorrência concreta de alguma litigiosidade entre as partes. Como observa Barbi Filho (1998:20), "as partes, já em discordância quanto ao contrato original, dificilmente se entenderiam para acertar as bases de um novo contrato, o compromisso arbitral, destinado a regulamentar a arbitragem".

---

[11] Esta lei é recente, tendo sido sancionada em 7 de abril de 1998.

Essas barreiras foram ultrapassadas com a promulgação da Lei de Arbitragem, conforme mostra o quadro 3. Por esta lei, os efeitos vinculativos e obrigatórios estão contidos tanto na cláusula compromissória[12] quanto no compromisso arbitral. Além disso, a decisão emanada do juízo arbitral prescinde de homologação judicial e, quando for condenatória, enseja por si só a execução, pois passou a ter a qualidade de título executivo judicial. Por sua vez, as decisões arbitrais estrangeiras serão cumpridas no país — bastando a homologação do STF —, não sendo mais necessária a dupla homologação (homologação também do país de origem).

Quadro 3

Principais alterações introduzidas no instituto da arbitragem

Matérias alteradas	Regime do Código de Processo Civil (arts. 1.072 a 1.102)	Regime da Lei nº 9.307/96
Eficácia da decisão arbitral	Era necessária a homologação, pelo Poder Judiciário, para que a sentença arbitral produzisse seus efeitos.	A sentença arbitral prescinde de posterior homologação judicial. E, quando for condenatória, constitui título executivo judicial apto a ensejar a execução.
Cumprimento de decisão arbitral estrangeira	Além da homologação do STF, a sentença arbitral necessitava da prévia homologação do país de origem (dupla homologação).	Só é necessária a homologação do STF.
Eficácia da cláusula arbitral	Não existia. Era necessário que as partes firmassem o contrato de compromisso arbitral para instituir o juízo arbitral.	A cláusula arbitral é apta, por si só, a ensejar a arbitragem.
Obrigatoriedade da cláusula arbitral	A cláusula arbitral não obrigava as partes. Somente o compromisso arbitral poderia ser alegado para extinguir o processo sem julgamento do mérito. A existência da cláusula arbitral não ensejava a execução específica da obrigação de contratar. O descumprimento da cláusula arbitral era resolvido em perdas e danos.	A cláusula arbitral obriga as partes e implica a renúncia do direito de ação judicial. Existindo cláusula ou compromisso arbitral, o processo é extinto sem julgamento do mérito. No caso de seu inadimplemento, pode a parte interessada exigir o seu cumprimento em juízo. Permanecendo o desacordo entre as partes, caberá ao juiz decidir; a sentença judicial valerá como compromisso arbitral.

Fonte: Legislação nacional.

[12] A cláusula compromissória é a convenção que estabelece o comprometimento das partes em submeterem à arbitragem os eventuais litígios contratuais.

A análise do quadro 3 revela que o novo estatuto que rege a arbitragem no Brasil é dotado de todas as condições para se tornar um eficaz instrumento jurídico de composição de conflitos. Do ponto de vista formal, a tutela prestada na arbitragem diferencia-se da estatal pelo fato de ser conduzida por um agente privado escolhido de comum acordo pelas partes: o árbitro.[13] Outra distinção importante diz respeito à liberdade conferida às partes de decidirem os critérios para a composição do conflito: se com base no direito, quando escolherão, livremente, as regras legais aplicáveis à espécie; ou com base na eqüidade, quando poderão se valer dos princípios gerais de direito, nos usos e costumes ou nas regras internacionais de comércio.[14]

Logo após a publicação da Lei de Arbitragem, surgiram questionamentos de diversos matizes quanto à sua constitucionalidade, principalmente em relação à sua compatibilidade com o princípio constitucional de inafastabilidade do recurso ao Judiciário.[15] Como não cabe discorrer, neste artigo, sobre os diversos embates travados sobre este tema, registre-se que, atualmente, os arts. 6º, parágrafo único, e 7º da lei estão tendo sua constitucionalidade apreciada pelo STF.[16]

A incidência da Lei de Arbitragem e os contratos administrativos

Conforme previsão legal, qualquer controvérsia que reze sobre direitos patrimoniais disponíveis poderá ser dirimida mediante a instituição da arbitragem, bastando para tanto que as partes, capazes, assim o convencionem. Esta convenção poderá se dar mediante a instituição expressa de cláusula compromissória no corpo do contrato ou em documento a ele anexado. Nos casos de contratos de adesão, a arbitragem pode ser estabelecida:

- pela iniciativa do aderente;
- por meio de concordância documental anexa;
- pela sua assinatura aposta na referida cláusula inserta no contrato.[17]

---

[13] No caso de recusa de uma das partes, tratado pelo art. 7º, §4º, a escolha do árbitro será feita pelo juiz.
[14] Conforme art. 2º, §§1º e 2º, da Lei nº 9.307/96.
[15] Este princípio está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.
[16] Durante a apreciação, no STF, do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7, o relator, ministro Sepúlveda Pertence, suscitou a inconstitucionalidade dos arts. 6º, parágrafo único, e 7º da Lei nº 9.307/96, pois, no seu entender, a execução específica da obrigação de fazer estaria ferindo o princípio da inafastabilidade do recurso ao Judiciário, ao substituir a vontade da parte pela decisão do juiz. O julgamento encontra-se suspenso desde dezembro de 1999, em função do pedido de vistas do ministro Nelson Jobim. Para um aprofundamento da questão, ver Wald (2000) e Tiburcio (1999).
[17] Conforme art. 1º e §§1º e 2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96.

Vale acrescentar que esta cláusula de adesão não se aplica aos contratos originários das relações de consumo, pois o Codecon considera nula de pleno direito cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem (art. 51, inciso VII).

Em tese, existem direitos que não podem ser objeto de arbitragem: os não-patrimoniais e os patrimoniais indisponíveis. No que se refere aos objetivos deste artigo, importa analisar os direitos patrimoniais indisponíveis, pois deles fazem parte os contratos administrativos típicos, que podem ser definidos como aqueles firmados entre a administração pública e os particulares, nos quais prepondera a supremacia do interesse público (Meirelles, 1994).

A indisponibilidade do direito nesses contratos decorre de uma questão óbvia: só se pode dispor daquilo que se possui, o que não ocorre com o patrimônio público.[18] Inclui-se nessa categoria a maioria dos contratos firmados pela administração pública com o contratante privado, entre eles os contratos de concessão de serviços públicos.

No entanto, diante das mudanças estruturais apresentadas na primeira parte deste artigo, começam a tomar corpo as discussões a respeito da aplicabilidade da Lei de Arbitragem nessas espécies contratuais. A relevância desta discussão é ainda mais acentuada pelo fato de essas modificações terem alterado, de forma significativa, o papel até então desempenhado pelo Estado, que, como visto nas seções anteriores, deixou de intervir diretamente nas atividades econômicas e assumiu, com mais destaque, o papel de fiscalizador e regulador dessas atividades econômicas, agora executadas pela iniciativa privada mediante contratos de concessão.

Acrescentem-se às transformações estruturais da economia do país as próprias transformações operadas na economia mundial, fruto dos avanços tecnológicos que imprimem um ritmo cada vez mais acelerado para as tomadas de decisões e soluções de controvérsias, sem esquecer que, por mais paradoxal que possa parecer, aumentaram as exigências de maior especialização sobre uma quantidade sempre crescente de temas novos que precisam ser abordados e solucionados.

Em que pese ao ritmo dinâmico da nova economia, a grande maioria dos conflitos pode ser solucionada mediante a aplicação das regras de direito já existentes. A legislação brasileira pode ser utilizada em diversas controvérsias geradas nas novas formas de relação de consumo e comércio em geral. Porém, um conjunto de controvérsias encontra cada vez mais dificuldades de ser apaziguado pela tradicional tutela estatal, em função da celeridade, do grau

[18] Esses bens são indisponíveis "ou por se destinarem ao uso coletivo ou por estarem destinados ao uso direto ou indireto da Administração, para a consecução de seus fins" (Di Pietro, 2000).

de conhecimento e do nível de especialização requeridos sobre o assunto, por parte de quem solucionará o conflito. Como bem observado por Reale (1999), "tornam cada vez mais inseguros os julgamentos proferidos por juízes togados, por mais que estes, com a maior responsabilidade ética e cultural, procurem se inteirar dos valores técnicos em jogo".

Em função da especificidade dos serviços públicos, estes setores são os maiores geradores dessa modalidade de controvérsias. Isto se explica pelo uso intensivo de novas tecnologias, pelas iniciativas de introdução de concorrência entre empresas e pelo número de agentes privados que atuam no setor. Atualmente, esses serviços estão sob a responsabilidade do Estado, a quem cabe prestá-los ou outorgar a um terceiro esta missão. Como visto, dentro dos pressupostos da reforma do Estado, a prestação desses serviços vem ocorrendo na modalidade de concessão de serviços públicos.

A outorga desses serviços à iniciativa privada compete às agências reguladoras criadas para este fim. São esses entes reguladores que firmam os contratos de concessão com a iniciativa privada. Tanto a Lei de Concessões quanto as leis que instituíram as agências reguladoras contêm dispositivos com a previsibilidade de as controvérsias oriundas dos contratos firmados com terceiros serem dirimidas de forma amigável.

O problema atinente à aplicação da Lei de Arbitragem nos contratos administrativos, dos quais o contrato de concessão é uma espécie, diz respeito ao fato da indisponibilidade do bem público. É sabido que, na arbitragem, antecede uma fase de conciliação e mediação e, mesmo no curso do procedimento arbitral, pode ocorrer que a decisão proferida pelo árbitro resulte em constrição ou supressão de direitos para uma ou ambas as partes. Cabe questionar, então, a possibilidade de, nesses casos, a administração pública abrir mão de um poder ou ceder em parte num direito para compor um conflito que surgiu dentro do contrato de concessão firmado com o particular.

O entendimento corrente é que, nesses casos, a atuação da administração pública fica sujeita à prévia autorização legal para transigir, conforme previsto no art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Tanto a Lei de Concessões quanto as leis específicas de criação das agências contêm essa autorização expressa, que, apesar de genérica, poderá ser invocada pela administração pública para utilização do instituto da arbitragem.

Mesmo não sendo regidos pelo direito público, os contratos firmados no setor de petróleo representam um bom exemplo de funcionalidade da arbitragem como forma de composição de conflitos entre particulares e entes estatais. Com origem nas práticas de comércio adotadas internacionalmente — nas quais a regra é a arbitragem como forma de solucionar controvérsias surgidas entre as partes na execução de um contrato —, os contratos firma-

dos pela ANP possuem cláusula compromissória de arbitragem, determinando a regra a ser utilizada, o foro, o tipo de arbitragem etc.[19]

Em relação às controvérsias que possam surgir entre os agentes setoriais, a legislação prevê a competência das agências para dirimi-las. Encontram-se no rol de suas atribuições regulatórias tanto a conciliação e a mediação quanto a solução das divergências que surjam entre os agentes dos setores, inclusive as dúvidas e divergências na interpretação e aplicação da legislação setorial. Como no Brasil vigora o princípio da *jurisdição una*, o problema é saber se tais decisões possuem força vinculativa para as partes, isto é, se a decisão proferida pela agência reguladora sobre o conflito entre as partes é irrecorrível até mesmo ao Judiciário, nos moldes da decisão arbitral prevista na Lei de Arbitragem.[20]

Quando uma agência reguladora atua no papel de mediador, árbitro ou conciliador entre agentes setoriais, o faz com prerrogativas previstas em lei e nos regulamentos. É o que ocorre com a Anatel, que atua como árbitro, por exemplo, nos acordos de interconexão entre redes de prestadoras de serviços de telecomunicações, mediante a instituição de uma comissão de arbitragem para este fim. No mesmo sentido, encontra-se em fase final o regulamento de arbitragem que determinará os procedimentos e diretrizes de arbitragem em conflitos originários do uso compartilhado da infra-estrutura dos setores de energia elétrica, hidrocarbonetos e telecomunicações.[21] Independentemente disto, as respectivas agências reguladoras dos setores envolvidos — Aneel, ANP e Anatel — vêm constituindo comissões de arbitragem *ad hoc*, que são compostas por membros das agências dos setores em litígio.

Contudo, nesse tipo de atuação, a agência exerce uma função da administração pública idêntica à do julgador nos processos administrativos, a qual, em geral, não afasta o recurso ao Judiciário da parte que se sentiu prejudicada com a decisão. Dessa forma, a decisão proferida pela agência pode ser submetida à apreciação judicial caso a(s) parte(s) assim o desejar(em). Deve-se frisar que esta apreciação só poderá ocorrer dentro dos limites do

---

[19] "Em matéria de concessões de petróleo, há doutos entendimentos no sentido de que os recursos do subsolo, não sendo bens de uso comum do povo, de uso especial das repartições administrativas nem aplicáveis aos serviços públicos, são bens dominicais e, portanto, na sua utilização o Estado equipara-se ao particular, celebrando contratos regidos predominantemente pelo direito privado, admitida, pois, a arbitragem comercial para solucionar os litígios decorrentes dessas pactuações" (Souto, 2000).

[20] A decisão arbitral é irrecorrível, mas sua nulidade pode ser decretada se apresentar os vícios enumerados no art. 32 da Lei nº 9.307/96.

[21] Esse regulamento submeteu-se à consulta pública, recebendo diversas contribuições dos agentes setoriais. Não obstante o estabelecido no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal — "que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" —, uma das contribuições atribui às agências o poder de instituir e aplicar multa diária no caso de descumprimento, pela parte, da decisão final da Comissão de Julgamento da Arbitragem.

controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da administração pública, excluindo-se as questões referentes aos critérios de conveniência e de oportunidade, por se inserirem na esfera do denominado "mérito administrativo".[22]

Para dar efetividade às suas decisões, é importante que a agência, quando for solicitada para fazer a mediação, promova um compromisso arbitral, no qual sejam observados os dispositivos e princípios da Lei de Arbitragem. Caso a controvérsia gire em torno de questões contratuais entre agentes setoriais e, nesses contratos, exista cláusula compromissória, bastará que os interessados elejam a agência como árbitro ou, ainda, que façam constar essa condição na hora em que pactuarem o contrato inicial. Nesses casos, não existem maiores problemas, pois a agência não estará dispondo de coisa alguma, tão-somente dando uma solução para a controvérsia surgida entre particulares e garantindo a eficácia da ação regulatória.

O problema reside nos contratos firmados pelo ente regulador com os particulares, ou seja, os contratos de concessão. Nesses casos, a Lei de Concessões prevê a eleição de foro para dirimir as questões oriundas do contrato, se possível de forma amigável, mas não é expressa quanto ao uso da arbitragem. Para que o instituto possa funcionar adequadamente, torna-se necessária a definição sobre os seguintes pontos:

- possibilidade de a agência reguladora transigir nos contratos de concessão;
- quais matérias são passives de arbitragem;
- quais direitos são passíveis de transação.

Adicionalmente, não menos importante será uma reflexão jurídica a respeito de qual será o tratamento das decisões arbitrais que causem, eventualmente, algum gravame à administração pública ou impliquem prejuízo aos usuários do serviço público.

A exemplo da maioria dos países latino-americanos analisados, a melhor solução seria se a própria Lei de Arbitragem trouxesse no seu corpo a autorização expressa para que os entes de direito público pudessem ser partes legítimas nos processos de arbitragem ou, no caso de ser vedada esta participação, fossem explicitados os limites do impedimento. Como a Lei de Arbitra-

[22] O controle do Poder Judiciário sobre os atos praticados pela administração pública deve-se dar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Com base nesses princípios, o Estado-juiz verificará se o administrador, dentro do leque de opções disponíveis, optou pela mais adequada ao caso concreto, sem que, com isso, incorra em valoração e controle sobre a conveniência e a oportunidade dos atos da administração pública.

gem brasileira não adotou essas posições, as controvérsias que surgirem sobre a matéria deverão, em princípio, encontrar soluções casuísticas até que a doutrina e jurisprudência cristalizem uma opinião sobre o assunto, sem embargo de o legislador, a qualquer tempo, vir a promulgar lei nesse sentido e colocar, assim, um ponto final no problema.

Parte da doutrina administrativa entende que o contrato de concessão possui natureza híbrida, visto que é composto por cláusulas de natureza regulamentar, como as denominadas cláusulas exorbitantes do direito privado, e por outras tipicamente contratuais, como as cláusulas financeiras (que visam à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato), que são referentes exclusivamente à relação contratual das partes: poder concedente e concessionário.

Em relação a tais cláusulas contratuais, em princípio, não haveria impedimento para a adoção do juízo arbitral como forma de composição de eventuais controvérsias que surjam por ocasião de sua execução, desde que, é claro, as partes envolvidas manifestem esta intenção e cumpram todos os pressupostos contidos na Lei de Arbitragem. Adicionalmente, a adoção da arbitragem como composição de conflitos deverá estar prevista no edital de licitação.

5. Considerações finais

O Brasil vem atravessando uma série de modificações estruturais em sua economia e, em particular, assiste a uma mudança substancial das regras de funcionamento dos setores fornecedores de serviços públicos, de forma a adequá-los à gestão privada sob o monitoramento do Estado regulador.

A privatização desses serviços no Brasil veio acompanhada da constituição de órgãos reguladores, que foram dotados de uma série de requisitos para exercer, de forma adequada, sua missão regulatória de zelar pelo equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, monitorar o cumprimento desses contratos sob a ótica da qualidade e expansão dos serviços e, por fim, regular a concorrência naqueles setores nos quais for possível introduzir um ambiente baseado na competição entre os agentes, tal como é o caso do setor de telecomunicações.

O maior desafio para o exercício dessas funções é a inexistência de cultura regulatória no Brasil, o que impõe um processo de aprendizado permanente. Adicionalmente, impõe-se a adequação legal para que se possa aplicar a Lei de Arbitragem nos setores de serviços públicos.

A este respeito, a análise da experiência dos demais países latino-americanos, que também passam por este processo de transformação estrutural em suas economias, mostra uma situação paradoxal. Muito embora o Brasil apresente um estágio privilegiado em relação à constituição dos pila-

res regulatórios básicos para o exercício do novo papel do Estado nesses setores — agências independentes, legislação antitruste e de defesa do consumidor —, ainda está atrasado no que se refere ao exercício da arbitragem como mecanismo de pacificação dos conflitos oriundos da execução dos serviços públicos.

Deve-se frisar que a Lei de Arbitragem poderia ser adequadamente utilizada para este fim, o que torna imperioso o pronto posicionamento do STF sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, superando, assim, o clima de insegurança jurídica que ainda inibe a utilização do instituto da arbitragem no Brasil. O funcionamento eficaz de setores em transformações dinâmicas e nos quais proliferam novos atores privados requer uma rápida definição para a matéria.

Referências bibliográficas

Barbi Filho, C. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei nº 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada. *Revista Forense, 343,* 1998.

Carneiro, F. & Rocha, C. Reforma do setor público na América Latina: uma perspectiva comparada. In: Pinheiro, A. C. & Fukasaku, K. (orgs.). *A privatização no Brasil*. OCDE/BNDES, 2000.

Di Pietro, M. S. *Parcerias na administração pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3 ed. Atlas, 1999.

———. *Direito administrativo*. 12 ed. Atlas, 2000.

Giambiagi, F. & Além, A. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil.* Campus, 1999.

——— & Moreira, M. (orgs.) *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro, BNDES, 1999.

Meirelles, H. L. In: *Direito administrativo brasileir*o. 19 ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

Pinheiro, A C. Privatização no Brasil: Por quê? Até onde? Até quando? In: Giambiagi, F. & Moreira, M. (orgs.) *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro, BNDES, 1999.

Pires, J. C. L. Reestruturação competitiva e regulação nos setores de energia elétrica e de telecomunicações. Rio de Janeiro, IE/UFRJ, 2000. mimeog. (Tese de Doutorado.)

——— & Piccinini, M. Mecanismos de regulação tarifária no setor elétrico. *Revista do BNDES*. Rio de Janeiro, jun. 1998.

——— & ———. A regulação dos setores de infra-estrutura no Brasil. In: Giambiagi, F. & Moreira, M. (orgs.) *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro, BNDES, 1999.

Reale, M. Privatização da justiça. *O Estado de S. Paulo*, 5-10-1999.

Souto, M. J. V. Desestatização: privatização, concessões e terceirizações. 3 ed. Lumen Juris, 2000.

Stigler, J. The theory of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science, 2*(1), 1971.

Tiburcio, C. A Lei de Arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade do seu art. 7º. *Revista de Direito Administrativo*. Renovar (218), 1999.

Wald, A. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. RT (7), 2000.