

Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil

Pedro A. Batista Martins^[1]

1. Introdução. 2. Vantagens da Arbitragem. 3. Questões que Envolvem as Telecomunicações. 4. A Anatel e a Arbitragem.

1. INTRODUÇÃO

1. O setor de telecomunicações no Brasil experimentou um grande boom nos últimos anos graças ao processo de privatização que agitou o mercado e proporcionou uma série de investimentos nas antigas estatais.
2. Os recursos, em sua grande maioria, eram de titularidade de investidores estrangeiros que se viram atraídos pelas oportunidades do mercado brasileiro e seu enorme potencial de retorno do capital, associado ao número de usuários ávidos por uma melhoria nas telecomunicações, serviço este essencial ao desenvolvimento profissional e à uma qualidade nas relações interpessoais, afora as vantagens econômicas e sociais para o país.
3. Os investimentos em telecomunicações no Brasil se originaram, sobretudo, dos Estados Unidos da América e de países que compõem a União Européia. Tais investidores aplicaram seus recursos, primeiramente, na aquisição de participações acionárias nas empresas vinculadas à Telebrás e que atuavam no segmento de telefonia fixa e de longa distância, nacional e internacional. Em seguida, aplicaram, com recursos próprios das empresas privatizadas (em alguns casos, indiretamente de suas *parent companies*), em aquisição de equipamentos e novas tecnologias e no aumento da rede necessária a uma ampliação do mercado e da qualidade na prestação dos serviços. Investiram, também, nas áreas direcionadas pela Agência Reguladora (Anatel) essencial aos interesses maiores do Estado e da população menos privilegiada.
4. No rastro da privatização surgiram empresas novas de telefonia para concorrer com as antigas estatais e para preencher o segmento da telefonia móvel. No mesmo sentido, foram vários os investimentos feitos por tais companhias na busca de aquisição do mercado, na qualidade dos serviços e na criação de uma rede eficiente e ampla o suficiente a enfrentar a acirrada competição que se estabeleceu no setor de telecomunicações brasileiro.
5. Diante de tão vultosos investimentos e da enorme competição que dominou o mercado, era de se esperar que a conclusão dos contratos envolvendo o setor deveria passar, previamente, por uma análise do meio de resolução de potencial conflito, dado que as controvérsias impactam, sobremaneira, a equação financeira do negócio. Ou, na dicção econômica, repercutem diretamente nos custos de transação.
6. Afinal, o homem tem limitações insuperáveis e a própria dinâmica do mercado não mais permite a tomada de decisão no tempo adequado à certeza negocial. As relações jurídicas, por isso mesmo, normalmente são contratadas de forma incompleta, o que releva a importância dos mecanismos de solução de conflitos^[2]

7. A par da influência dos custos de transação na opção pela arbitragem, fato é que os investidores estrangeiros, regra geral, por desconhecimento e insegurança, buscam neutralizar os efeitos de uma influência da jurisdição do local dos investimentos através da escolha de um foro independente para solucionar eventuais divergências oriundas da transação entabulada.

8. A esse desejo alinha-se a necessidade de se ter resposta rápida e através de pessoas especializadas nos conflitos que resultam de contratos complexos, não raro de longo prazo, e que o dia a dia, resta comumente por mostrar que suas cláusulas e lacunas são objeto de interpretações e de uma necessária integração, de modo a viabilizar sua execução. Agrega-se a essa necessidade certa obsessão natural de se manter a relação comercial entre os contratantes em um cenário globalizado e de extrema competitividade^[3].

9. Frente a essa situação e ao volume de negócios desenvolvidos após a privatização do setor de telefonia nacional, era de se esperar a disseminação da cláusula de arbitragem nos contratos e acordos concluídos pelos parceiros e investidores desse segmento econômico^[4].

2. VANTAGENS DA ARBITRAGEM.

1. São vários os benefícios da arbitragem cantados aos quatro cantos pelos seus defensores. Celeridade, confidencialidade, especialidade, informalidade, etc.

2. Desses, penso, a especialidade e a disponibilidade dos árbitros são os que mais se embricam com a complexidade das relações jurídicas que marcam o setor de telefonia.

3. Outros, como a celeridade e a informalidade, conquanto importantes se aplicam a uma gama ampla de negócios e, por isso, se disseminam sem maiores preocupações ou vinculações de caráter pontual. Daí não retratarmos no presente estudo, voltado que é para um setor econômico muito peculiar.

4. Mas, de todo modo, não podemos deixar de mencionar que o uso da arbitragem é extremamente relevante para a manutenção das parcerias já que, como sabido, é instrumento baseado no consenso e na informalidade e que, por essa razão, facilita e, até mesmo, viabiliza uma transação no curso do procedimento. Ou, no mínimo, não torna inaceitável a continuação da relação entre os demandantes, pois a ruptura que se origina da controvérsia resta limitada e circunscrita no tempo e no espaço.

5. Com efeito, pode-se afirmar que a utilização da arbitragem vai ao encontro da vontade empresarial de resolver o conflito, sem que se perca o parceiro para os competidores. Aliás, nesse particular, a confidencialidade também agrega valor à resolução do conflito por arbitragem ao evitar que os concorrentes tenham conhecimento da discussão e, assim, possam se aproveitar do momento para um *approach* agressivo junto a uma das partes de modo a tê-la como cliente ou parceira em novos negócios.

6. Da mesma forma, a confidencialidade afasta da concorrência o acesso a uma eventual estrutura de negócios complexa e sofisticada implementada pelas partes e de extrema valia como diferencial para o desenvolvimento do negócio comercial.

7. Entretanto, ficamos, no caso concreto, com os benefícios da especialidade e da disponibilidade dos árbitros, como elementos primariamente determinantes do mecanismo da arbitragem como meio de

solução das disputas no setor de telefonia.

8. A telefonia, e mais amplamente as telecomunicações, invade terreno do mais variado e sofisticado do direito. Além de ser tema contemporâneo – antes, adstrito a empresas estatais sob controle e direcionamento comuns e, daí, de menor intensidade e debate jurídico – contempla matéria complexa, pois envolve conhecimento específico do funcionamento do mercado e, ainda, abrange várias áreas do direito, desde o administrativo até o corporativo, passando por regulação, civil, contratual e outros mais.

9. Para se ter uma leve ideia, a aplicação dos princípios e regras de direito tributário será ineficaz ou equivocada se o operador não dominar, como um todo, os caminhos que cercam o funcionamento exato desse segmento.

10. O mesmo podemos afirmar, talvez em menor grau de intensidade, da resolução das controvérsias de telecomunicações. O setor, como outros tantos, possui um jargão próprio e uma especificidade que o torna peculiar ao nosso direito.

11. A interpretação dos termos contratuais e a verificação de sua efetiva aplicação e de seu adequado discernimento requerem uma pessoa (árbitro) com conhecimento singular do negócio, inclusive de sua repercussão regulatória.

12. Matérias como acesso, interconexão, *last mile* e direito de passagem exigem do árbitro experiência em direito das telecomunicações, sob pena de a assimetria de informações acarretar aumento nos custos de transação.

13. Sim, a simetria de informações é um dado importante na solução das disputas e na equação econômico-financeira do contrato, e diz com a especialidade do árbitro.

14. Como bem ressalta **José Emílio Nunes Pinto**, “*A questão da especialização do árbitro assume contornos bastante relevantes quando da escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Deve-se ter em mente que os contratos complexos, por sua própria natureza, são tidos como contratos incompletos. A completude de um contrato, quando de sua elaboração, acarreta um aumento significativo dos custos de transação, razão pela qual as partes preferem deixar lacunas e omissões em seu texto para que sejam supridas quando da interpretação das cláusulas contratuais relativas à controvérsia que venha a surgir no curso de sua vigência... Nesse sentido, deve-se valorizar a especialização do árbitro na matéria objeto da controvérsia que, por deter o mesmo grau de informação das partes, poderá suprir adequadamente as lacunas e omissões contidas nos contratos incompletos. Pode-se mesmo afirmar que existe entre as partes e o árbitro especializado uma simetria de informações que assegura que a solução da controvérsia venha a se efetivar da forma esperada. Portanto, no que tange aos direitos patrimoniais disponíveis, quando da escolha entre o recurso ao Poder Judiciário e à arbitragem, deverão as partes analisar a importância do papel que possa vir a ser desempenhado pelo árbitro especialista.*” ^[5]

15. Frente a sofisticação do direito das telecomunicações e de suas nuances, parece fundamental que o árbitro nomeado tenha conhecimento de causa para dirimir, com efetividade, as questões que são postas em debate pelos demandantes.

16. Mas, não basta que o árbitro seja especialista na matéria, é preciso que ele disponha de tempo suficiente para enfrentar e resolver a disputa. Do árbitro se espera que seja diligente. É esse o texto da lei (art.13, par. 6o, Lei n. 9.307/96).

17. A disponibilidade é vantagem pouco decantada pelos estudiosos da arbitragem e não se confunde, conquanto se embrique, com a celeridade. A celeridade não diz, necessariamente, com a disponibilidade dos árbitros, mas esta, sim, é causa daquela. Podemos vislumbrar um procedimento célere, sem que os árbitros tenham disponibilidade. Comparada com o paradigma judicial, o procedimento arbitral será, regra geral, célere sem que possa afirmar que os árbitros tinham grande disponibilidade de tempo. Mesmo com dificuldades de agenda dos árbitros poderá a arbitragem ser resolvida em tempo bastante razoável.

18. Com efeito, a disponibilidade adentra outros fatores, como a análise detalhada das peças processuais elaboradas pelas partes, não raro com excessivo número de páginas e citações. A verificação cautelosa das provas documentais. A investigação ampla da transcrição dos depoimentos das testemunhas e dos representantes das partes. A disponibilidade permite ao árbitro uma acuidade na interpretação do contrato e a melhor integração de suas lacunas e omissões. Favorece a perseguição da verdade material.

19. Daí a vantagem de se indicar um árbitro com disponibilidade de tempo para o exercício de suas funções, mormente quando a matéria objeto da controvérsia embriça em uma rede complexa de especificidades cuja análise, absorção, discernimento e decisão dependerão, notadamente, de uma atenta e detalhada verificação dos fatos, das provas e do direito de cada parte.

3. QUESTÕES QUE ENVOLVEM A TELECOMUNICAÇÕES.

1. O sistema Das telecomunicações, como mencionado, interage com uma gama ampla de direitos que se conectam no campo contratual.

2. Sob o ponto de vista do investidor, o negócio se inicia com a formatação jurídica da sua participação acionária na companhia, daí advindo a fixação das regras estatutárias e, frequentemente, dado o volume enorme de recursos que a competitividade do setor reclama, a conclusão de um acordo de acionistas para a definição dos direitos, deveres e obrigações que alcançam e dividem a parceria comercial.

3. Pouco importa se o acordo de acionistas é de caráter defensivo ou não; o fato é que os acordos que contemplam o direito de voto, de veto, preferência na aquisição de ações, matérias sujeitas à unanimidade de voto, tag along, opção de compra ou de venda de ações e tantas outras matérias atinentes a esse negócio jurídico são, via de regra, passíveis de sujeição à arbitragem.

4. Importante salientar ser de todo conveniente que a companhia, objeto das participações acionárias detidas pelos contratantes, não só compareça como interveniente na transação como, também, se vincule e se obrigue aos efeitos da cláusula compromissória.

5. Salutar, também, que o recurso à arbitragem seja precedido de uma fase de negociação ou mediação. Entretanto, recomendável que se fixe o mecanismo que dá início a essa fase e aquele que lhe põe fim.

6. Ainda na visão do investidor, sua relação com o Estado se faz através da assunção das obrigações constantes do Contrato de Concessão. Nesse particular, a arbitragem se faz presente, conquanto em

alcance diminuto, como se verá mais adiante. Muitas outras matérias conflituosas poderiam ser objeto de arbitragem mas, no particular, a Anatel entendeu por bem resumí-las a três hipóteses, a saber: (a) violação dos direitos da operadora no que toca à proteção de sua situação econômica; (b) revisão de tarifas, e (c) fixação das indenizações devidas quando da extinção do contrato, inclusive quanto aos bens reversíveis.

7. Quanto a empresa operadora de telefonia, objeto dos investimentos, temos que em praticamente todos os seus contratos com fornecedores, parceiros e contratados é viável (e recomendável) a adoção da arbitragem como meio de resolução dos conflitos deles oriundos.

8. Os contratos de fornecimento de *hardware* e licenciamento de *softwares* para aplicação nas atividades de telecomunicações, assim como a compra e venda de satélite, podem redundar em conflitos complexos que muito se amoldam a experiência e aos conhecimentos dos árbitros.

9. Os contratos de arrendamento de *transponders* e transmissão dos sinais (*up link, down link*) para televisões e outros fins comerciais reclamam uma resposta adequada para a solução das diversas questões que podem surgir desse negócio. São casos de deficiência ou má qualidade na transmissão dos sinais, descumprimento de certas obrigações e força maior. Pode-se ter situações que imponham a conclusão de mais de um contrato, todos relacionados, e outras que vinculam relações *back to back*.

10. No caso de televisão, não vejo diferença entre aquelas particulares e as demais ligadas ao Estado, como é o caso das televisões educativas. A disponibilidade dos direitos coexiste nos dois campos televisivos e a finalidade antevista nas TV's educativas não modifica a natureza disponível dos direitos e obrigações contratados. Conquanto a execução de um contrato da espécie reste fundamental para um dos contratantes, a ponto de sua paralisação ou suspensão vir a afetar direitos de terceiros, tal não significa que o uso da arbitragem deve ser evitado ou, mesmo, vedado.

11. O mesmo se diga dos contratos de interconexão e de acesso a instalações de outras operadoras. Tratam de relações de caráter comercial de cuja disponibilidade as partes são titulares. Os direitos contratados são de cunho patrimonial e passíveis de disposição. O negócio se conclui com fins comerciais, não sendo relevante se uma das partes, por força de previsão regulatória, esteja impedida de negar a interconexão ou o acesso.

12. Ainda mesmo se o circuito que se pretende cancelar a utilização, por violação contratual, servir para atender a um cliente da operadora inadimplente que preste serviço de natureza pública (v.g. Polícia; Corpo de Bombeiros, Hospitais). Essa situação final será motivo, sim, para uma certa cautela do painel de árbitros mas não se constituirá em um empecilho para se solucionar, por arbitragem, o dilema ou o descumprimento de uma obrigação surgida de um contrato de interconexão ou acesso firmado por operadoras do serviço de telecomunicações, no âmbito de sua autonomia e disponibilidade jurídica.

13. Nesse particular, um alerta: não se deve confundir ordem pública com indisponibilidade. Nem tudo o que é de ordem pública será, necessariamente, indisponível; conquanto o inverso seja verdade.

14. O árbitro não pode enfrentar matérias de direito indisponível. No entanto, detém jurisdição para analisar e decidir questões que toquem a ordem pública. O que lhe é vedado, nesse particular, é violar as regras relevantes de caráter imperativo. Por exemplo, as disputas originadas do arrendamento de *transponders* para fins exclusivamente militares poderão, via de regra, ser resolvidas por arbitragem.

Inobstante o fim contratual, serão, com certeza, muito poucas as questões que possam atentar contra um interesse relevante e superior do Estado.

A regra geral é a disponibilidade e seu reverso a exceção. E, como exceção que é, assim deve ser tratada. De forma restrita.

4. A ANATEL E A ARBITRAGEM.

1. Sob o ponto de vista da prática, as Agências Reguladoras e os meios extrajudiciais de solução de conflitos são fenômenos recentes no cenário jurídico brasileiro.
2. É interessante notar que a trajetória das Agências Reguladoras coincide com o momento contemporâneo da chamada *democratização social* em que se encaixam a mediação e a arbitragem.
3. Os dois institutos –regulação e solução extrajudicial - surgem justamente no instante em que o Estado reprime sua intervenção na economia e repassa ao particular direitos e obrigações, até então, administrados intensamente pelo setor público.
4. Com a desregulamentação e a privatização, fenômenos ocorridos na década de 1990, o Estado aponta para uma atuação mais forte nos setores primários de infraestrutura, educação e habitação e, por outro lado, altera sua função de interventor para a de mero supervisor da atuação da sociedade.
5. Nesse cenário surge a Anatel, exatamente, para coordenar a atividade de telecomunicações que, com a privatização, ganhou novos agentes e um amplo espaço de atuação, com a aquisição de direitos que se encontravam encastelados nas mãos do Estado.
6. É nessa realidade que ressurge o princípio da autonomia da vontade, esquecido por longos anos dada a maciça intervenção estatal e a visão distorcida do Estado-Providência, ainda hoje perseguida por alguns míopes, sob o pressuposto de que ao Estado cabe proteger e prover tudo, a todos, ilimitadamente. Como se o Brasil, antes de tudo, fosse um país rico e com elevado nível de poupança.
7. Frente a adoção de uma visão mais libertária nas relações econômicas, onde os direitos são exercitados mas os deveres e as obrigações, por seu turno, devem ser cumpridas, o papel da Anatel surge como contraponto na preservação da livre concorrência, na proteção dos usuários dos serviços de telecomunicações e na supervisão do cumprimento das obrigações a cargo das operadoras.
8. Dentre outras atribuições, pode a Agência solucionar conflitos relativos a interconexão, ao compartilhamento de infraestrutura – entre operadoras de telecom ou relacionados aos prestadores de serviços relacionados ao petróleo e a energia elétrica - e aos conflitos resultantes do Contrato de Concessão e, ainda, àqueles havidos entre a concessionária e o usuário dos serviços.
9. Excetuada a hipótese de disputa entre a concessionária e a Anatel, resultante do Contrato de Concessão, todos os demais procedimentos de arbitragem não se submetem aos preceitos que norteiam a Lei n. 9.307/96. São chamados de arbitragem mas, desse instituto, muito se distanciam.
10. Menos um pouco aquele que surge de uma disputa de compartilhamento de infraestrutura envolvendo

prestadores dos setores do petróleo, telecomunicações e energia elétrica.

11. Nesses casos, existem regras claras sobre suspeição e impedimento dos árbitros e sobre o dever de revelação. Deixando de comparecer uma das partes, o procedimento terá normal seguimento e a decisão será vinculativa, descabendo recurso. No entanto, a matéria poderá ser revista em sede judicial.

12. Nos demais casos, os árbitros são nomeados pelo presidente da Agência e a decisão fica sujeita ao duplo grau, já que pode ser objeto de recurso ao Conselho Diretor da Anatel. Conquanto se tenha regras sobre suspeição e revelação, vê-se que o procedimento mais se aproxima de uma instância administrativa.

13. Ressalte-se que, apesar de que a decisão “arbitral” proferida no âmbito da Agência possa ser submetida ao Poder Judiciário, nada impede, em princípio, que as partes acordem sujeitá-la à análise e julgamento de árbitros, de conformidade com a lei de arbitragem.

14. Por sinal, essa opção pode superar a insensibilidade, percebida nas Agências Reguladoras como um todo, quanto ao problema da equação econômico-financeira do negócio, dado extremamente delicado para os investidores.

15. Por fim, é no Contrato de Concessão que vamos encontrar a verdadeira arbitragem, nos termos de que dispõe a Lei n. 9.307/96.

16. Infelizmente, de forma bastante limitada, vez que somente se aplica aos conflitos relacionados a situação econômica da concessionária, a revisão de tarifas e a indenizações devidas ao término do contrato, incluindo a reversão dos bens vinculados à concessão.

17. São poucas as hipóteses, mas nada impede, entretanto, que outros conflitos sejam levados à arbitragem, por manifestação de vontade da Agência e da concessionária.

1. Advogado, Professor e Consultor em Arbitragem. [?](#)

2. Los tribunales no siempre son capaces de resolver las disputas contractuales eficientemente. El estudio de los contratos es extendido a partir de las normas jurídicas hasta incluir una evaluación de estructuras de gobierno alternativas, de las cuales los tribunales son sólo una. La preocupación con las estructuras de gobierno lleva al análisis económico de los costos de transacción. La racionalidad limitada y los comportamientos oportunistas son elementos característicos de la realidad y son el fundamento de la economía de los costos de transacción. La teoría del contrato relacional trata de relaciones de muy largo plazo entre, por ejemplo, compradores y vendedores que deben realizar inversiones con transacciones específicas, y están sujetos a la posibilidad de un oportunismo ex post. Debido a los costos de información y los costos de verificación, un orden judicial no es eficaz y es conveniente, entonces, una técnica de orden privado. (Juan Vicente Sola, Constitución y Economía, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, pp. 283-284). [?](#)

3. Para Cooter e Ulen, dos 6 princípios que devem guiar a estrutura do direito contratual, um deles diz respeito aos mecanismos eficientes de interpretação das lacunas contratuais. (apud, German Coloma, Analisis Economico del Derecho – Privado y regulatorio, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, p.190). [?](#)

4. Essa escolha [pela arbitragem] tem a ver com os custos de transação a serem suportados pelas partes, já que, em razão do contraditório decorrente da garantia constitucional do devido processo

legal e do sistema horizontal e vertical de recursos das decisões proferidas, a escolha pelo Poder Judiciário não pode ser avaliada como sendo a custo zero. Assim sendo, caberá sempre às partes avaliar, em cada caso, o impacto que o sistema de solução de controvérsias poderá ter sobre os custos de transação, admitindo-se sempre, no entanto, que, em matéria de direitos indisponíveis, o custo associado ao recurso obrigatório ao Poder Judiciário para solução de controvérsias a eles relativas deve ser tratado como um custo que não poderá vir a ser afastado pelas partes. Portanto, pode-se afirmar com segurança que a escolha pela arbitragem obedece, ainda que não exclusivamente, mas, em grande parte, em considerações de natureza econômica da transação. Esta é a razão pela qual vimos afirmando que a escolha pela arbitragem para a solução de controvérsias contratuais é elemento integrante da equação de equilíbrio econômico do contrato. (José Emílio Nunes Pinto, A Arbitragem na Recuperação de Empresas, in Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 7, outubro-dezembro de 2005, Editora RT, p.80). [?](#)

5. *op. cit.*, p. 80. [?](#)