

Repositório Autorizado de Jurisprudência:  
Supremo Tribunal Federal: nº 28/00  
Superior Tribunal de Justiça: nº 44/00  
Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª e 4ª Regiões

Editada e distribuída em todo o território nacional por:  
**NOTADEZ INFORMAÇÃO LTDA.**  
Av. Rubem Berta, 1420 – 93218-350  
Sapucaia do Sul (Grande Porto Alegre) – RS

**Assinaturas:**

São Paulo: (11) 3367-1010  
Rio Grande do Sul e Demais Estados: Fone/fax: (51) 3451.8500  
Internet: [www.notadez.com.br](http://www.notadez.com.br) e [www.interessepublico.com.br](http://www.interessepublico.com.br)  
E-mail: [vendas@notadez.com.br](mailto:vendas@notadez.com.br)

Todos os direitos reservados a Notadez Informação Ltda. Proibida a reprodução, parcial ou total, sem a citação da fonte.  
Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.  
Distribuída em todo o território nacional  
E-mail para remessa de artigos: [editorial@notadez.com.br](mailto:editorial@notadez.com.br)

**INTERESSE PÚBLICO** – Ano 8, nº 37, maio/junho de 2006 – Porto Alegre : Notadez.

Revista de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.  
Bimestral.

Diretor: Marco Antônio C. Paixão

1. Direito Público-Periódico 2. Direito Administrativo-Periódico 3. Direito Tributário-Periódico I. Marco Antônio C. Paixão

CDU 34(05)

Editoração eletrônica: Notadez Informação Ltda.

Tiragem: 3.500 exemplares

**IP**

# Interesse Público

ANO VIII – 2006 – Nº 37

## CONSELHO EDITORIAL

Presidente: Prof. Juares Freitas  
(Presidente do IBDA, Prof. da PUC/RS e UFRGS)

Prof. Carlos Ari Sundfeld (Presidente da Soc. Bras. Dir. Público)  
Minª Cármen Lúcia Antunes Rocha (STF)

Dr. Cezar Miola (MP de Contas)

Prof. Clemerson Metlin Clève (UFPR e UNIBRASIL)

Prof. Fabrício Morita (IGDA)

Profª Germana de Oliveira Moraes (UFC)

Prof. Fernando Facury Scaff (UFPA)

Prof. Heleno Javeira Torres (JSP e PUC/SP)

Cons. Helio Saul Mileski (Tribunal de Contas/RS)

Prof. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS)

Min. José Augusto Delgado (STJ)

Prof. Luis Roberto Barroso (UERJ)

Prof. Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Prof. Odilon Borges (Cândido Mendes/ES)

Dr. Oscar Breno Stahnke (DPM)

Prof. Paulo Affonso Leme Machado (UNIMEP)

Prof. Paulo Bonavides (UFC)

Prof. Paulo Caliendo (PUC/RS)

Prof. Paulo Modesto (UFBA)

Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho (IBDA)

## DIRETOR

Marco Antônio C. Paixão

## COORDENADOR GERAL

Prof. Alexandre Pasqualini

PUBLICAÇÃO

**NOTADEZ**

Informação em Grau Máximo

[www.interessepublico.com.br](http://www.interessepublico.com.br)

PROVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCON, Pietro de Jesus Lora (orgs.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SGARBOSSA, Luís Fernando. A emenda constitucional n.º 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>>. Acesso em: 11.02.06.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. Comentários completos à emenda constitucional n.º 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

## MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO\*

### I – A UTILIDADE DA ARBITRAGEM

1. O tema da arbitragem situa-se na esfera dos instrumentos alternativos para a solução de conflitos de interesse. De crescente prestígio, este instrumento é festejado em razão de sua capacidade de proporcionar soluções mais rápidas dos conflitos (especialmente em matérias de marcante viés técnico, relativamente às quais a morosidade do Poder Judiciário é acentuada), além de permitir que esta solução seja assentada em critérios equânimes e justos, não apenas na estrita legalidade.

2. Através dos procedimentos de arbitragem, prescinde-se do recurso ao Poder Judiciário, promovendo-se a solução privada dos conflitos.

3. No âmbito da Anatel, esta solução é ainda mais necessária diante da complexidade técnica que acompanha muitos dos conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como diante da existência de diversos vícios regulatórios, o que se constitui em fonte por excelência de conflitos de interesse entre as prestadoras.

### II – LIMITES DA ARBITRAGEM

4. Para entendermos os limites e contornos dos procedimentos de arbitragem e de sua possível utilização pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, partimos inicialmente de um conceito basilar do Estado de Direito, que é o monopólio estatal da jurisdição. Resumidamente, podemos dizer que só ao Estado, por meio do Poder Judiciário, é dada a competência para dirimir os conflitos de interesses.

5. Neste sentido, é garantido constitucionalmente que a lei não possa excluir a apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

6. A possibilidade de se recorrer à arbitragem decorre do fato de que esta não é imposta por lei (como veda a Constituição Federal), mas advém da vontade

\*Advogado. Doutor em Direito Público pela USP. Professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo.

livre dos interessados, que resolvem submeter-se a este procedimento, acordando entre si que um conflito em particular já existente ou que futuros conflitos que venham a existir em suas relações sobre determinada matéria sejam solucionados mediante procedimento de arbitragem.

7. Diante disso, o recurso à arbitragem, em seu sentido próprio (veremos que a utilização do termo no Regimento Interno da Anatel é imprópria), dependerá sempre de expressa manifestação de vontade do interessado, não lhe podendo ser imposta. Dizendo em outras palavras, nenhuma forma de solução não-judicial dos conflitos que não seja fruto de prévio assentimento (quanto à submissão à arbitragem) pelas partes pode ter suas decisões excluídas da apreciação pelo Poder Judiciário.

8. Cabe também às partes dispor sobre a submissão delas a regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Podem, ainda, decidir que a arbitragem se dê mediante regras e procedimentos próprios, por elas estabelecidos.

### III – DISPOSIÇÕES DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

9. A Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 19, inciso XVII, atribui competência à Agência para *compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadores de serviço de telecomunicações*. Neste dispositivo, vemos autorização para que a Agência, *submetida ao controle jurisdicional*, componha (decida) administrativamente os conflitos de interesses entre as prestadoras. Com as mesmas restrições (submissão ao controle do Poder Judiciário), o inciso XVI lhe atribui competência *para deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos*.

10. Assim dispondo, a Lei nº 9.472 foi fiel à limitação constitucional já mencionada, que a impedia de suprimir o controle jurisdicional sobre seus atos.

### IV – DISPOSIÇÕES DO REGIMENTO INTERNO

11. Já o Regimento Interno da Anatel (Resolução nº 197/99) contém dois dispositivos (artigos 62 e 63) a respeito de mediação e de arbitragem.

12. Em verdade, o artigo 62 tem todas as características da arbitragem propriamente dita. Tal dispositivo autoriza a interpretação de que a Anatel se autodefiniu – indo além do que constitui seu dever legal previsto no inciso XVII do artigo 19 da LGT, já analisado acima – como um órgão arbitral institucional (artigo 5º da Lei Federal nº 9.307/96), ou seja, um órgão que pode, desde que este seja o desejo das prestadoras de serviço de telecomunicações envolvidas, ser encarregado de solucionar conflitos de interesses entre elas.

13. Nesta hipótese, estaremos diante de arbitragem cuja decisão final não pode ter seu mérito discutido perante o Poder Judiciário, vinculando de modo absoluto as partes envolvidas. Embora qualificada de “mediação”, o artigo 62 prevê a própria hipótese de arbitragem.

14. O disposto no artigo 63, por seu turno, que se refere à hipótese de “arbitragem”, é, na verdade, a simples representação de solução dos conflitos na esfera administrativa, representando hipótese em que a Agência exerce papel judicante, mas cujas decisões estarão sempre sujeitas a controle jurisdicional. Neste caso, é desnecessária qualquer concordância por parte dos interessados que se submetem à decisão, que possui auto-executoriedade própria das decisões administrativas.

15. Feitas estas considerações, passamos a discorrer brevemente sobre alguns tópicos relevantes para o tema:

#### A) *Renúncia à Jurisdição*

16. Quanto a este tópico, viu-se que em matéria de arbitragem propriamente dita esta ressalva não é viável. A decisão de escolher um árbitro para a solução de conflitos conforme prevê a Lei nº 9.307/96 embute em si mesma a renúncia ao debate do mérito da decisão junto ao Poder Judiciário. Há exceções, mas estas dizem respeito a vícios formais (nulidade da cláusula em que se pactuou a arbitragem, suspensão do árbitro, além de outras que ensejam Embargos do Devedor).

17. É importante destacar, porém, que, como foi mencionado, as partes envolvidas podem constituir fórum próprio destinado à arbitragem ou eleger outro órgão para funcionar como árbitro, não sendo obrigadas a delegar à Anatel o desempenho desta função, especialmente considerando, como consta dos tópicos seguintes, a grande preocupação quanto à morosidade da Anatel.

B) *Estabelecer Procedimentos Administrativos Simplificados (Mais Oralidade, Concentração dos Atos, Etc.) Que Permitam à Agência Maior Agilidade na Composição Administrativa dos Conflitos de Interesse*

18. Em matéria de arbitragem, um dos grandes objetivos perseguidos é a celeridade. Busca-se no árbitro a rapidez que o Poder Judiciário não tem. Não é razoável, pois, que se recorra à arbitragem sem que se tenham garantias quanto à celeridade da decisão.

19. Esta sugestão, portanto, pode ser concretizada mediante proposta de alteração dos regulamentos da Anatel, o que seria condição imprescindível para que as prestadoras se interessassem pela arbitragem tendo a Anatel como órgão arbitral institucional.

C) *Exigir da Agência o Cumprimento dos Artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784*

20. Considerando que o comando legal não tem sido bastante para que todos os casos sejam decididos (LGT, artigo 48) e, ainda, para que isto ocorra no prazo previsto em lei (LGT, artigo 49), caberia ao interessado recorrer ao Poder Judiciário contra as omissões.

21. Além disso, os interessados podem fixar em sua cláusula compromissória o prazo para decisão final da Anatel, sob pena de sua decisão perder seu caráter vinculante e autorizar as partes para que recorram ao Poder

Judiciário. Tal previsão teria fundamento na liberdade de contratar, bem como no disposto no artigo 11 da Lei nº 9.307/96.

*D) Ampliar os Casos de Aplicação do Mecanismo de Arbitragem (Hoje Só Previsto para Conflitos Relativos a Contratos de Interconexão). Adaptando Estes Mecanismos para que Sejam Entendidos como "Compromisso Arbitral"*

22. Para que alcance a força de um compromisso arbitral, tal como previsto na Lei nº 9.307/96, é necessário e suficiente que assim o decidam as partes interessadas.

23. Mais importante, porém, do que o compromisso arbitral, que é firmado diante um litígio concreto (exige-se que dele conste, inclusive, a matéria que será objeto da arbitragem), as prestadoras devem firmar *cláusula compromissória* de caráter geral, que teria força bastante para forçar a posterior instituição da arbitragem.

24. Por outro lado, a aplicação do procedimento previsto no Regulamento de Interconexão a outras matérias arbitradas pela Anatel (ou mediadas, como define o artigo 62) depende da própria Agência, podendo os interessados, como dito anteriormente (item b), condicionar a assinatura da cláusula compromissória a alterações regulamentares que detalhem melhor e deem mais agilidade ao processo decisório das matérias submetidas à arbitragem da Anatel.

25. É relevante destacar que o procedimento constante do Regulamento de Interconexão, como foi dito no início destes esclarecimentos, tem em si apenas o caráter de um procedimento para solução de litígios na esfera administrativa. Sua decisão não tem a força de uma sentença arbitral se não houver expressa anuência das partes neste sentido, como previsto no artigo 62 do Regimento Interno da Anatel. Em outras palavras, uma pretensão resistida pode ser levada ao Poder Judiciário.

*E) Criar Mecanismo de Mediação Voluntária Entre Operadoras que Permita Esgotar da Maneira Mais Rápida Possível o Plano Administrativo*

26. Como já foi esclarecido no início, nada obriga que a arbitragem (com a força prevista na Lei nº 9.307/96) em matéria de telecomunicações tenha como órgão de arbitragem a Anatel.

27. As prestadoras, assim, têm liberdade de contratar sobre a matéria, seja criando um fórum próprio de solução de conflitos, seja elegendo um organismo já existente e delegando a ele esta competência.

28. Se o fizerem, terão igualmente ampla liberdade para fixar os parâmetros que permitam maior celeridade às decisões.

Em linhas gerais, estes são os pontos relacionados com a matéria que podem ser desenvolvidos com vistas a reduzir a conflitividade regulatória e aumentar a eficiência decisória da Anatel.

## VERTICALIZAÇÃO, CLÁUSULA DE BARRERA E PLURALISMO POLÍTICO: UMA CRÍTICA CONSEQÜENCIALISTA À DECISÃO DO STF NA ADIN 3685

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO\*

*Sumário:* Introdução; 1 – Os preceitos legais pertinentes: artigo 6º da Lei 9.504, a Resolução 21.002 do TSE e o § 1º do art. 17 da Constituição Federal; 2 – A ADIn 3.685 e a polêmica instaurada na Corte; 3 – A cláusula de barreira e a sua conjugação com a verticalização; 4 – O idealismo da tese vencedora: uma análise consequencialista; 5 – Argumentos consequencialistas na jurisprudência do STF; 6 – Consequencialismo e leitura moral da Constituição; 7 – O contextualismo e a atribuição do status de cláusula pétreia a garantias fundamentais: um parâmetro contextualista e teleológico; 8 – O argumento consequencialista e a confiabilidade das premissas empíricas. Nota final.

### INTRODUÇÃO

Recentemente (22.03.2006), o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Emenda 52, que dava fim à chamada "verticalização", não poderia ser aplicada às próximas eleições, que terão lugar em outubro de 2006. A decisão do STF se apoiou no artigo 16 da Constituição Federal, que estabelece a regra da anualidade eleitoral. Segundo essa regra, qualquer mudança na legislação só pode incidir sobre as eleições que ocorrerem depois de um ano de sua entrada em vigor. Como a Emenda 52 foi promulgada em 8 de março de 2006, e o pleito ocorrerá em outubro deste mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal a julgou inaplicável, ao contrário do que previa a própria Emenda, em seu artigo 2º. No contexto em que teve lugar, a decisão do STF quase não foi criticada. Não houve, por exemplo, quem a tenha criticado sob o argumento de ter interferido excessivamente na esfera de deliberação dos representantes eleitos pelo voto do povo.

\* Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: claudiopsneto@vm.uff.br.