

ARBITRAGEM E REGULAÇÃO

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 27/2010 | p. 70 - 102 | Out - Dez / 2010
Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 4/2014 | p. 603 - 634 | Set / 2014
DTR\2010\751

Alexandre Santos de Aragão

Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito Público pela Uerj. Professor de Direito Administrativo na Uerj e do Mestrado de Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Área do Direito: Constitucional; Administrativo; Arbitragem

Resumo: O artigo visa discutir se as controvérsias regidas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Constitucional surgidas entre concessionárias de serviços, bens ou monopólios públicos e seus clientes podem ser submetidas à arbitragem. Parte-se dos conceitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva para concluir que inexistente restrição à aplicação de normas de direito público por Tribunais Arbitrais à medida que a lide envolva direitos disponíveis.

Palavras-chave: Arbitrabilidade - Regulação - Concessionárias - Serviços públicos - Bens públicos

Abstract: The article aims at discussing whether disputes between public services or goods assignees and public monopolies and their customers, that involve the application of Administrative and Constitutional Law might be submitted to arbitration. It starts from the concepts of subjective and objective arbitrability to conclude that there is no restriction to the application of public law norms by Arbitral Tribunals as long as the dispute involves disposable rights.

Keywords: Arbitrability - Regulation - Assignees - Public services - Public goods

"Le droit de l'arbitrage international est dominé par un mouvement général de favor arbitrandum. Il existe quelques îlots d'inarbitrabilité au milieu d'un océan d'arbitrabilité" (Jean-Baptiste Racine, 1999).

Sumário:

1. Introdução - 2. Arbitrabilidade subjetiva - 3. Arbitrabilidade objetiva - 4. Inexistência de interesse jurídico dos reguladores sobre causas em que se discuta a interpretação de normas por eles editadas

1. Introdução

O presente artigo versa sobre a controvérsia do cabimento ou não da arbitragem de causas entre pessoas jurídicas de direito privado que envolvam a aplicação de normas de direito público, inclusive as de caráter regulatório, editadas ou não por agências reguladoras.

Mais especificamente visa a aferir se as lides regidas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Constitucional entre concessionárias de serviços, bens ou monopólios públicos e seus clientes podem ser submetidas à arbitragem.

Pode em tese ser invocado contra a arbitrabilidade o eventual interesse público que reveste a aplicação de tais normas ou a suposta necessidade de os órgãos ou entes públicos que as editaram também terem que participar do processo no qual elas serão aplicadas.

A análise quanto à arbitrabilidade de uma determinada controvérsia deve ser feita considerando-se dois aspectos: (a) o subjetivo, referente à capacidade das partes, ou

seja, quais pessoas podem sujeitar-se à arbitragem; e (b) o objetivo, que delimita quais matérias podem ser submetidas ao juízo arbitral.

2. Arbitrabilidade subjetiva

Iniciamos nossa análise pelo tema da arbitrabilidade subjetiva, isto é, se as pessoas envolvidas no litígio em comento podem ser partes em um procedimento arbitral, instaurado nos moldes da Lei 9.307/1996.

Dispõe o art. 1.º da Lei 9.307/1996 que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Neste tópico analisaremos a natureza jurídica das partes nas situações genéricas descritas na Introdução, de modo a demonstrar não haver qualquer impedimento a que se submetam a um juízo arbitral.

Ressalte-se, desde logo, que o art. 1.º da Lei 9.307/1996 não restringe as pessoas capazes de se valer da arbitragem àquelas "de direito privado" ou, ainda, "não integrantes da Administração Pública".

Sabe-se, no entanto, que em alguns casos as pessoas administrativas estão impedidas de adotar essa espécie de solução de controvérsia, situações essas, no entanto, que se voltam mais à natureza da atividade desenvolvida (quando, por exemplo, atuam com seu poder de império)¹ do que à natureza jurídica da pessoa.

De todo modo, apesar de algumas assertivas até certo ponto óbvias, com a finalidade de deixar sistematicamente completa a nossa análise, passamos a esclarecer abaixo as razões pelas quais as partes privadas, ainda que empresas estatais, que litigam sobre como devem ser aplicados/interpretados atos regulatórios satisfazem o critério de "partes capazes de contratar" para submeter seus conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, mesmo que uma das partes seja concessionária de serviço público.

É preciso lembrar que as concessionárias de serviços públicos não integram a Administração Pública, sendo apenas entidades que colaboram no desenvolvimento de atividades econômicas de relevante interesse público, tais como igualmente o são as associações civis sem fins lucrativos e as fundações privadas.

Basta observar o art. 4.º do Dec.-lei 200/1967 para se concluir que as concessionárias de serviços públicos não integram a Administração Pública.

Embora a concessionária seja delegatária de uma atividade pública - a prestação de serviços públicos - é indubitável a sua natureza privada, de caráter empresarial, assim como privados são os contratos que ela celebra com seus clientes.

Ainda que se considere que há um relevante interesse nas atividades prestadas pelas delegatárias de serviços públicos, esse interesse não as transforma em partes da Administração Pública nem os contratos por ela celebrados com outros particulares em contratos de direito público.²

Nesse sentido, decidiu o STJ que as concessionárias não estão sujeitas a deveres típicos de entes administrativos, como a obrigação de licitar:

"Mandado de segurança. Ato de empresa privada concessionária de serviço público. Descabimento.

1. As empresas privadas, embora concessionárias de serviço público, não estão obrigadas a submeter suas compras ou a contratação de serviços ao regime de licitação. Se os submetem, o fazem por interesse próprio, mas os atos assim praticados não se transformam em ato administrativo, e o contrato que daí resulta não será um contrato de direito público. Continua, como é da sua natureza, um simples ato particular de

gestão, típico ato jurídico privado. Não sendo ato de autoridade, não há como supor-se presente a viabilidade de atacá-lo pela via do mandado de segurança.

2. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 429.849/RS, 1.ª T., j. 09.09.2003, rel. Min. Francisco Falcão, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 10.11.2003, p. 159).

No mesmo sentido, o STJ negou a uma concessionária de serviço público o manejo de instrumento processual próprio a entes da Administração Pública, para que aquela defendia interesses próprios e de natureza privada:

"Agravo regimental. Suspensão de segurança. Brasil Telecom S.A. Licitação. Fornecimento de acesso à Internet. Concorrência com Embratel. Ausência de interesse público. Ilegitimidade ativa.

(...)

4. Evidencia-se a ilegitimidade da Brasil Telecom S.A. para propor pedido de suspensão de segurança, tendo em vista que manifesta o intuito de defender interesse próprio, eminentemente particular, pretendendo a adjudicação de contrato com órgão público, em igualdade de concorrência com outra concessionária pública, a Embratel.

5. Constitui pressuposto objetivo de admissibilidade de qualquer recurso a motivação, cumprindo ao recorrente não apenas declinar as razões de seu inconformismo, mas atacar precisamente os fundamentos que embasaram a decisão recorrida (art. 514, II, do CPC (LGL\1973\5)).

(...) 7. Agravo Regimental não conhecido" (AgRg na Suspensão de Segurança 1.277/DF, Corte Especial, j. 25.10.2004, rel. Min. Edson Vidigal, DJ 06.12.2004, p. 174).

A decisão deixa claro que as delegatárias de serviço público possuem interesses próprios, distintos dos interesses públicos que decorrem da prestação do serviço público, sendo necessário distinguir ambas as situações.

Uma coisa é a concessionária estar, por exemplo, pleiteando a adequação de usuários às normas técnicas de segurança do serviço; outra, completamente diferente, é estar litigando por uma maior receita ou, o seu equivalente contábil, por uma menor despesa. Por este raciocínio, qualquer relação contratual da concessionária com outros particulares não poderia ser arbitrável por envolver a estrutura econômica da concessão e conseqüentemente, ainda que potencialmente, os investimentos programados ou a modicidade tarifária.

Com efeito, uma lide oriunda de contrato, por exemplo, de locação, de um conjunto de contratos de trabalho, ou de fornecimento de insumos, pode, a depender do caso, afetar profundamente a saúde financeira da concessionária e, eventualmente, até a equação econômica da concessão: um aumento na locação da sede da concessionária pode levar ao aumento de custos relevantes para a revisão da tarifa. Mas nem por isso, as questões contratuais e financeiras de interesse da concessionária passam a ser de interesse público.

Se os interesses patrimoniais e financeiros do Estado, ditos interesses públicos secundários, podem, de acordo com a orientação hoje plenamente dominante, ser objeto de arbitragem, por que o interesse financeiro de uma concessionária alheia a Administração Pública, que se comprometeu a explorar o serviço por sua conta e risco, não o seria?

Na verdade, por essa razão, como veremos no tópico seguinte, mesmo se o fosse o próprio Estado o prestador do serviço público, tais lides, por envolverem interesse de caráter econômico-financeiro, seriam perfeitamente arbitráveis. Basta nos lembrarmos do leading case de arbitrabilidade (REsp 612.439) envolvendo uma entidade da

Administração Pública prestadora de serviço público de distribuição de energia elétrica e fornecedora do seu principal insumo (a própria energia elétrica), que por envolver matéria econômica foi considerada arbitrável. Vê-se, portanto, que não seria cabível a concessionários alegar que, apesar da matéria ser financeira, tem reflexos no interesse público, já que muitos mais reflexos de interesse público teria o contrato de fornecimento da própria energia elétrica para o serviço público de sua distribuição, sem o qual ele nem existe.

Por fim, ainda que se entendesse que a natureza de delegatária de atividade tipicamente estatal - como o é a prestação de serviços públicos - atraísse para a concessionária o regime jurídico típico às pessoas administrativas de caráter empresarial (como empresas públicas e sociedades de economia mista), ainda assim seguiria sendo possível o manejo da arbitragem.

Conforme diversas vezes já decidiu o STJ, ao confirmar a validade de compromisso arbitral firmado por sociedade de economia mista, também as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta podem ter suas controvérsias submetidas a tribunal arbitral, desde que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis.

Apesar da extensão da ementa do acórdão do STJ, pedimos licença para transcrevê-la praticamente na íntegra, dada a clareza com que afirma a legalidade de compromisso arbitral firmado por entidades da Administração Pública para dirimir questões de natureza meramente patrimonial, independentemente de seus eventuais reflexos não econômicos, lembrando, inclusive, a clássica decisão do STF proferida no Caso Lage.

A decisão abaixo transcrita demonstra que, ainda que se considerasse ser muito ampla a incidência do direito administrativo sobre os concessionários de serviço público, não há óbice a que até a própria Administração Pública firmasse compromisso arbitral em casos tais como os descritos na Introdução:

"Erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração. (...) Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como 'disponíveis', porquanto de natureza contratual ou privada. (...) Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. (...) A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do art. 23 da Lei 8.987/1995, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inc. XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao 'foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais'.³ (...) Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis: 'In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante (...)'.⁴

Note-se que no julgado transcrito a confirmação da arbitragem chegou até a afastar a aplicação de uma Portaria Ministerial, quando geralmente nem se discute a aplicabilidade da norma da agência reguladora, mas simplesmente a sua interpretação.

3. Arbitrabilidade objetiva

Além da capacidade das partes para contratar a escolha do procedimento arbitral como forma alternativa de resolução de conflitos, há que se determinar, ainda, se a matéria que se pretende examinar em juízo arbitral é passível de solução mediante arbitragem,

analisando a chamada arbitrabilidade objetiva da questão, o que envolverá a abordagem de diversos topoi, todos eles, como não poderia deixar de ser, interligados entre si.

3.1 Os contratos de prestação de serviços ou fornecimento envolvem direitos patrimoniais disponíveis

O art. 1.º da Lei 9.307/1996 determina as matérias que podem ser objeto de arbitragem: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Podemos entender por direitos patrimoniais disponíveis aqueles que, por serem suscetíveis de valoração econômica, integram o patrimônio e podem ser livremente negociados por seus titulares com terceiros.

Os direitos extrapatrimoniais, por sua vez, compreendem o direito à vida, à liberdade, à integridade física, ao nome, à honra, à intimidade. Juridicamente a extrapatrimonialidade é peculiar às pessoas físicas, e não jurídicas. São direitos ínsitos à essencialidade do homem, comumente denominados direitos da personalidade, são uma excepcionalidade no rol dos direitos.⁵

Comentando em que consistem os direitos "patrimoniais", ensina Caio Mario da Silva Pereira: "Economicamente considerados, os direitos chamam-se patrimoniais e não patrimoniais. Patrimoniais os que têm um objeto avaliável pecuniariamente, e não patrimoniais os que escapam à possibilidade de avaliação econômica, como os direitos da personalidade e os de família puros. Os patrimoniais compõem o que se diz patrimônio do indivíduo, caracterizado como o complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis (...)".⁶

É direito patrimonial disponível, por exemplo, o valor que deve uma consumidora pagar à concessionária como contraprestação.

Os direitos patrimoniais são, via de regra, disponíveis, constituindo-se a indisponibilidade exceção. "Assim como acontece com o direito administrativo, direito de exceção frente a direito privado, os direitos patrimoniais indisponíveis são de natureza excepcional. Por se tratar de regra de exceção deve ser interpretada restritivamente".⁷

Se os recebíveis da concessionária dos seus usuários não fossem disponíveis, as concessionárias jamais teriam qualquer margem para negociar valores com seus usuários, e sequer poderiam fazer acordos para parcelamento ou descontos de dívidas.

Como bem aponta Eros Roberto Grau, "dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. (...) Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem".⁸

Nessa mesma linha, temos, a partir de lição de Caio Tácito que, se a Administração Pública pode celebrar contratos e (deve) cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender ser possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são "disponíveis" para efeitos poderem ser estabelecidos mediante a celebração de um acordo de vontades (contrato administrativo) e, de outro lado, entender que são "indisponíveis" para vedar que controvérsias acerca dos direitos alegadamente constituídos por esse contrato possam ser voluntariamente submetidas à

solução por arbitragem.⁹

Mister se faz aqui a remissão ao que expusemos no tópico 2, no sentido de que os aspectos financeiros dos contratos firmados por prestadores de serviços públicos (mesmo que seja o próprio Estado) com agentes privados não afetam interesses públicos primários ou indisponíveis; e que, se qualquer decisão jurisdicional que pudesse afetar financeiramente uma prestadora de serviço público não pudesse ser tomada em arbitragem, estar-se-ia excluindo da arbitragem qualquer lide contratual ou que envolvesse valores econômicos.

Na verdade, adotando-se esse raciocínio não seria possível a arbitragem em qualquer lide envolvendo prestadoras de serviços públicos: se a matéria não for econômica a matéria não seria arbitrável em razão de os interesses públicos primários não poderem ser objeto de arbitragem;¹⁰ se a matéria for econômica também não poderia ser apreciada em arbitragem porque potencialmente poderia em tese afetar o equilíbrio econômico da prestação do serviço.

No citado tópico 2 vimos como, para esse efeito, não há qualquer diferença do contrato de consumo/fornecimento para outros contratos vultosos que a concessionária celebra e negocia no dia a dia das suas atividades. Todos eles envolvem simplesmente remunerações financeiras.

Sobre o ponto já destacou Eduardo Talamini: "Indo avante, cabe destacar o caráter patrimonial do objeto do litígio trazido à arbitragem. Discute-se tão-somente o quantum necessário à recomposição da equação econômico-financeira originalmente estabelecida no contrato. Trata-se de definir apenas a exata contrapartida remuneratória que essa executou por força do contrato. Enfim, a disputa limita-se a uma questão pecuniária. (...) Ainda que a Compagás efetivamente prestasse serviço público, só se poderia erguer alguma dúvida quanto ao cabimento da arbitragem (...) caso estivesse em disputa algum elemento essencial da própria atividade que lhe foi delegada; algum aspecto delineador do próprio exercício cuja mera execução se lhe atribuiu; a titularidade ou posse de algum bem público diretamente afetado à prestação do serviço etc. (...) Todavia, quando se trata tão somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contraente".¹¹

3.2 A liberdade de negociação de tarifas no novo modelo concorrencial de exploração de serviços e monopólios públicos

Dentro do espírito liberalizante e de maior possível inserção da concorrência em setores de serviços públicos, os legisladores têm se esforçado para garantir a maior liberdade possível para os concessionários, respeitadas apenas algumas normas para evitar abusos em relação aos usuários.

Como já havíamos afirmado em outra oportunidade, "busca-se, com intensidade variante de acordo com o setor, diminuir a imposição dos preços dos serviços públicos pela Administração Pública. O que se pretende é que os preços sejam determinados pela livre concorrência entre os diversos agentes econômicos prestadores daquela determinada atividade, razão pela qual a arena para essa maior liberdade de preços é a dos serviços em que também haja, ao menos parcialmente, liberdade de entrada".¹²

Comentando a liberdade de preços como fator de inserção da concorrência nos serviços públicos, Gaspar Ariño Ortiz e Lucía Lopez de Castro García-Morato comentam que "os preços das prestações e serviços segundo o novo modelo de regulação serão em alguns casos preços de mercado e em outros preços regulados, segundo exista ou não concorrência real naquela fase da atividade em questão. Na medida em que o mercado os fixe espontaneamente, não seria necessário regulá-los; e em todo caso, a regulação

será facilitada pela existência de um preço de mercado em alguma fase ou segmento da atividade.¹³ Obviamente que os preços submetidos a um regime competitivo se submetem ao controle a posteriori das normas de defesa da concorrência, enquanto as atividades submetidas à tarifação constituem um campo em que não serão aplicáveis conceitos clássicos de defesa da concorrência, como preços predatórios ou discriminatórios".¹⁴

Mesmo quando não for possível a concorrência entre atividades ou empresas do mesmo setor, ou, ainda que o seja, para se fomentar ainda mais a competição, pode ser incentivada a concorrência entre setores de serviços públicos que sejam distintos, mas que supram as mesmas necessidades dos usuários.

Por exemplo, "em matéria de transportes públicos é possível vislumbrar, em uma atividade aparentemente monopolista, a possibilidade de competição entre os diversos modais, a depender, contudo, de uma regulação sistêmica. Marcos Juruena Villela Souto esclarece: 'mais uma vez por limitações urbanísticas, é extremamente complexo o processo de competição, dada a inviabilidade de duplicação de linhas de transporte ferroviário ou metroviário, de ônibus e barcas; entretanto, a competição entre os modais é perfeitamente possível, desde que existente uma política tarifária que permita uma regulação eficaz (cite-se, por exemplo, a competição entre ônibus e as lotações, no Rio de Janeiro, e entre barcas e catamarãs, na travessia da Baía de Guanabara, entre os Municípios do Rio de Janeiro e Niterói)".¹⁵

São notáveis os desafios que a diversidade dos modos de produção e prestação de serviços, e a conseqüente segmentação dos seus produtos, trouxe para alguns dogmas tradicionais do direito dos serviços públicos, tais como a universalidade e igualdade, que agora devem ser aplicados considerando-se as diversidades de produtos e de necessidades dos usuários, o que vem sendo feito, por exemplo, através da liberdade de os concessionários ofertarem produtos diferenciados e lançar no mercado pacotes e promoções próprias, com a liberalização de parte dos setores que tradicionalmente foram considerados como serviços públicos, mantendo-se sob o modelo estandarizado apenas as prestações mínimas que sejam essenciais à dignidade da pessoa humana, não sendo, contudo, de se descartar, muito antes, sendo de se louvar, se mesmo essas prestações básicas puderem ser modalizadas segundo as características de cada usuário ou grupo de usuários.

Assim, há a forte tendência em setores de serviços públicos mais dinâmicos da economia em ser adotado apenas um teto para a tarifa, abaixo do qual a concessionária tem a liberdade de atuar inclusive para disputar o mercado com outras empresas, integrantes do mesmo setor ou de setores que possam suprir a mesma necessidade. Trata-se do modelo tarifário internacionalmente conhecido como price cap, assim explicado por José Claudio Linhares Pires:

"Em termos bem sintéticos, trata-se de estabelecer um preço teto para a firma regulada, ou seja, fazer um controle de preços, e não mais de custos e lucros. O método pode ser entendido a partir da fórmula $IGP + x - y$, onde IGP = índice geral de preços; x = fator de produtividade; e y = fator de repasse de custos eventuais que incidem sobre uma tarifa inicial. Essa tarifa inicial sofre correções anuais, mas, por meio do fator de produtividade (x), o usuário pode se beneficiar anualmente dos ganhos eventualmente obtidos pela empresa em sua atividade. O fator y representa uma garantia para a firma de que, se houver variação nos custos não controláveis (impostos, combustíveis e outros itens que fogem ao seu gerenciamento), ela poderá repassá-los às tarifas."¹⁶

A lógica da implantação de um modelo de price-cap baseia-se, justamente, na liberdade de estratégia empresarial, no que tange às tarifas a serem praticadas, que ela faculta ao concessionário, como destaca José Linhares Pires: "O mais importante é que o price-cap estabelece uma liberdade de preços", havendo apenas algumas precauções que o legislador pode, se desejar, instituir para evitar distorções.¹⁷

No mesmo sentido, destacam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi:

"Outra diferença [do price-cap] em relação à regulação por taxa de retorno é que o regulador apenas fixa um teto para a tarifa, podendo a empresa cobrar um preço inferior a ele. Usualmente, o regulador fixa um teto para uma cesta de serviços e tetos individuais para cada um desses serviços. A possibilidade de trabalhar com um preço abaixo do teto é mais relevante para serviços individuais do que para a cesta como um todo. Se a empresa cobra para a cesta de serviços uma tarifa abaixo do teto, é porque o teto está muito alto. Já em relação aos serviços individuais, ela pode escolher cobrar um preço mais baixo para compensar um preço mais alto de outro serviço, com o qual ela consegue maior rentabilidade. Essa maior flexibilidade faz com que, nesse regime, as tarifas reflitam melhor os custos efetivos dos serviços e as elasticidades em um situação melhor do que quando o regulador fixa o preço de cada serviço, como no regime de regulação por taxa de retorno. A razão disso é que a empresa em melhor informação sobre custos e demanda, e, nesse caso, seus interesses são compatíveis com os da sociedade." ¹⁸

Na doutrina do direito comparado, colhe-se a mesma explicação em Viscusi, Harrington Jr. e Vernon:

"As [tarifas-teto] baseiam-se na ideia de que se o preço que uma empresa pode cobrar é independente de qualquer redução de custo, então ela sabe que quaisquer reduções [de custo] irão para a firma. Isso fornece poderosos incentivos para agir de forma eficiente e, ainda, fornece à firma alguma flexibilidade para ajustar o preço. Em oposição ao compartilhamento dos ganhos, a constrição é no preço e não no lucro. O problema da tarifa-teto é situar o preço em um nível adequado, o que requer [a possibilidade de] prever os futuros ganhos de produtividade.

Uma política de price-cap requer que a agência reguladora especifique um preço máximo, que é ajustado em uma frequência predeterminada de acordo com uma fórmula predeterminada. (...) Dado que uma firma regulada tem um conjunto de serviços, o preço-teto é usualmente um preço médio sobre esses serviços. Os preços para serviços individuais são deixados mais à discricionariedade da firma, embora possam ser sujeitos a alguns preços-teto individuais também." ¹⁹

O objetivo do presente tópico foi demonstrar que o fato de uma quantia remuneratória ser conceitualmente uma tarifa não quer dizer que sobre ela as partes não possam ter nenhuma margem de negociação. Vejam que, até no táxi, a tarifa é apenas um teto, nada impedindo - aliás, como é bem comum, sobretudo em cooperativas - que alguns cobrem menos dos seus passageiros.

Se determinado marco regulatório setorial assim dispõe ou não é uma questão de mérito, não constituindo pressuposto ou preliminar para a decisão sobre a arbitrabilidade, já que os árbitros de qualquer forma não estarão decidindo por afastar ou invalidar atos regulatórios, mas apenas de interpretá-los, já que a aplicabilidade e legalidade de tais atos é incontroversa, discutindo-se apenas se eles devem ser interpartes interpretados/aplicados ²⁰ como fixadores de uma única possível tarifa, vedando-se a negociação da concessionária com seus clientes, ou se, ao revés, devem ser interpretados/aplicados como determinantes apenas de uma tarifa máxima.

A questão de mérito que se coloca não é, portanto, de aplicação ou de invalidade de atos regulatórios, mas apenas de como eles devem ser interpretados. Como o reflexo de tal interpretação num ou outro sentido é meramente financeiro (maior ou menor receita para a concessionária), nada há de inarbitrável nessa discussão, pois há arbitrabilidade na discussão de interesses patrimoniais disponíveis, independentemente deles serem regidos por normas de direito público ou de direito privado, até porque no Direito contemporâneo essa distinção é cada vez mais teórica.

Tais lides envolvem, assim, normas de direito público, mas não interesses públicos.

3.3 Relação jurídica contratual e privada

Outro tema que precisa ser esclarecido, a fim de se comprovar a arbitrabilidade é a natureza contratual e privada da relação entre usuários de serviço público e a concessionária.

A natureza contratual dessa relação é reconhecida pela doutrina, que esclarece, inclusive, que ela não se confunde com aquela mantida entre o concessionário e o poder concedente, que é de direito público, o que como vimos acima sequer ilide que as questões que envolvam valores pecuniários a ela relativas possam ser submetidas à arbitragem.

A esse respeito, Sandie Chilon comenta: "O usuário [do serviço público] foi por muito tempo percebido como uma pessoa abstrata, não claramente individualizada, submetida à boa vontade do gestor do serviço público. Todavia, aos poucos a figura de cliente foi se substituindo àquela de usuário. A exigência de um serviço individualizado é a principal consequência da abertura à concorrência e da comparação entre o setor público e o setor privado. Essa exigência traduz a rejeição da imagem de um usuário submetido ao serviço público".²¹

Inegável, portanto, que o liame entre o concessionário e o particular é de natureza civil, embora seja necessário e desejável reconhecer a existência de uma série de normas de Direito Público sobre ela incidente, o que, aliás, é uma expressão do já bem conhecido fenômeno intervencionista de administrativização das relações jurídicas privadas.²²

Como esclarece Roberto Dromi, "o usuário (ou cliente ou consumidor) se encontra unido à prestadora do serviço por um contrato (...). Deste modo, a relação jurídica que mantém com a empresa que gere o serviço é contratual. Todavia, a necessidade ou o interesse público que deve ser satisfeito através do serviço público justificam que o seu regime jurídico (marco regulatório, ordenação e organização, fiscalização e regime sancionatório) seja estabelecido pelo Estado. Na relação jurídica contratual que se produz entre os usuários ou clientes e as empresas prestadoras privadas, o regime jurídico apresenta características mistas, correspondendo à aplicação do Direito Privado, sem prejuízo dos aspectos de Direito Administrativo, e do marco regulatório especial que rege justamente por se tratar de serviço público".²³

Nas palavras de Ismael Farrando, "nos encontramos diante de uma relação jurídica de caráter misto (contratual-regulamentar); de uma parte tem uma clara natureza pública, já que está totalmente submetida à regulamentação pública do serviço, e nesses aspectos está sob a vigilância e proteção da Administração (...), por outra parte, se entra nesta situação regulamentar mediante um contrato entre duas partes - ambas privadas -, que, como tal, tem natureza civil, e assim deve ser entendido em todos os aspectos que não afetarem a situação regulamentar. (...) As relações que surgem da concessão são tripartites - Administração, concessionário e usuário - e têm caráter triangular; é por isto que se pode falar em relações entre concessionário e usuário, Administração e concessionários e Administração e usuários".²⁴

Assim, a prestação dos serviços públicos, especificamente quando delegados à iniciativa privada, é regida em parte por um estatuto de regulamentação pública. Mas só se entra sob a incidência desse estatuto mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços entre dois particulares (usuário e concessionário), que, como tal, é de natureza civil em todos os aspectos que não contrariem a situação estatutária.²⁵

Trata-se, portanto, de um contrato privado em alguns dos seus aspectos regulamentado por normas de Direito Administrativo, a exemplo dos contratos de representação comercial, de compartilhamento de infraestruturas, de câmbio, de seguros, de planos de saúde, de venda de energia elétrica etc.²⁶

Expõe a doutrina que, se não admitida à arbitragem que envolva normas de direito

público e que, conseqüentemente, tenham indiretamente alguma importância em termos das políticas públicas adotadas pelo ordenamento jurídico, seria uma opção "que reduziria em muito a viabilidade da adoção da arbitragem como mecanismo efetivo de resolução de litígios, dada a vastidão do campo das matérias legislativas sensíveis à ordem pública. Obviamente, um critério que conduz a excessivas restrições não pode prosperar no ambiente contemporâneo favorável à arbitragem".²⁷

Corroborando a natureza contratual da relação entre concessionária e usuário de serviço público, decidiu o STJ que a responsabilidade decorrente da falha do serviço decorre de inadimplemento contratual:

"Responsabilidade civil. Empresa concessionária de serviço público. Teoria do risco administrativo. Competência 2.ª Seção. Art. 9.º, § 2.º, III, RISTJ (LGL\1989\44).

A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo, de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual (...)" (CComp 29.388/RS, Corte Especial, j. 07.11.2001, rel. Min. Vicente Leal, DJ 13.05.2002, p. 137).

Fica claro, dessa forma, que a relação concessionária-usuário possui natureza de contrato privado (em oposição ao contrato administrativo).

Apesar da natureza privada do contrato não ser uma condição essencial para a arbitrabilidade, podendo existir ela também em relação a contratos administrativos, sem dúvida, constitui mais um topus demonstrativo da inexistência de interesse público a ser afetado por qualquer decisão arbitral que venha a ser tomada.

3.4 Eventual decisão desfavorável a concessionária não afetaria o interesse público relacionado inclusive à modicidade tarifária

Além do acima exposto nos itens 2 e 3.1 no sentido de que as lides concessionária-usuário não têm como afetar interesse público primário, também não prosperaria uma eventual alegação de que o preço estabelecido no contrato não seria arbitrável porque o laudo arbitral que resultará do procedimento poderia impactar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Inexistindo, regra expressa em contrário, os riscos da concessão são, com exceção de fatos imprevisíveis, integralmente das concessionárias.

Assim, por exemplo, o preço por elas eventualmente pactuados abaixo do teto eventualmente fixado em cada marco regulatório, não pode ser trazido como desequilíbrio econômico do contrato, já que, do contrário, o concessionário estaria transferindo para a sociedade uma álea negocial sua.

E mais, como já vimos, por esse raciocínio, nenhuma lide que pudesse levar à diminuição de receitas ou aumento de despesas de concessionários poderia ser submetida à arbitragem.

A alocação do risco ordinário da atividade empresarial à concessionária encontra expressa previsão legal na Lei 8.987/1995, que destaca o fato de a concessão ser "por sua conta e risco":

"Art. 2.º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado."

A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que "os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com imprudência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. É dizer: não lhe caberia alimentar a pretensão de eximir-se aos riscos que todo empresário corre ao arrojarse em empreendimentos econômicos, pois seu amparo não pode ir além do resguardo, já de si peculiar, conferido pelas proteções anteriormente mencionadas e cuja existência só é justificável por estar em causa vínculo no qual se consubstancia um interesse público".²⁸

Em decorrência do modelo de conferência de (relativa) liberdade empresarial à concessionária nos limites do contrato de concessão e da legislação em vigor, emerge, de outro lado, a ampliação dos riscos por ela suportados: "A ampliação da autonomia do particular - o que não significa ausência de fiscalização estatal sobre as decisões do concessionário - é pressuposto inafastável da ampliação correspondente aos riscos não assumidos pelo Estado".²⁹

3.5 A corte arbitral pode interpretar e aplicar normas de ordem pública e de direito público

Ainda que, em suas razões de decidir, a Corte Arbitral interprete normas de ordem pública/direito público,³⁰ tal necessidade em nada afasta a possibilidade de a matéria ser submetida à arbitragem.

Nesse sentido, é relevante lembrar que, nos termos do art. 18 da Lei 9.307/1996: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".³¹

Em sendo juiz de fato e de direito, compete à Corte Arbitral não apenas decidir quanto à ocorrência ou não dos fatos narrados, mas, igualmente, aplicar todo o direito vigente, tanto as normas supletivas quanto as normas cogentes, de direito privado ou de direito público, a exemplo os atos editados pelas agências reguladoras.³²

A esse respeito, são esclarecedoras as palavras de Pedro Batista Martins:

"Indisponibilidade de direitos e ordem pública são, pois, conceitos com finalidades específicas e nuances particulares.

As normas de ordem pública não podem, portanto, ser violadas ou infringidas. No entanto, podem ser objeto de análise pelo tribunal arbitral. Podem ser tocadas e ser objeto de julgamento pelos árbitros. Controvérsia em matéria sujeita à ordem pública em nada afeta a jurisdição arbitral.

A sentença que põe fim a esse conflito será válida e produzirá todos os efeitos de direito. Não importa se a controvérsia enfrente regras de ordem pública. A decisão arbitral será definitiva, exceto se ofender tais normas jurídicas.

A ordem pública diz, outrossim, com os efeitos do ato jurisdicional (i.e., com a eficácia da sentença). Seu controle se perfaz, basicamente, através do conteúdo da decisão proferida pelo árbitro. O que em nada afeta a jurisdição arbitral.

"Direito indisponível e ordem pública são, repita-se, conceitos distintos. Enquanto a ordem pública implica sua obediência pelo árbitro, a indisponibilidade torna inviável a jurisdição arbitral."³³

No mesmo sentido, esclarecendo a possibilidade de tribunais arbitrais aplicarem a Lei de Defesa da Concorrência e do Cade (Lei 8.884/1994), que em sentido lato também expressam uma regulação, observam Pedro Paulo Salles Cristofaro e Rafael de Moura

Rangel Ney que "a lei brasileira não exclui as 'matérias de ordem pública' do objeto possível de um procedimento arbitral. (...) Dentre os três critérios usualmente adotados pelas legislações para a definição do que é arbitrável, a lei brasileira optou por conjugar dois (patrimonialidade e disponibilidade dos direitos), afastando o terceiro, que é exatamente a 'matéria de ordem pública'".³⁴

Ao final, concluem: "Portanto, o Juízo arbitral pode decidir controvérsias que demandem a aplicação do Direito Antitruste, sem que isso implique na necessidade de remessa da questão ao Juízo estatal".³⁵

Ademais, lembra Ricardo Ramalho Almeida que "sendo o respeito aos bons costumes e à ordem pública exigido pelo art. 2.º, § 1.º, da Lei 9.307/1996, no contexto da eficácia da escolha, feita pelas partes, das regras de direito aplicáveis na arbitragem, o fato é que a Lei brasileira permitiu expressamente (e permitiria implicitamente, se ausente tal dispositivo) que o árbitro conheça de matérias pertinentes à ordem pública. Com efeito, seria desnecessária a Lei exigir das partes - e indiretamente do árbitro - o respeito à ordem pública, se as matérias a esta pertinentes já estivessem, de antemão, totalmente excluídas do âmbito da arbitrabilidade".³⁶

E mais, "a par das razões de ordem prática, como o esvaziamento de parte do contencioso arbitral empresarial, em que é frequente a incidência de questões ligadas à regulação da atividade econômica e à intervenção do Estado na economia, áreas notoriamente sensíveis à ordem pública, considerou-se em acréscimo que a maximização da restrição legal traduziria uma injusta desconfiança em face dos árbitros e da comunidade arbitral, que seria acoimada a priori de hostilidade à legislação de caráter imperativo e de resistência a fazê-la cumprir".³⁷

Ainda mais incisivamente Pedro Paulo Salles Cristofaro et al alertam que "qualquer entendimento diverso representaria inaceitável restrição à arbitragem, capaz de praticamente inviabilizar o instituto. Veja-se que a todo momento pode ser o árbitro confrontado com questões cogentes, incidentes sobre o conflito, obrigando-o a aplicar tais normas às situações concretas. (...) Esse entendimento, compatível com a doutrina do favor arbitral, que encontra larga aplicação internacional e, como informa Pedro A. Batista Martins, vem prevalecendo em recentes decisões de tribunais brasileiros, deflui da interpretação conjunta de dois princípios basilares do direito arbitral: o *compétence-compétence* e a autonomia da cláusula compromissória".³⁸

Como também "registra Marc Blessing, 'há uma aceitação crescente e um reconhecimento da arbitragem em áreas críticas tais como as que envolvem insolvência, comercialização de títulos da dívida, leis antitruste e de defesa da concorrência e matérias envolvendo todo tipo de propriedade intelectual (...). Da mesma forma, a arbitragem está adquirindo importância em contratos internacionais de financiamento e empréstimos sindicalizados, em contratos de emissão de bonds, (...) bem como nos novos campos das telecomunicações e concessões'".³⁹

Em suma, a necessidade de aplicar (e toda aplicação de norma é sua interpretação) uma legislação de ordem pública, inclusive atos normativos e deliberativos de agências reguladoras, em nada afeta a arbitrabilidade da controvérsia que, conforme acima esclarecido, diz respeito a direito patrimonial disponível.⁴⁰

"A regulamentação da matéria por regras destinadas à proteção da ordem pública, de aplicação imediata ou imperativa não torna o direito indisponível, nem, por conseguinte, inarbitrável a matéria. Cabe ao árbitro, zeloso pela eficácia da sua sentença, aplicar as regras dotadas de tais características".⁴¹

4. Inexistência de interesse jurídico dos reguladores sobre causas em que se discuta a interpretação de normas por eles editadas

Pode nos casos descritos na Introdução ser eventualmente alegado que o regulador

deveria integrar a lide, o que impediria o manejo do instituto da arbitragem.

Tal, em nosso entender, não se afigura correto.

Em primeiro lugar, o laudo arbitral que advier do resultado do procedimento arbitral em nada beneficiará ou prejudicará o regulador, nem afetará os atos decisórios por ela praticados.

Na verdade, o que poderia se pretender com aquela alegação é, para fazer um paralelo por aproximação, equivalente às preliminares que as empresas concessionárias de serviços públicos apresentam em ações judiciais que discutem a aplicação na relação jurídica privada com seus usuários de atos da agência reguladora respectiva (atos de fixação de tarifas; que permitem a suspensão do serviço em caso de inadimplência, cobrança de tarifas de assinatura etc.).

Essa preliminar consiste basicamente em sustentar a necessidade de participação da agência reguladora no processo, fundamentando que a decisão arbitral iria materialmente implicar a alteração ou afastamento de um ato do poder público federal, com o que se afastaria a competência dos juizados especiais e se atrairia a competência da Justiça comum.

Ocorre que, se assim fosse, qualquer aplicação do direito poderia implicar afastamento de normas editadas pelo Estado, nem que fossem normas integrantes das próprias leis. O que está implicado não é a determinação de que seja praticado um ato público ou, ainda, a sua substituição, mas sim a solução de um conflito entre empresas privadas que, de livre e espontânea vontade, celebraram um contrato de fornecimento de insumo. Para resolver esse conflito os árbitros terão que aplicar e interpretar uma série de normas, inclusive regulatórias.

4.1 Inexistência de litisconsórcio necessário entre concessionária e regulador

A configuração tripartite da relação processual - juiz, autor e réu - pode ser modificada com o ingresso de outros sujeitos no processo. Dentre os fenômenos que conduzem à pluralidade de partes encontra-se o litisconsórcio, cujas hipóteses de ocorrência são encontradas nos arts. 46 e 47 do CPC (LGL\1973\5).

Em classificação corrente, o litisconsórcio pode ser analisado quanto à (a) posição (ativo, passivo ou misto), (b) quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação (necessário ou facultativo), (c) quanto ao regime de tratamento dos litisconsortes (unitário ou simples) e (d) quanto ao momento de sua formação (originário ou superveniente). Para o presente estudo, interessam-nos especialmente as duas primeiras classificações.

Primeiramente, no que tange a posição do litisconsórcio, não restam dúvidas que, se litisconsórcio houvesse, esse se encontraria no polo passivo.

Quanto ao poder aglutinador das razões que conduzem à sua formação, o litisconsórcio necessário tem lugar quando "a presença de todos os litisconsortes é essencial para que o processo se desenvolva (...)". Assim, "a ausência de algum deles implica em ausência de legitimidade dos que estiverem presentes".⁴²

É, portanto o litisconsórcio necessário uma imposição, cuja inobservância conduz à ineficácia da sentença, que não poderá produzir efeitos, seja para os presentes no processo, seja para aqueles que dele não participaram, configurando-se a denominada inutilierdata.

O litisconsórcio necessário decorre da lei ou da natureza incindível da relação jurídica. Assim, ocorre quando a lei obriga a presença de uma pluralidade de atores no processo⁴³ ou quando a relação jurídica deduzida no processo (*res in iudicium deducta*) é indivisível e acabará exercendo influência sobre esferas jurídicas outras.⁴⁴ Poderíamos

citar como exemplos, as ações visando a declaração de nulidade de contrato, que deve ter como partes os seus dois signatários, pois a nulidade extinguirá o contrato de ambos; quando da decisão resultar diretamente a criação de uma obrigação para terceiro etc.

Como acima analisado, o procedimento arbitral tem nos casos que estamos analisando neste artigo como objeto uma relação jurídica de natureza privada, cujo desfecho é incapaz de afetar a situação jurídica do ente regulador, os atos por ele praticados ou criar-lhe direitos ou obrigações. Embora o mérito da questão envolva a aplicação de uma norma regulatória emanada da referida agência estadual, a mera pertinência da norma na questão não implica o interesse de agir do regulador. Se assim não fosse, toda decisão que aplicasse norma editada pela União deveria ter-lhe como litisconsorte.

O STJ já pacificou o entendimento de que as agências reguladoras não necessitam participar de lides processuais entre concessionárias e usuários dos serviços, em que se discuta a aplicação de seus atos regulatórios.

O número de decisões judiciais nesse sentido é tão grande, que fala por si só. Vejamos alguns exemplos:

"O acórdão a quo afirmou ser competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação ajuizada por consumidor contra a concessionária de serviço público de telefonia (discriminação de todos os pulsos excedentes à franquia e serviços locais nas contas vencidas e vincendas), não havendo falar em litisconsórcio necessário da agência reguladora (Anatel), pois inexistente interesse jurídico de sua parte. (...) No conflito gerado na relação entre as prestadoras do serviço e os consumidores, não há nenhum interesse da agência reguladora, senão um interesse prático que não a qualifica como litisconsorte necessária." ⁴⁵

"Ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia e da Anatel, objetivando o reconhecimento da ilegalidade da 'Assinatura Básica Residencial', bem como com a devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços. (...) A relação contratual posta em discussão diz respeito tão somente à concessionária de serviço público (empresa privada) e ao usuário do serviço (consumidor), inexistindo qualquer razão que autorize a inclusão da Anatel - entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações -, como litisconsorte passivo necessário." ⁴⁶

"As relações jurídicas estabelecidas entre os usuários e as concessionárias são autônomas com relação àquelas instauradas entre essas e o poder cedente-União. Não evidenciado qualquer interesse da União na lide ou quaisquer dos entes arrolados no art. 109, I, da CF/1988 (LGL\1988\3), não há razão para que deslocada a competência para a Justiça Federal." ⁴⁷

"Subjaz a ausência de interesse jurídico da Anatel no presente feito, porquanto a repercussão dos efeitos da declaração de ilegalidade da aludida cobrança, assim como os da repetição do indébito, não atingirá sua órbita jurídica, mas tão somente a da empresa ora recorrente." ⁴⁸

"A relação jurídica de direito material questionada nos autos é a estabelecida entre a concessionária de energia elétrica e os usuários, em que o objeto é o pagamento do encargo de capacidade emergencial. Pacificou-se na jurisprudência das Turmas da 1.ª Seção do STJ que, em demandas sobre a legitimidade da cobrança de tarifas, movidas por usuário contra a concessionária, não se configura hipótese de litisconsórcio passivo necessário da Agência Reguladora, que, na condição de concedente do serviço público, não possui interesse jurídico que justifique sua presença na relação processual. O mesmo raciocínio utiliza-se para a União. Sabe-se que a relação jurídica de direito material entre a concessionária e o usuário foi estabelecida por força de um vínculo contratual. A União não faz parte nem do contrato e nem, portanto, da relação jurídica

dele decorrente (...)." ⁴⁹

Esse decisório demonstra na verdade mais do que a simples inexistência da necessidade de os entes reguladores participarem dos processos entre as empresas por eles regulados e os clientes destas, ainda que envolvam a aplicação (ou até mesmo o afastamento da aplicação) de normas por eles editadas. Mostra que a decisão que for tomada, em qualquer sentido, em nada afetará a esfera jurídica do regulador, inclusive os interesses públicos por ele curados.

4.2 Impossibilidade até mesmo de assistência simples

A assistência consiste em modalidade de intervenção de terceiros no processo, que pode dar-se de maneira simples ou qualificada. Ensina-nos Luiz Fux que "a assistência diz-se litisconsorcial quando o assistente intervém para discutir a relação jurídica já deduzida, que também lhe pertence", ⁵⁰ ou seja, tem lugar quando o "terceiro" participa da relação jurídica discutida em juízo. Ou, ainda, como prefere José Eduardo Carreira Alvim, "quando o direito que está sendo objeto de discussão pertence também ao terceiro(...)". ⁵¹

Acrescentam os ensinamentos de Vicente Greco Filho que "há assistência qualificada ou litisconsorcial quando o interveniente é titular da relação jurídica com o adversário do assistido, relação essa que a sentença atingirá com força de coisa julgada", ⁵² sendo, portanto, a ele destinado o tratamento de litisconsorte, nos termos do art. 54 do CPC (LGL\1973\5).

A assistência litisconsorcial não é pertinente à arbitragem pelas razões expostas no subtópico anterior.

Contudo, e como será visto a seguir, sequer de assistência simples poder-se-ia cogitar.

Na dita assistência simples, o terceiro não participa da relação jurídica que consubstancia a res in iudicium deducta, mas possui interesse jurídico na causa. É, com efeito, o que dispõe, expressa e inequivocamente, o art. 50 do CPC (LGL\1973\5): "Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la".

A esse respeito, afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery: "Somente pode intervir como assistente o terceiro que tiver interesse jurídico em que uma das partes vença a ação". ⁵³

Sobre em que se consubstanciaria o "interesse jurídico", das lições de Agrícola Barbi infere-se que só é jurídico o interesse "quando entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele houver relação de conexão ou de dependência, de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica do terceiro". ⁵⁴

Sobre o tema, esclarece, ainda, Pontes de Miranda: "O que é preciso é que a sentença proferida entre as partes atinja ou possa atingir direito, pretensão, ou ação, ou exceção, do terceiro. Não seria interesse jurídico o de simples fato, porque então seria interesse apenas econômico", ou, acresceríamos, institucional. ⁵⁵

A doutrina de Piero Calamandrei, por sua vez, atenta-nos ao fato de que o "interesse que legitima ao interveniente a comparecer em juízo para fazer valer o direito da parte ajudada, não é então, um interesse altruísta (como seria o de quem pretendesse intervir em causa ao exclusivo objeto de demonstrar sua solidariedade com o amigo, ou de quem se movimentasse unicamente pelo nobre desejo de cooperar ao triunfo da justiça), senão que é um interesse egoísta, que tem sua base na própria vantagem que o interveniente espera da vitória da parte ajudada, ou na desvantagem que teme de sua derrota: vantagem e desvantagem que não devem ser puramente morais ou

sentimentais (...); senão que devem ter um substrato jurídico, no sentido de que as consequências vantajosas ou desvantajosas que o interveniente espera ou teme para si, devem ser tais, que repercutam, em sentido favorável ou desfavorável para ele, em uma relação jurídica da qual seja ele objeto".⁵⁶

Ao qualificar como jurídico o interesse que viabiliza a assistência, a lei "limitou o ingresso do assistente simples ou adesivo aos casos em que o terceiro tenha uma relação jurídica conexa com o direito em litígio ou dele dependente".⁵⁷

Não só a doutrina exige o interesse jurídico como requisito legal expresso para a configuração da assistência simples. Em sede de jurisprudência, já se manifestou, de maneira muito didática, o TRF-4.^a Reg., em situação em que inclusive poderia em tese ser afetada a higidez econômica da concessionária:

"Não é todo e qualquer interesse que está a justificar a intervenção do assistente. É necessário, pois, a existência de um interesse jurídico e, fundamentalmente, que a sentença seja favorável à parte assistida. Não basta a simples existência de relação jurídica envolvendo assistente e assistido, é preciso que realmente haja um reflexo concreto e imediato da decisão a ser proferida para justificar o ingresso na lide. No que tange à intervenção da União como assistente, é forçoso reconhecer que não é suficiente para deslocar a competência para a Justiça Federal a mera existência de interesse indireto da União (...). Há um litígio envolvendo um município e uma concessionária de energia elétrica, onde o poder público pretende executar um encargo sobre uma empresa situada em seu território. Embora a base de cálculo do referido encargo esteja estruturada na atividade-fim da concessionária (instalação de postes), a sua exigibilidade ou não em nada se relaciona com o liame administrativo existente com a Aneel. (...) Evidentemente que o impacto fiscal superveniente, decorrente do contencioso tributário em questão, poderá justificar a rediscussão de valores envolvidos na concessão no âmbito da Justiça Federal posteriormente. Isso, porém, não autoriza a aglutinação de todas essas relações de pronto na Justiça Federal só porque a exação fiscal, acaso julgada procedente, possa vir a alterar o quadro tarifário estabelecido no contrato de concessão. Assim como foi uma execução fiscal municipal, poderia ter sido uma reclamatória trabalhista ou um processo de natureza civil ou comercial. A priori, essas situações são de interesse exclusivo da concessionária enquanto empresa particular, eis que relacionadas diretamente com a gestão de seus negócios e em nada afetando o dever de prestação de serviço público assumido junto ao poder concedente."⁵⁸

A decisão que constar do laudo arbitral entre empresa regulada e seus clientes, independentemente do seu teor, não terá o condão de alterar qualquer posição jurídica da agência reguladora. Resta nítido, portanto, que a agência reguladora não possui interesse jurídico na resolução da lide e não poderia, por conseguinte, nela ingressar, ainda que sob a forma de mera assistente simples da regulada.

É importante ressaltar que a arbitragem não vincula qualquer ente da Administração Pública e não lhes gerará qualquer obrigação.

A maioria dos outros setores ligados à infraestrutura, é extremamente regulado. E, obviamente, as discussões que envolvam contratos e acordos privados relativos a atividades desse setor sofrerão algum tipo de reflexo das normas regulatórias, da mesma forma que uma discussão sobre um contrato de comodato sofre intensos reflexos do Código Civil (LGL\2002\400). Simplesmente é a legislação que rege a relação jurídica entre as partes, sendo praticamente impossível encontrarmos atualmente uma lide que envolva apenas questões de direito privado, ou apenas questões de direito público.

E, como já anteriormente mencionado neste artigo, é a própria Lei 9.307/1996, em seu art. 18, que afirma que o tribunal arbitral pode conhecer de qualquer questão de direito.

O fato de haver leis e os atos administrativos normativos e concretos, e o próprio

contrato de concessão, incidindo sobre a questão em nada ilide a assertiva; eles apenas integram o ordenamento jurídico aplicável à lide, já sendo tradicionalmente de todos conhecidas as chamadas cláusulas regulamentares dos contratos de concessão. Não se pode identificar arbitrabilidade dos interesses disponíveis com arbitrabilidade dos interesses regidos exclusivamente pelo direito privado, se é que esses existem.

Até mesmo nas arbitragens internacionais que aplicam normas de poder de polícia administrativa, das quais a regulação constitui na maior parte das vezes espécie, o Ente público que editou a norma não participa do processo de julgamento da lide.⁵⁹

1. Esclarecendo os limites em que o Estado pode submeter-se a procedimento arbitral, cita Gustavo Fernandes de Andrade lição de Cláudio Viana de Lima: "No âmbito interno, em se cogitando de contrato público, predominantemente regido pelo direito privado, o Estado pode, no exercício do *ius gestionis*, sem o uso da sua autoridade, *ius imperii*, firmar convenção de arbitragem, sendo o conflito relativo a direito patrimonial disponível e não se cogitando de casos de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira". Viana de Lima, Cláudio apud Fernandes de Andrade, Gustavo. As arbitragens comerciais internacionais e domésticas e os contratos com o Estado. In: Landau, Elena (coord.). Regulação jurídica do setor elétrico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 129.

2. Este tema será explorado em maior detalhe adiante, no tópico destinado à arbitrabilidade objetiva.

3. Este tema será retomado no tópico 4 adiante.

4. MS 11.308/DF, 1.^a Seção, j. 09.04.2008, rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.05.2008, grifamos.

5. São, assim, direitos excluídos da arbitragem pela doutrina: direitos personalíssimos, direitos de família e das sucessões, bens fora do comércio, créditos tributários, fiscais e da Fazenda Pública em geral, direitos difusos e coletivos. José de Mattos Neto, Antonio. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. RF 361. Rio de Janeiro: Forense, maio-jun. 2002. p. 299 e ss.

6. Instituições do direito civil. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. vol. 1.

7. Martins, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. Interesse Público, n. 50, vol. 10. Porto Alegre: Fórum, jul.-ago. 2002. p. 86-102.

8. Idem.

9. "Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação - e, por via de consequência, a convenção de arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens". Tácito, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. RDAcm 210/111-115. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 1997.

10. Temos algumas críticas em relação a essa visão, mas que não merecem ser aqui expostas por não dizerem respeito ao tema específico que estamos tratando. Sobre a nossa opinião a respeito, ver Aragão, Alexandre Santos de. O direito dos serviços

públicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

11. Talamini, Eduardo. Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. RePro 119/166 . São Paulo: Ed. RT, jan. 2005.

12. Aragão, Alexandre Santos de, op. cit., item IX.5.3.

13. O que, explicitamos, diminui a assimetria informacional dos órgãos reguladores.

14. Ortiz, Garpar Ariño; García-Morato, Lucía López de Castro. Derecho de la competencia en sectores regulados. Granada: Comares, 2001. p. 35.

15. Garcia, Flávio Amaral. Os monopólios naturais e a sua regulação. In: Villela Souto, Marcos Juruena; Marshall, Carla C. (coords.). Direito empresarial público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 294.

16. Pires, José Cláudio Linhares. Avaliação de modelos tarifários: price-cap, retorno sobre o investimento, benchmark regulation, yardstick competition. In: Saravia, Enrique; Peci, Alketa; Brasília, Edson Américo. Regulação, defesa da concorrência e concessões. Rio de Janeiro: FGV, 2002. p. 78.

17. Idem, p. 79.

18. Saddi, Jairo; Pinheiro, Armando Castelar. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 273.

19. Viscusi, W. Kip; Harrington Jr, Joseph E.; Vernon, John. Economics of regulation and antitrust. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 439-440, trad. livre.

20. "Tudo isso remete, forçosamente, à consideração do ordenamento como parcialmente constituído enquanto não em contato com os conflitos jurídicos. O ordenamento, abstratamente considerado, sem contato com os conflitos jurídicos, é ordenamento em potência, nunca em ato (Grau, 2002, p. 72). O ordenamento jurídico potencial representa a possibilidade de vir a se concretizar como ordem jurídica. Uma possibilidade não assegurada de antemão. Sem a interpretação dos elementos do ordenamento em potência, seu sentido não se fixa. E sem a fixação dos sentidos possíveis do ordenamento, ele não ordena nada. Mas a interpretação é, também, aplicação, na medida em que se refere aos conflitos jurídicos. E a aplicação é interpretação na medida em que se refere ao ordenamento jurídico (Gadamer, 1998, p. 460 e ss. e p. 482 e ss.). A concretização do ordenamento jurídico, portanto, passa pela interpretação do ordenamento em potência e dos conflitos em latência. Só se constitui o ordenamento como ordenamento atual, só atua o ordenamento, com a constituição dos conflitos como conflitos atuais, como conflitos ocorrentes. E a atualidade, ou não, de ordenamentos e de conflitos depende de um juízo de conformidade. Os conflitos são lidos através das lentes do ordenamento assim como o ordenamento é lido a partir da perspectiva dos conflitos (Larenz, 1997, p. 293 e ss.; Grau, 2002, p. 79 e ss.; Müller, 1996, passim). Daí afirmar que o ordenamento abstrato é ordenamento apenas potencial, parcialmente constituído. O ordenamento atual, totalmente constituído, é sempre ordenamento concreto, porque atua atingindo os conflitos, porque se traduz em ordenação material das competências e dos comportamentos (Grau, 2002, p. 73 e ss. e p. 76 e ss.)" (Tura, M. A. R. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. Revista de Informação Legislativa, Separata, vol. 163. Brasília: Senado Federal, 2004).

21. Chillon, Sandie. De L'Usager au Consommateur: une évolution de l'ouverture du service public à la concurrence? In: Hénaff, Gaël (org.). Concurrence et Services Publics: enjeux et perspectives. Rennes: Presses Universitaires de Rennes - PUR, 2002. p. 288.

22. Franco, Gladysz Vásquez. La Concesión administrativa de servicio público en el derecho español y colombiano. Bogotá: Temis, 1992. p. 120.
23. Dromi, Roberto. Derecho telefónico. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 59.
24. Farrando, Ismael. La Relación Jurídica del usuario con el Concesionario de Servicios Públicos. In: Aguirre, Marta González de (coord.). Los servicios públicos. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 35-36.
25. Vê-se, assim, a semelhança realmente existente entre esse contrato privado e um ato-condição, conforme a lição acima mencionada de Leila Cuellar.
26. Gomes, Orlando. Decadência do voluntarismo jurídico e novas figuras jurídicas. Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 23-24.
27. Almeida, Ricardo Ramalho. Arbitragem comercial internacional e ordem pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 81.
28. Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 710.
29. Justen Filho, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 200.
30. Quanto à natureza regulamentar (de normas gerais e abstratas) dos atos ou cláusulas que fixam tarifas, ver STF, MS 17.957.
31. Comentando este dispositivo legal, destaca Ricardo Ramalho Almeida: "A Lei brasileira foi taxativa na equiparação do árbitro ao juiz, prevendo que o árbitro será juiz de fato e de direito (art. 18, princípio), que deverá controlar o respeito aos bons costumes e à ordem pública na concretização da escolha, feita pelas partes, das regras de direito aplicáveis (art. 2.º, § 1.º) e que a sentença que proferir equivale a uma sentença final do Poder Judiciário, não estando sujeita a recurso ou homologação (art. 18, fine). Ora, visto que o legislador equiparou o árbitro ao juiz estatal, o fato é que este, ao julgar, está adstrito a aplicar a lei, não estando sua sentença, contudo, sujeita a censura por 'ofensa à ordem pública'. O órgão julgador de última instância (valendo notar que o árbitro normalmente julga em instância única) profere decisão definitiva e final, que transita em julgado e só pode ser desconstituída por remédio processual excepcional e específico - a ação rescisória". Almeida, Ricardo Ramalho. Arbitragem comercial internacional e ordem pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 267.
32. Nesse sentido, a Corte Europeia de Justiça decidiu, em *Eco Suisse v. Benetton* que as cortes arbitrais nacionais nos países-membros devem aplicar as normas comunitárias consideradas de ordem pública, tais como o art. 85 do Tratado de Roma (numeração antiga).
33. Martins, Pedro Batista, op. cit., p. 101-102, grifamos. Ver também Beltrão, Irapuã Gonçalves de Lima. Arbitragem, regulação e normas de ordem pública: limites da autonomia das vontades. Fórum administrativo - direito público, n. 105, ano 9. Belo Horizonte, p. 69.
34. Cristofaro, Pedro Paulo Salles; Ney, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas de direito antitruste pelo Juízo Arbitral. In: Almeida, Ricardo Ramalho (coord.). Arbitragem interna e internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 351. Adiante, os autores comentam o célebre caso Mitsubishi, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1985: "Sopesando os princípios (aparentemente antagônicos) que

informam de um lado a arbitragem, e de outro o Direito Antitruste, reconheceu a Suprema Corte a prevalência da intenção do legislador norte-americano em prestigiar a manifestação de vontade das contratantes em solucionar suas disputas através do juízo arbitral, mesmo em se tratando de questões protegidas por normas legais imperativas. (...) O Caso Mitsubishi, portanto, autoriza o conhecimento e aplicação, pelos árbitros, de aspectos da Lei Antitruste, o que, como ensinam Craig, Park e Paulsson, tornou-se uma tendência mundial, até mesmo com o propósito de impedir 'a sabotagem do procedimento arbitral', através do 'encorajamento dos réus a inventarem espúrios argumentos de direito antitruste, assim almejando subtrair do alcance da justiça privada a apreciação da demanda" (op. cit., p. 356 e 357). De acordo com a decisão da Corte Arbitral no caso Mitsubishi: "As reclamações antitruste da ré são arbitráveis de acordo com a Lei de Arbitragem. Preocupações de comprometimento internacional, respeito pela capacidade de tribunais estrangeiros e transnacionais, e sensibilidade quanto à necessidade, para o sistema comercial internacional, de previsibilidade na resolução das disputas, tudo isso exige a exequibilidade da cláusula arbitral em comento mesmo em se considerando que um resultado contrário viesse a ser obtido em um contexto doméstico. (...) A forte presunção em favor das previsões de cláusula de eleição de foro livremente negociadas é aqui reforçada pela política federal favorável à resolução arbitral de disputas, uma política que se aplica com especial força no campo do comércio internacional. A mera aparência de uma lide antitruste sozinha não dá direito a invalidar-se o foro eleito sob a presunção, não demonstrada, de que a cláusula de arbitragem é viciada. (...) E a importância de indenizações privadas na efetividade do regime das normas antitruste não compele à conclusão de que essas indenizações não possam ser buscadas fora de uma corte [judicial] americana". Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth, 473 U.S. 614 (1985). A relevância desse precedente, para a questão discutida neste artigo, reside em que restou afirmada a possibilidade de uma corte arbitral aplicar as normas de direito da concorrência, classicamente reconhecidas como disciplinando matéria de ordem pública. É, aliás, interessante notar que muitos fundamentos da concessionária para defender a inarbitrabilidade, sobretudo a de que haveria reflexos em questões de interesse público, no passado poderiam até ter sido eco da vetusta e ultrapassada (pelo caso Mitsubishi) decisão no caso American Safety. Vejamos só as semelhanças entre esse antigo julgamento e algumas passagens da concessionária: "Ilícitos antitruste podem afetar milhares - talvez milhões - de pessoas e infligir danos econômicos desestabilizadores. Não acreditamos ter o Congresso pretendido que tais disputas fossem resolvidas em qualquer outro foro que não o judicial." (...) Contudo, a erronia deste posicionamento (...) foi expressamente reconhecida pela Suprema Corte no caso Mitsubishi, o que constituiu verdadeiro divisor de águas na matéria" (cf. idem, p. 355, que inclusive deixou claro em sua nota 55 a aplicação da assertiva tanto às arbitragens internacionais como internas).

35. Cristofaro, Pedro Paulo Salles; Ney, Rafael de Moura Rangel, op. cit., p. 359.

36. Almeida, Ricardo Ramalho. Arbitragem comercial internacional e ordem pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 108-109. Dessa forma, o autor, adiante em sua obra, ao comentar o papel do Judiciário no controle dos laudos arbitrais internacionais, conclui, citando lição de Luca Radicati di Brozolo: "Não deve o juiz responsável pelo controle da validade ou executoriedade da sentença arbitral proceder a qualquer indagação mais profunda sobre o mérito da disputa ou a aplicação do direito aos fatos. Deverá, sim, limitar-se a examinar se a sentença arbitral ao menos ponderou (e eventualmente descartou) as leis imperativas conectadas à causa (não necessariamente apenas as leis do foro) e aplicáveis aos respectivos fatos. Trata-se, desse modo, de um controle pelo juiz estatal, não da solução dada pelos árbitros ao litígio, mas, sim, da observância pelos mesmos de um especial dever de fundamentação da sentença arbitral: 'a corte (...) deve limitar sua revisão no sentido de satisfazer-se de que os árbitros levaram na devida consideração as questões alegadamente suscitadas por tais regras [imperativas], e ofereceram uma explicação razoavelmente exaustiva para a decisão. (...) Uma revisão mais extensa da sentença pela corte nacional, possivelmente até mesmo com a consideração dos elementos fáticos e jurídicos relevantes, seria aceitável somente se os

árbitros tivessem se omitido em fazer qualquer consideração sobre a aplicabilidade das (...) [leis imperativas] do fórum, em se tratando de casos em que a aplicabilidade de tais leis não possa ser verossimilmente negligenciada pelos árbitros (...)" (idem, p. 245).

37. Idem, p. 83-84.

38. Cristofaro, Pedro Paulo Salles; Ney, Rafael de Moura Rangel, op. cit., p. 349.

39. Apud idem, p. 79 e 80.

40. "Na impede que também os litígios que envolvam a aplicação de normas pertinentes à organização do Estado, da sociedade ou da economia nacionais sejam submetidos à arbitragem, desde que os direitos controvertidos sejam, in concreto, patrimoniais e disponíveis. Caberá ao árbitro, também aqui, avaliar se tais normas são legitimamente aplicáveis ao caso e daí deduzir as consequências cabíveis" (idem, p. 112).

41. Valença Filho, Clávio de Melo. Poder Judiciário e sentença arbitral. Curitiba: Juruá. p. 225.

42. Câmara, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. vol. 1, p. 153.

43. Por exemplo, no caso da ação de usucapião: art. 942 do CPC (LGL\1973\5): "O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232".

44. Cita-se nesse caso, o clássico exemplo de ação de anulação de casamento proposta pelo Ministério Público: os cônjuges são litisconsortes necessários, pois a sentença produzirá efeitos em relação a ambos, e não pode o casamento subsistir para apenas um deles.

45. AgRg no Ag 825.547/SC, 1.^a T., j. 21.06.2007, rel. Min. José Delgado, DJ 02.08.2007, p. 365.

46. CComp 50.231/SC, 1.^a Seção, j. 10.05.2006, rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.05.2006, p. 144.

47. REsp 788.806/MS, 2.^a Seção, j. 21.03.2010, rel. Min. Castro Meira, DJ 30.03.2006, p. 202.

48. REsp 792.641/RS, 1.^a T., j. 21.02.2006, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 20.03.2006, p. 210.

49. REsp 754528/SC, 2.^a T., j. 17.11.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27.11.2009.

50. Fux, Luiz. Intervenção de terceiros. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 10.

51. Carreira Alvim, José Eduardo. Elementos de teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 186.

52. Greco Filho, Vicente. Direito processual civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1. p. 129.

53. Código de Processo Civil (LGL\1973\5) comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 455.

-
54. Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Rio de Janeiro: Forense, 1975. vol. 1, t. I, p. 292.
55. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5). Rio de Janeiro: Forense, 1973. t. II, p. 56.
56. Calamandrei, Piero. Direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1999. vol. 2. p. 249.
57. Barbi, op. cit., p. 292.
58. TRF-4.^a Reg., ApCiv 613183, 2.^a T., j. 02.12.2003, rel. Des. Fabio Rosa, DJU 07.01.2004, p. 228.
59. "O Estado interessado, aquele cuja lei de polícia está em jogo, normalmente não é parte do processo arbitral" (Naon, Horacio A. Grigera. Los arbitros internacionales, pueden o deben aplicar las leyes de policia? Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem 13/332. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2001).