

O papel do órgão regulador na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações: a arbitragem e a mediação à luz das experiências japonesa, inglesa e Americana

Artur Coimbra de Oliveira
Universidade de Brasília
Email: artur3@gmail.com

Resumo

A função jurisdicional do órgão regulador brasileiro é ainda pouco debatida, em parte pelo fato de a Lei Geral de Telecomunicações não ter aberto possibilidades novas e significativas para a atuação da Administração Pública nesse sentido. O artigo analisa como órgãos reguladores estrangeiros exercem a função de dirimir conflitos entre operadoras de telecomunicações e, particularmente, como são usadas a arbitragem e a mediação para isso. A partir desse estudo, analisam-se criticamente os meios que a ANATEL possui para atuar na resolução dessas disputas, formulando-se sugestões para que esse papel do órgão regulador nacional possa ser aprimorado.

palavra chave: experiências japonesa, inglesa e Americana, telecomunicações

A. INTRODUÇÃO

A liberalização de mercados para a prestação de serviços de telecomunicações em âmbito mundial a partir da última década do século demandou a criação de órgãos reguladores do setor que buscassem resguardar o interesse público em meio a atuação dos entes privados. O Brasil procedeu à criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que é um órgão autônomo cujo dever é regulamentar e fiscalizar o setor fundando-se em dois princípios de atuação: a universalização dos serviços básicos de telecomunicações e a ampla e justa concorrência na exploração de serviços. Entre os encargos oriundos do dever de garantir a competição, está o papel de resolver os conflitos entre operadoras. O papel do regulador é muito importante nesse sentido, principalmente quando se trata da necessidade de regulação concorrencial assimétrica, em que as operadoras já estabelecidas gozam de alto poder de mercado em virtude de possuírem a maior parte das redes de telecomunicações. Tais disputas entre prestadoras podem ser um forte empecilho competitivo, especialmente se têm por trás uma prática anticoncorrencial de uma operadora com poder de mercado contra uma empresa entrante. É normal que, pela lógica de mercado e empresarial, as operadoras tentem preservar ao máximo seu poder monopolístico e isso se dá, não raras vezes, por negativas de se possibilitar interconexão de redes a outra prestadora, por recusas em se permitir o unbundling, por práticas tarifárias desleais, entre outras formas. Dessa maneira, o papel da Agência em dirimir as disputas referentes a esses casos é um meio de se garantir a justa competição no mercado. Outros fatores que contribuem para a Agência assumir a resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações são a falta de preparo técnico do Poder Judiciário e a sua incapacidade de

fornecer respostas rápidas a problemas que não podem se estender por anos sem serem definitivamente solucionados. A falta de preparo técnico é decorrente da própria organização do Poder Judiciário, cuja divisão por competência material ainda não chegou ao ponto de alcançar um ramo específico para telecomunicações. A importância de respostas rápidas aos problemas decorre de uma questão sociológica: o tempo do sistema da economia é muito mais rápido que o do sistema do direito e a regulação é uma intervenção do direito na economia, necessitando muitas vezes acompanhá-la em sua velocidade para que seja eficaz. Vários países que adotaram a liberalização do mercado de serviços de telecomunicações e implantaram órgãos reguladores autônomos decidiram por lhe atribuir também essa competência de resolver eventuais disputas entre operadoras de telecomunicações. No entanto, cada país seguiu uma linha própria para a institucionalização desse papel. O que há de comum entre todas essas formas parece ser a busca de uma proteção efetiva da concorrência. Alguns países procuraram trazer a resolução de disputas (RD) para o âmbito dos órgãos reguladores ampliando as hipóteses de sua atuação. Outros o fizeram restringindo ao máximo esses casos. Certos países adotaram formas de resolução de disputas tradicionalmente bem assentadas e tecnicamente ricas. Alguns outros países articularam essa competência do órgão regulador por meio de meros processos administrativos de decisão.

Quão vasta é a experiência na resolução de disputas em órgãos reguladores de diferentes países? Como se apresentam, quais as opções e qual o procedimento para essa resolução de disputas por autoridades reguladoras estrangeiras? Que concepções sobre o que é um órgão regulador e sobre o próprio Estado subjazem a cada método? Este artigo busca ampliar a visão que se possui das opções que um órgão regulador tem para resolver as disputas entre operadoras de telecomunicações. Adota-se como marco uma observação de como cada país lida com a relação entre o órgão regulador de um lado e a mediação e a arbitragem de outro. Para isso, podem-se pinçar três países com tradições bem distintas nesse campo: Japão, Inglaterra e Estados Unidos. A partir do estudo de cada um desses modelos, propõe-se uma comparação e uma reflexão sobre as alternativas que a ANATEL possui para aprimorar o cumprimento desse dever.

Arbitragem

A arbitragem é o método de resolução de disputas mais conhecido e utilizado, à exceção do processo judicial. A arbitragem no Brasil é regida pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. É um instituto eminentemente de direito privado que visa à resolução de “(...) litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, em que as partes submetem-se à decisão de um terceiro, chamado árbitro, ou de terceiros, assim chamados em conjunto de tribunal arbitral ou turma (ou painel, em algumas traduções) de árbitros. Para que ocorra a arbitragem em um determinado conflito, as partes têm de possuir plena autonomia de vontade, isto é, capacidade para contratar. A escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias é, em regra, facultativa e o compromisso arbitral tem o condão de afastar a jurisdição estatal, não cabendo ao Poder Judiciário qualquer recurso revisional de mérito. Na estipulação de contratos, as partes podem incluir cláusula compromissória, que também tem esse poder, prevendo que as disputas oriundas

das relações estabelecidas contratualmente devam ser dirimidas por meio de arbitragem. O princípio da autonomia da vontade, de fato, permeia toda a concepção da arbitragem. Dessa forma, a Lei da Arbitragem brasileira é mínima ao regulamentar o procedimento arbitral, estabelecendo apenas os seus requisitos básicos, como os itens obrigatórios da sentença arbitral, também chamada de laudo arbitral, o respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, hipóteses de nulidade da sentença arbitral etc. A competência para se construir o procedimento é das próprias partes. Elas também têm a opção de, concordando, vincularem-se ao procedimento pré-estabelecido de uma instituição. Chama-se isso de arbitragem institucional. Apesar de a submissão a um tribunal arbitral ser geralmente fruto da vontade das partes – ambas devem entrar em acordo quanto a isso –, o uso da arbitragem é, às vezes, determinado por política regulatória ou simplesmente pela lei. É o que ocorre no ambiente de regulação das telecomunicações em vários países. Assim, tanto as autoridades regulatórias podem ingressar em um procedimento arbitral como parte, como podem ser árbitras de disputas relacionadas à sua competência.

Vários motivos concorrem para a escolha da arbitragem como método de resolução de disputas. A arbitragem é um meio dotado de maior privacidade do que o processo judicial, que é de natureza pública. Em questões envolvendo atividade empresarial, isso é crucial, pois dificilmente uma das partes exporá todos os pontos negociais necessários à resolução da disputa em um processo aberto à vista de seus concorrentes. As partes têm autonomia para escolher o(s) árbitro(s). Essa capacidade dá-lhes uma maior confiança na imparcialidade do árbitro para decidir a questão, legitimando mais, dessa forma, o resultado. Esse poder de escolha do(s) árbitro(s), por sua vez, fornece às partes o poder e a benesse de se escolherem pessoas especialistas nas questões ou nos temas envolvidos na disputa. A flexibilidade do procedimento é outro fator que atrai as partes a se utilizarem da arbitragem. Respeitados os requisitos legais ou institucionais obrigatórios, o procedimento é totalmente flexível, podendo-se convencionar desde o número de reuniões a serem realizadas até restringir a autonomia decisória do(s) árbitro(s) e decidir se será possível recurso após a decisão. Outrossim, o tempo que se leva para alcançar uma decisão no procedimento arbitral é consideravelmente menor em relação ao tempo que se leva para conseguir uma decisão definitiva no processo judicial.

B. MÉTHODE

A mediação, no Brasil, não possui qualquer regulamentação legal. Trata-se de uma forma de resolução de disputas em que as próprias partes chegam a um resultado consensual. Distingue-se da pura negociação pelo fato de ter a presença de um terceiro imparcial (mediador). A função do mediador pode variar conforme a técnica utilizada por ele, mas, basicamente, consiste em facilitar a comunicação entre as partes, identificando os interesses subjacentes ao discurso de cada uma delas. O mediador ajuda as partes a enxergarem além da superfície conflituosa e alcançarem acordos mutuamente recompensáveis. Como são as partes que definem a decisão, a importância de sua autonomia na escolha do mediador e na opção por participar do procedimento é ainda maior que na arbitragem. Durante o processo de mediação, o mediador deve sempre se atentar para evitar que uma parte imponha-se à outra por meio de forças externas

ao processo de mediação, tais como a autoridade, a força física, a intimidação etc. O processo de mediação é ainda mais flexível do que o processo de arbitragem, todavia ainda possuindo uma base mínima a ser seguida.¹⁶ Essa maior maleabilidade do processo dá-se, em boa parte, porque não há uma necessidade procedimental de se chegar a uma decisão. Se as partes entrarem em consenso, decidem; se não, inexistente imposição de um resultado pelo mediador ou por outro terceiro. A postura do mediador na intervenção entre as partes pode revelar aspectos técnicos que oscilam de uma prática avaliadora para uma prática facilitadora, podendo, ainda, trazer em si uma carga transformadora. Na mediação facilitadora – ou não-avaliadora ou não-diretiva –, o mediador não emite qualquer opinião sobre as questões em disputa, preocupando-se apenas em filtrar a comunicação entre as partes de sorte a aproximar seus interesses e, assim, contribuindo a que elas convirjam a um resultado considerado justo por ambas. Na mediação avaliadora – ou diretiva –, o mediador, além de facilitar a comunicação entre as partes, também opina sobre questões de fato e de direito, mas não decide.

O procedimento da mediação também pode fundamentar-se em uma técnica transformadora. Essa técnica busca utilizar como propulsores da resolução do conflito o ‘empoderamento’, que é um ganho de clareza sobre a visão do problema e uma maior capacidade de decidir autonomamente, e o reconhecimento mútuo, que se refere ao fato de uma parte também reconhecer como legítima a visão da outra sobre o conflito.¹⁸ Esse tipo de técnica é bastante eficaz em mediações interpessoais, não sendo aplicada intensamente a mediações comerciais ou empresariais, como as que são mais comuns no setor de regulação em telecomunicações. O início da sessão de mediação dá-se com uma fala do mediador, que se apresenta e explica como o procedimento é realizado, buscando defini-lo junto com as partes. A mediação ocorre, em sua maior parte, em sessões conjuntas das partes com o mediador. Apesar da informalidade característica dessa forma de RD, recomenda-se que uma parte não interrompa a outra enquanto esta estiver expondo seus pontos. A confidencialidade do processo uma característica fundamental da mediação, podendo haver sessões privadas entre uma parte e o mediador, para garantir um maior conforto na discussão de determinadas questões e na exposição de certos fatos e pontos de vista. Como se percebe, além do preparo técnico para lidar com as questões específicas envolvidas, o mediador precisa ter uma boa formação em teoria da negociação, que lhe permitirá identificar os interesses de cada parte e, com base nisso e na utilização de uma linguagem neutra, aproximá-las uma da outra.

Experiências estrangeiras de métodos de resolução de disputas conduzidos pelo órgão regulador

Japão

O Japão tem como marco regulatório do setor de telecomunicações a Lei Comercial de Telecomunicações (Telecommunications Business Law), que foi promulgada em dezembro de 1984, mas já foi emendada várias vezes desde então. Em 2001, recebeu uma emenda responsável pela criação da Comissão de Resolução de Disputas Comerciais em Telecomunicações (Telecommunications Business Dispute Settlement Commission ou denkitsûshin jigyô funsô

shori iinkai), entidade que integra o Ministério das Comunicações do país. Tal Comissão é composta por cinco membros, indicados pelo Ministro das Comunicações e aprovados pelo Parlamento. Os próprios membros da Comissão são responsáveis pela eleição de seu presidente. O mandato é de três anos, sendo possível a recondução. A Comissão tem sob sua competência a mediação (assen) e a arbitragem (chüsai) de disputas concernentes à interconexão em telecomunicações.²² Ela não é um órgão independente, na medida em que se situa no âmbito do Ministério, e todas as petições solicitando a atuação da Comissão como mediadora ou árbitra devem ser dirigidas ao Ministro. No caso em que uma prestadora solicita um acordo de interconexão para outra prestadora e esta nega, ou quando a negociação entre as prestadoras falha, ou, ainda, quando as partes não conseguem chegar a um acordo sobre os termos do contrato, uma das partes em disputa pode recorrer à Comissão para mediar a disputa.

Conduzir a mediação é competência privativa da Comissão (seus membros ou outros funcionários listados previamente), não se abrindo a possibilidade para as partes indicarem um mediador privado. A mediação pode ser conduzida por mais de um mediador. Permite-se à Comissão declinar de mediar a disputa se ela não considerar a mediação como um meio adequado de resolução ao caso específico, se o confronto entre as partes é grande a ponto de impedir a formação de um compromisso entre elas ou se ela verificar que a mediação é procurada por motivos escusos. Nesse caso, serão informadas ao solicitante as razões da negativa. Os procedimentos aplicáveis à mediação são detalhados por normas editadas pela própria Comissão. O pedido de mediação deve ser feito por escrito, em que a parte solicitante indica as questões a serem mediadas pela Comissão. Em seguida, notifica-se a parte requerida para responder as questões trazidas pela requerente. A mediação é conduzida a portas fechadas, podendo o mediador admitir a presença de outros no processo se for estritamente necessário ou apropriado. Todo material produzido no curso da mediação não fica à disposição do público. Isto só ocorrerá se as partes concordarem ou se a Comissão julgar apropriado divulgar determinado material, na medida em que isso não interfira negativamente no controle da Comissão sobre o processo, na resolução da disputa nem no funcionamento empresarial das partes. A arbitragem pode ser requisitada à Comissão pelos mesmos motivos que se aplicam à mediação. No entanto, para que se proceda à arbitragem, é necessário que ambas as partes concordem e formalmente a requeiram.²⁵ A arbitragem é conduzida por três funcionários da Comissão, nomeados por ela própria após serem indicados pelas partes de comum acordo. Assim como ocorre na mediação, a arbitragem tem seus procedimentos detalhados pela Comissão. O padrão de pedido de arbitragem deve ser o mesmo para a mediação, indicando-se as questões que não foram objeto de acordo entre as partes e que, assim, devem ser julgadas pelos árbitros. Feito o pedido por uma das partes, a parte solicitada tem prazo para responder as questões levantadas pela requerente.

O procedimento de nomeação dos árbitros inicia-se com o envio pela Comissão de uma lista de funcionários pré-determinada. A partir do requerimento de arbitragem feito pelas partes, se a Comissão inferir de algum fato envolvido na disputa que há dúvida quanto à honestidade ou à imparcialidade de algum dos funcionários listados, retirá-lo-á da lista antes de enviá-la às partes. Recebida a lista, cada parte terá duas semanas para indicar os nomes das pessoas que aceita como árbitros. Deve haver um consenso entre elas na escolha desses nomes; se houver consenso entre mais de três nomes, toda a indicação será considerada inválida. Se as partes não

procederem a essa escolha (ou fizerem-na fora do prazo), a própria Comissão apontará os três árbitros. O árbitro-presidente é escolhido pela Comissão e é responsável por determinar questões procedimentais e por conduzir o exame das questões arbitradas. Se uma das partes considerar que a turma de árbitros não possui competência para julgamento de uma questão específica, deve mencioná-lo imediatamente após o surgimento da questão. Admite-se à turma de arbitragem determinar que uma das partes adote medida cautelar ou provisória se a questão em disputa merecer uma medida nesse sentido. Haverá audiências no processo de arbitragem, de ofício ou a requerimento das partes, em que estas terão oportunidade de expor plenamente seus argumentos, além de entregá-los por escrito. Se alguma das partes ausentar-se a uma audiência, esta não será invalidada. É permitido às partes complementar suas declarações ao longo da arbitragem.

O painel de árbitros deve expor as provas e as evidências que sustentam sua decisão, sendo defeso a qualquer das partes divulgar conhecimentos obtidos da outra parte por meio dessa exposição. Se uma das partes recusa-se a entregar ou não providencia injustificadamente os documentos ou os objetos requisitados pelos árbitros, a alegação da outra parte sobre eles é considerada verdadeira. O tribunal arbitral pode ainda solicitar o parecer de um especialista sobre determinada questão. Nesse caso, as partes poderão enviar documentos, informações ou outras questões para buscarem a análise do especialista. Feita a análise por escrito, poder-se-á tê-lo – o especialista – em audiência para responder a perguntas das partes ou para que cada uma conduza um especialista próprio para exposição de sua análise individual. Antes de proferir a sentença arbitral, o painel de árbitros pode tentar alcançar, entre as partes, uma solução amigável. Caso se alcance em parte das questões discutidas ou em sua totalidade, os árbitros podem, a requerimento das partes, considerar esse consenso como trecho integrante da decisão, dando-lhe os respectivos efeitos. A turma de árbitros termina o processo sem emitir julgamento quando não tiver competência para decidir as questões envolvidas, quando a parte requerente não prossegue participando dos procedimentos ou desiste de continuar, quando ambas as partes concordarem em cancelar o procedimento, quando se obtém uma conciliação entre elas ou quando, a juízo do próprio painel arbitral, a continuação dos procedimentos tornar-se desnecessária ou impossível.

Concluídos todos os procedimentos de exposição pelas partes e de recolhimento de informações necessárias para a decisão, a turma arbitral deve proferir o laudo. Além da qualificação das partes, a sentença arbitral deve conter a decisão propriamente dita, incluindo os fatos considerados e os fundamentos, além da data e do local de decisão. Não há qualquer procedimento recursal em relação à decisão arbitral. Depois de proferido o laudo arbitral, em um prazo de trinta dias, o painel de árbitros pode proferir correção, interpretação ou decisão adicional a requerimento de uma das partes. A decisão adicional deve ser sobre matéria já discutida ao longo dos procedimentos, porém omitida no laudo. Esses procedimentos de arbitragem e de mediação também se aplicam, por disposição expressa da Telecommunications Business Law e de normas da Comissão, a disputas referentes a compartilhamento de infraestrutura (desde elementos de rede até utilização de terrenos e edifícios), a venda de serviços entre prestadoras a preço de atacado, bem como a quaisquer disputas concernentes à formação de acordos necessários para a boa prestação de serviços entre operadoras.

Inglaterra

Quando se analisam as formas de resolução de disputas na Comunidade Europeia, observa-se uma realidade peculiar. Em grandes disputas que ocorrem no continente, é mais comum utilizar-se a arbitragem do que o próprio Poder Judiciário. Isso ocorre porque as grandes disputas europeias – não só no setor de telecomunicações, mas no de energia elétrica, de transportes e nos setores comerciais em geral – frequentemente envolvem mais de um país, visto que a maioria das grandes empresas é transnacional. Confere-se, assim, um grande prestígio a esses métodos de resolução de disputas, na medida em que eles propiciam uma neutralidade de foro. Não se confere a decisão ao Poder Judiciário ou ao órgão regulador de um país específico, mas escolhem-se árbitros a partir do comum acordo das partes ou, ainda, apontam-se instituições de âmbito internacional que prestam o serviço de arbitragem em disputas comerciais.²⁹ Isso é importante principalmente quando a disputa concerne a duas ou mais empresas com sede em diferentes países.³⁰ Na resolução de disputas em telecomunicações pelas autoridades reguladoras, essa tradição não é desprezada, como se verá. Na Europa, há normas de âmbito continental promulgadas pelos respectivos DGs da União Europeia (Europe Union Framework Directives). O setor de redes e serviços de comunicação eletrônica é regido pela Diretiva 2002/21/EC, de 7 de março de 2002. Essa norma aborda, em seus artigos 20 e 21, a posição dos órgãos reguladores na resolução de disputas entre operadoras de telecomunicações em países regidos pela Diretiva. Segundo esse instrumento normativo, a autoridade regulatória nacional deve decidir de forma vinculativa para as partes, no prazo máximo de quatro meses, quando uma delas requer solução a uma disputa referente a qualquer norma ou diretiva do setor – inclusive a própria Diretiva 2002/21/EC. No entanto, é dever dos Estados-Membros garantirem a capacidade de as autoridades regulatórias declinarem de resolver a disputa quando outros mecanismos – inclusive a mediação – existirem e contribuirão de maneira mais efetiva para a resolução da disputa em um prazo aceitável. Assim, sendo cabíveis a arbitragem ou a mediação no caso, a autoridade regulatória informa às partes que não solucionará a disputa. Se esses mecanismos de resolução de disputa não trouxerem resultado em quatro meses, a autoridade regulatória deve se comprometer a decidir a questão.

Na possibilidade de uma disputa surgir entre duas empresas domiciliadas em países distintos, pode-se requerer a decisão a qualquer das autoridades regulatórias nacionais envolvidas. Elas, entretanto, trabalharão em conjunto para se alcançar uma decisão ao caso. Nesse tipo de conflito, também se aplica a possibilidade de as autoridades regulatórias declinarem, se existirem outros métodos de resolução de disputa. Sendo este o caso, só decidirão depois de não se ter alcançado resultado com esses métodos após quatro meses. Nas suas decisões, as autoridades regulatórias nacionais devem observar alguns princípios. São esses: garantir que os usuários beneficiem-se ao máximo em relação ao poder de escolha, ao preço e à qualidade, garantir que não haja distorções ou restrições no mercado, encorajar investimentos em infraestrutura e promover inovações, ensejar o uso eficiente de radiofrequências e de recursos de numeração, remover barreiras ao compartilhamento de infraestrutura e à prestação de serviços, encorajar a existência de redes, serviços e conectividade transnacionais, garantir que todos os

usuários tenham acesso a um serviço universal, proteger os consumidores nas negociações com as operadoras, criando inclusive mecanismos próprios de resolução de disputas consumidor-operadora, ensinar a proteção de dados pessoais e da privacidade, promover a transparência das tarifas e das condições de uso de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, suprir as demandas das minorias por acessibilidade e garantir a integridade e a segurança das redes públicas de telecomunicação. Diante dessa diretiva europeia, o Reino Unido promulgou o Communications Act de 2003, criando o Office of Communications (Ofcom)³², órgão regulador do setor de telecomunicações, que trouxe novas atribuições à atividade regulatória. Entre tais atribuições, está a competência de resolver disputas entre operadoras de telecomunicações. O Communications Act é um documento extenso e trata pormenorizadamente desse papel do Ofcom.

Primeiramente, para que se tenha a resolução de uma disputa pelo Ofcom, basta que uma das partes a solicite. Na linha da diretiva da União Europeia, a disputa só será resolvida pelo órgão regulador se não houver meios alternativos para resolver a disputa, caso esses meios alternativos sejam cabíveis ao tipo de disputa. Seja qual for o posicionamento do órgão, as partes são notificadas. No caso de o Ofcom declinar e, depois de iniciado o procedimento alternativo de resolução de disputa, não se alcançar uma conclusão em quatro meses, uma das partes tem o direito de solicitar que o órgão resolva a disputa e este é obrigado a fazê-lo. Neste caso, o processo anterior será continuado. O órgão regulador tem o poder de requerer das partes todas as informações necessárias e resolver se é apropriado que o Ofcom decida no caso ou se deve consultar outros estados-membros, e ainda pode exigir todas as informações que sejam importantes para a análise da disputa e para a decisão. O órgão tem o poder de realizar essas solicitações não só às partes, mas a terceiros que possuam informações relevantes nesse sentido. Não há cobrança de pagamento por essa prestação de serviço do Ofcom, a não ser que a parte que solicitou a decisão do órgão o tenha feito em condições abusivas, vexatórias ou frívolas. A decisão deve ser entregue pelo órgão em até quatro meses. Uma cópia da decisão, com seus fundamentos, é enviada para cada uma das partes. Os trechos da decisão que o órgão considerar apropriados para ir a público serão publicados. Da decisão do Ofcom cabe apelação apenas para o Tribunal, em procedimento judicial próprio. Deve-se notificar o órgão regulador da apelação citando a decisão apelada e os fundamentos da apelação. Tais fundamentos devem permitir identificar se o que levou a parte a apelar foi um erro de fato ou de direito – ou ambos – e se a parte apela do exercício da discricionariedade pelo Ofcom.

Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o Telecommunications Act, após a reforma de 1996, trata, em sua Seção 252, da resolução de disputas entre empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tanjam a Seção 251. A Seção 251, por sua vez, trata da interconexão de redes. No entanto, o legislador deixa claro que as disputas não necessariamente versarão restritivamente sobre a interconexão em si, podendo abarcar, além das obrigações padrões previstas nas subseções (b) e (c) da Seção 251³⁴, serviços e elementos de rede negociados entre as empresas. Ao receber o pedido de interconexão, de prestação de serviço ou de elementos de rede por outra empresa, é

dever da incumbent abrir-se às negociações. No curso dessa negociação, qualquer das partes tem direito a solicitar o ingresso da Agência estadual como mediadora de conflitos que surjam. No entanto, se nem a negociação, nem a mediação produzirem resultados, qualquer das partes em negociação pode solicitar à Agência estadual, entre o 135º e o 160º dia após o pedido de negociação inicial, que atue como árbitra de questões irresolvidas. Assim, a parte que solicitar a arbitragem pela Agência tem o dever de, na petição, indicar as questões não resolvidas, a posição de cada uma das partes em relação a essas questões e os pontos já acordados, se houver. A outra parte – a que não peticionou – tem o direito de responder as informações entregues pela requerente até vinte e cinco dias depois de a Agência receber o pedido inicial de arbitragem. Recebida a petição e a resposta pela Agência, ela tem o dever de, ao tratar as questões, ater-se ao que foi apontado nesses documentos. As partes têm o dever de atender os eventuais pedidos de esclarecimento que a Agência julgar necessários para a melhor compreensão da questão.³⁸ A Agência, por sua vez, tem o dever de concluir a resolução das questões em até nove meses contados a partir da data do pedido de negociação feito pela empresa solicitante à incumbent.

Ao resolver as questões, a Agência deve, além de estabelecer o valor das tarifas de interconexão, de serviços ou de elementos de rede, determinar o prazo para o cumprimento dessa decisão. O estabelecimento dessas tarifas é feito com base nos custos, no princípio da não discriminação do acesso às redes e em um lucro razoável para a empresa proprietária da rede. Para cumprir a determinação legal de que haja compensação financeira mútua entre o tráfego das duas redes ao utilizarem-se uma da outra, a Agência deve observar se as condições contratuais tratam desse acesso recíproco de redes e se os valores decorrentes desse acesso aproximam-se dos custos adicionais necessários para que se termine a chamada na outra rede. A Agência, por outro lado, tem o impedimento de determinar privativamente o valor desses custos adicionais e de desconsiderar acordos que já existam e tenham como base obrigações recíprocas – e não necessariamente valores financeiros. Todos os acordos homologados devem ser postos à livre consulta do público para serem vistos e copiados em até dez dias. Exige-se da empresa que teve seu contrato homologado a disponibilidade da interconexão, do serviço ou do elemento de rede a outras empresas nos mesmos termos e condições. Assim, concluídas as disposições pelo Telecommunications Act, abre-se às Agências estaduais a competência para uma regulamentação minudenciada. A partir daí, há muitas variações nas questões que são escolhidas para serem regulamentadas com maior profundidade. Devido à impossibilidade prática de se dar um panorama de todos os 51 estados americanos, foi escolhida a regulamentação de arbitragem e de mediação do estado da Dakota do Norte, que parece ter feito um trabalho mais detalhado sobre o tema. O procedimento de mediação utilizado para a busca de um acordo em venda de serviços, interconexão ou elementos de rede não é competência privativa da Agência estadual e as partes podem, a seu próprio custo, buscar um mediador privado. Todavia, muitas vezes elas não chegam a um acordo sobre ir ou não a um mediador. Assim, permite-se que uma das partes solicite à Agência que atue como mediadora na negociação. A Agência, ao receber o requerimento, apontará um mediador em dez dias.

C. RÉSULTAT ET DISCUSSION

O primeiro ponto a se discutir é que tipo de disputas poderá o órgão regulador de um país dirimir entre as partes. Quaisquer disputas entre direitos patrimoniais disponíveis? Ou apenas as que forem de competência regulatória da Agência? Neste caso, como separar os casos que podem ser resolvidos pela Agência, por meio da arbitragem e da mediação, dos casos que não o podem?

Dos modelos estrangeiros apresentados, verifica-se que o Japão restringe a atuação da Comissão aos casos de conflitos em interconexão, em compartilhamento de infraestrutura, na negociação de fornecimento de serviços entre prestadoras e, residualmente, a outras disputas cuja resolução seja necessária para a boa prestação de serviços pelas prestadoras. A regulação nos Estados Unidos permite que, além das obrigações legais das subseções (b) e (c) da Seção 251 do Telecommunications Act, sejam trazidas à mediação ou à arbitragem pela Agência disputas em interconexão e em negociação de serviços e de elementos de rede entre as empresas. A competência da Agência para resolver todas essas disputas demonstra claramente que o objetivo disso é garantir uma justa competição entre os players. A resolução de disputas pelo Ofcom, na Inglaterra, segue as diretrizes europeias, que, diferentemente da regulamentação americana e japonesa, não trata analiticamente de todos os tipos de disputa que podem ser resolvidos administrativamente pelo órgão. Em vez disso, a regulação apenas informa principiologicamente que a disputa deve ser referente à norma ou diretiva do setor.

Por outro lado, esse tipo de definição também traz problemas. O principal deles é a possibilidade de desvio de finalidade na atuação da Agência. Uma disputa que não versa propriamente sobre a matéria que é objeto de regulação pela Agência pode passar a ter de ser resolvida por ela. Assim, p. ex., se uma operadora de TV a cabo expõe indevidamente, em uma propaganda sua, a marca de uma operadora de SMP, tem-se, aí, um conflito de interesses, que, em tese, pode ser posto perante a Agência. No entanto, muito dificilmente um conflito como esse prejudicará a concorrência entre as partes a ponto de a Agência precisar intervir. Dessa forma, a melhor maneira de previsão da atuação da Agência parece mesmo ser a listagem analítica de hipóteses. É importante, no entanto, também deixar a Agência decidir discricionariamente se deve atuar ou não em algum outro caso não contemplado pelo rol de hipóteses, mas que venha a ser potencialmente prejudicial a uma ampla e justa concorrência. Também como fruto do princípio da autonomia das partes no processo de mediação e arbitragem, é praticamente uma garantia que as partes possam escolher quem será o mediador ou o árbitro da disputa. Isso permite uma maior confiança delas no procedimento e no seu resultado, propiciando, consequentemente, uma regulação mais eficiente, na medida em que é mais difícil que esse resultado seja descumprido por uma das partes. No Japão, quando uma das partes solicita à Comissão a mediação de um conflito, não se admite qualquer ingerência delas na nomeação ou na indicação do mediador. Diferentemente, quando as partes solicitam a arbitragem, podem indicar, em consenso, quem serão os três árbitros que atuarão, contanto que eles sejam funcionários da Comissão. A Comissão apenas indicará os árbitros se as partes não chegarem a um consenso sobre quem indicar.

Na Dakota do Norte, admite-se a indicação do árbitro e do mediador pelas partes. Em verdade, a Agência dá prioridade à escolha pelas partes. Assim, posteriormente ao requerimento

de uma das partes para que ocorra a mediação, ambas deverão entrar em consenso sobre quem será o mediador. Caso não se alcance esse consenso, uma das partes pode requerer à Agência que indique algum funcionário seu para o caso. Esse funcionário fica impedido de atuar na arbitragem ou na homologação do acordo sobre o mesmo caso. Processo semelhante ocorre na arbitragem. No entanto, as partes não têm plena escolha sobre quem será o árbitro. Devem submeter uma lista à Agência com pelo menos dois árbitros, para que ela escolha um, ou, se não houver consenso, cada uma deve submeter sua própria lista de pessoas que aceita como árbitra. Não ocorrendo qualquer indicação, a própria Agência indica e nomeia um de seus funcionários como árbitro. Na Inglaterra, o Ofcom recusa-se a indicar qualquer funcionário para a atuação como árbitro ou mediador em qualquer disputa. Não é sua competência arbitrar ou mediar conflitos, sendo esses procedimentos deixados todos a cargo de instituições e processos privados. Se essas formas de resolução forem ineficazes, aí sim o órgão decidirá. No entanto isso se dá por um procedimento decisório administrativo tipicamente discricionário. Nesse aspecto de indicação de árbitros e de mediadores, os três países demonstram experiências bem diferentes um do outro. Na regulamentação da ANATEL, não há qualquer menção à possibilidade de indicação de um mediador ou árbitro privado, na medida em que a Agência enxerga a arbitragem e a mediação que pratica sob um prisma de direito privado, isto é, assim como as partes podem recorrer a um árbitro ou a um mediador privado, podem recorrer à Agência se quiserem.

A participação de uma pessoa da Agência na decisão de uma disputa entre operadoras de telecomunicações é uma questão delicada. Isso porque, em princípio, apesar do princípio da confidencialidade, nada garante que as informações apreendidas pelo funcionário que se envolve na disputa não serão usadas contra a(s) parte(s) futuramente pela Agência. Por esse motivo, recomenda-se que o funcionário que participe da resolução da disputa fique impedido de atuar, ao menos, em procedimentos futuros relacionados a esse caso. Além disso, alguns duvidam da imparcialidade da Agência em conduzir uma mediação, na medida em que ela está vinculada ao interesse público.⁸⁰ Esse parece ser um óbice falacioso, na medida em que a atuação da Agência na resolução das disputas dá-se exatamente por força do interesse público (proteção da concorrência). Assim, a defesa do interesse público dá-se pela mera colaboração da Agência (como mediadora ou árbitra) na pacificação do conflito, e não na orientação do resultado da disputa a algum fim escuso. Também se afere o grau de autonomia das partes em uma RD pela liberdade que possuem de acordarem os procedimentos a serem seguidos. Os procedimentos de mediação e arbitragem em disputas resolvidas pelo órgão regulador são dispostos em lei ou regulamento. No entanto, muitas vezes esse procedimento não é imperativo, isto é, as partes podem decidir por um outro caminho para a resolução da disputa sem suprimir a natureza e os aspectos essenciais da forma de RD utilizada.

Assim, é com a abertura que o regulamento ou a lei dá que se pode avaliar até que ponto a liberdade das partes em construir o processo é preservada. A possibilidade de as partes fazerem-no permite o tratamento necessário de acordo com a complexidade da disputa – disputas mais complexas necessitam de mais tempo, para convocação de peritos e realização de análises – e conforme a disponibilidade de tempo das partes em colaborar com o andamento da arbitragem ou da mediação. No Japão, como se observou, há pouco espaço para as partes criarem ou negociarem o procedimento a ser seguido, tanto na mediação quanto na arbitragem. Esse controle

sobre o processo limita-se praticamente à realização de audiências, que as partes escolhem quando e quantas serão. Pode-se considerar também uma liberdade das partes o fato de poderem reapresentar suas alegações à medida que as audiências vão prosseguindo. Fora esses aspectos, as partes não têm qualquer autonomia sobre, p. ex., a decisão do árbitro ou sobre quem – além delas – pode estar presente à mediação. O processo de arbitragem é sigiloso, mas a Comissão pode decidir disponibilizar ao público determinadas informações, independentemente da concordância das partes. Além desses, há uma miríade de outros fatores nodais que poderiam ter sido afrouxados em favor de uma maior autonomia das partes sobre o processo. No entanto, a sua rigidez demonstra bem a natureza administrativa dos procedimentos de mediação e de arbitragem na Comissão de Resolução de Disputas Comerciais em Telecomunicações japonesa. A liberdade sobre o processo no modelo inglês é praticamente inexistente, pois o Ofcom declaradamente não atua como mediador ou como árbitro, deixando esses procedimentos a cargo do meio privado buscado pelas próprias partes. Assim, o processo de resolução de disputas do órgão regulador inglês é um processo administrativo (ou melhor, quase-judicial, como se verá mais claramente no próximo item) de decisão. Há, no entanto, pelo menos uma vantagem em relação ao modelo japonês: se as partes requererem a confidencialidade de determinadas informações, o órgão regulador inglês não pode decidir pelo contrário e publicá-las.

Apesar da exigência de as partes serem representadas por seus advogados, a regulamentação da arbitragem pela public service commission da Dakota do Norte permite que as partes, em consenso, imponham condições ao processo, estabeleçam as etapas de cumprimento do acordo e decidam sobre a ocorrência de audiências para oitiva de testemunhas. As partes também podem continuar a negociação mesmo depois de feitas as ofertas finais, o que contribui para a legitimidade da decisão, na medida em que há um teor autocompositivo maior. Para reforçar isso, ainda se permite a elas restringir o escopo de decisão do árbitro, estabelecendo, p. ex., um limite mínimo e outro máximo dentro dos quais o árbitro deve decidir o valor de uma tarifa de interconexão. Pode-se dizer, com certo grau de radicalismo, porém ainda de forma realista, que um método de resolução de disputas é inútil se permite uma rediscussão da matéria no Poder Judiciário. De fato, o objetivo das RDs é terminar o conflito. Se há possibilidade de revisão por um tribunal, ou o conflito não foi resolvido – as partes não se empenham no método de RD por saber que existia a possibilidade de uma discussão no Judiciário –, ou a parte que propôs a discussão judicial da causa está agindo de má-fé. Para evitar essas duas situações, o mais coerente parece ser negar a atuação do Poder Judiciário no mérito das questões resolvidas em RDs. No Japão, a decisão da Comissão de Resolução de Disputas em Telecomunicações em um processo de arbitragem não se submete a qualquer recurso interno. Não há, no entanto, nenhuma restrição expressa indicando a incompetência dos tribunais em revisar a deliberação da Comissão. A decisão é, portanto, próxima da decisão de um processo administrativo. Na Inglaterra se tem uma situação assaz singular. Nas resoluções das disputas submetidas ao Ofcom – o que não ocorre por meio de arbitragem ou de mediação, mas por um procedimento próprio –, ele não dispõe de recursos internos para revisão da decisão, mas possibilita o recurso ao Poder Judiciário. Assim, há uma simbiose entre o Ofcom e o Poder Judiciário, na medida em que aquele já se situa como um primeiro grau de jurisdição, ou seja, a decisão do Ofcom pode ser considerada quase-judicial. O tribunal que receber a “apelação” pode revisar o mérito da decisão, porém da decisão

desse tribunal só cabe recurso de natureza extraordinária, isto é, que permite apenas a re-análise de questões de direito, não de fatos. Na Dakota do Norte – e nos Estados Unidos em geral –, não cabe qualquer recurso no âmbito da agência que decide a disputa. Há ainda uma disposição no Telecommunications Act que proíbe qualquer tribunal estadual de imiscuir-se na decisão.

Assim, conclui-se que a única ação revisional sobre essa decisão concerne à revisão do procedimento de arbitragem ou de mediação, submetida ao Poder Judiciário federal e fundado no descumprimento das disposições da lei. Essa determinação pode parecer autoritária, mas não o é de fato, principalmente se observada à luz das liberdades de procedimento conferidas às partes no processo de arbitragem das agências americanas e da restrição imposta à autonomia decisória do árbitro, que deve decidir por meio da técnica de oferta final. No Brasil, da decisão da ANATEL no procedimento de “arbitragem” em interconexão cabe uma série de recursos, o que vem a salientar o caráter administrativo dessa decisão. Em princípio, é possível recurso para o Conselho Diretor da Agência.⁸⁴ A decisão do Conselho Diretor, por sua vez, pode submeter-se a uma reavaliação no Poder Judiciário típica a qualquer ato administrativo comum, sendo atacada por um processo de duplo grau de jurisdição, além de instâncias extraordinárias. O procedimento de resolução de conflitos aprovado pela Resolução Conjunta ANEEL-ANATEL-ANP n. 2/2001 também prevê um pedido de reconsideração, podendo ser igualmente objeto de discussão judicial. Já a arbitragem do Regimento Interno da Agência, por falta de regulamentação, não esclarece se permite uma revisão de mérito da decisão. O ideal parece ser a revisão judicial apenas no que se refere ao descumprimento de princípios legais e procedimentais pela Agência, não se devendo controlar outros aspectos de sua decisão. Nesse sentido, é importante que o Judiciário não atue reformando a decisão, mas anulando-a, em hipóteses próximas às dispostas na Lei de Arbitragem brasileira.

D. CONCLUSÃO

A maioria das hipóteses em que a ANATEL resolve conflitos entre operadoras trata-se de processo administrativo. O único momento em que se pode afirmar que há possibilidade de ocorrência efetiva de mediação ou de arbitragem é quanto às disposições em seu Regimento Interno. No entanto, a falta de regulamentação – principalmente da arbitragem – elimina os trunfos que esse tipo de procedimento conduzido por um órgão regulador poderia ter. Pode-se dizer que as duas grandes vantagens da realização da arbitragem e da mediação por uma instituição regulatória oficial são a possibilidade de se iniciar o processo sem uma concordância prévia da outra parte e a restrição dada à revisão da decisão pelo Poder Judiciário. Esses fatores colaboram para que a decisão definitiva da causa ocorra de maneira célere, contemplando, assim, o interesse público de proteção da concorrência entre as operadoras. Adotar essas medidas não se trata de cerceamento de defesa, pois, como visto na seção anterior, há várias liberdades no procedimento que compensam essa decisão “em única instância” da arbitragem e da mediação. Principalmente na arbitragem, é salutar balancear essas medidas com, p. ex., a possibilidade de as partes escolherem os árbitros, elaborarem o procedimento conjuntamente com o árbitro e restringirem a autonomia decisória deste, o que pode ocorrer pelo próprio regulamento do procedimento de arbitragem, que pode prever que o árbitro se atenha à arbitragem de oferta final

ou a uma de suas variações, de forma a garantir uma maior legitimidade da decisão. A criação de procedimentos de arbitragem e de mediação mais eficazes e fiéis é uma necessidade cuja satisfação depende de grande vontade política e – mormente no caso da mediação – de recursos humanos bem preparados para isso. Isso parece ter sido captado pela ANATEL, que talvez crie, em sua reforma estrutural, uma área especializada em composição de conflitos entre prestadoras de serviços de telecomunicações.

No entanto, a partir da leitura da atuação da agência brasileira, comparando-a com outros países, vê-se a necessidade de uma previsão em lei da realização da arbitragem.⁸⁷ Caso contrário, a ANATEL deverá submeter-se à Lei de Arbitragem ordinária.⁸⁸ Em suma, sem uma previsão legal específica para a prática da arbitragem pela Agência, os dois trunfos apontados linhas acima não podem efetivar-se. Portanto, o procedimento de arbitragem privada comum tem pressupostos distintos da arbitragem conduzida por um órgão regulador, e, para que se façam efetivamente presentes esses pressupostos, precisa-se ter um procedimento diferenciado, porém ainda fiel aos aspectos essenciais de uma arbitragem, conforme exposto neste artigo. É verdade que essa necessidade de um procedimento próprio, especial, não ocorre tanto com a mediação praticada pelo órgão regulador.⁸⁹ Em contrapartida, o investimento público que se tem de fazer para se formar um bom mediador é maior que o investimento feito para se ter um bom árbitro. O resultado da mediação é, por outro lado, mais legítimo que o da arbitragem. Como se vê, a arbitragem e a mediação são duas formas distintas e complementares de resolução de disputas. Um órgão regulador de telecomunicações deve praticar com eficiência essas duas RDs perante um mercado liberalizado, de sorte a permitir que os conflitos entre as operadoras causem o menor dano possível à concorrência entre as empresas, o que se consegue por meio de uma resolução definitiva, rápida e legítima das disputas.

REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.
2. ARANHA, Márcio Iorio (org.). Coletânea Brasileira de Normas e Julgados de Telecomunicações e Glossário Brasileiro de Direito das Telecomunicações. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
3. ARAÚJO, Helena Caetano de e PIRES, José Cláudio Linhares. Regulação e arbitragem nos setores de serviços públicos no Brasil: problemas e possibilidades. In: Revista de Administração Pública. Vol. 34, n. 5 (set./out. 2000). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2000.
4. BRUCE, Robert R. [et alii]. Dispute Resolution in the Telecommunications Sector: Current Practices and Future Directions. Genebra: União Internacional de Telecomunicações/Banco Mundial, 2003. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.itu.int/ITU-D/treg/Events/Seminars/2003/GSR/Documents/DRS_Final_GSR_5.pdf (Consultado em 30.06.2006).

5. COSTA, Henrique Araújo. Resolução alternativa de conflitos no setor elétrico nacional. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.
6. GT ARBITRAGEM. Glossário: métodos de resolução de disputas – RDs. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.
7. GUTHRIE, Chris e LEVIN, James. A “Party Satisfaction” Perspective on a Comprehensive Mediation Statute. In: Ohio State Journal on Dispute Resolution. Ohio, vol. 13, 1998.
8. LAENDER, Gabriel Boavista. Interconexão, unbundling e compartilhamento de meios de redes de telecomunicação. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 39, n. 154, p. 41-49, abr./jun. 2002.
9. LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito.
10. OLIVEIRA, Artur Coimbra de. Para a verificação da eficácia de uma mediação transformadora. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2006. No prelo.
11. REZIO, Juliana Oliveira. Resolução de Conflitos em Compartilhamento de Infra-Estrutura. In: Revista Teletime, Ano 5, n. 41, fevereiro de 2002.
12. RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Tradução de Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
13. TODOROV, Francisco Ribeiro. Concorrência em telecomunicações. Brasília, 2003. Manuscrito.