
PARECER JURÍDICO

DATA: 08 de outubro de 2024.

CONSULENTE: Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ)

OBJETO: Análise dos limites de competência dos Tribunais Arbitrais na solução de controvérsias decorrentes de contratos de concessão plena e concessões administrativas (Parcerias Público-Privadas - PPPs), regulados pela Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ), em conformidade com o ordenamento jurídico aplicável ao setor de saneamento básico, com especial atenção à preservação do interesse público e dos princípios da Administração Pública.

PARECERISTA:

Gustavo Justino de Oliveira – Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra (2008), pelo Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado (Hamburgo-Alemanha, 2014) e pela Universidade de Amsterdam (Holanda, 2018). Doutor em Direito do Estado pela USP (2005).

I. RELATÓRIO FÁTICO, DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO PARECER JURÍDICO E APONTAMENTOS INICIAIS

I.A. O CONTEXTO E OS OBJETIVOS DO PARECER JURÍDICO

1. A utilização da arbitragem para dirimir conflitos envolvendo a Administração Pública é prática que ganhou máxima amplitude e ênfase nos últimos anos, principalmente a partir da promulgação da Lei federal nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei federal nº 9.307/1996) e autorizou expressamente a utilização do instituto pela Administração Pública direta e indireta (§1º do artigo 1º).



2. No âmbito dos setores regulados não foi diferente. Ganhou cada vez mais força a ideia de que a arbitragem deveria ser um modelo de resolução de conflitos considerado em contratos administrativos que sejam de grande porte, especialmente aqueles relacionados aos setores regulados.

3. Nesse âmbito, o crescimento da arbitragem no setor de infraestrutura está diretamente relacionado à possível segurança jurídica oferecida por sua inclusão nos contratos. O setor de infraestrutura envolve contratos complexos e de longo prazo, como PPPs, que lidam com grandes investimentos e estão expostos a mudanças econômicas, regulatórias e tecnológicas. Essas variações podem gerar conflitos, e a arbitragem surge como uma possível solução eficiente para resolver disputas, permitindo que os projetos avancem sem os atrasos frequentemente associados a processos judiciais.

4. Todavia, como bem observado por Cristina Mastrobuono, embora haja um consenso de que a arbitragem deve ser um meio de resolução de conflitos extrajudicial previsto nos contratos de grande porte, justamente diante da perspectiva de que proporcionará maior segurança jurídica e diminuirá os riscos inerentes ao contrato, “não há, no entanto, demonstração de que estudos sejam feitos previamente à inclusão de tal cláusula nos contratos”¹. Igualmente, André Rodrigues Junqueira, ao analisar para a sua dissertação de mestrado os principais documentos que deram origem aos contratos de PPPs firmados pelo estado de São Paulo, concluiu, no que tange à escolha pelo uso da arbitragem, que essa opção não se deveu a um estudo prévio, mas sim em virtude de “uma tendência de mercado, baseada em sugestões colhidas nos procedimentos de manifestação de interesses, ou pela recomendação de consultorias especializadas”².

5. O que se verifica é que hoje, apesar de ter-se criado certo consenso quanto às vantagens da utilização da arbitragem para resolver conflitos em contratos dos setores regulados, não se tem conhecimento de um estudo mais aprofundado que analise todas essas características do instituto, que as confronte com os contratos de concessão e suas especificidades, e, a partir disso, com base nos dados obtidos da prática da arbitragem nos

¹ MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. O Desenvolvimento do uso da Arbitragem nos Contratos de Infraestrutura: questões práticas enfrentadas pelo Estado de São Paulo. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze. **Experiências práticas em concessões e PPP. Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. Vol. 1. Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 353-354.

² JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 106-115; 164-191.



setores regulados, comprove se, de fato, que há vantagens no uso desse meio de resolução de conflitos.

6. Nessa linha, no setor de águas e saneamento, a arbitragem está no centro de intensas discussões, especialmente após a sanção do novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020³).

7. O Artigo 10º-A, §1º deste Marco Legal estabelece que os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico podem incluir mecanismos privados de resolução de disputas, como a arbitragem. Atualmente, o setor se encontra imerso em um debate abrangente sobre essa possibilidade, buscando avaliar a eficácia e os benefícios da arbitragem. A título de exemplo, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) vem realizando uma série de consultorias e consultas públicas com os principais atores do setor para discutir alternativas ao sistema jurisdicional tradicional e ponderar sobre a conveniência da arbitragem para resolver conflitos.

8. As análises e os intensos debates não são despropositados. É preciso que nunca se perca de vista que as arbitragens nos setores regulados são arbitragens envolvendo a administração pública, o que atrai uma série de características adicionais ao procedimento: dever de publicidade, estrito cumprimento da legalidade, e, tema de atenção deste parecer, disponibilidade do Direito.

9. É dentro - e por causa - desse contexto que a Agência Reguladora PCJ (ARES-PCJ) buscou o auxílio do escritório Justino de Oliveira Advogados.

10. Como relatado pela Agência, houve uma crescente no número de Arbitragens Municipais no setor de saneamento básico, nas quais, apesar de tratarem de temas atinentes aos Contratos de Concessão Plena e Concessões Administrativas (PPPs) as quais regula, a Agência não tem participado diretamente desses procedimentos Arbitrais.

11. Nesse aspecto, a ARES-PCJ deseja, com base nos dois quesitos abaixo delimitados, compreender melhor os limites jurídicos e operacionais dessas arbitragens, além de esclarecer qual deve ser o seu papel e nível de envolvimento em processos dessa natureza.

³BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul.2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 18 jul.2024.



12. De modo geral, como bem relatado a este Parecerista, **a preocupação da Agência está ligada ao fato de que, embora as arbitragens envolvam questões de competência municipal, as decisões podem impactar diretamente a regulação e a supervisão dos serviços de saneamento, áreas em que a atuação da ARES-PCJ é fundamental para garantir a eficiência, qualidade e conformidade com as normas vigentes.** Assim, a Agência busca garantir que suas prerrogativas regulatórias não sejam comprometidas por eventuais decisões arbitrais que desconsiderem sua função técnica e normativa.

13. Desse modo, este parecer cuida de responder os seguintes quesitos formulados pela Consulente:

(i) Contratos de concessão plena e concessões administrativas (PPP's) regulados pela agência ARES-PCJ possuem cláusulas com previsão de soluções de controvérsias por meio de arbitragem. Questiona-se: quais os limites de atuação das Câmaras arbitrais nos contratos de saneamento básico?

(ii) Uma das preocupações da regulação do saneamento básico é a estabilidade das decisões regulatórias. Nesse sentido, questionamos: é possível que as Câmaras arbitrais pautem e revisem temas decididos pelos reguladores, em especial nos pleitos de revisões ordinárias e extraordinárias de contratos?

14. Passa-se a debater ambos os quesitos acima.

II. ANÁLISE JURÍDICA

II. A. LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS EM CONTRATOS DE SANEAMENTO BÁSICO

1) ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA ARES-PCJ E DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO PLENA E CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS REGULADOS PELA AGÊNCIA ARES-PCJ

15. Antes mesmo de adentrar nas questões atinentes aos limites e as matérias que podem ser decididas pela Arbitragem em âmbito de saneamento básico, relevante apenas que se faça uma breve retomada de determinadas premissas já outrora analisadas, em pareceres destinados à própria ARES-PCJ, no que tange ao enquadramento jurídico da Agência e a sua



atuação.

16. Nesse contexto, conforme bem delimitado no parecer emitido pelo Professor Dr. Gustavo Justino de Oliveira, que teve como objeto o poder normativo das agências reguladoras,⁴ aliado ao estudo desenvolvido pelo Professor Dr. Thiago Marrara, no qual foi analisada a dissociação das atribuições do regulador e do titular dos serviços públicos no setor de saneamento básico, diante de lacunas e erros contratuais,⁵ observa-se que, no caso do saneamento básico, a Lei Federal nº 11.445/2007, em seu inciso II, art. 3º, e o Decreto Federal nº 7.217/2010, no parágrafo 1º do art. 31, reiteram a possibilidade de gestão associada. Além disso, preveem expressamente a delegação da regulação a entidades organizadas sob a forma de consórcio público, como é o caso da ARES-PCJ.

17. Além do mais, e a partir de toda a construção normativa e doutrinária que pode ser bem identificada no referido parecer e no Estudo desenvolvido pelos autores, estes também concluíram que as agências reguladoras, tal como a ARES-PCJ, têm competência para exercer o poder normativo e estabelecer normas de conteúdo regulatório, o que deve ser exercido nos limites da lei e de seus atos constitutivos. Inclusive, válido rememorar trecho da ementa do acórdão que julgou o Recurso Especial nº 806.304/RS, cuja decisão trouxe que “[...] A regulação das atividades pro populo exercida pelas agências reguladoras, mediante normas secundárias, como, v.g., as Resoluções, é impositiva para as entidades atuantes no setor regulado”.⁶

18. Assim, e de modo geral, restou bem consignado por ambos os estudiosos que sempre que a função regulatória for delegada a uma agência reguladora, os poderes Executivos e Legislativos dos municípios - o que inclui suas delegações de exercício de atividades para entes privados na forma de concessão - não poderão modificar, substituir, revogar ou deixar de seguir as normas regulatórias emitidas por essas agências dentro de suas atribuições.

19. Mas vai-se além. A reserva de administração, que protege e garante o mérito

⁴ Disponível em: <https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1713274107-6 - parecer juridico - poder normativo das agncias reguladoras.pdf>. Acesso em: 12 de set. 2024.

⁵ Disponível em: <https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1713273871-estudo 7 - versao final complementada.pdf>. Acesso em: 13 de set. 2024.

⁶ STJ. REsp no 806.304/RS, Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Data de julgamento: 02/12/2008.



das normas regulatórias à Administração Pública, desde que emitidas dentro de suas competências, é válida tanto contra o Poder Executivo, Legislativo, quanto também contra o Poder Judiciário – o que se estende a Arbitragem, conforme será melhor aprofundado na sequência deste parecer. Isso significa que a revisão judicial – ou arbitral – dos atos normativos das agências reguladoras deve respeitar o princípio da reserva de administração, não se estendendo, de forma geral, à análise do mérito desses atos.

20. Desse modo, no que diz respeito ao mérito das decisões regulatórias, tomadas no exercício de suas atribuições legais, a competência da agência reguladora, como parte da Administração Pública indireta dos municípios, está protegida em relação à Administração Pública direta (incluindo o Poder Executivo), ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, e, conseqüentemente, Arbitral – salvo, é claro, situações de ilegalidades nesses atos.

21. Todas essas premissas são relevantes, pois, como será demonstrado a seguir, elas impactam diretamente as conclusões deste parecer. Em especial, influenciam os limites do que pode ser decidido por meio da arbitragem, bem como a possibilidade de os tribunais arbitrais abordarem e revisarem temas já decididos pelos reguladores.

2) A ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS DE SANEAMENTO BÁSICO: PRINCIPAIS ASPECTOS QUE PODEM SER DECIDIDOS POR MEIO DA ARBITRAGEM E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS ARBITRAIS

22. A arbitragem comporta-se como instituto em que “a parte pode submeter à arbitragem determinada matéria quando é livre para dispor acerca dos meios de solução dos litígios relativos a tal matéria - ou seja, quando não é obrigada pelo ordenamento a submeter esses litígios ao Poder Judiciário”.⁷ É dizer, em outras palavras, que a disponibilidade, no âmbito arbitral, nada mais é do que a possibilidade de se resolver um conflito de determinadas matérias pela via arbitral – isto é, um conflito que não necessária e obrigatoriamente deva ser resolvido pelo Poder Judiciário estatal.

23. Ocorre que, embora essa restrição aos direitos patrimoniais disponíveis seja aplicável a todas as arbitragens regidas pela legislação brasileira, o tema é revestido de algumas peculiaridades próprias quando se trata de procedimentos arbitrais que envolvam a

⁷ PEREIRA, Cesar Guimarães. Arbitragem e Administração. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC- SP**: tomo direito administrativo e constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, abr. 2017.



Administração Pública, como é o caso das Arbitragens envolvendo contratos de concessão plena e concessões administrativas regulados pela agência ARES-PCJ.

24. No setor de infraestrutura, o que inclui o de saneamento básico, a questão da arbitrabilidade objetiva é bastante controversa porque subsiste uma grande incerteza sobre o que pode ou não ser objeto de arbitragem, especialmente em razão do contexto regulatório que envolve o setor.

25. É bem verdade que, nos últimos tempos, alguns diplomas legais buscaram afastar as dúvidas sobre o que seria ou não arbitrável no âmbito da Administração Pública e, conseqüentemente, dos setores regulados. Um dos exemplos mais positivos é o Decreto Federal nº 10.025/2019, que prevê como controvérsias que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, arbitráveis, aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o cálculo de indenização decorrente de extinção ou transferência do contrato de parceria e o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídos a incidência das suas penalidades e o seu cálculo. Também a Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) enfrenta a temática da arbitrabilidade objetiva e dos direitos disponíveis. Traz no parágrafo único do seu artigo 151 que:

será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

26. No entanto, apesar de não haver dúvidas sobre a arbitrabilidade de certas questões, muitas outras que surgem durante a execução de um contrato em um setor regulado permanecem numa zona cinzenta em relação à sua possibilidade de serem submetidas à arbitragem. Esse cenário é especialmente relevante no saneamento básico, visto que os conflitos frequentemente envolvem “a participação de órgãos reguladores, cujos atos – que podem gerar disputas – têm caráter de execução de políticas públicas, com reflexos para



terceiros administrados e população em geral”.⁸

27. Sendo assim, a principal questão a ser examinada em relação à arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão plena e administrativas regulados pela ARES-PCJ é determinar se um conflito surgido em um contrato de concessão diz respeito a um direito propriamente indisponível, geralmente devido à sua natureza estritamente regulatória, ou se decorre de uma consequência econômico-financeira originada desse ato, primordialmente disponível.

28. Nessa linha, uma abordagem prudente do tema, que pode auxiliar na definição da arbitrabilidade objetiva dos contratos de concessão regulados pela ARES-PCJ, é a que distingue as cláusulas entre regulamentares e contratuais econômico-financeiras. Passa-se ao seu exame.

2.1. DISTINÇÃO ENTRE QUESTÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS (CONTRATUAIS) E REGULATÓRIAS

29. No que se refere à distinção entre questões regulatórias e contratuais econômico-financeiras, tem-se que as primeiras são aquelas que “disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço, de modo a sempre melhor atender aos seus objetivos. Como esses são, por definição, dinâmicas, as normas de serviço são modificáveis unilateralmente”⁹. Já as cláusulas estritamente contratuais, como as de natureza econômico-financeira, diferentemente das regulamentares, que podem ser alteradas unilateralmente, conferem ao contratado o direito de requerer o devido ganho econômico, assegurando que a previsão contratual “não será modificada sem a garantia da sua justa remuneração”, além de que algumas “atuam no decorrer da vigência contratual, pois viabilizam os recursos necessários

⁸ MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner. O Desenvolvimento do uso da Arbitragem nos Contratos de Infraestrutura: questões práticas enfrentadas pelo Estado de São Paulo. In: TAFUR, Diego Jacome Valois; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze. **Experiências práticas em concessões e PPP. Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões**. Vol. 1. Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 362.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013.



para a correta execução do seu objeto”¹⁰. Além disso, tais cláusulas servem ao fim de garantir os recursos necessários para a adequada execução do seu objeto.

30. De forma mais clara, essas cláusulas tratam de temas relacionados ao interesse econômico da parte contratada, sendo, portanto, passíveis de negociação, acordo e até mesmo renúncia. Essas são, em regra, as cláusulas que envolvem temáticas que podem ser revolvidas pela arbitragem, ou seja, temáticas arbitráveis.

31. Exemplos incluem aquelas relativas ao reajuste e revisão de preços em contratos de concessão, que abordam aspectos financeiros e econômicos suscetíveis de ajuste contratual, inadimplemento, entre outras temáticas nessa linha vinculada ao caráter econômico. Tais cláusulas são arbitráveis, pois, conforme sua própria definição, não envolvem matérias vinculadas a competências públicas unilaterais e inderrogáveis da Administração.¹¹

32. Por outro lado, a questão da inarbitrabilidade surge quando se tratam de cláusulas estritamente regulatórias e de seus efeitos. Considera-se, portanto, em âmbito regulatório, que não são arbitráveis aquelas cláusulas que envolvem poderes administrativos ou atribuições unilaterais da Agência Reguladora enquanto expressão do Poder Público, uma vez que essas estão relacionadas ao exercício de prerrogativas públicas indisponíveis, atinentes ao interesse regulatório, que não podem ser submetidos à arbitragem.

33. Desse modo, “não é arbitrável o exercício do poder de fixar e disciplinar o modo e a forma da prestação do serviço”¹², assim como também são inarbitráveis:

as atividades pelas quais a Administração define, dentre outros, as características do serviço, como o nível e cobertura do serviço que melhor atenda ao interesse público, [...] a área de abrangência do serviço [...] o exercício do poder de polícia, da atividade regulatória e

¹⁰ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. **Revista de Direito Público da Economia (RDPE)**. Belo Horizonte, v. 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014.

¹¹ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Cláusula arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 118.

¹² ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Cláusula arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117.



questões do domínio fiscal¹³.

34. Em síntese, não são passíveis de arbitragem as questões nos contratos firmados em âmbito regulatório da ARES-PCJ que envolvam matérias exclusivamente regulatórias, especialmente aquelas determinadas por seu juízo de conveniência e oportunidade, razão pela qual outro exemplo típico de cláusula regulamentar é aquela relacionada à emissão de normas técnicas setoriais.

35. Esses elementos reforçam a natureza indisponível dessas cláusulas, tornando-as inaplicáveis ao âmbito arbitral. Como bem exposto por Sérgio Guerra, “o conflito não será suscetível de submissão à arbitragem, se questionar a conveniência da edição de norma emitida pela agência reguladora, nos usos de sua atribuição e dentro de sua opção regulatória”.¹⁴

36. Adriana Regina Sarra de Deus adota uma posição similar. No que diz respeito à questão da (in)arbitrabilidade objetiva, a autora apresenta conclusões pertinentes que reforçam esse parecer, destacando os limites da arbitrabilidade em matérias que envolvem o exercício de prerrogativas exclusivas da Administração Pública, como as exercidas pelas agências reguladoras. São suas conclusões:¹⁵

- (i) a inarbitrabilidade do conteúdo material dos atos administrativos discricionários, embora os impactos econômicos derivados desses atos ainda possam ser avaliados em um tribunal arbitral;
- (ii) a inarbitrabilidade dos atos de império praticados pela Administração Pública, incluindo aqueles realizados sob o exercício do poder normativo e regulatório das agências reguladoras, ressalvado que são arbitráveis as consequências econômicas que tais atos possam ter sobre um contrato, especialmente em relação aos prejuízos causados às partes privadas;
- (iii) a inarbitrabilidade da validade ou mérito das modificações

¹³ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Cláusula arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 117.

¹⁴ GUERRA, Luis Roberto Sigaud Cordeiro. As agências reguladoras e a arbitragem: uma alternativa às divergências setoriais. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 73-74, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/154565>.

¹⁵ DEUS, Adriana Regina Sarra de. Arbitrabilidade Objetiva e Administração Pública: Quais matérias podem ser arbitradas?. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 81, n. 72, p. 15-16, out./dez. 2021.



unilaterais de um contrato feitas pela Administração Pública enquanto no seu exercício de poder exorbitante, embora seja arbitrável o exame das consequências econômico-financeiras que tal ato impõe ao particular;

(iv) a inarbitrabilidade do ato de rescisão de um contrato pela Administração Pública, (previsto no inciso II do art. 104 da Lei nº 14.133/2021), o que não se confunde, reitera-se, com a arbitrabilidade das consequências econômico-financeiras desse ato e do exame sobre eventual inadimplemento do particular apto a fundamentar a rescisão.

(v) a inarbitrabilidade do exercício do poder fiscalizatório da Administração Pública quanto à correta execução de um contrato.

(vi) a inarbitrabilidade das sanções de natureza administrativa (advertência, impedimento de contratar com a Administração Pública, declaração de inidoneidade), ou seja, as que decorrem de imposição legal e destinam-se a punir infrações administrativas cometidas pelo contratado;

37. Ou seja, as temáticas que envolvem prerrogativas materiais regulatórias, exercidas por meio do poder normativo das Agências, não podem ser objeto de arbitragem – ainda que, válido pontuar, suas consequências de natureza econômico-financeira decorrentes da aplicação dessas normativas, em regra, possam.

38. Para uma melhor compreensão, ilustram-se os apontamentos acima a partir de dois casos práticos.

39. O primeiro advindo de uma decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, proferida em Apelação Cível sob a relatoria do Desembargador Federal Guilherme Diefenthaeler. Nesse julgamento, a questão dos limites da arbitrabilidade objetiva foi bem delineada, com uma distinção precisa entre as cláusulas que tratam de matérias regulatórias e as cláusulas contratuais econômico-financeiras, elucidando quais aspectos são passíveis de arbitragem e quais permanecem sob a exclusiva competência da Agência Reguladora.

40. No caso acima, os réus submeteram à ANP (Agência Nacional do Petróleo) a aprovação de dois planos de desenvolvimento para a constituição de dois campos de petróleo em uma área contígua ao bloco que haviam licitado (Campo de Lula-Cernambi). No entanto, a proposta foi rejeitada pela agência por meio da Resolução de Diretoria nº 568/2011. Após a



confirmação da decisão em sede de recurso administrativo, a questão foi levada à arbitragem, com base em uma cláusula prevista no contrato de concessão, cujo teor, em síntese, era o seguinte: "se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo". Trata-se, importante pontuar, de cláusula praticamente idêntica aquelas presentes nos contratos de concessão quais a ARES-PCJ regula.¹⁶

41. Ocorre que a ANP, ao levar a questão ao Judiciário, argumentou que a pretensão submetida ao tribunal arbitral extrapolava os limites estabelecidos pela cláusula compromissória arbitral. Segundo a agência, a controvérsia envolvia uma decisão relacionada à sua atividade fiscalizatória, decorrente do exercício do poder de polícia, caracterizando, assim, um direito indisponível. Portanto, não se tratava de uma disputa sobre a execução do contrato de concessão, em seu âmbito econômico-financeiro negocial, mas sim de uma questão regulatória.

42. Diante desse contexto, o TRF2 manifestou-se nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO. PETROBRAS. ANP. DIVISÃO DO CAMPO DE PETRÓLEO. **PODER DE POLÍCIA. DIREITO INDISPONÍVEL. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA DE ARBITRAGEM.** POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INTERESSE DE AGIR DA ANP. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. APELAÇÃO DAS PARTES RÉS PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A ANP alega que a pretensão levada ao tribunal arbitral refoge aos limites da cláusula de compromisso arbitral, alegando se tratar de decisão de atividade fiscalizadora decorrente do poder de polícia da agência reguladora, logo um direito indisponível, e não uma controvérsia na execução do contrato de concessão celebrado.
2. O fato de haver, no Contrato de Concessão em comento, cláusula prevendo que "se a qualquer momento uma parte considerar que

¹⁶ Contratos disponíveis em: <https://www.arespcj.com.br/conteudo/contratos-de-concessao>. Acesso em: 13 set. 2024.



inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo", não exclui a possibilidade jurídica do pedido, nem o interesse de agir de parte que pretende a apreciação do caso pelo Poder Judiciário.

3. O art. 1º da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem) prevê que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". No caso, não se trata de direito patrimonial disponível, sendo plenamente possível, desta forma, a busca de solução através do Judiciário, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, ou em falta de interesse de agir.

4. Da mesma forma, e pelos mesmos motivos, não há a necessidade de aguardar a definição do juízo arbitral para apenas depois suscitar a ilegalidade junto ao juiz togado através de ação anulatória.

5. A possibilidade de o Bloco contido na área de concessão ser dividido em dois em nada se subsume a uma controvérsia acerca de interpretação de cláusulas do contrato de concessão, mas sim uma insurgência da parte ré contra uma decisão da ANP tomada com base em seu poder regulamentador da exploração petróleo no Brasil.

6. Sendo a arbitragem restrita a questões decorrentes da execução do contrato, o inconformismo com a recusa da ANP em permitir a divisão do bloco licitado tendo por base a interpretação do conceito legal de campo de petróleo e no exercício de atribuição legalmente prevista (art. 26 da Lei do Petróleo) revela-se uma tentativa de discutir a imperatividade dos atos administrativos no juízo arbitral.

7. Considerando que não se está questionando sobre a possibilidade ou não de o Contrato de Concessão em tela submeter-se às regras da arbitragem, assim como não se está discutindo cláusulas do referido contrato, não cabe ao Juízo Arbitral analisar o caso em tela, o qual se refere a direito indisponível, porquanto contesta decisão decorrente do poder de polícia da ANP (indeferimento da divisão dos Campos) na condição de agência reguladora, representando interesse público primário.

8. Não há que se falar em quebra da confiança legítima em face do



pedido constante na presente ação, pois, conforme já mencionado, a ANP não pretende a declaração de nulidade da cláusula de compromisso arbitral, mas sim o reconhecimento de que a questão em debate se refere a decisão de atividade fiscalizadora decorrente do poder de polícia da agência reguladora, logo um direito indisponível, e não uma controvérsia na execução do contrato de concessão 9. O fato de (segundo mencionou as Requeridas) a ANP ter aprovado, em casos análogos, diversos outros planos de avaliação e de desenvolvimento, que possuíam os mesmos critérios técnicos, operacionais e jurídicos que os do presente caso, causando uma "legítima expectativa de poder definir quais seriam as Áreas de Desenvolvimento e, conseqüentemente, os Campos" no Consórcio, não serve para delimitar a atuação da ANP em casos semelhantes, uma vez que a Autarquia Reguladora possui poder discricionário de analisar e decidir cada caso, respeitando as suas peculiaridades. 10. Os motivos que ensejaram a rejeição dos Planos de Desenvolvimento apresentados pelo Consórcio, pela ANP, não estão em discussão no presente feito, o qual, como já mencionado, limita-se à análise da possibilidade ou não da sujeição da matéria ao Juízo Arbitral, por se tratar de direito indisponível [...].¹⁷

43. Como se verifica, no caso acima o Tribunal deixou, de forma acertada, bem delimitada as diferenças entre as cláusulas arbitráveis, daquelas inarbitráveis, em virtude de se tratarem (ou não) de temas atinentes ao poder regulatório das Agências.

44. Embora, posteriormente, no STJ, a ação que originou o decisório acima tenha seguido rumos distintos, por razões que não envolveram as questões relativas à arbitrabilidade, todos os apontamentos sobre a possibilidade de o tema ser julgado por via arbitral permanecem não apenas válidos, mas também didáticos.

45. Outro caso semelhante ocorreu no setor afim da ARES-PCJ, em situação envolvendo um contrato de concessão do setor de saneamento básico. Ainda que a questão não envolvesse diretamente uma agência regulatória, a análise da arbitrabilidade feita pelo

¹⁷ TRF2, Apelação Cível, 0005966-81.2014.4.02.5101, Rel. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Assessoria de Recursos, Rel. do Acórdão - GUILHERME DIEFENTHAELER, julgado em 28/04/2022.



poder judiciário é relevante para fins de responder o questionamento da ARES-PCJ nesse parecer.

46. Tratou-se de disputa entre a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) e a empresa Franca Expansão S.A. (Franca) no Processo nº 1016607-87.2015.8.26.0053, que tramitou no Poder Judiciário de São Paulo.

47. Em 4 de agosto de 2011, as partes firmaram um contrato de concessão de direito real de uso e permissão qualificada de uso e acesso para a execução de obras de implantação de adutoras (Contrato nº 1057/11). Esse contrato continha uma cláusula de resolução de disputas que previa a escolha de foro judicial para questões envolvendo "direitos indisponíveis" relacionados ao contrato.

48. Devido ao atraso nas obras realizadas por outra empresa contratada pela Sabesp, houve a necessidade de prorrogar o prazo de execução do contrato com a Franca, o que levou à assinatura de um aditivo em novembro de 2014. No entanto, a execução do contrato pela Franca estava vinculada a um financiamento concedido pela Caixa Econômica Federal, o qual também precisaria ser prorrogado.

49. Assim, o litígio surgiu a partir de uma suposta demora, por parte da Sabesp, em concluir as formalidades necessárias para a prorrogação do contrato de financiamento, o que impediu a liberação das parcelas devidas à Franca. Alegando que a Sabesp exigia o cumprimento do cronograma de obras e ameaçava aplicar sanções por inadimplência contratual, a Franca entrou com uma ação cautelar pedindo que a Sabesp fosse impedida de aplicar penalidades, que a obra fosse suspensa e que a Sabesp fosse obrigada a agilizar os procedimentos internos para formalizar a prorrogação do contrato de financiamento. A Franca também reservou o direito de, no futuro, instaurar um procedimento arbitral.

50. Com o pedido liminar indeferido e a decisão mantida em posterior Agravo de instrumento interposto pela Franca, teve-se posteriormente o proferimento de sentença em que restou determinada a extinção do processo e a remessa dos autos ao Tribunal Arbitral. A Sabesp, então, interpôs um recurso de apelação, no qual argumentou que o tema tratado na ação cautelar envolvia direitos indisponíveis, razão pela qual deveria ser apreciado pelo Poder Judiciário. Com base nisso, solicitou a rejeição dos pedidos cautelares de Franca, sob a justificativa de que esses pedidos buscavam interferir na função de fiscalização da Administração Pública. O Tribunal de Justiça de São Paulo acatou os argumentos da Sabesp e



proferiu o seguinte acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL – MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – DECISÃO QUE DETERMINOU REMESSA AO JUÍZO ARBITRAL – DISCUSSÃO QUE NÃO VERSA SOBRE DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL – MATÉRIA DISCUTIDA NOS AUTOS QUE NÃO DEVE SER SUBMETIDA AO JUÍZO ARBITRAL – DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR QUE EXIGE DEMONSTRAÇÃO DE FUMUS BONI IURIS, NÃO DEMONSTRADO PELA AUTORA – RECURSO DA REQUERIDA PROVIDO – [...]

A fiscalização da execução do contrato, a aplicação direta de sanções e as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido são prerrogativas de direito público da administração contratante (cláusulas exorbitantes), configurando direito indisponível. Assim, a matéria não deve ser submetida ao juízo arbitral, que poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis apenas. Portanto, entendo que o objeto da presente medida cautelar configura direito indisponível, que deve ser solucionado pela jurisdição estatal.¹⁸

51. Considerando a explanação anterior sobre matérias atinentes às prerrogativas do poder público, a decisão tomada pelo Poder Judiciário paulista se mostra correta. Isso porque, no caso em questão, as atividades de fiscalização exercidas pela Sabesp constituem prerrogativas exorbitantes, ou seja, atos de império que não podem ser submetidos à jurisdição arbitral.

52. Ainda que esse segundo caso não trate diretamente de uma prerrogativa exclusivamente regulamentar de uma Agência, a lógica aplicada é bastante similar. A ideia de atos de império está diretamente relacionada às cláusulas regulamentares, enquanto os atos de gestão se aproximam mais da lógica das cláusulas contratuais.

53. Nesse cenário, ao transpor essas ideias para o contexto da ARES-PCJ e os conflitos decorrentes dos contratos de concessão plena e administrativa por ela regulados,

¹⁸ TJ-SP - APL: 10166078720158260053 SP 1016607-87.2015.8.26.0053, Relator: Maria Laura Tavares, Data de Julgamento: 01/08/2016, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/08/2016.



que contêm cláusula compromissória, a lógica permanece inalterada.

54. Dessa forma, e em conclusão, embora não exista uma lista pré-definida de todas as questões que possam ser resolvidas por meio de arbitragem, é possível concluir que, no setor regulado de saneamento básico, para que um conflito seja passível de resolução arbitral, é fundamental que o litígio não aborde diretamente questões que estejam sob a competência regulatória e prerrogativa exclusiva da ARES-PCJ (Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí). Do contrário, poderia haver o risco de uma interferência indevida nas atribuições de fiscalização e regulação da agência, comprometendo sua autoridade e suas prerrogativas institucionais.

55. Portanto, os aspectos relacionados à conformidade regulatória, isso é, litígios que envolvem a fiscalização do cumprimento de normas técnicas ou a adequação dos serviços prestados às regulamentações da agência, tem o seu mérito inarbitrável – embora, conforme já bem desenhado acima, suas eventuais consequências econômico-financeiras possam ser discutidas em sede arbitral.

56. Por fim, no que tange à temática da Arbitrabilidade, analisa-se em específico questão deveras controversa no que tange à temática: discussões relacionadas à definição de tarifas de serviços de saneamento, que estão dentro da competência regulatória da ARES-PCJ, em especial nos pleitos de revisões ordinárias e extraordinárias de contratos.

1.1.1. REVISÕES TARIFÁRIAS (ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA)

57. O tema das revisões de tarifa, sejam as ordinárias e/ou as extraordinárias, é sem dúvidas um dos que mais causa controvérsias no que tange à definição quanto à possibilidade, ou não, de ter seu conteúdo arbitrado. Para análise do tema, relevante que se faça um resgate legislativo, doutrinário e de decisões já proferidas quanto ao assunto, como forma de mais bem situar a Consulente quanto ao tema, e assim orientá-la.

58. De imediato, cumpre apontar que a Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, prevê no § 1º do seu artigo 38 que as revisões tarifárias, sejam as ordinárias ou extraordinárias, **“terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores de serviços”** [grifo acrescido]. Veja-se que este artigo é apenas uma consequência do anterior, que expressamente prevê que os reajustes tarifárias devem observar as normas



regulamentares.¹⁹ A essas previsões, aliam-se tantas outras, como a do artigo 22 da mesma lei, ao dispor, expressamente, que são objetivos da regulação “[...] IV – definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.”

59. O Protocolo de Intenções da ARES-PCJ segue no mesmo caminho. Prevê tanto nos seus objetivos, art. 8º, inciso III²⁰, quanto na sua cláusula 32ª, que é atribuição da ARES-PCJ *“deliberar sobre a fixação, revisão e reajuste dos valores de tarifas e taxas e sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos dos serviços de saneamento básico, delegados ou não pelos Municípios consorciados”*.

60. Foi inclusive em análise específica dessa temática, que o professor Dr. Gustavo Justino de Oliveira, em parecer específico sobre o tema do “Poder normativo das agências reguladoras”²¹, em resposta a quesito da ARES-PCJ que questionava se poderia ente regulado não acatar norma regulatória, como, por exemplo, a fixação de tarifas, e após ampla análise legal, doutrinária e jurisprudencial, consignou o seguinte:

[...] Isso significa que os agentes regulados (o poder concedente, seja por intermédio do seu Poder Executivo ou do Poder Legislativo, o concessionário e os usuários) deverão catar as normas estabelecidas, não podendo recusá-las. Caso, eventualmente, a norma emitida pela agência reguladora estiver em descompasso com a legalidade, o agente regulado interessado deverá se socorrer do Poder Judiciário, a quem compete a anulação desses atos administrativos apenas nos casos em que a competência regulatória for extrapolada. Contudo, em relação ao mérito das decisões regulatórias, emanadas no exercício de suas atribuições legais, a competência da agência reguladora, na qualidade de entidade pertencente à Administração Pública indireta dos municípios, é reservada em face da Administração Pública direta (o que inclui o Poder Executivo), do Poder Legislativo e do Poder

¹⁹ Art. 37. Os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais.

²⁰ Art. 8º Os objetivos específicos da Agência Reguladora PCJ são: “[...] III – fixar, reajustar e revisar os valores das taxas, tarifas, preços públicos e outras formas de contraprestação dos serviços públicos de saneamento básico nos Municípios consorciados”

²¹ Disponível em: https://www.arespcj.com.br/public/media/arquivos/1713274107-6_-_parecer_juridico_-_poder_normativo_das_agncias_reguladoras.pdf. Acesso em: 16 set. 2024.



Judiciário. [...] Ainda, considerando-se, especialmente, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece às agências reguladoras do setor de saneamento básico a competência para a definição de tarifas, conforme exposto no item anterior, a partir do momento em que há delegação da competência para o exercício da função regulatória, **todos os agentes regulados deverão acatar o regime tarifário estabelecido.** [grifo acrescido]

61. Assim, o que já se verifica de antemão, a partir desses primeiros apontamentos colacionados, é que a tarifação é uma prerrogativa regulamentar, vinculada a um regime jurídico público que visa garantir o equilíbrio econômico-financeiro do serviço prestado e o atendimento ao interesse público. Como tal, trata-se de um ato administrativo nascido a partir das diretrizes normativas e técnicas estabelecidas pela ARES-PCJ, o que, sob esse viés, exclui, pelo menos no mérito, a possibilidade de ter seu conteúdo arbitrado.

62. Foi nesse sentido que se manifestou o poder judiciário ao enfrentar situação idêntica a do questionamento trazido pela ARES-PCJ para este Parecerista. Na ocasião, a ARIS, uma agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Catarinense, formada nos mesmos moldes da ARES-PCJ, discutia a possibilidade de ser arbitrada decisões regulamentares suas proferidas quanto ao estabelecimento das tarifas de saneamento básico. Decisão didática foi proferida na ocasião:

[...] CONTRATO ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO - TARIFA - AÇÃO ANULATÓRIA - DELIBERAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA - PLURALIDADE DE FUNDAMENTOS - NEGATIVA DA TUTELA DE URGÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. **A previsão de juízo arbitral a propósito de contrato de concessão de serviço público não afasta a competência administrativa de agência reguladora quanto à definição de tarifa ou outras missões inatas ao seu poder de polícia. Os litígios entre concedente e concessionária até podem ser necessariamente resolvidos naquela via extrajudicial, mas não afastam aprioristicamente, no caso, a aptidão da Aris (Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento), a associação pública de alguns municípios catarinenses, para exercer sua missão inata e de caráter original.** 3. A Aris tem entre seus integrantes agentes públicos que não mantêm vínculo permanente com a Administração, a exemplo do que se dá em inúmeras situações no direito público: pessoas que desempenham funções estatais por vezes até sem caráter profissional



ou remuneração. Os agentes questionados têm formação técnica, não se demonstrou parcialidade, foram designados nos termos na legislação específica e não se submetem ao regime da legislação federal pertinente às agências reguladoras da União. [...] Quando, então, a Aris, após avaliação muito meticulosa e mediante julgamento de recurso identicamente muito gabaritado, toma uma posição consciente, o Judiciário deverá, tanto quanto possível, apelar à autocontenção. Não se deve cair na tentação de trazer a cláusula da "vedação à análise do mérito do ato administrativo", que é imprópria. Fixar tarifa pública não é missão discricionária. Mas envolve meandros científicos, reclama tirocínio que não está ao alcance de todos. Não convém que o juiz se considere presumivelmente mais sábio ou altruísta, tendo a aspiração de maior inteligência e senso de justiça. É tema que, salvo exceção muito clara, deve ser encerrado no campo administrativo. [...] ²²

63. Veja-se que a decisão supracitada advoga e reforça que a competência da agência reguladora na fixação de tarifas públicas está diretamente relacionada à sua função técnica e regulamentar, inserida no exercício do poder regulamentar. No caso da ARES-PCJ, a definição de tarifas para o serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário é uma atribuição inerente ao seu mandato, e qualquer intervenção nesse âmbito, seja judicial ou arbitral, deve ser pautada pela devida autocontenção, respeitando a expertise técnica da agência. É registrar, mais uma vez, que a definição tarifária envolve parâmetros objetivos e tecnicamente qualificados, afastando-se, portanto, de qualquer análise de mérito que possa ser realizada em sede arbitral ou judicial.

64. Como bem analisa Adriana Regina Sarra de Deus:

correta a posição que nega a possibilidade de submissão à arbitragem dos atos de império da Administração Pública, no que se incluem os praticados em exercício do poder normativo e regulatório das agências reguladoras. Trata-se de atos que se praticam em posição de superioridade hierárquica e que, por isso, não atendem ao critério de arbitrabilidade objetiva. ²³

²² TJ-SC - Agravo de Instrumento: 5050546-96.2021.8.24.0000, Relator: Hélio do Valle Pereira, Data de Julgamento: 09/02/2023, Quinta Câmara de Direito Público.

²³ DEUS, Adriana Regina Sarra de. Arbitrabilidade Objetiva e Administração Pública: Quais matérias podem ser arbitradas?. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 81, n. 72, p. 15-16, out./dez. 2021, pág. 26.



65. Tão relevante quanto, é a ressalva que faz na sequência:

Isso não quer dizer, como bem ressaltou Bruno Lopes Menga ao comentar o referido acordão, que o particular esteja fadado a sofrer os prejuízos que tal ato normativo lhe cause no âmbito de um contrato administrativo. Muito pelo contrário: ainda que os árbitros não tenham jurisdição sobre os atos praticados enquanto exercício do poder normativo, são eles plenamente competentes para apreciar os impactos econômicos que esses atos causem sobre um contrato, principalmente quanto aos danos impostos ao particular. Ou seja, os árbitros, embora não possam desconstituir o ato normativo, poderiam entender, por exemplo, que a sua edição implicou violação a determinada disposição contratual e, assim, condenar a Administração a indenizar o particular pelos prejuízos que lhe foram impostos como consequência do ato normativo.²⁴

66. Os apontamentos da autora referem-se ao ponto previamente mencionado nesse parecer: embora os atos praticados no exercício da função regulatória primária da ARES-PCJ não sejam passíveis de arbitragem, as consequências econômico-financeiras decorrentes desses atos podem ser discutidas nesse âmbito. Em outras palavras, ainda que o conteúdo de um ato que estabelece um valor tarifário específico não seja objeto de arbitragem, as implicações econômico-financeiras que essa nova tarifa possa gerar nos contratos de concessão, eventualmente resultando em um desequilíbrio, podem ser discutidas em sede arbitral.

67. De qualquer forma, importante que seja trazido ao conhecimento da ARES-PCJ que a última decisão quanto ao tema, proferida pelo STJ, segue uma linha um pouco diversa. Trata-se de caso envolvendo o Município de Mirassol, Concessionária e a ARSAE (Agência Reguladora do Serviço de Água e Esgoto de Mirassol).

68. Na ocasião, o contrato de concessão, que incluía uma cláusula de arbitragem, foi firmado exclusivamente entre o município e a concessionária de água e esgoto. Contudo, ao julgar um caso de desequilíbrio contratual, o tribunal arbitral decidiu a favor da concessionária, autorizando a aplicação de uma nova tarifa conforme determinado na sentença arbitral. Posteriormente, a Agência Reguladora do Serviço de Água e Esgoto de

²⁴ DEUS, Adriana Regina Sarra de. Arbitrabilidade Objetiva e Administração Pública: Quais matérias podem ser arbitradas?. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 81, n. 72, p. 15-16, out./dez. 2021, pág. 26-27.



Mirassol (ARSAE) emitiu uma portaria proibindo qualquer revisão tarifária sem sua aprovação prévia, baseando-se em sua atribuição regulatória. A ARSAE ainda afirmou que, por não ter sido parte no contrato de concessão nem no processo arbitral, a decisão não a obrigava. A concessionária então buscou a Justiça para invalidar a portaria, mas seu pedido foi negado tanto em primeira quanto em segunda instância, cuja ementa colaciona-se abaixo:

ATO ADMINISTRATIVO. Mirassol. Concessão de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Contrato nº 386/07. Revisão de tarifa. Arbitragem. Sentença arbitral. Portaria emitida pela Agência Reguladora (ARSAE): **vedação a qualquer alteração de preços pela concessionária sem autorização do ente regulador.** Vício de forma. Art. 23-A, LF nº 8.987/95. LM nº 3.066/07. – 1. Concorrência pública nº 001/2007. Contrato administrativo nº 387/2007. O contrato firmado entre o Município de Mirassol (poder concedente) e Sanessol S/A – Saneamento de Mirassol (concessionária) tem por objeto a prestação do serviço de água e esgoto em caráter de exclusividade aos usuários que se localizam na área de concessão, mediante a cobrança de tarifa. O contrato prevê a revisão ordinária (cláusula 22), que consiste na alteração do valor das tarifas, para mais ou para menos, com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A cláusula 51 traz os mecanismos de solução de controvérsias, prevendo a possibilidade de submissão das questões à arbitragem se assim concordarem os pactuantes, sendo que a sentença arbitral será definitiva e obrigatória para as partes (item 51.1, 'g'). – 2. Agência Reguladora. LM nº 3.066/07. A ARSAE é autarquia especial criada pela LM nº 3.066/07 com independência decisória, autonomia administrativa, orçamentária e financeira; **dentre as principais competências (art. 4º) estão** a regulação do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário; **a análise e autorização de reajustes e revisão das tarifas;** e a garantia de que os valores cobrados assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro do contrato quanto a modicidade tarifária, o duplo aspecto a considerar nos pedidos de revisão. – 3. Contrato de concessão. Revisão de tarifa. Arbitragem. [...] **A competência para autorização da revisão de tarifa é da ARSAE e contra ela a sentença arbitral não pode ser imposta, conforme os fundamentos da sentença, justificando-se a emissão da Portaria.** [...] – Improcedência. Recurso da autora desprovido, com



observação e mantida a suspensão da Portaria impugnada por mais 180 dias.²⁵

69. Veja-se que a decisão acima alinha-se com todo o exposto anteriormente, isso é, que o conteúdo decisório de ato da agência reguladora que trata das revisões ordinárias e/ou extraordinárias não pode ser questionado por vias arbitrais (apenas as eventuais consequências econômico-financeiras que eles venham a trazer aos contratos de concessão).

70. Todavia, o STJ, ao enfrentar o caso acima, seguiu em linha um pouco diversa. No Agravo em Recurso Especial nº 1905505²⁶, o STJ modificou a anterior decisão do Tribunal de Justiça Paulista, consignando que “a Portaria n. 02/2017, editada pela ARSAE, revela-se claramente ilegítima, diante do fato que a entidade teve pleno conhecimento, desde o início, do encaminhamento do litígio à arbitragem, autorizando sua instalação e, portanto, a ele aderindo.” Em síntese, o STJ entendeu por anular a portaria que proibia reajuste tarifário, porque, no seu entendimento, a ARSAE tinha conhecimento do litígio levado à arbitragem, que determinou o referido reajuste da tarifa, e havia, inclusive, autorizado o mesmo.

71. Nesse aspecto, alguns *disclaimers* são necessários.

72. O primeiro, e mais relevante, é que, em nenhum momento, o STJ reconheceu a arbitrabilidade da portaria emitida pela agência reguladora, que proibia o reajuste tarifário. Na verdade, a decisão do STJ foi no sentido de anular essa portaria, uma vez que ela contrariava uma decisão arbitral, a qual, segundo o entendimento do STJ, tratava de questões relacionadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

73. Essa observação é essencial, pois não se deve interpretar essa decisão do STJ como uma autorização para a arbitrabilidade de atos praticados pelas agências reguladoras, considerando sua função regulatória primordial. Esse não foi o conteúdo da decisão do STJ. Na verdade, o STJ sequer se aprofundou na questão da arbitrabilidade. Isso é: a análise não foi quanto à arbitrabilidade da portaria, mas, sim, a ilegalidade dela por impedir, na visão do STJ, um equilíbrio econômico financeiro determinado em sede arbitral – arbitragem essa que

²⁵ TJSP; Apelação Cível 1001661-97.2017.8.26.0358; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol - 3ª Vara; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020

²⁶ STJ - AREsp: 1905505, Relator: FRANCISCO FALCÃO, Data de Publicação: 22/06/2023.



a Agência estava ciente e autorizou.

74. De qualquer forma, não se pode negar que essa decisão, de forma indireta, validou a possibilidade de alteração tarifária sem a participação direta de uma agência reguladora, o que se entende um equívoco. Como já mencionado anteriormente, especialmente no caso da ARES-PCJ, a competência para realizar revisões tarifárias ordinárias ou extraordinárias é da agência reguladora, sendo seu conteúdo material inarbitrável. A única questão que poderia ser submetida à arbitragem, nesse contexto, seria uma eventual consequência econômico-financeira, em caso de desequilíbrio, que uma portaria desse tipo pudesse causar ao contrato de concessão.

75. Em resumo, é necessário que a mais recente decisão do STJ sobre o tema seja recebida com atenção e cautela pela ARES-PCJ. Ainda que de forma indireta, o tribunal permitiu uma revisão tarifária sem a participação da agência reguladora (mesmo que com o objetivo de reequilibrar o contrato economicamente). No entanto, é importante deixar claro que, em nenhum momento, o STJ reconheceu a arbitrabilidade do conteúdo material das portarias regulamentares emitidas pelas agências reguladoras. Esse assunto não foi objeto da decisão, razão pela qual mantêm-se nosso entendimento exarado nesse parecer de que tais atos são inarbitráveis.

II.B. ESTABILIDADE DAS DECISÕES REGULATÓRIAS NO SETOR DE SANEAMENTO: A RELEVÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DA ARES-PCJ NAS ARBITRAGENS QUE POSSAM AFETAR ASPECTOS REGULATÓRIOS

76. Além dos pontos já expostos, é importante analisar a questão por outro ângulo: o da estabilidade das decisões regulatórias, especialmente como forma de preservar o interesse público e garantir a segurança regulatória. Vale sempre lembrar que a regulação opera sob o princípio da descentralização administrativa, com a criação de entidades autônomas, visando promover uma gestão técnica e eficaz das atividades de interesse público relevante. Em outras palavras, no exercício de seu poder normativo, as agências reguladoras disciplinam a atividade econômica por meio da emissão de regulamentos – normas que possuem caráter técnico, amplo, genérico e abstrato.

77. Nesse sentido, é fundamental não perder de vista que a deferência às decisões das agências reguladoras deve ser a regra. Como já mencionado, essas entidades são órgãos



técnicos, cujas decisões são baseadas em análises detalhadas de natureza técnica. Por isso, a revisão ou alteração de suas decisões deve ocorrer apenas em casos específicos e excepcionais, sob o risco de comprometer a lógica da regulação e a própria razão de ser das agências reguladoras. Além disso, permitir revisões constantes geraria um ambiente de insegurança jurídica, no qual as decisões das agências poderiam ser alteradas a qualquer momento, causando instabilidade nos setores que elas regulam.

78. Válido nesse aspecto trazer trecho de decisão proferida pelo STJ que bem sintetiza essa questão:

O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na (i) falta de expertise e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e (ii) possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.

4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. "Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation". Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248-251).

5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.²⁷

²⁷ STJ - AREsp: 2145493, Relator: HERMAN BENJAMIN, Data de Publicação: 23/09/2022.



79. A mesma lógica, sem dúvida, aplica-se à Arbitragem. Para evitar a completa insegurança jurídica, e sem prejuízo das considerações já feitas sobre a inarbitrabilidade de atos relacionados à função regulatória, é fundamental que, mesmo nas questões passíveis de arbitragem, os árbitros considerem a devida deferência às decisões e atos das autoridades regulatórias. É o que bem destaca Sérgio Guerra - ainda que suas reflexões se refiram ao poder judiciário estatal, o raciocínio também se aplica à arbitragem:

Há escolhas regulatórias que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente complexos e sistêmicos, as pode valorar. O Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se exteriorizam, de modo que o regulador, nesses casos, goza de liberdade técnica de escolha, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando seu exercício resultar viciado por erro manifesto.²⁸

80. Ademais, em âmbito Arbitragem e Regulação, outra característica do instituto se mostra como passível de trazer riscos à segurança jurídica do setor: a ausência de devida publicidade das sentenças e a conseqüente ausência de precedentes arbitrais, o que, em um ambiente regulado, pode afetar seu equilíbrio sistêmico, assim como, prejudicar a coerência e previsibilidade regulatória.

81. Em outras palavras, trata-se do risco de que um conflito regulatório que verse sobre o mesmo assunto venha a ser decidido de formas diferentes em decisões que sejam contraditórias. Isso porque, inexistem modos, bem definidos, de se criar uma espécie de jurisprudência de decisões arbitrais, o que impede, conseqüentemente, que se tenha conhecimento sobre a maneira como determinados temas vêm sendo decididos pelos tribunais arbitrais.

82. Nessa linha, Evandro Pereira Caldas analisa o tema em sua dissertação de mestrado. Advoga nos seguintes termos o autor:

²⁸ GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 297-298



O fato de o processo arbitral, mesmo envolvendo a Administração Pública, ainda ser de acesso restrito, não ajuda a formação de uma jurisprudência arbitral. Embora as arbitragens da qual façam parte a Administração sejam públicas, o Brasil ainda carece de um repositório de sentenças arbitrais. Não há ferramenta que permita fácil acesso às decisões arbitrais que já foram exaradas, o que dificulta até mesmo o conhecimento da existência de eventual precedente. Assim, verifica-se que a arbitragem, por produzir decisões apenas voltadas ao caso concreto e não passíveis de aplicação geral ou uniformização, possui uma limitação institucional mais acentuada do que o Poder Judiciário. Quanto maior o número de arbitragens e julgamentos contraditórios sobre o mesmo tema, maior será a insegurança jurídica.²⁹

83. No caso dos setores regulados pela ARES-PCJ, a situação apresenta características ainda mais específicas, uma vez que nem todos os contratos de concessão são celebrados diretamente pela agência reguladora.

84. Muitos dos contratos de concessão que tratam das matérias regulados pela agência contêm cláusulas compromissórias que vinculam apenas os contratantes, o que deixa a ARES-PCJ de fora dos processos de arbitragem. Esse cenário contribui para a ampliação da insegurança jurídica e dos riscos regulatórios. Além disso, no setor de saneamento básico, as particularidades das questões enfrentadas são ainda mais acentuadas.

85. Diante desse contexto, é pertinente refletir sobre duas questões: (i) a possibilidade de participação da ARES-PCJ em arbitragens que envolvem os contratos de concessão que regula, mesmo quando não atua como parte contratante (anente ou interveniente); e (ii) ato normativo que regule os processos arbitrais envolvendo os contratos sob sua regulação.

²⁹ CALDAS, Evandro Pereira. **Controle da Administração Pública pela via arbitral**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29551>, p. 97. Acesso em: 19/12/2022.



II.B.1.) A NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA ARES-PCJ NAS ARBITRAGENS QUE ENVOLVAM OS CONTRATOS DE CONCESSÃO PLENA E CONCESSÕES ADMINISTRATIVAS REGULADOS PELA AGÊNCIA ARES-PCJ

86. Antes de adentrar à necessidade propriamente dita de participação da ARES-PCJ nas arbitragens que envolvam o setor por ela regulado, cumpre realizar uma breve explicação acerca de se, e como, terceiros, que não necessariamente são signatários de cláusula ou compromisso arbitral, podem participar de determinado procedimento arbitral.

87. Veja-se que a participação de terceiros em procedimentos arbitrais pode ser considerada excepcional com o instituto da arbitragem. Isso, especialmente, porque não há qualquer previsão na Lei Federal nº 9.307/1996 acerca de intervenção de terceiros em arbitragens.

88. Isso se dá pelo próprio fundamento jurídico da arbitragem, que tem uma natureza contratual e negocial, intimamente ligada ao consentimento manifestado pelas partes na convenção de arbitragem.

89. Como poderia, assim, um terceiro que jamais manifestou sua vontade em submeter-se à jurisdição de um tribunal arbitral intervir em um procedimento por ele administrado?

90. Para responder essa questão, deve-se levar em conta a natureza jurídica da ARES-PCJ, que permite a utilização de uma hipótese específica de intervenção de terceiros, inclusive em arbitragens, restrita às pessoas jurídicas de direito público, prevista no art. 5º, parágrafo único da Lei Federal nº 9.469/1997.

91. A Lei Federal nº 11.107/2005, que dispõe sobre a constituição de consórcios públicos, estabeleceu, em seu art. 1º, § 1º, que tais consórcios constituirão associação pública ou de pessoa jurídica de direito privado para a realização de suas finalidades:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.



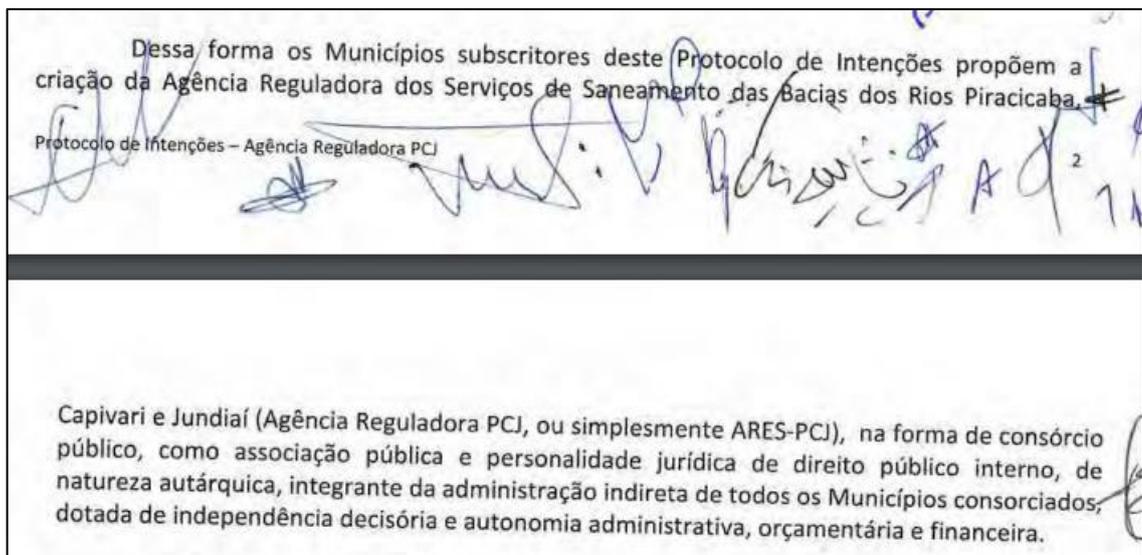
§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

92. O art. 6º, inciso I da mesma lei, por sua vez, estabelece que o consórcio público terá personalidade jurídica de direito público a partir da vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções que lhe deu origem:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

93. O preâmbulo do Protocolo de Intenções da ARES-PCJ é claro no tocante a opção dos Municípios consorciados em adotarem, para o consórcio público, a personalidade de direito público interno, de natureza autárquica:



94. A Cláusula 2ª e respectivos parágrafos do Protocolo de Intenções, por sua vez, criam a obrigação de ratificação legal do Protocolo de Intenções por todos os municípios subscritores. Justamente o requisito de personalidade jurídica de direito público previsto no art. 6º, inciso I da Lei Federal nº 11.107/2005.

95. As leis de ratificação de cada um dos municípios subscritores podem ser



consultadas por meio do sítio eletrônico da ARES-PCJ, que reúne os diplomas legais relevantes de cada um dos municípios consorciados³⁰.

96. Assim, deixa-se já bem alinhado que a ARES-PCJ é consórcio público, com personalidade jurídica de direito público interno, sendo parte integrante da administração pública indireta de cada um dos municípios consorciados.

97. Essa premissa é relevante porque é o que justifica a ARES-PCJ – ainda que anuente ou interveniente dos contratos de concessão e/ou parcerias público-privadas de saneamento básico - fazer uso de uma hipótese peculiar de intervenção de terceiros, que permitirá sua participação inclusive em arbitragens das quais não é parte e não assinou o instrumento contratual subjacente.

98. Trata-se aqui da previsão constante no art. 5º, parágrafo único da Lei Federal nº 9.469/1997, que possui a seguinte redação:

Art. 5º. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

99. Cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu³¹ que a intervenção anômala prevista no parágrafo único da Lei Federal nº 9.469/1997 também se aplica às pessoas jurídicas de direito público dos estados e municípios, não havendo quaisquer dúvidas acerca de sua aplicabilidade à ARES-PCJ, pessoa jurídica de direito público municipal.

100. Tal hipótese de intervenção é tratada na doutrina como uma intervenção anômala, na medida que não possui identidade exata com nenhuma das hipóteses de

³⁰ Fonte: <https://www.arespcj.com.br/index/leis-de-ratificacao>.

³¹ Fonte: <https://www.migalhas.com.br/quentes/35850/stj--alem-da-uniao--estados-e-municipios-podem-intervir-em-caso-de-interesse-economico>. Acesso em: 29/09/2024.



intervenção de terceiro do Código de Processo Civil, sendo norma especial de direito público³².

101. A intervenção anômala prevista no art. 5º, parágrafo único da Lei Federal nº 9.469/1997 possui aplicação obrigatória em todas as demandas que determinada pessoa jurídica de direito público possua interesse econômico. Obrigatoriedade essa que abrange inclusive às arbitragens, como lecionam as professoras Paula Butti Cardoso e Tatiane Mesquita Nunes³³:

A intervenção anômala, como espécie própria de intervenção – e integrante do rol de normas especiais de Direito Público – é de obrigatória aplicação a todas as lides que envolvam interesse do Poder Público, quer seja o interesse genérico prevista para a União, no caput do art. 5º, quer seja o interesse econômico específico para qualquer pessoa jurídica de Direito Público previsto no parágrafo único do mesmo dispositivo. O que significa dizer que, em tais demandas, independentemente da jurisdição em que se encontrem, estatal ou privada, deve ser franqueado o acesso à pessoa jurídica de Direito Público cuja pretensão esteja calcada em tal prerrogativa.

102. Por meio dessa intervenção, a pessoa jurídica de direito público apresentará ao tribunal, judicial ou arbitral, todos os esclarecimentos fáticos e jurídicos que julgarem pertinentes para o desenrolar da controvérsia, principalmente por meio de prova documental.

103. Justamente por isso, a doutrina processual aproxima muito tal modalidade de intervenção à figura do *amicus curiae*, prevista no art. 138 do CPC³⁴. Isso porque o esclarecimento de questões de fato e de direito, previstos no parágrafo único do art. 5º da Lei Federal nº 9.469/1997 é muito próximo das funções desempenhadas pela figura do *amicus curiae* no Código de Processo Civil.

³² BUENO, Cassio S. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502171633. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633>. Acesso em: 20 set. 2024. p. 219.

³³ CARDOSO, Paula Butti; NUNES, Tatiana Mesquita. A administração pública na arbitragem e a intervenção anômala. In: VALIM, Rafael; WARDE, Walfrido (org.). *Direito público e arbitragem: os desafios emergentes da resolução privada de conflitos do estado*. Contracorrente, 2022. cap. XII.p.

³⁴ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.



104. Nesse sentido, leciona o professor Cássio Scarpinella Bueno³⁵.

Aqui, a exemplo de diversas outras figuras que, tradicionalmente, têm sido rotuladas pela nossa doutrina e pela nossa jurisprudência de intervenções anômalas de terceiros, parece ser a melhor proposta de sistematização a de estudar esse instituto como um caso em que o sistema processual civil brasileiro admite a intervenção do terceiro a título de *amicus curiae*. Justamente porque a hipótese, tal qual regulada pela lei, dispensa a demonstração de um interesse jurídico no sentido “clássico”, “tradicional” do tema, voltando-se muito mais — e expressamente — para a atuação esclarecedora, quase que instrutória, do interveniente

105. Igualmente, é a doutrina do saudoso Ministro Athos de Gusmão Carneiro³⁶:

Vê-se, assim, que a atípica ‘intervenção de terceiro’, prevista no art. 5º, par. ún., da Lei 9.469/97, apresenta-se em verdade como uma peculiar modalidade de ingresso do *amicus curiae* na relação processual, ao qual é facultado, por mero interesse mediato e de natureza econômica, apresentar alegações, em favor do ‘assistido’ — autarquias, fundações públicas, empresas públicas federais, sociedades de economia mista federais — e juntar documentos e memoriais.

106. Percebe-se, assim, que a intervenção anômala do parágrafo único do art. 5º da Lei Federal nº 9.469/1997 em muito se aproxima da figura do *amicus curiae*, na medida em que permite à pessoa jurídica de direito público trazer ao magistrado e ao árbitro esclarecimentos fáticos e jurídicos, indispensáveis a uma análise adequada da matéria.

107. Ressalta-se que Lei Federal nº 9.469/1997 não faz qualquer distinção entre

³⁵ BUENO, Cassio S. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro - Um terceiro enigmático**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502171633. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502171633>. Acesso em: 20 set. 2024. p. 221

³⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Da intervenção da União Federal como *amicus curiae*”. Revista de Processo v. 111. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 243/258. Publicado também na Revista Forense v. 363, pp. 181/192.



processos judiciais e processos arbitrais, referindo-se genericamente à “*causas cujas decisões possam ter reflexos ...*”.

108. Justamente por isso, em âmbito federal, o Decreto nº 10.025/2019, que versa sobre a arbitragem no setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, regulamentou a possibilidade de intervenção anômala da União nos processos arbitrais que possua interesse jurídico ou econômico:

Art. 13. A União e as entidades da administração pública federal serão representadas perante o juízo arbitral por membros dos órgãos da Advocacia-Geral da União, conforme as suas competências constitucionais e legais.

§ 2º A União poderá intervir nas causas arbitrais de que trata este Decreto nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei nº 9.469, de 1997.

109. Intervenção essa, em arbitragens, cujo procedimento foi regulamentado, no âmbito da Advocacia Geral da União, pela Portaria Conjunta PGU-CGU/AGU nº 7/2021.

110. Tais normativas encontram versões simétricas em âmbito estadual. Como exemplo destaca-se o art. 8º, Parágrafo único do Decreto Estadual nº 55.996/2021³⁷, do Estado do Rio Grande do Sul; e o art. 2º da Resolução PGE nº 4.595/2020³⁸, da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

111. Para fins de dar contornos práticos às normas e conceitos ora apresentados, expõe-se aqui o Procedimento Arbitral nº 24.957³⁹, arbitragem movida pela Concessionária

³⁷ Art. 8º, Parágrafo único. O Estado, representado pela Procuradoria-Geral do Estado, poderá intervir, com fundamento no disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei Federal nº 9.469, de 10 de julho de 1997, nas causas arbitrais cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer.

³⁸ Art. 2º- Compete ao Núcleo de Arbitragem da Procuradoria Geral do Estado: I - atuar em todos os procedimentos arbitrais de interesse do Estado do Rio de Janeiro e das Entidades da Administração Pública Estadual Indireta;

³⁹ Fonte: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-demonstra-que-uniao-deve-atuar-como-interveniente-anomala-em-arbitragem-que-discute-reequilibrio-financeiro-de-um-contrato>. Acesso em: 29/09/2024.



MSVIA para discutir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão relativo à BR-163, onde corta o Estado do Mato Grosso do Sul entre os estados do Paraná e Mato Grosso.

112. A arbitragem foi inicialmente movida pela MSVIA tanto em face da União quanto em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Ocorre que, no caso, a União sequer figurava no contrato de concessão, celebrado com a ANTT.

113. Não poderia, portanto, ser parte no procedimento arbitral, uma vez que jamais assinou o contrato de concessão ou a cláusula compromissória. Requereu, por meio de seu Núcleo Especializado de Arbitragem, que fosse excluída do polo passivo do feito, passando a participar da arbitragem como interveniente anômala, conforme previsão do art. 5º da Lei Federal nº 9.469/1997, tratada anteriormente.

114. O Tribunal Arbitral, ao analisar a questão, decidiu pela exclusão da União do polo passivo da demanda e sua participação como interveniente anômala, cujos poderes consistem na manifestação sempre que tiver informações de fato ou de direito relevantes ao deslinde da controvérsia.

115. Tal precedente é importantíssimo, na medida que reconhece a aplicação da Lei Federal nº 9.469/1997 inclusive em procedimentos arbitrais, nos quais a intervenção anômala poderá ocorrer.

116. O precedente possui especial relevância para a ARES-PCJ. Isso porque, assim como a União não era parte do contrato de concessão celebrado entre MSVIA e ANTT, a ARES-PCJ também não é parte dos contratos de concessão que regulamenta. Pelo contrário, as partes são as concessionárias e municípios.

117. Assim, não sendo a ARES PCJ parte propriamente dita, quando não figurar como parte do contrato – porém anuente ou interveniente - é plenamente cabível a sua intervenção em todas as arbitragens que possuam consequências econômicas para si, ainda que indiretas, nos termos do art. 5º, parágrafo único da Lei Federal nº 9.469/1997.

118. No tocante às arbitragens em que a ARES-PCJ não possua interesse econômico, sua intervenção ainda é possível, só que dessa vez na condição de *amicus curiae*, condicionada ao aceite do tribunal arbitral e das partes envolvidas no litígio.



119. O Código de Processo Civil Brasileiro, em seu título III, elenca as hipóteses de intervenção de terceiros admissíveis em processos judiciais. São elas as seguintes: assistência simples, assistência litisconsorcial, denunciação à lide, chamamento ao processo e *amicus curiae*.

120. A intervenção do *amicus curiae*, por sua vez, não busca tutelar um interesse pessoal do interveniente em um procedimento em específico, mas sim um interesse de caráter institucional, relacionado às finalidades legais e institucionais do interveniente. Sobre o caráter institucional da intervenção do *amicus curiae*, é a lição do Professor Alexandre Freitas Câmara⁴⁰:

Como já se teve oportunidade de examinar anteriormente, o assistente é titular da própria relação jurídica deduzida no processo ou de uma relação jurídica a ela vinculada. O *amicus curiae* não é sujeito de qualquer dessas relações jurídicas (e, por isso, não pode ser assistente). O que legitima a intervenção do *amicus curiae* é um interesse que se pode qualificar como institucional. Explique-se: há pessoas e entidades que defendem institucionalmente certos interesses. É o caso, por exemplo, da Ordem dos Advogados do Brasil (que defende os interesses institucionais da Advocacia), da Associação dos Magistrados Brasileiros (que defende os interesses institucionais da Magistratura), das Igrejas, de entidades científicas (como a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, SBPC, que defende o avanço científico e tecnológico e o desenvolvimento social e cultural, ou o Instituto Brasileiro de Direito Processual, IBDP, que tem entre suas finalidades promover o aprimoramento do direito processual em todo o país)

121. Percebe-se, assim, que a intervenção realizada pelo *amicus curiae* é a mais adequada no tocante à promoção de interesses institucionais, não necessariamente relacionados com uma solução específica ao feito.

122. O papel do *amicus curiae*, além da promoção de interesses institucionais, está intimamente ligado com o fornecimento de subsídios, técnicos e jurídicos, para auxiliar o magistrado ou árbitro na tomada de uma decisão adequada ao feito.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772575>. p. 139. Acesso em: 23 set. 2024.



123. O *amicus curiae*, por possuir uma expertise aprofundada sobre a matéria em litígio, traz subsídios relevantíssimos para colaborar com o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional, o que é benéfico tanto às partes quanto ao tribunal arbitral.

124. Sobre o papel de aprimoramento da jurisdição exercido pelo *amicus curiae*, leciona o professor Fredie Didier Junior⁴¹:

Chega-se, a partir do quadro traçado, à seguinte conclusão: a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional; reconhece-se que o magistrado não detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional.

125. Ora, a ARES-PCJ, na condição de agência reguladora, tem esse poder de trazer sua notória *expertise* no setor do saneamento aos procedimentos arbitrais relacionados aos contratos em que atua como ente regulador.

126. Essa participação, insista-se, não só permitirá uma maior estabilidade regulatória às atividades e determinações da ARES-PCJ, como também proporcionará aos tribunais arbitrais todos os subsídios necessários, sob o prisma técnico, a uma tomada de decisão adequada aos casos a eles submetidos.

127. De qualquer forma, a participação da ARES-PCJ como *amicus curiae* dependerá da abrangência dos poderes concedidos pelo tribunal arbitral. Tradicionalmente, o *amicus curiae* pode apresentar uma petição com todos os elementos que deseja fornecer ao tribunal (*amicus curiae brief*), juntar documentos, elaborar quesitos aos peritos e realizar sustentações orais⁴².

128. Destaca-se, por fim, que a participação de *amicus curiae* em arbitragens para a representação de interesses institucionais não é novidade. Trata-se de instituto há muito consolidado nas arbitragens de investimento internacionais.

⁴¹ DIDIER JR, Fredie Souza. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. São Paulo: RT, 2005. p., 186.

⁴² CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559772575. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772575/>. P. 140. Acesso em: 23 set. 2024.



129. A prática é regulamentada pela UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) *Rules on transparency in treaty-based Investor-State Arbitration*. Trata-se de diploma normativo aplicável a todos os procedimentos arbitrais movidos por Estados soberanos, no âmbito da UNCITRAL, a partir de abril de 2014. Essas regras, em seu artigo quarto, permitem que todo terceiro interessado possa submeter manifestações ao tribunal arbitral, desde que possua relação com o objeto do litígio e auxilie o tribunal a decidir uma questão de fato ou de direito.

130. Previsões semelhantes encontram-se nas Regras de Procedimento para Arbitragens do ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), em seu art. 37 (2); bem como no capítulo 11 do NAFTA (North American Free Trade Agreement).

131. Tais previsões tem como razão de ser o fato de que as arbitragens de investimento, tais quais as arbitragens envolvendo a administração pública, não impactam apenas as partes envolvidas no litígio, mas possuem um impacto social e regulatório amplo, de modo que devem proporcionar, sempre que possível, uma participação institucional, a fim de obter maior legitimidade.

132. Sendo assim, a ARES-PCJ, em litígios arbitrais que não possua interesse econômico, mesmo que reflexo, pode se utilizar do instituto do *amicus curiae* para pautar suas intervenções.

133. Uma vez estabelecida a possibilidade de a ARES-PCJ intervir em procedimentos arbitrais decorrentes de contratos por ela regulados, é preciso abordar a necessidade dessa intervenção para manter-se a estabilidade regulatória do setor, bem como a forma mais adequada de realização dessa intervenção, levando-se em conta a natureza jurídica e papel institucional da ARES-PCJ.

134. Premissa fundamental para entender a necessidade de participação da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais é a já bem exposta nessa orientação legal especificidade do setor de saneamento. Como regra geral, os mercados regulados possuem complexidade bastante peculiar. O setor de saneamento regulado pela ARES-PCJ não se afigura como exceção à essa peculiaridade, razão pela qual é plenamente possível demonstrar que a participação da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais trará uma vantagem eminentemente técnica para a melhor solução desses conflitos.



135. Isso porque é da própria natureza da ARES-PCJ, enquanto agência reguladora, o seu caráter altamente técnico. Essa peculiaridade permite à agência entender as demandas postuladas no procedimento e avaliar criticamente, como forma de contribuir para a prestação jurisdicional do tribunal, todo o andamento do procedimento. A análise técnica da ARES-PCJ pode garantir que as decisões sejam fundamentadas em dados concretos e atualizados e, sobretudo, alinhadas às melhores práticas do setor.

136. Para além disso, a participação das agências reguladoras assegura também que os aspectos regulatórios sejam devidamente considerados, contribuindo para a formação de um arcabouço jurídico sólido para que os árbitros decidam a demanda, inclusive como forma de afastar os já bem expostos riscos de que os árbitros decidam, antijuridicamente, sobre matérias indisponíveis.

137. Nessa mesma toada, Fernanda Rosa Coelho dispôs em artigo acerca da participação de agências reguladoras em procedimentos arbitrais:

Nesse contexto que ganha relevo a participação das agências reguladoras no procedimento arbitral de conflitos originados nos contratos de concessão. Isso porque é uma de suas características principais a capacitação técnica, de modo que seus agentes são recrutados com base em sua elevada especialização, além de dispor de mecanismos de atualização (estudos, consultorias, pesquisas), o que origina atos tendencialmente mais técnicos.⁴³.

138. A experiência da ARES-PCJ, aliada à formação contínua dos seus profissionais, pode assegurar – ou ao menos facilitar - que os aspectos regulatórios sejam integrados de maneira eficaz ao processo decisório, promovendo soluções mais alinhadas às melhores práticas. Assim, a contribuição da agência se configura como um elemento crucial para a eficiência da arbitragem, proporcionando cenário que resguarda tanto os interesses públicos quanto os direitos das partes envolvidas, favorecendo um ambiente de confiança e estabilidade nas relações contratuais reguladas.

⁴³ COELHO, Fernanda Rosa. **PARTICIPAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NAS ARBITRAGENS DOS SETORES REGULADOS**. Salvador: Revista Anep de Direito Processual, v. 3, n. 1, 2022.



139. Por fim, uma vez exposta tanto a possibilidade quanto a necessidade de intervenção da ARES-PCJ nas arbitragens que envolvam o setor por ela regulado, passa-se a analisar quais os remédios possíveis à ARES-PCJ em face de sentença arbitral proferida sem sua participação ou que viole suas competências regulatórias.

140. O art. 33 da Lei de Arbitragem⁴⁴ dispõe que apenas as partes interessadas poderão pleitear a declaração de nulidade de sentença arbitral, não fazendo quaisquer menções aos terceiros interessados ou eventualmente prejudicados.

141. Isso indicaria, em uma leitura apressada, a ausência de remédios legais disponíveis a um terceiro prejudicado por sentença arbitral. Esse, entretanto, não é o entendimento mais correto da questão.

142. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro tutela o terceiro juridicamente prejudicado noutras relações jurídicas, diversas da arbitragem.

143. Quando prejudicado por um negócio jurídico fraudulento, por exemplo, o terceiro poderia fazer uso da ação pauliana, prevista nos artigos 158 até 165 do Código Civil, ou da declaração de nulidade por simulação do negócio jurídico⁴⁵.

144. Quando prejudicado por um ato judicial, por sua vez, o terceiro poderia fazer uso da ação rescisória, nos termos do art. 967, incisos II e IV do Código de Processo Civil:

Art. 967. Têm legitimidade para propor a ação rescisória:

II - o terceiro juridicamente interessado;

IV - aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

⁴⁴ Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

⁴⁵ COSTA, Guilherme Recena. **Partes e Terceiros na Arbitragem**. 2015. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-02122015-154004/publico/Partes_e_Terceiros_na_Arbitragem_Guilherme_Recena_Costa.pdf. p. 249. Acesso em 29/09/2024



145. Não há razão, assim, para que seja concedido um tratamento diferenciado à sentença arbitral, garantindo-lhe maior imutabilidade que aos negócios jurídicos e às sentenças judiciais. Nesses termos, leciona o professor Paulo Henrique Lucon⁴⁶:

Afirmar que a ação anulatória da sentença arbitral apenas poderia ser ajuizada nas hipóteses expressamente previstas no artigo 32 da Lei n. 9.307/96, seria conferir à sentença arbitral um status de imutabilidade superior ao da sentença judicial. Esta conclusão, certamente, não corresponde ao desejo do legislador e não tem como se justificar diante de uma leitura constitucional do processo civil pátrio, notadamente quando envolvidos valores socialmente relevantes para a decisão judicial.

146. No mesmo sentido, entende o professor Carlos Alberto Carmona, ao expor que as hipóteses de nulidade da lei de arbitragem são insuficientes para tutelar todos os possíveis vícios em uma sentença arbitral⁴⁷:

Espera o legislador, portanto, que todas as hipóteses de ofensa à ordem pública possam ser reduzidas ou reconduzidas a um dos incisos mencionados. Nem sempre, porém, isto irá ocorrer: basta pensar na hipótese de os árbitros deixarem de aplicar corretamente uma lei que seja de ordem pública (e que não esteja direta ou concretamente enquadrada na síntese proporcionada pelo art. 32 da Lei de Arbitragem) para que se introduza elemento novo para o problema, com o qual nossos tribunais ainda não tiveram a oportunidade de lidar!

147. Conclui-se, assim, que *“hipóteses de cabimento de ação rescisória, que representem a preservação da ordem pública e do devido processo legal, podem ser utilizadas para o ajuizamento da ação anulatória da sentença arbitral, ainda que essas hipóteses não estejam expressamente delineadas no artigo 32 da Lei de Arbitragem”*⁴⁸.

148. Assim, é plenamente factível ao terceiro, mesmo inexistindo previsão na lei de arbitragem, fazer uso da ação declaratória de nulidade da sentença arbitral, desde que em hipóteses de violação à ordem pública e ao devido processo legal, que seriam tuteladas por

⁴⁶ LUCON, Paulo Henrique *et al*, “Ação anulatória de sentença arbitral: hipóteses taxativas?” Disponível em: <https://uso-br.academia.edu/PauloLucon>. Acesso em: 29/09/2024. p. 3

⁴⁷ Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. 3ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 412.

⁴⁸ LUCON, Paulo Henrique *et al*, “Ação anulatória de sentença arbitral: hipóteses taxativas?” Disponível em: <https://uso-br.academia.edu/PauloLucon>. Acesso em: 29/09/2024. p. 4.



meio de ação rescisória caso ocorresse na via judicial.

149. Dessa forma, é possível à ARES-PCJ, quando deparar-se com sentença arbitral de arbitragem da qual deveria ter participado por força do art. 5º, parágrafo único da Lei Federal nº 9.469/1997, mas não participou, ajuizar a ação declaratória de nulidade cabível, por analogia ao art. 967, inciso IV do CPC.

150. Igualmente, tendo a sentença arbitral intervindo no mérito da competência regulatória da ARES-PCJ, ela também pode ajuizar ação declaratória de nulidade, por analogia ao art. 967, inciso II do CPC.

II.B.2.) Ato normativo que regule os processos arbitrais envolvendo os contratos sob a regulação da ARES-PCJ

151. Conforme já bem destacado no tópico II.1. A deste parecer, a ARES-PCJ, por meio das leis atinentes ao setor de saneamento, mas mais especificamente em virtude da cláusula 28ª do seu protocolo de intenções, tem como competência “executar atividades relativas à regulação, à fiscalização e à contabilidade regulatória dos serviços de saneamento básico nos Municípios consorciados e desenvolver as ações necessárias para cumprir as finalidades e objetivos do consórcio público Agência Reguladora PCJ [...]”.

152. Nesse âmbito, na forma da Cláusula 32ª, inciso III, do Protocolo de Intenções da ARES-PCJ⁴⁹, convertido em Contrato de Consórcio Público, e o artigo 29, inciso XVI, do Estatuto Social da ARES-PCJ, a Agência, por meio da Diretoria Executiva, pode “regulamentar, através de Resoluções específicas, Leis, Decretos, Portarias e outros Atos Normativos que interfiram ou impactem na gestão da Agência Reguladora PCJ”.

153. Ademais, insta ainda apontar que a cláusula 12ª, o inciso I do parágrafo único da cláusula 13ª e a cláusula 66ª do Protocolo de Intenções, trazem, respectivamente, que:

Cláusula 12ª (Da uniformidade das normas) – Mediante a ratificação

⁴⁹ CLÁUSULA 32ª (Das competências) – Compete à Diretoria Executiva da Agência Reguladora [...] III – analisar, deliberar e expedir regulamentos sobre a prestação e fiscalização dos serviços de saneamento básico no âmbito dos Municípios consorciados.



por lei do presente Protocolo de Intenções, o Município consorciado reconhece a aplicabilidade de normas e procedimentos de disciplina da regulação e fiscalização dos serviços de saneamento em regime de gestão associada, editadas pela Agência Reguladora PCJ.

Cláusula 13ª (Da transferência de competências) – Pra a consecução da gestão associada, os Municípios consorciados transferem à Agência Reguladora PCJ o exercício das competências de regulação e de fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico. [...]

Parágrafo único – As competências dos Municípios consorciados, mencionadas no *caput* desta Cláusula, e cujo exercício se transfere à Agência Reguladora PCJ, incluem, dentre outras atividades: [...]

I. A edição de regulamento, abrangendo as normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços [...]

Cláusula 66ª (Das normas regulamentares) – A Agência Reguladora PCJ expedirá normas regulamentares visando critérios de regulação e fiscalização, bem como os critérios para o enquadramento da infração e os respectivos valores para as multas, em caso de descumprimento.

154. Ou seja, a ARES-PCJ detém amplo poder normativo, permitindo-lhe emitir resoluções sobre temas relacionados à gestão e fiscalização dos serviços de saneamento básico nas regiões sob sua regulação.

155. Dessa forma, considerando que grande parte dos conflitos relacionados aos contratos de concessão nas áreas reguladas vem sendo solucionada por meio de arbitragem, muitas vezes sem qualquer controle por parte da agência, é pertinente que a ARES-PCJ considere a elaboração de uma resolução específica sobre o uso da arbitragem como meio de resolução de conflitos nos contratos sob sua regulação.

156. Lógicas semelhantes já foram postas em prática em situações similares.

157. Um exemplo é o Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU (NEA/AGU). Criado pela Portaria AGU nº 320, de 13 de junho de 2019, o NEA opera sob a égide da Consultoria-Geral da União e é encarregado de fornecer consultoria e assessoramento jurídicos, bem como de gerenciar o contencioso arbitral envolvendo a União. Dentre as



atribuições do NEA, estão a responsabilidade de promover a formulação de diretrizes sobre a implementação e operacionalização da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas no âmbito público, em colaboração com as advocacias públicas estaduais, do Distrito Federal e municipais.

158. Nesse aspecto, a Portaria Normativa AGU nº 75, de 23 de dezembro de 2023⁵⁰, constitui um exemplo de regulamentação que aborda o tema no âmbito da União. A portaria estabelece, entre outros pontos, os critérios e procedimentos para a intervenção da União em processos arbitrais. No Capítulo V da normativa, são detalhados diversos critérios e procedimentos para a intervenção da União em processos arbitrais de seu interesse. Por sua relevância para a ideia que se busca aplicar à ARES-PCJ, destaca-se, por exemplo, a alínea "b" do inciso I do art. 29.

Art. 29. Para os fins desta Portaria Normativa considera-se:

I – intervenção: o ingresso da União em processos arbitrais:

[...] b) cujas decisões possam ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, independentemente da demonstração de interesse jurídico [...]

159. Em linha similar, tem-se também a Resolução nº 5.845 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que “Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição, a arbitragem e os comitês de prevenção e solução de disputas no âmbito da ANTT”⁵¹. Essa resolução, conforme art. 1ª da mesma, “[...] dispõe sobre os procedimentos e as regras referentes aos processos de Prevenção e Solução de Controvérsias entre a ANTT e os seus entes regulados.”

160. Como se observa, ambas as normativas buscam regulamentar arbitragens que, de forma direta ou indireta, afetam os entes envolvidos em sua atuação. Essa mesma lógica deve ser aplicada à ARES-PCJ.

⁵⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/portaria-normativa-agu-no-75-de-23-de-dezembro-de-2022-dispoe-sobre-a-competencia-a-estrutura-e-o-funcionamento-do-nea.pdf/view>. Acesso em 23 set. 2024.

⁵¹ Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=0005845&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7796. Acesso em: 23 set. 2024.



161. Conforme destacado pela ARES-PCJ ao solicitar este parecer, atualmente as arbitragens decorrentes de conflitos nos contratos de concessão sob sua regulação têm gerado insegurança jurídica, devido a alterações excessivas e abruptas no conjunto normativo regulatório. Nesse sentido, a criação de uma normativa que regule a arbitragem nos conflitos relacionados aos entes regulados pela ARES-PCJ, incluindo a possibilidade de intervenção da agência nesses procedimentos, conforme descrito anteriormente, é uma medida relevante para reduzir a insegurança causada por essas decisões.

162. Dessa forma, anexo a este parecer, elaborou-se uma sugestão de minuta de ato normativo, fundamentada nas previsões legais já bem expostas no tópico anterior, “II.B.1.”, seguindo os moldes e características discutidos ao longo deste parecer, especialmente a intervenção de terceiros desenvolvida no tópico anterior. Acredita-se, como destacado, que tal ato pode auxiliar a ARES-PCJ a exercer maior controle sobre os procedimentos arbitrais.

III. CONCLUSÕES E RESPOSTAS AOS QUESITOS

163. Diante de todo o exposto, as análises empreendidas resultam nas seguintes conclusões:

Quesito nº 1

Contratos de concessão plena e concessões administrativas (PPP's) regulados pela agência ARES-PCJ possuem cláusulas com previsão de soluções de controvérsias por meio de arbitragem. Questiona-se: quais os limites de atuação das Câmaras arbitrais nos contratos de saneamento básico?

Resposta: Conforme desenvolvido ao longo deste parecer, a resposta a essa questão envolve a análise de dois aspectos fundamentais: a arbitrabilidade e a deferência às prerrogativas regulatórias.

No que diz respeito à arbitrabilidade, é importante destacar que apenas conflitos envolvendo direitos disponíveis podem ser submetidos à arbitragem. No entanto, no setor de infraestrutura, incluindo o saneamento básico, a questão da arbitrabilidade objetiva é controversa, pois há grande incerteza sobre o que pode



ou não ser objeto de arbitragem, especialmente devido ao complexo contexto regulatório que envolve o setor.

Embora não exista uma lista exaustiva de questões que possam ser resolvidas via arbitragem no setor regulado de saneamento básico, é possível concluir que, no contexto aqui analisado, um conflito só pode ser submetido à arbitragem se não tratar diretamente de questões que estão sob a competência regulatória e prerrogativa exclusiva da ARES-PCJ (Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí) – nos termos estabelecidos pela legislação e pelo protocolo de intenções da ARESP-PCJ, ambos bem indicados no tópico II.I.A. deste parecer.

Assim, os aspectos relacionados à conformidade regulatória, ou seja, litígios que envolvam a fiscalização do cumprimento de normas técnicas, a adequação dos serviços às regulamentações da agência e o exercício de seu poder normativo – incluindo a emissão de resoluções – são inarbitráveis. Isso significa que o exercício do poder de estabelecer e regulamentar a prestação dos serviços, bem como a definição de suas características, como nível de cobertura, área de atuação, poder de polícia e questões fiscais, não pode ser objeto de arbitragem.

Entretanto, as consequências econômico-financeiras decorrentes dessas prerrogativas regulatórias podem, em regra, ser submetidas à arbitragem. Em outras palavras, embora o mérito das atividades regulatórias não possa ser discutido em âmbito arbitral, eventuais desequilíbrios econômico-financeiros que esses atos e atividades causem aos contratos de concessão podem ser resolvidos por meio de arbitragem.

Já sob o viés da deferência à atividade regulatória, é essencial reconhecer que as agências reguladoras, por serem órgãos técnicos, baseiam suas decisões em análises detalhadas. A revisão ou alteração dessas decisões deve ocorrer apenas em casos específicos e excepcionais, para não comprometer a lógica da regulação e a própria razão de ser das agências, e baseadas nas normas regulatórias editadas pela Agência. Permitir revisões frequentes – ou desconsiderando as normas e demais atos regulatórios da Agência - geraria um ambiente de insegurança jurídica, no qual as decisões das agências poderiam ser modificadas a qualquer momento, causando instabilidade nos setores regulados.



Portanto, mesmo quando o tema em questão envolve direitos disponíveis, as decisões arbitrais devem respeitar a deferência regulatória, sob pena de desvirtuar a função das agências reguladoras e aumentar a insegurança jurídica no setor.

Quesito nº 2

Uma das preocupações da regulação do saneamento básico é a estabilidade das decisões regulatórias. Nesse sentido, questionamos: é possível que as Câmaras arbitrais pautem e revisem temas decididos pelos reguladores, em especial nos pleitos de revisões ordinárias e extraordinárias de contratos?

Resposta: Os apontamentos feitos ao responder o quesito anterior aplicam-se integralmente à resposta deste, tanto no que diz respeito à arbitrabilidade quanto à deferência regulatória. A lógica referente à possibilidade de reversão de temas já decididos pela ARES-PCJ, incluindo as revisões ordinárias e extraordinárias, segue os mesmos aspectos de (in)disponibilidade e (in)arbitrabilidade destacados anteriormente, assim como as considerações relativas à deferência à atividade regulatória.

De qualquer forma, para aprofundar a resposta a este quesito, é importante destacar a questão das tarifas, visto que, segundo a ARES-PCJ, esse tema tem impactado diretamente as revisões ordinárias e extraordinárias dos contratos de concessão, além de eventuais revisões de suas decisões regulatórias por meio da arbitragem.

Nesse contexto, a tarifação configura uma prerrogativa regulamentar vinculada a um regime jurídico público, cujo objetivo é assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do serviço prestado e atender ao interesse público. Trata-se, portanto, de um ato administrativo pautado pelas diretrizes normativas e técnicas estabelecidas pela ARES-PCJ, o que, sob essa perspectiva, exclui, ao menos no mérito, a possibilidade de ser submetido à arbitragem. O Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes nesse sentido, como em situações em que concessionárias tentaram, por meio de arbitragem, invalidar atos de revisão tarifária emitidos por agências reguladoras municipais.



[...] CONTRATO ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO - TARIFA - AÇÃO ANULATÓRIA - DELIBERAÇÃO DA AGÊNCIA REGULADORA - PLURALIDADE DE FUNDAMENTOS - NEGATIVA DA TUTELA DE URGÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. **A previsão de juízo arbitral a propósito de contrato de concessão de serviço público não afasta a competência administrativa de agência reguladora quanto à definição de tarifa ou outras missões inatas ao seu poder de polícia. Os litígios entre concedente e concessionária até podem ser necessariamente resolvidos naquela via extrajudicial, mas não afastam aprioristicamente, no caso, a aptidão da Aris (Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento), a associação pública de alguns municípios catarinenses, para exercer sua missão inata e de caráter original.** [...] ⁵²

ATO ADMINISTRATIVO. Mirassol. Concessão de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Contrato nº 386/07. Revisão de tarifa. Arbitragem. Sentença arbitral. Portaria emitida pela Agência Reguladora (ARSAE): **vedação a qualquer alteração de preços pela concessionária sem autorização do ente regulador.** [...] **A competência para autorização da revisão de tarifa é da ARSAE e contra ela a sentença arbitral não pode ser imposta, conforme os fundamentos da sentença, justificando-se a emissão da Portaria.** [...] – Improcedência. Recurso da autora desprovido, com observação e mantida a suspensão da Portaria impugnada por mais 180 dias.⁵³

Todavia, como bem indicado ao longo deste parecer, a última e mais recente decisão do STJ seguiu em linha um pouco diversa. No Agravo em Recurso Especial nº 1905505⁵⁴, o STJ anulou uma portaria que proibia reajuste tarifário, porque, no seu entendimento, a agência reguladora municipal tinha conhecimento do litígio levado

⁵² TJ-SC - Agravo de Instrumento: 5050546-96.2021.8.24.0000, Relator: Hélio do Valle Pereira, Data de Julgamento: 09/02/2023, Quinta Câmara de Direito Público.

⁵³ TJSP; Apelação Cível 1001661-97.2017.8.26.0358; Relator (a): Torres de Carvalho; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol - 3ª Vara; Data do Julgamento: 06/07/2020; Data de Registro: 06/07/2020.

⁵⁴ STJ - AREsp: 1905505, Relator: FRANCISCO FALCÃO, Data de Publicação: 22/06/2023.



à arbitragem, que determinou o referido reajuste da tarifa, e havia, inclusive, autorizado o mesmo. Nesse aspecto, inegável que essa decisão, ainda que de forma indireta, validou a possibilidade de alteração tarifária sem a participação direta de uma agência reguladora. Assim, é necessário que a mais recente decisão do STJ sobre o tema seja recebida com atenção e cautela pela ARES-PCJ. No entanto, é importante deixar claro que, em nenhum momento, o STJ reconheceu a arbitrabilidade do conteúdo material das portarias regulamentares emitidas pelas agências reguladoras. Esse assunto não foi objeto da decisão, razão pela qual mantêm-se o entendimento exarado nessa Orientação Legal de que tais atos são inarbitráveis.

De qualquer modo, como forma tanto de proteger a autoridade regulatória da ARES-PCJ, tanto especificadamente nos pleitos de revisões ordinárias e extraordinárias de contratos, especialmente requeridos em virtude de atos da agência que tratam sobre tarifas, duas medidas podem ser tomadas, sobretudo decorrente (i) da sua posição de anuente ou interveniente nos contratos de concessão ou parceria público-privada de saneamento básico e (ii) da personalidade jurídica da ARES-PCJ, como consórcio público intermunicipal com personalidade jurídica de direito público.

A primeira, consiste na sua intervenção nos procedimentos arbitrais em que possua interesse econômico, conforme previsão do art. 5º da Lei Federal nº 9.469/1997. Trata-se de intervenção anômala, decorrente de norma inderrogável de direito público, que garante às pessoas jurídicas de direito público a participação em qualquer procedimento arbitral que possuam interesse econômico, ainda que reflexo.

Essa modalidade de intervenção, prevista em lei, garante à ARES-PCJ o direito de trazer ao árbitro todos os esclarecimentos fáticos e jurídicos indispensáveis a uma análise adequada da matéria.

A ARES-PCJ, ainda, poderá mover ações declaratórias de nulidade de sentença arbitral em face de decisões arbitrais (art. 33 da Lei de Arbitragem) proferidas sem a sua participação ou em violação a sua competência regulatória, por analogia aos arts. 967, incisos II e IV do Código de Processo Civil.

Nos litígios em que não possua interesse econômico, por sua vez, a ARES-PCJ poderá



pautar suas intervenções no instituto do *amicus curiae*, fornecendo insumos fáticos e jurídicos relevantes ao tribunal arbitral para sua atividade jurisdicional.

A segunda recomendação, considerando o poder normativo da ARES-PCJ, que lhe confere a competência para emitir resoluções sobre temas relacionados à gestão e fiscalização dos serviços de saneamento básico nas regiões sob sua regulação, sugere que a ARES-PCJ avalie a criação de uma resolução específica sobre o uso da arbitragem como meio de solução de conflitos nos contratos sob sua regulação.

Nesta resolução, cuja minuta está anexada a esta orientação legal, são estabelecidos tanto os requisitos para a intervenção da ARES-PCJ nos procedimentos arbitrais quanto as questões relacionadas ao próprio procedimento de arbitragem, além das prerrogativas que devem ser observadas pelos entes regulados ao resolver eventuais conflitos pela via arbitral.

Finalmente, para fins de segurança regulatória, essencial que os contratos de concessão e de parceria público-privada nos quais a ARES-PCJ tenha figurado como anuente ou interveniente **sejam urgentemente aditados para incluir uma cláusula obrigando, nos casos de instauração de processo de arbitragem**, tanto o Poder Concedente quanto o Concessionário a imediatamente notificar – ou solicitar ao Tribunal Arbitral que notifique – a ARES-PCJ desta arbitragem, permitindo à agência que participe do procedimento arbitral, na qualidade de interveniente ou terceiro interessado.

É o parecer jurídico, s.m.j.

São Paulo (SP), 08 de outubro de 2024.


Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

www.justinodeoliveira.com.br

escritorio@justinodeoliveira.com.br
Alameda Lorena, 800 | Conj. 702, Jardim Paulista, São Paulo, SP





Pós-Doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra, pelo Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Direito Internacional Privado e pela Universidade de Amsterdam

www.justinodeoliveira.com.br

escritorio@justinodeoliveira.com.br

Alameda Lorena, 800 | Conj. 702, Jardim Paulista, São Paulo, SP

