

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

LUIZ RICARDO TRINDADE BACELLAR*

1. Introdução; 2. Conceito de solução de controvérsia; 3. A opção por um método não-jurisdicional; 4. Possibilidades apontadas pela doutrina brasileira; 4.1. Poder de polícia; 4.2. Contencioso administrativo; 4.3. Contencioso do intervencionismo econômico; 4.4. Métodos alternativos de solução de controvérsias; 4.4.1. Partes da demanda; 4.4.2. Fornecedor; 4.4.3. Consumidor/usuário; 4.4.4. Poder público; 5. Conclusão.

1. Introdução

Uma das mais relevantes funções atribuída às agências reguladoras, em suas leis de criação, foi a de solucionar as controvérsias que porventura surjam entre o poder concedente, concessionárias, permissionárias, autorizatárias e seus consumidores ou usuários. Tal função é identificada pela doutrina, de forma uníssona, como sendo uma das principais características das agências reguladoras.

Porém, o legislador pátrio não definiu um regime geral para o sistema de solução de conflitos, apenas para exemplificar, no caso da Agência Nacional de Petróleo — ANP¹ e da Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL² consta, expressamente, a possibilidade de conciliar e arbitrar as controvérsias, enquanto que, no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL³ simplesmente silenciou sobre o método e em outros como o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar — ANS sequer consta indicação de qualquer método de solução de conflitos. Tampouco, identificou, de forma clara a natureza jurídica das decisões proferidas pelas agências. Tal ordem de coisas gerou uma enorme divergência doutrinária.

* Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Membro das Comissões Permanentes de Direito Processual Civil e Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros — IAB.

1 Art. 20, da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

2 § 2º, do art. 153, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

3 Inciso V, do art. 3º, da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996.

Diversas teorias têm surgido com o fito de enquadrar a função parajurisdicional⁴ dos entes reguladores, indo desde a arguição do mero poder de polícia, passando pela defesa do contencioso administrativo, pela criação de um contencioso de intervenção econômico, até chegar aos métodos alternativos de solução de conflitos⁵, como veremos adiante.

2. Conceito de solução de controvérsias

Para compreendermos o conceito de solução de controvérsia ou composição de conflitos ou interesses, necessário é empreendermos estudo sobre o conceito de lide que segundo a clássica lição de CARNELUTTI *é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*⁶.

Deste conceito, podemos deduzir o princípio da demanda, segundo o qual um processo somente poderá ter início por provocação de uma parte interessada (autor), seguindo os velhos brocardos *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*⁷. Assim, se por qualquer razão uma parte se curva diante da pretensão da outra, conflito de interesses pode ter existido, mas, não gerou litígio, por falta de resistência a pretensão⁸.

A solução de controvérsias consiste precisamente em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem.

Faz-se necessário, portanto, ter uma noção do que é *interesse* e do que é *pretensão*, para se chegar ao conceito de lide. Ainda segundo CARNELUTTI, interesse é a *posição favorável para a satisfação de uma necessidade*⁹ e *pretensão* é a vontade de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio.

Quando o bem da vida não é suficiente para atender, com sobra, as exigências de todos os indivíduos e quando mais de um indivíduo procura usufruir o mesmo

4 A expressão *parajurisdicção* foi forjada a partir do prefixo *para* no sentido de semelhante e *jurisdicção*, indicando, assim, um sucedâneo ou equivalente jurisdicional. Como bem salienta Athos Gusmão CARNEIRO embora não providos de autoridade judiciária, determinados atos conduzem, sob certas circunstâncias, ao mesmo resultado da jurisdicção, ou seja, à composição definitiva da lide, são os denominados equivalentes jurisdicionais. vide, também, CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I, tradução: Hilomar Martins Oliveira, São Paulo, Classic Book, 2000, p. 253-287.

5 Questionamento similar foi registrado no Direito Francês por André de LAUBADÉRE. *Direito Público Económico*. Coimbra, Almedina, 1985, p. 117 e 118.

6 CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 93.

7 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro, 2002, Forense, p. 15.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 32.

9 CARNELUTTI, Francesco. op. cit., p. 55.

bem, não se encontrando uma solução entre os concorrentes, se tem como consequência a lide. A solução de controvérsia, então, decorre da declaração de vontade da lei diante de uma situação jurídica litigiosa.

3. A opção por um método não-judicial

Três foram os motivos principais que levaram o legislador a atribuir às agências reguladoras a função de dirimir conflitos: (1) absoluta inviabilidade de impor a todo o Poder Judiciário um aprofundamento e especialização em setores de alta complexidade, para atender a um pequeno número de demandas; (2) a falta de confiança no Poder Judiciário para decidir as questões de forma técnica¹⁰; e (3) a necessidade que as questões sejam decididas de forma rápida e eficiente.

10 Em estudo realizado sobre o impacto do funcionamento do judiciário na economia, constatou-se que mais da metade dos empresários entrevistados acharam que o desempenho insuficiente do judiciário levava os bancos a aumentarem seus *spreads*, as empresas a não implementarem ou a diminuírem o tamanho de muitos de seus projetos de investimentos, e a não terceirizarem atividades diretamente relacionadas ao processo produtivo, que mais de 80% prefere fazer um mau acordo a prosseguir em uma lide e, talvez o mais preocupante em um país como o Brasil que precisa criar postos de trabalho, é que 65% preferem o uso de máquinas no lugar de trabalhadores (p. 59-60).

Conclui ainda que, *um judiciário disfuncional aumenta o custo e o risco das transações econômicas, distorcendo os preços e a alocação de recursos. Em razão de contar apenas com precários mecanismos judiciais para garantir o cumprimento dos contratos, as firmas podem decidir-se por não entrar em negócios contratualmente complexos, por combinar fatores de produção ou por distribuir suas vendas entre os diferentes mercados de forma ineficiente, ou ainda por manter recursos ociosos. Ao lado disso, as firmas terão um incentivo a se integrarem verticalmente, desempenhando internamente atividades que poderiam ser processadas de forma mais eficiente por outras empresas. A eficiência econômica também se vê prejudicada pela necessidade de se alocar recursos escassos para administrar conflitos. Disputas judiciais longas e freqüentes consomem o tempo dos juízes, dos advogados e das partes. Os agentes econômicos também dependem recursos para se manterem atualizados com a legislação usualmente mais complexa que procura substituir um judiciário eficiente.* (p. 93.) – PINHEIRO, Armando Castelar. *O judiciário e a economia no Brasil*. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, abril de 2000, matéria extraída do endereço eletrônico <http://www.inform.umd.edu/IRIS/IRIS/docs/Portuguese.pdf>, consultado em 12 de julho de 2003.

Podemos, ainda, citar o *leasing* com variação cambial como exemplo de mercado que desapareceu por interferência direta do Poder Judiciário, *hoje nem quem queira consegue contratar um financiamento nessa modalidade*. – KUPFER, José Paulo. *Impactos econômicos de decisões judiciais*. Gazeta Mercantil, edição de 15 de agosto de 2001, p. A-3.

Ressalte-se ainda que em recente pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, constatou que 78% dos magistrados preferem basear suas decisões em aspectos sociais a respeitar os contratos o que, segundo a pesquisa, reduz o crescimento do País em 25%. Isto é, se a economia brasileira tende a crescer 4%, ela só cresce 3% por causa da incerteza econômica decorrente da natureza das decisões judiciais. – CAETANO Valdez – *Juízes admitem pressão social em julgamentos*, jornal O Globo, edição de 19 de agosto de 2003.

4. Possibilidades apontadas pela doutrina brasileira

Seguindo uma perspectiva sistemática de solução da questão testaremos cada uma das quatro hipóteses (poder de polícia, contencioso administrativo, contencioso do intervencionismo econômico e métodos alternativos de solução de controvérsia), descartando as que não se coadunam com o ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. Poder de polícia

O poder de polícia¹¹, na definição de Hely Lopes MEIRELLES¹² é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar ou restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado, tendo como finalidade a proteção do interesse público em sentido amplo.

Neste sentido, foi introduzido na Lei de Concessão de Serviços Públicos, o art. 7º, que estabelece como direitos (e deveres) dos usuários “*levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenha conhecimento referente ao serviço prestado*” (inciso IV), bem como “*comunicar às autoridades os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço*” (inciso V), devendo, em tais casos, ser instaurado um processo administrativo sancionador a fim de serem apuradas as irregularidades denunciadas e aplicadas eventuais penalidades.

Como bem assevera Maria D’Assunção Costa MENEZELLO¹³ contra o cometimento de infração, não há mediação; há sanção. Nesse caso, nos deparamos com um processo administrativo sancionador no qual devem estar claros e fundamentados os motivos da aplicação da sanção. Essa aplicação de sanção não é facultativa, mas, um *dever de ofício* de todos os servidores que representam a agência. Por outro lado, na solução de conflitos a agência reguladora somente pode se pronunciar quando o interessado requerer, não podendo atuar *ex officio*, sob pena de violar princípio da demanda.

Ressalte-se ainda que, no exercício do poder de polícia a Administração é parcial, posto que, diretamente interessada, o que não se coaduna com a função de composição de conflitos. Além disso, o ato administrativo pode ser revogado ou

11 Não somos refratários às críticas que existem em torno da expressão *poder de polícia*, porém, preferimos mantê-la ao revés de utilizar um dos termos apontados pela doutrina a fim de evitar dúvida quanto ao conteúdo da teoria. No que se refere à mencionada polêmica, sugerimos a leitura de Odete MEDAUAR. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 356-358, Carlos Ari SUNDFELD. *Direito administrativo ordenador*. 3ª tiragem, São Paulo, Malheiros, 2003 e Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*. 6ª ed. Tomo 2, Capítulo V, Buenos Aires, F.D.A., 2003 e Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 717-718.

12 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo brasileiro*, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 129.

13 MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa, *Agências reguladoras e o direito brasileiro*, São Paulo, Atlas, 2002, p. 168.

modificado a qualquer tempo, enquanto que, a decisão proferida por uma agência reguladora para solucionar uma controvérsia deve se tornar definitiva, após o trânsito em julgado, sob pena de ofender o princípio da segurança jurídica.

Portanto, o poder de polícia desempenhado pelo Administrador Público, nos casos de infração administrativa, não se confunde com a função de composição de interesses em conflito desempenhada pelas agências reguladoras.

4.2. *Contencioso administrativo*

Como é cediço, a dissociação de jurisdições tem como sua maior representante a França e se caracteriza pela existência de duas jurisdições: uma administrativa, que julga as questões envolvendo a Administração Pública; e outra exercida pelo Poder Judiciário, que possui competência para os demais casos¹⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil — CRFB não acolheu esta modalidade de diferenciação, reafirmando a regra da unicidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV). No Brasil, portanto, não existe o verdadeiro contencioso administrativo com função jurisdicional, já que as decisões proferidas pela Administração Pública não possuem eficácia vinculativa plena, mas, tão-somente, precluem no âmbito administrativo, estando sujeitas a revisão de legalidade pelo Poder Judiciário.

Ademais o contencioso administrativo somente se aplica aos contratos considerados públicos, ou seja, aqueles que envolvem diretamente o Poder Público, não sendo aplicáveis aos contratos de direito privado, mesmo que decorrente de um contrato de concessão, não se aplicando às demandas que envolvam fornecedores ou fornecedor e consumidores.

Em suma, refuta-se a possibilidade de instalação de contencioso administrativo para solução de controvérsias pelas agências reguladoras, não somente por falta de uma previsão constitucional que o autorize, mas, sobretudo, pela falta de adequação do mesmo às questões envolvendo contratos de direito privado.

4.3. *Contencioso do intervencionismo econômico*

Parte da doutrina brasileira¹⁵ defende a existência de uma arbitragem *sui generis* que se aplicaria somente aos *processos administrativos* que tramitassem sob a competência da agência reguladora, sendo certo que, as decisões proferidas por seus árbitros não possuiriam eficácia vinculativa plena, como ocorrem nos demais casos de arbitragem, por tratar-se de arbitragem compulsória, sendo passível de apreciação

14 CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p.37-39.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessões, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 384. e MENEZELLO, Maria DAssunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo, Atlas, 2002.

judicial por exigência do art. 5º, XXXV, da CRFB, que ora denominaremos de contencioso do intervencionismo econômico.

Data venia, tal entendimento viola uma série de normas e princípios constitucionais e processuais, dentre eles podemos destacar: o princípio da eficiência, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do acesso à justiça, chegando a afetar o interesse público e a própria lógica que anima a criação das agências reguladoras.

Evidentemente, a criação de barreira impedindo o ingresso de uma lide junto ao Poder Judiciário viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB)¹⁶ além de desafiar o princípio de acesso à justiça¹⁷.

Por outro lado, a aplicação do contencioso de intervencionismo econômico violaria o princípio norteador da criação das agências reguladoras que é o princípio da eficiência¹⁸, posto que, de nada serve um método de solução de conflitos cuja decisão não possua qualquer força cogente.

É curial recordar que, um dos motivos que levou o legislador a optar por um método não-judicial foi a busca por maior celeridade. Entretanto, o presente sistema viola frontalmente esta premissa, visto que, depois de um processo administrativo prévio, o administrado ainda teria de buscar junto ao Poder Judiciário a proteção ao bem da vida que entende violado. Como se vê, não se eliminou nenhuma fase processual, mas sim se acresceu uma fase pré-jurisdicional obrigatória.

Note-se ainda que, a maior demora na solução das lides, tem nítido reflexo na ampliação dos riscos do empreendedor, que, certamente, o transferiria para o preço das tarifas, repassando-se, assim, o risco para o usuário. Enfim, o contencioso do intervencionismo econômico afronta o interesse público que é o ponto nodal de todo o Direito Administrativo.

Desta forma, resta claro que, a introdução de um sistema obrigatório de solução de controvérsias, que não tenha cunho jurisdicional, ou que pelo menos ao seu término não produza um ato que seja dotado de eficácia vinculativa plena, não se coaduna com a CRFB, com o sistema processual ou com o direito administrativo moderno, não somente por negar acesso à justiça, mas, por negar os princípios

16 Ressalte-se que, de longa data os nossos tribunais vêm rejeitando o esgotamento das vias administrativas como condição da ação. Neste sentido, Revista de Processo 60/224-225.

17 CAPPELLETTI identificou três ondas de acesso à justiça: a primeira onda se refere à assistência jurídica gratuita, a segunda onda se refere à proteção dos interesses metaindividuais e a terceira onda se refere à busca de meios para uma prestação jurisdicional eficiente, bem como, pela redução do formalismo processual. Para maior aprofundamento sugerimos a leitura de CAPPELLETTI, Mauro. *Formação social e interesses coletivos diante da justiça civil*. Revista de Processo jan/mar de 1977, nº 5, ano II; MORAIS José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 94-97; e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 10ª ed., volume I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 38-39.

18 Entende-se por princípio da eficiência a prestação de serviço à coletividade de forma rápida e precisa, observando a análise do custo-benefício, atendendo ao interesse público, sem que seja negado qualquer direito ao cidadão.

constitucionais da eficiência, da inafastabilidade do controle jurisdicional e, em última análise, o próprio o interesse público.

4.4. Métodos alternativos de solução de controvérsias

A utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias apontados pela doutrina tem como ponto central o uso da arbitragem, o que vem causando debates acalorados no meio acadêmico.

A arbitragem foi revigorada pela Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a qual garantiu à decisão arbitral o mesmo *status* jurídico e produção de efeitos que uma sentença proferida por juiz togado (art. 584, do Código de Processo Civil), limitada, porém, tão-somente a divergências envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Como bem salienta Alexandre Freitas CÂMARA¹⁹, a Lei de Arbitragem está afinada com a moderna tendência do direito processual: a *desformalização*. Esta se divide em dois planos: a *desformalização dos processos* e a *desformalização das controvérsias*. Na primeira destas acepções tem-se a utilização da técnica processual em busca de um processo simplificado, célere, econômico, de fácil acesso e apto a pacificar tipos particulares de litígios. Já na *desformalização das controvérsias*, busca-se, de acordo com a natureza das mesmas, equivalentes jurisdicionais, vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo. A Lei de Arbitragem manifesta-se ajustada às duas acepções da tendência de *desformalização*. *Desformaliza-se* as controvérsias com a valorização de um meio paraestatal de solução de conflitos e, ao mesmo tempo *desformaliza-se* o processo, assegurando-se uma quase que total informalidade, ao se permitir às próprias partes estabelecerem o rito a ser observado.

Podemos apontar como vantagens do processo arbitral: a *celeridade*, pois, as partes podem fixar prazo para a solução do conflito e não o fazendo não poderá exceder seis meses; a *simplicidade* em oposição à estrutura pesada e burocrática do Poder Judiciário; a *informalidade procedimental* podendo as partes simplificar ao máximo o processo, desde que observado os parâmetros mínimos previstos na Lei de Arbitragem; o *menor custo*, pois as partes não necessitam, no caso de decisões envolvendo aspectos técnicos, despende, além das custas, os honorários dos peritos judiciais, a *melhor qualidade da decisão* por ser o árbitro especialista no tema objeto da lide tem melhores condições de elaborar a decisão que o juiz; uma *maior variedade de opções de julgamento* o árbitro pode coordenar os interesses em conflito o que contribui para restaurar a interação cooperativa entre os conflitantes, a *ambivalência* a arbitragem cria uma atmosfera favorável ao entendimento e a *eficiência* pois as partes tendem a aderir à decisão arbitral.

Apesar disso, existe forte resistência à utilização da Lei de Arbitragem para solucionar os conflitos existentes nos segmentos regulados. Maria Sylvia Zanella Di PIETRO²⁰ afirma que a arbitragem apontada nas leis das agências não se confunde com a arbitragem prevista na Lei 9.307, de 1996, pelos seguintes motivos: (1) na

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, p. 37-38.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 363-389.

lei a arbitragem decorre de convenção entre as partes, enquanto que, no seio das agências ela é imposta por lei; (2) são as partes que escolhem os árbitros; e (3) definem os critérios para solução dos conflitos. Logo, trata-se de procedimento em que a confiança é elemento essencial não ficando a decisão arbitral sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Assim, por não haver lei própria normatizando a arbitragem nas agências deve ser aplicada a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, sendo, por conseguinte, obrigatória a existência de instância recursal na forma do que dispõe o art. 57, da Lei de Processo Administrativo, e que a proibição de recorrer conflita com o art. 5º, inciso LV, da CRFB, que prevê o direito de recorrer como inerente do direito de defesa em todos os processos administrativos em que haja litigantes.

Data venia, tais assertivas não parecem se alinhar com o ordenamento jurídico brasileiro. Passemos a analisar cada uma das objeções:

(1) *a lei das agências imporia as partes a arbitragem pela agência* – tal assertiva vai de encontro ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e de toda a crescente teoria de acesso à justiça, eis que, cria uma barreira para o ingresso no Poder Judiciário, restando, portanto, violado o disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB;

(2) *a não escolha dos árbitros pelas partes* – em verdade, nada impede que as partes venham a eleger ou rejeitar os árbitros que as agências reguladoras apontem em seus quadros, podendo a questão ser minudentemente tratada em cláusula compromissória inserta do contrato de concessão, que tem como fundamento de validade o inciso XV, do art. 23, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ou na convenção arbitral (art.13, § 3º, da Lei de Arbitragem); e

(3) *definição dos critérios do conflito* – neste particular o art. 21, da Lei de Arbitragem deixa claro que: “*a arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, ‘que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada’*” (g.n). Logo, nos casos em que haja, no contrato de concessão, cláusula compromissória em que as partes aceitam as regras expedidas pela agência reguladora, nada impede a utilização da Lei de Arbitragem como esteio na solução de controvérsias.

A divergência que existe quanto a necessidade do duplo grau de jurisdição não atinge o processo de arbitragem tendo em vista que o duplo grau de jurisdição é uma garantia que pode ou não ser exercida pelas partes (verdadeira faculdade), razão pela qual a renúncia ao direito de recurso de uma decisão proferida por um árbitro, aposta em cláusula compromissória ou compromisso arbitral, nos termos da Lei 9.307, de 1996 não afeta tal princípio.

Como se vê, a compatibilidade com o acesso à justiça²¹, com o princípio da eficiência e a constitucionalidade do instituto²², somado a agilidade, ao conhecimento

21 Neste sentido, cumpre destacar o entendimento de Alexander Freitas CÂMARA de que os meios alternativos de solução de conflitos, entre eles a arbitragem, a conciliação e a mediação são de extrema importância para que se torne possível a completa satisfação do jurisdicionado, assegurando-se amplo acesso à ordem jurídica justa. — CÂMARA, Alexandre Freitas. *op cit.* p. 38.

22 O questionamento de inconstitucionalidade da Lei 9.307, de 1996, foi refutado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Sentença Estrangeira – SE 5.206, em 12 de dezembro de 2001.

técnico aplicado na solução das lides e a eficácia vinculativa plena das decisões, garantem aos segmentos regulados um maior respeito a segurança jurídica, transformando a aplicação da arbitragem pelas agências reguladoras, na melhor forma de compor conflitos nos segmentos regulados.

4.4.1. Partes da demanda

Com o fito de afastar as eventuais dúvidas que, ainda, possam existir com relação à utilização da arbitragem, analisaremos cada um dos agentes econômicos que compõem o triângulo regulatório, a saber: consumidor/usuário, fornecedor e poder concedente.

4.4.2. Fornecedor

No que tange aos eventuais litígios envolvendo dois fornecedores, não existe qualquer óbice à utilização da arbitragem, posto que, tais casos envolvem pessoas jurídicas de direito privado defendendo interesses disponíveis. Não há, em princípio, que se alegar hipossuficiência, seja ela técnica ou econômica. Logo, não existe razão que justifique o descumprimento de uma cláusula compromissória ou convenção arbitral convencionalizada por dois fornecedores.

É de relevo destacar que, não há impedimento de se utilizar a solução arbitral mesmo nos litígios que envolvam uma empresa estatal²³, já que, conforme se depreende do art. 173, § 1º, II, da CRFB, estas possuem regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Portanto, as empresas estatais se equiparam as empresas privadas no que se refere ao cumprimento de um compromisso arbitral ou de uma cláusula compromissória.

4.4.3. Consumidor/usuário

A disciplina jurídica do consumidor e do usuário de serviço público é diversa, sendo que a sua raiz é de ordem constitucional como se depreende do cotejo entre art. 5º, XXXII, com o art. 170, V. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviço público é, apenas, subsidiária, até que seja elaborada a *lei de defesa do usuário de serviços públicos*, nos moldes do que determina o art. 27, da Emenda Constitucional nº 19, de 1998²⁴.

23 O conceito de Empresa Estatal aqui adotado é o mesmo insculpido no parágrafo Único do art. 1º do Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991, qual seja, Consideram-se empresas estatais as empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas, e demais entidades sob controle direto ou indireto da União.

24 Para maior aprofundamento das diferenças entre consumidor e usuário de serviço público sugerimos a leitura de AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre usuários de serviço público e consumidor*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, nº 255, jul/set. 2001, p. 217-219.

Todavia, no que se refere à utilização da arbitragem para composição de conflitos, cremos que a solução deverá ser a mesma, sendo necessário, para tanto, distinguir duas hipóteses: (1) A primeira hipótese se refere à utilização compulsória da arbitragem²⁵. Evidentemente, um dispositivo desta natureza viola o direito de ação, devendo ser refutada por abusivo e desconsiderado por completo. A introdução dos métodos alternativos de solução de conflitos pelo legislador nas diversas leis que regem as agências reguladoras e na lei de concessões teve como principal escopo ampliar o leque de possibilidades a disposição do consumidor/usuário acrescentando um meio de composição de litígio, rápido e técnico e não de evitar que este vá a juízo defender a posição de vantagem que julga possuir; (2) A segunda hipótese se refere à utilização da arbitragem iniciada ou aceita pelo consumidor/usuário, e neste caso, diversamente do que ocorreu no caso anterior, a questão deve ser considerada válida, pois, não existe lei que proíba a utilização da arbitragem pelo consumidor/usuário²⁶. Devendo, entretanto, ser observado o disposto na Lei de Arbitragem, mais precisamente no art. 4º, § 2º, o qual prevê que: “*nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula*”.

Assim, não existe vedação a criação de vínculo jurídico entre o consumidor e o fornecedor, bastando para tanto que fosse incluído no contrato cláusula compromissória, indicando a agência reguladora como árbitro, gerando a obrigação de submeter à arbitragem as lides decorrentes da relação de consumo, se o consumidor assim optar ou concordar, expressamente, assinando documento anexo ou ao lado da cláusula arbitral que deverá estar em negrito, ou ainda, se tomar a iniciativa de instituir a arbitragem.

4.4.4. Poder público

No que se refere ao Estado cumpre verificar se estão preenchidos os requisitos previstos na lei de arbitragem, são eles: (1) elemento subjetivo que é a manifestação de vontade; e (2) elemento objetivo referente à matéria, envolvendo apenas interesses patrimoniais disponíveis.

Com relação ao vínculo jurídico entre poder concedente e o fornecedor, Selma Maria Ferreira LEMOS²⁷ defende que o elemento volitivo se consubstancia na

25 A proibição de utilização compulsória da arbitragem se encontra impressa do Código de Defesa do Consumidor, art. 51, VII.

26 “*Tenha-se, todavia, em conta, que o Código não impede a utilização de compromisso arbitral, que, ademais, se tem revelado como eficiente meio de solução dos litígios de consumo nos países desenvolvidos. Por isso, podem as partes louvar-se de árbitros para resolver suas pendências, firmando, para tanto, compromisso arbitral...*” — ALVIM, Arruda e outros. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª edição revisada e ampliada, 2ª tiragem, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 253.

27 LEMOS, Selma Maria Ferreira. *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviços públicos*. in, *Aspectos Fundamentais*

anuência, por parte do fornecedor de serviços públicos, em participar da licitação nos moldes preconizados no edital e do poder concedente na assinatura do contrato de concessão, contendo cláusula compromissória, na forma do que restou expresso no edital de licitação.

No que se refere ao segundo requisito, é preciso recordar que a atividade do Estado se divide em duas grandes áreas: os atos de império e os atos negociais. No que concerne às relações de direito privado (atos negociais) é perfeitamente possível resolver tais conflitos por via arbitral, já que o Estado não age em defesa do interesse público, sendo perfeitamente aceitável que se utilize a arbitragem para solucionar os conflitos.

Parece-nos, todavia, que existe uma exceção que não admite a utilização da arbitragem nas lides que envolvem o poder concedente, qual seja, nos casos em que o ente regulador representa o poder concedente — como ocorre, por exemplo, com a ANEEL²⁸ e com a ANP²⁹ —, já que seria parte e julgador ao mesmo, tendo evidente interesse na solução da lide³⁰. Além da vedação legal, as agências reguladoras devem buscar o equilíbrio dos interesses em questão, o ente regulador não pode, ao mesmo tempo, ser julgador e parte (como nos tribunais administrativos), mas, alguém que deve ser neutro, equidistante das partes, posto que, a lei seria apenas aparentemente respeitada se os conflitos entre Administração e administrados não forem dirimidos imparcialmente³¹.

Resta claro que, excetuando as questões em que o Estado deve exercer atos de império, ou seja, no que concerne as questões que se convertem em contraprestação financeira, poderá o Estado contratar como forma de solução de seus litígios a solução arbitral pela agência setorial, desde que, esta não figure como poder concedente.

5. Conclusão

À guisa de conclusão podemos asseverar que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro existe um mecanismo de solução de controvérsias cuja constitucionalidade já foi aferida pelo Supremo Tribunal Federal, compatível com o acesso à justiça, com a inafastabilidade do controle jurisdicional e com o princípio da eficiência, capaz de solucionar as lides de forma rápida, por meio técnico, e com baixo custo para as partes, com decisões dotadas de eficácia vinculativa plena, este método é a arbitragem.

da Lei de Arbitragem, organizadores: Pedro A. Batista MARTINS, Selma Maria Ferreira LEMOS e Carlos Alberto Carmona, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 195.

28 Art. 3º, I e II, da Lei 9.427, de 1996.

29 Art. 21, da Lei 9.478, de 1997.

30 Art. 14, da Lei 9.307, de 1996, cumulada com o Código de Processo Civil, art. 134, I.

31 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Revista Dialogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 2, maio de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 11 de maio de 2003.

Referência bibliografia.

- ALVIM, Arruda e outros. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. I, tradução: Hilomar Martins Oliveira, São Paulo, Classic Book, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessões, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Revista Dialogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 2, maio de 2001.
- LAUBADÉRE, André de. *Direito Público Económico*. Coimbra, Almedina, 1985.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviços públicos*. in. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, organizadores: Pedro A. Batista Martins, Selma Maria Ferreira Lemos e Carlos Alberto Carmona, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- MENEZELLO, Maria DAssunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo, Atlas, 2002.
- PINHEIRO, Armando Castelar. *O judiciário e a economia no Brasil*. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, abril de 2000, matéria extraída do endereço eletrônico <http://www.inform.umd.edu/IRIS/IRIS/docs/Portuguese.pdf>, consultado em 12 de julho de 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, 41ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.