

A ARBITRAGEM COMO FORMA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DOS CONSUMIDORES DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS

Joseph Antoine Tawil

SUMÁRIO

Introdução. 1 Aspectos legais - o aparente conflito normativo entre as normas arbitrais e consumeristas. 1.1 O veto ao § 3º do artigo 4º da lei 13.129/2015. 2 A aplicação da arbitragem pela administração pública. 2.1 O usuário de serviços públicos à luz do código de defesa do consumidor. 3 Direito comparado: o exemplo ibérico. 3.1 A arbitragem consumerista espanhola. 3.2 A arbitragem consumerista portuguesa 4 Arbitragem e agências reguladoras. 4.1 O papel das agências reguladoras. Conclusões e proposta. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a plausibilidade da utilização do instituto jurídico da arbitragem aos conflitos consumeristas, em especial às demandas que versam sobre a má prestação dos serviços públicos essenciais. Para tanto, serão abordados os aparentes conflitos normativos envolvendo a matéria, o papel das agências reguladoras, os projetos de lei atualmente em trâmite no congresso nacional e a forma com que países estrangeiros e a legislação alienígena tratam do tema. Ao final, serão expostos os argumentos e uma proposta para adequação do sistema atual de solução de conflitos, de modo a permitir a adoção da arbitragem também na seara consumerista, favorecendo, assim, não só o atendimento às demandas individuais dos cidadãos, mas também a desoneração dos usuários de serviços públicos e a redução do inchaço do poder judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de Consumo – Serviços Públicos – Arbitragem – Conflito Normativo – Direito do Consumidor – Direito Comparado.

INTRODUÇÃO

O ano de 2015, recém-encerrado, não obstante os alvissareiros indicativos de mudanças no curso da história política e econômica nacional, no âmbito jurídico, apresentou uma estatística nada inovadora, quiçá surpreendente, para os operadores do direito e a sociedade em geral, qual seja o fato de que, por mais um ano, as empresas concessionárias de serviços públicos figuraram nos primeiros

lugares das listas de demandadas dos tribunais, ou, especificamente, dos sistemas dos juizados especiais cíveis.

Com efeito, apesar do alcance nacional do quanto acima afirmado, o presente trabalho, para fins de especificação e delimitação de estudo, se aterá às estatísticas advindas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, local de atuação do autor.

Dito isto, tem-se que, no supracitado foro, em 2015, além das duas primeiras posições da lista de empresas mais demandadas serem ocupadas, respectivamente, pela empresa concessionária dos serviços de água e esgoto (EMBASA - Empresa Baiana de Água e Saneamento) e a companhia de energia elétrica (COELBA – Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia), é notório, também, que, se considerarmos apenas as dez primeiras posições, outras quatro delas estão ocupadas, igualmente, por prestadoras indiretas de serviços públicos essenciais, mormente o de telefonia, acarretando, assim, para o segmento, o ingrato título de “campeão” de reclamações e de consumidores insatisfeitos¹.

Como se não bastasse, ainda no que se referente especificamente ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, tem-se que o mesmo, segundo os recentes resultados divulgados em estudo denominado “Índice de Desempenho da Justiça – IDJus”², amargara a penúltima posição no ranking nacional de produtividade do poder judiciário, apenas há poucos pontos do último colocado, o TJ – Piauí. De acordo com tal pesquisa, o custo médio de um processo na Bahia é de R\$ 2.967,12 (dois mil novecentos e sessenta e sete reais e doze centavos), enquanto que a taxa de congestionamento é de 78,14% e - o que é pior - a taxa de atendimento da demanda é de pouco mais de 70%, ou seja, a cada ano, quase 30% de todos os processos ajuizados na Bahia deixam de ser solucionados.

¹ Nominalmente, são estas as dez primeiras posições do *ranking*: Embasa; Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia; Oi; Companhia do Metrô da Bahia; Banco do Brasil; Sulamérica Companhia de Seguro de Saúde; Banco Bradescard S/A; Tim Celular S/A; Vivo; e Serasa. Lista completa disponível em: http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=95347:coordenadoria-dos-juizados-especiais-divulga-relacao-de-empresas-mais-demandadas-em-2015&catid=55&Itemid=202. Acesso em 22 de março de 2016.

² Tal estudo, conforme definição retirada do seu próprio site: “é uma contribuição acadêmica do Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro (CPJus) do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), desenvolvido para medir o grau de desempenho da Justiça, visando contribuir para o desenvolvimento das instituições Judiciárias. ”. Disponível em http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23.02.15.pdf. Acesso em 07 de maio de 2016.

Corroborando destes resultados, outro estudo, este realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, denominado “Justiça em números”, chega a citar o TJ-BA como “destaque negativo”, ressaltando que o mesmo possui, *in verbis*, a “maior taxa de congestionamento e umas das mais altas despesas” dentre todos os tribunais estaduais pátrios³.

Tais alarmantes estatísticas não servem apenas para se constatar a precariedade com que são oferecidos os serviços públicos no país, mas, principalmente, para que se faça uma reflexão acerca do quanto a existência deste enorme número de demandas afeta o sistema judiciário e, em caráter mediato, onera todos os cidadãos consumidores destes serviços, haja que vista que os prejuízos experimentados pelas empresas concessionárias de serviços públicos não ficam adstritos apenas ao seu capital empresarial, pelo contrário, são partilhados pela sociedade como um todo, na forma de custos tarifários.

Com efeito, o que se vê, na prática forense, é que a enorme quantidade de demandas ajuizadas em face das concessionárias de serviço público tem sido processada e julgada indistintamente sob a égide da lei 9.099/95 e o Código de Defesa do Consumidor, através dos quais se obtém, respectivamente, a mitigação dos meios de prova e a inversão do ônus de sua produção, o que, ainda que corretamente deferido, tem o seu atendimento prejudicado e, muitas vezes, impossibilitado, não só em razão do próprio volume de ações a serem contraprovadas pelas empresas, mas também pela falta de conhecimento técnico daqueles que presidem e conduzem tais feitos.

Assim sendo, por trás de uma “causa-ganha” interposta em face de uma empresa de abastecimento de água, por exemplo, em razão de discrepâncias no histórico de consumo, pode haver um problema estrutural ou de encanamento no imóvel, ou mesmo até o simples mal-uso por parte do usuário consumidor, fatos estes que, ainda que frequentemente levantados em sede de contestação, carecem de maior apuração por parte do julgador, seja pela sua falta de conhecimento técnico sobre a matéria (noções de volume de consumo, vazão, pressão, forma de

³ Relatório disponível para download em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 07 de maio de 2016.

medição, etc.), seja pela impossibilidade material de realização de um estudo mais minucioso e completo para cada caso em particular.

Nesse diapasão, o quanto acima descrito possui relação direta de causa e efeito com o valor pago pelos utentes como contraprestação do serviço, uma vez que, pela própria natureza do contrato de concessão de serviço público, a política tarifária deve ser apta a assegurar o seu equilíbrio econômico-financeiro⁴, de modo que esta obedece a uma lógica de mercado baseada na mutualidade, ou seja, o ganho financeiro da empresa concessionária restará invariavelmente garantido pelo ente governamental e pela coletividade, a qual suportará as tarifas em valores cujo critério de estabelecimento obedecerá a diversos fatores, tais quais: os custos de fornecimento, os custos de manutenção, o consumo médio populacional, a inadimplência, e, por fim, o que importa para o presente estudo: os custos e riscos jurídicos, considerando-se o quanto dispendido e recebido por esta na condição de acionada ou acionante.

Em suma, malgrado a certeza de que o fornecimento de serviços públicos no país está muito aquém do que poderia ser considerado minimamente aceitável a título de qualidade, e mesmo com a plena consciência de que, no país, inúmeros usuários sofrem as agruras de uma prestação precária e falha, é igualmente inegável que quando uma demanda judicial que envolve uma empresa concessionária não recebe o tratamento adequado por parte do poder judiciário, não só as partes envolvidas, mas toda a coletividade arca com os custos e as consequências de tal fato.

Destarte, faz-se imperioso o estudo de alternativas legais e procedimentais que possuam o condão de reduzir o inchaço da máquina judicial, ao tempo em que

⁴ Sobre este ponto, vale transcrever a lição de Aloísio Zimmer Júnior (2016, p. 36):

O regime de Direito Público é preponderante na relação; no entanto, o concessionário ou o permissionário possuem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que é construído a partir de uma harmonia entre os investimentos necessários, o tempo de duração do contrato e o valor máximo de tarifa que o usuário pode suportar. Eventuais imprevistos exigirão interferência do poder concedente/permitente nos termos do contrato (princípio da mutabilidade ou adaptabilidade), para, entre outras coisas, preservar o sinalagma, a reciprocidade, o equilíbrio construído entre compromissos e contrapartidas, com a conclusão do processo licitatório.

permitam, também, que contendas sejam devidamente solucionadas por aqueles que possuam expertise na matéria em lide, para que, assim, sejam favorecidos, em igual proporção, os princípios processuais da celeridade e da hipossuficiência do consumidor, em paralelo com o equilíbrio econômico e a cooperação social que devem permear o estado democrático de direito.

É nesse contexto que se insere o instituto jurídico da arbitragem, o qual, não obstante atualmente não contar com o apoio da majoritária doutrina consumerista nacional, se mostra como a solução prática mais adequada e eficaz para a problemática apresentada, se aplicado com intermédio do ente estatal - mais especificamente das agências reguladoras - e em observância das normas legais em cotejo com os princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor e as garantias conquistadas por tal seara do direito ao longo dos seus mais de vinte e cinco anos de fomento no Brasil, conforme se buscará demonstrar no presente trabalho.

1. ASPECTOS LEGAIS - O APARENTE CONFLITO NORMATIVO ENTRE AS NORMAS ARBITRAIS E CONSUMERISTAS

O procedimento arbitral, como se sabe, fora consolidado no ordenamento jurídico nacional com a edição da Lei 9.307/96 (lei da arbitragem), ou seja, cerca de seis anos depois de promulgado o Código de Defesa do Consumidor.

Desde então, caloroso embate doutrinário tem sido realizado em torno do tema da aplicabilidade dos procedimentos arbitrais na seara consumerista, tendo esta chama sido reacesa após a edição do Projeto de Lei 7.108/2014 o qual, ainda mais recentemente, culminou com a sanção da lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou diversos dispositivos da antiga lei de arbitragem e trouxe, em seu bojo, artigos relacionados à aplicação desta no direito do consumidor, tendo alguns dispositivos sido vetados pelos motivos que melhor se explanará abaixo.

Antes de se analisar mais a fundo as disposições da nova lei sobre a arbitragem, é mister se analisar os dispositivos anteriores à esta, que certamente influenciaram os legisladores e as moções de apoio e repúdio da comunidade jurídica nacional, senão vejamos.

Cronologicamente falando, onde primeiro se mencionou a possibilidade de adoção de meios alternativos de solução de disputas nas demandas consumeristas foi ao inciso V, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispôs:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Com efeito, a simples leitura do artigo acima transcrito poderia levar à precipitada conclusão de que, em se tratando de direito do consumidor, a aplicação da arbitragem ou de qualquer outro meio extrajudicial para solução de conflitos desta natureza estaria indubitavelmente permitida, porém, posteriormente, o mesmo *codex*, em seu artigo 51, VII, reza que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Nesse espeque, a coexistência dos supracitados dispositivos, por si só, já serviria para que se iniciasse interessante embate teórico-doutrinário, mas, não bastasse a problemática já delineada, o legislador da lei de arbitragem, seis anos depois, incluiu, dentre os dispositivos desta, a seguinte norma:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...]

“§ 2o Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

Desde então, a doutrina tem se debatido no sentido de determinar se a lei de arbitragem teria ou não revogado tacitamente⁵ os dispositivos do código consumerista, havendo, portanto, importantes nomes do cenário nacional que advogam no sentido de que a segunda teria revogado a primeira pelo seu caráter especial em relação à matéria (e vice-versa); aqueles que acreditam que o supratranscrito artigo da lei de arbitragem, por ir de encontro a dispositivo do CDC, não teria sido recepcionado pela constituição, haja vista o caráter de norma constitucional daquele; ou, ainda, aqueles que propagam a tese de que ambos os artigos não seriam conflitantes, mas sim complementares, podendo coexistir pacificamente em nosso ordenamento.

A título de exemplo, dentre os defensores da revogação tácita do artigo 51, VII, do CDC, pela lei de arbitragem, Selma Ferreira Lemes (2002, p.5), asserta que:

É indubitável que a lei de arbitragem derogou o CDC para dar tratamento diferente ao instituto nos contratos de adesão. O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vem sendo praticadas mundialmente; todavia, condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitral. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitral em contratos de adesão, preenchidas as formalidades legais, será válida e eficaz.

Neste mesmo sentido, leciona Humberto Theodoro Junior (2005, p.74):

Quanto às relações de consumo, o art. 51, inciso VII do CDC considerava nula, de pleno direito, qualquer cláusula que determinasse a utilização compulsória da arbitragem. A Lei 9.307 revogou essa cominação que protegia o consumidor, ao não incluí-la no novo e completo regime jurídico do juízo arbitral. Embora não mais se vede a inserção de cláusula compromissória nos contratos alcançados pelo CDC, instituiu-se um regime formal específico para melhor acautelar os interesses da parte fraca nas relações de consumo.

⁵ Registre-se que, no projeto de lei que deu origem à lei de arbitragem (PL 78/1992), estava prevista, em seu artigo 44, a revogação expressa do inciso VII do artigo 51 do CDC, tendo esta parte do texto sido posteriormente retirada, através de emenda.

Em sentido oposto, José Geraldo Brito Filomeno (1997, p.38), acredita que, dado o caráter público e constitucional das normas contidas no CDC, não poderia o mesmo ter sido revogado pela lei de arbitragem. Neste sentido:

A nova lei do juízo arbitral ao par de não ter revogado o inciso VII do art. 51 do CDC, é com ele em princípio incompatível, porquanto induz à aceitação de sua instituição em contratos de adesão, infringindo os princípios da vulnerabilidade, boa-fé e equidade que devem presidir as relações de consumo, já que compulsória essa instituição se pactuada em cláusula compromissória sendo exigível, inclusive, judicialmente.

Nessa mesma linha, Carlos Alberto Etcheverry (1997, p. 57) afirma:

Em princípio, seria o caso de restringir o exame aos contratos de adesão que não tenham por objeto relação de consumo. Afinal, comina o Código de Defesa do Consumidor a pena de nulidade absoluta a cláusula que determine "a utilização compulsória de arbitragem" (art. 51, VI). Cumulativamente, o projeto que deu origem à Lei nº 9.307/96 previa, expressamente, a revogação desse dispositivo legal, com a explícita intenção de generalizar a utilização da cláusula compromissória. Seria lícito imaginar - até mais do que isto -, recorrendo à *mens legis*, que remanesceria a vedação contida no Código de Defesa do Consumidor.

O fato, contudo, é que o estatuto legal mais recente, da forma como foi redigido o § 2º do art. 4º, não consagrou essa exceção, também aí se manifestando a *mens legis*. E, como a antinomia tem lugar entre duas leis especiais, não faltarão os que concluem que a mais recente derogou implicitamente a mais antiga. A estes se poderá objetar que a lei mais moderna, por abrir exceção ao monopólio estatal da justiça, deve ser interpretada restritivamente, só se podendo admitir que derogou norma de ordem pública, contida em lei igualmente de ordem pública, se o tivesse feito expressamente, posição que é a mais correta.

Em um discurso ainda mais duro pela incompatibilidade da lei arbitragem com a norma consumerista, Claudia Lima Marques (2006, p.704-705), em seus comentários ao inciso VII do artigo 51 do CDC, aduz que:

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela lei de 1996 devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não-estatal implica em privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei.

Noutro giro, não obstante o profundo respeito às opiniões acima declinadas, parece mais acertada a posição da eminente ministra Fátima Nancy Andrighi (2006, p.18), segundo a qual o conflito das multicitadas normas seria apenas aparente, podendo ambas coexistirem sem embargos no ordenamento jurídico nacional:

Dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) regra específica para contratos de adesão genéricos, que estabelece restrição à eficácia da cláusula compromissória e (iii) regra ainda mais específica para contratos, de adesão ou não, celebrados entre consumidor e fornecedor, em que será considerada nula a cláusula que determine a utilização compulsória de arbitragem, ainda que tenham sido preenchidas as formalidades estabelecidas no art. 4, §2º, da Lei de Arbitragem.

Nelson Nery Júnior (2007, p. 591-593), um dos autores do anteprojeto do CDC, corroborando deste posicionamento, assevera, ainda, que:

O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação *a contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.

[...]

Esse dispositivo da Larb não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*).

1.1 O VETO AO § 3º DO ARTIGO 4º DA LEI 13.129/2015

Ainda seguindo a cronologia dos acontecimentos, após quase vinte anos de acalorados debates acerca do tema, no mês de maio de 2015, foi promulgada a lei número 13.129, que, em seu projeto original, previa o acréscimo de um parágrafo terceiro ao já citado artigo 4º da lei de arbitragem, cujo texto seria o seguinte:

§ 3º. Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato 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.

Com efeito, a inclusão de tal previsão na já vergastada lei inflamou ainda mais os defensores da supremacia das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, originando diversas manifestações contrárias ao aludido dispositivo que, por fim, restou vetado pelo poder executivo, que assim justificou (BRASIL, 2016):

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.

Diante disso, feito este breve esboço histórico, mesmo após o supracitado veto legislativo, ainda há muito que se discutir acerca da aplicabilidade da arbitragem às demandas consumeristas, haja vista que, a nova legislação, da mesma forma que fizera a lei de arbitragem anterior à época de sua promulgação, também não teria excluído completamente esta possibilidade, o que é reforçado, inclusive, pela própria leitura da justificativa do veto presidencial acima transcrita, onde, claramente, se denota a intenção deste em barrar apenas a autorização “de forma ampla” da arbitragem nas relações de consumo estabelecidas por meio de contratos de adesão.

Na opinião do autor, resta indubitável, pelo conjunto normativo mais recentemente promulgado no país, a intenção dos poderes públicos em mitigar a utilização excessiva do poder judiciário e a judicialização exacerbada⁶ atualmente vivenciada pela sociedade que, por sua vez, também já não pode mais ser visualizada da mesma forma como o fora há vinte e cinco anos, na ocasião da elaboração do CDC.

⁶ Neste sentido, vale mencionar que, o recentíssimo novo código de processo civil, prevê, respectivamente, nos parágrafos segundo e terceiro do seu artigo 3º, que: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Atualmente, vive-se a era da informação ampla e generalizada, onde grande parte da população possui satisfatória noção dos direitos que lhe assiste, além de ter facilitada a defesa destes através de inúmeros órgãos públicos e privados de fácil e gratuito acesso, o que fulmina a visão de hipossuficiência técnica ampla e irrestrita dos beneficiários das leis consumeristas.

Portanto, é forçosa a conclusão de que, mesmo após a promulgação da lei 13.129/2015 com o veto ao parágrafo terceiro do artigo 4º, ainda convivem pacificamente, no ordenamento jurídico nacional, o instituto jurídico da arbitragem e os princípios estatuídos pelo código de defesa do consumidor, a uma pelo avançado estágio legislativo atingido por este, capaz de garantir a eficácia e a segurança jurídica que dele se espera; a duas pela evolução cultural, informativa e conceitual do cidadão consumidor brasileiro, ao qual não podem mais serem atribuídos o absoluto desconhecimento, a susceptibilidade e a subserviência de outrora; a três pela premente necessidade de se estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos como forma de desafogar o poder judiciário e atender aos princípios consumeristas constitucionalmente preconizados, bem como aos objetivos da política nacional de relações de consumo instituída pelo CDC.

2 A APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Passada a questão acerca da compatibilidade entre o instituto da arbitragem e a defesa do consumidor, far-se-á o corte metodológico a partir dos parágrafos 1º e 2º, do artigo 1º, da Lei 13.129/2015, que assim dispõem:

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. ”

Com efeito, ao derredor do aparente conflito normativo levantado no que tange à aplicabilidade da arbitragem aos contratos de adesão ou – pode-se dizer - às relações consumeristas “ordinárias”, torna-se irrefutável que o novel dispositivo sacramentou, de forma expressa, a possibilidade de sua utilização no âmbito das

relações estabelecidas por meio de contratos administrativos, sejam estes firmados com a administração pública direta ou indireta.

Noutro giro, malgrado não representar uma inovação ou uma mudança total de paradigmas, dado que leis específicas anteriores já previam a sua utilização por parte do poder público, o que a supracitada lei fizera – e isto possui suma importância - foi alargar a hipótese de incidência da arbitragem para todas as relações entre entes públicos e privados, em sentido amplo.

Neste sentido, leciona Viviane da Costa Barreto Claro (2016, p.1):

Frisa-se que a lei amplia o escopo da possibilidade de utilização de cláusula arbitral que agora também poderá atingir os contratos administrativos típicos, regidos pelo regime jurídico de direito público.

Esta ampliação albergada pela lei, para alguns, traduz-se em uma evolução no Direito Administrativo conferindo a possibilidade da solução de conflitos atinentes a direitos patrimoniais em relações jurídicas travadas entre particulares e a Administração Pública que não por vias judiciais traduzindo-se em maior celeridade e eficácia na sua composição, considerando que será realizada por meio de juízos técnicos, compostos por árbitros escolhidos pelas partes e em menor tempo do que uma demanda judicial.

Portanto, pode-se concluir que a positivação da arbitragem como meio para solução de conflitos na Administração Pública apenas efetivou uma via que já era utilizada na prática na solução de conflitos envolvendo contratos privados firmados pela Administração e ampliou seu escopo de aplicabilidade para os contratos tipicamente administrativos, quando os conflitos deles decorrentes envolverem direitos patrimoniais disponíveis, sendo que a própria lei delimita sua utilização pela Administração para a solução conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis dirimindo controvérsias quanto ao seu embate com o princípio da indisponibilidade do interesse público.

2.1 O USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O artigo 3º da Lei 8.078/90, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao estabelecer o conceito de fornecedor e trazer a definição de serviço, o fez incluindo as pessoas jurídicas de direito público, sem fazer qualquer ressalva quanto a estas. Dispõe a citada norma:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Desse modo, pela generalidade das disposições trazidas, como bem ensina Cláudia Lima Marques (2005, p.564), percebe-se a clara intenção do legislador de abarcar, dentro do conceito de fornecedor, um maior número possível de entidades, a fim de garantir da forma mais ampla possível a defesa dos interesses dos consumidores.

Na sequência, o artigo 4º, que trata da Política Nacional de Relações de Consumo, estabelece, em seu inciso VII, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos como princípios a serem atendidos no intuito de se efetivar o pleno atendimento às “necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”.

O art. 6º, por sua vez, quando trata dos direitos básicos do consumidor, ressalta no inciso X a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Por fim, o artigo 22 do CDC traz a previsão da tutela dos interesses do cidadão face aos abusos do poder público e prevê a proteção especial aos serviços públicos essenciais⁷ no momento em que consagra a incidência do princípio da continuidade em relação a estes. O referido artigo é claro quando faz a equiparação

⁷ A definição do que vem a ser um serviço público essencial é matéria de intenso debate doutrinário e pretoriano, sendo que, em sua maioria, tanto doutrinadores quanto magistrados têm adotado o rol trazido pelo art. 10 da Lei 7.783/89 (Lei de Greve) como parâmetro para esta adjetivação. São estes: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e compensação bancária.

das pessoas jurídicas de direito público e as empresas com a qual estas contratam, determinando indistintamente que ambas forneçam serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos.

Provada a figuração das empresas concessionárias como fornecedoras na relação contratual de prestação de serviço público, resta saber se o usuário se encaixa no conceito de consumidor trazido pelo CDC.

Define o referido *codex* em seu artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. ”.

A definição trazida pelo referido dispositivo é para autossuficiente, afinal, não há como se negar que o utente é pessoa física que se utiliza dos serviços públicos como destinatário final.

No entanto, para ilustrar tal pensamento, vale a transcrição da doutrina de Antonio Herman e Benjamin (2016, p.25) que, ao afirmar que o conceito de consumidor possui dois vieses, um econômico e um jurídico, apresenta o seguinte posicionamento quanto ao viés jurídico:

Para nós, modestamente, consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.

Note-se que o autor abarca, em sua definição, todas as equiparações trazidas pelo código, mencionando, inclusive, a inserção das pessoas jurídicas de direito público dentre os possíveis fornecedores na medida em que utiliza a expressão “qualquer pessoa natural ou jurídica”.

Assim sendo, por ser o usuário de serviço público o destinatário final do serviço fornecido (perfazendo assim o conceito trazido no art. 2º), e por equiparar aos fornecedores privados - sem fazer qualquer ressalva - as empresas concessionárias e os entes da Administração Pública, o CDC exclui da abrangência de sua aplicação apenas as relações pactuadas entre civis, ou, melhor dizendo, entre pessoas que não exercem atividade profissional de comércio.

Desse modo, resta claro que o ordenamento jurídico nacional prevê a aplicação dos dispositivos do CDC aos contratos de prestação de serviços públicos, contudo, não se pode olvidar que a constância da expressão “mediante remuneração” acaba por excluir uma parcela destes, qual seja a dos serviços públicos não remunerados, ou *uti universi*, já que estes são prestados pelo poder público através de um vínculo cívico constituído entre o Estado e seus administrados por meio do pagamento de impostos⁸. Neste sentido, Regina Helena Costa (1997, p.104):

Portanto, é a exigência de remuneração específica pela prestação de determinado serviço público que vai determinar sua sujeição à disciplina legal das relações de consumo [...] A prestação dos serviços públicos que não se revestem dos atributos da especificidade e da divisibilidade é realizada independentemente da exigência de remuneração específica; é custeada pelos impostos, espécies tributárias não vinculadas a nenhuma atuação estatal.

Diante de tudo o quanto acima exposto, a título de exemplo, pode-se afirmar que estariam sujeitos à aplicação das normas do CDC os usuários de serviços públicos de fornecimento de energia elétrica, telefonia e água, ficando à margem desta aplicação os usuários dos sistemas de saúde, educação e segurança pública.

3 DIREITO COMPARADO: O EXEMPLO IBÉRICO

Para melhor compreensão e solução da problemática objeto deste trabalho, cumpre trazer à baila as soluções encontradas pelos países estrangeiros acerca do tema tratado.

Com efeito, dada a semelhança do modelo adotado com a proposta a ser apresentada ao final do presente estudo, tratar-se-á, especificamente, dos procedimentos adotados por Portugal e Espanha para solução de conflitos consumeristas.

⁸ Cláudia Lima Marques faz interessante elucidação a cerca do tema exemplificando através do serviço público de ensino. Segundo a autora, no que tange às escolas e universidades públicas, por não constituírem serviço remunerado, não estão sujeitas à aplicação do CDC, já quanto às escolas e universidades privadas, a onerosidade trazida ao estudante – ou seu representante legal – as obriga a seguir os ditames do aludido código e a atuar sob a égide da boa-fé contratual consumerista.

3.1 A ARBITRAGEM CONSUMERISTA ESPANHOLA

A Espanha fora um dos primeiros países no mundo a instituir um sistema de solução de conflitos consumeristas pela via arbitral. Tal sistema, organizado e vinculado à administração pública, é gratuito e restrito a reclamações lastreadas em direitos disponíveis privados e às causas de menor complexidade e formalidade (conceito semelhante aos juizados especiais brasileiros, espécie de foro que, inclusive, não possui correspondência naquele país).

A opção por tal modalidade é voluntária, tanto para o consumidor quanto para a empresa, sendo que, no caso desta última, a adesão ao sistema arbitral, além de todas as vantagens atreladas a tal procedimento, ainda lhe fornece uma espécie de selo de qualidade (denominado *contraseña*) que expõe a todos os potenciais consumidores a sua opção pela via mais célere e eficaz.

Acerca do sistema espanhol de arbitragem, leciona Marcos Paulo Veríssimo (2016, p.1):

[...] o grande mérito do direito espanhol foi, justamente, criar um sistema arbitral totalmente baseado na voluntariedade e que, ao mesmo tempo, resulta extremamente efetivo e vantajoso para os consumidores, encontrando crescente adesão por parte desses e de fornecedores e afastando por completo dos litígios, na esmagadora maioria dos casos, a atuação da jurisdição estatal, através do cumprimento espontâneo dos laudos.

Tal procedimento arbitral se dá, necessariamente, de forma colegiada e pública e por meio de uma junta arbitral vinculada à “Oficina Municipal de Informação ao Consumidor” composta por um representante da administração pública, um representante da classe empresarial e, por fim, um membro de uma associação de defesa de consumidores, garantindo-se, portanto, tratamento igualitário e democrático às partes.

Outros pontos que merecem destaque são a não obrigatoriedade da presença de um advogado, a divisão equânime das custas das provas a serem produzidas (caso sejam estas de interesse de ambas as partes) e o prazo legal máximo de quatro meses para a prolação da sentença.

Sintetizando este processo de forma brilhante, descreve Flávio de Freitas Gouvêa Neto (2016, p. 3):

Em resumo, o procedimento arbitral nas juntas é o seguinte. O consumidor faz a reclamação por meio de um formulário nas oficinas do consumidor da administração ou por meio eletrônico, a junta arbitral faz uma análise se a reclamação cumpre os requisitos formais, se é um caso dentro de sua competência, se cumpre os requisitos positivos e negativos, assim como a validade do convenio arbitral se for o caso. Se o caso cumpre os pressupostos e requisitos a junta arbitral notifica as partes e designa o órgão arbitral que vai ser responsável por analisar e decidir o caso. Depois começa a fase de mediação prévia e se as partes não chegam em um acordo são citadas para a audiência. Nela as partes podem se manifestar por escrito ou oralmente e são apresentadas as alegações e as provas relacionadas com o caso. O procedimento finaliza com o laudo arbitral ditado pelo órgão arbitral. Tudo isso pode ser feito em 30 dias e as partes já tem um resultado definitivo para o seu conflito.

Em arremate, Marcos Paulo Veríssimo (2016, p.7) opina no sentido de que:

O sistema arbitral de consumo espanhol constitui, sem dúvida, exemplo de via alternativa de composição de conflitos com altíssimo grau de efetividade e celeridade e que goza, ademais, de grande prestígio junto ao mercado de consumo na Espanha. Os tão temidos riscos que seriam inerentes à arbitragem de conflitos de consumo restaram resolvidos pela natureza pública das juntas arbitrais, cujo presidente é sempre funcionário da administração.

Ademais dessa garantia, a presença de membros de associações de consumo e de empresários, junto ao colégio arbitral, assegura o tratamento igualitário das partes. Sendo certo que uma das funções elementares do Estado consiste em manter a paz social e se boa parte dessa tarefa reside na eliminação daquilo que se convencionou chamar de "litigiosidade contida", na felicíssima expressão de Kazuo Watanabe, a experiência espanhola vem demonstrar que a atuação jurisdicional pode não ser necessariamente a via mais adequada a tais escopos, especialmente quando se está tratando de conflitos que refletem conteúdo econômico muito pequeno. Concentrando seus esforços na criação de um sistema extra-judicial de resolução de conflitos, o poder público espanhol pôde dar vazão a essa litigiosidade de pequenos conflitos, que antes não eram resolvidos.

3.2 A ARBITRAGEM CONSUMERISTA PORTUGUESA

Em Portugal, a Lei 24/96, que, de acordo com seu preâmbulo: “estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores”, determina, em seu art. 14º, que: “incumbe aos órgãos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir os conflitos de consumo” (Portugal, 2016).

Destarte, por força de tal determinação legal, estimulou-se a utilização da arbitragem naquele país através dos Centros de Resolução de Disputas Consumeristas, os quais, nas palavras de Celso Marcelo Oliveira (2016, p.350): “*são líderes da arbitragem, registrando em média dez mil casos por ano*”, sendo o prazo médio entre a apresentação da reclamação e a prolação da sentença arbitral entre trinta e sessenta dias apenas.

Todavia, ao contrário do que ocorre no sistema espanhol, no modelo português o árbitro deve ser, necessariamente, um juiz de direito ou um desembargador, em atividade ou aposentado, indicado pelo Conselho Superior da Magistratura.

Além disso, as câmaras (ou centros) de arbitragem portuguesas são todas vinculadas ao Instituto do Consumo, órgão oficial ligado ao Ministério da Justiça e podem ser divididas em áreas de expertise e julgarem, especificamente, somente as causas de determinado segmento da economia.

Entretanto, assim como na Espanha, tal procedimento também não possui custas para quaisquer das partes, à exceção dos requerimentos de perícia, que deverão ser arcados por aquele quem optou pela produção da prova.

Assim sendo, de acordo com informações obtidas junto ao *site* português “Portal do Cidadão”⁹:

Subsistindo o litígio, o consumidor pode contactar um Centro de Informação Autárquica ao Consumidor (CIAC), se esse serviço existir no seu Município, ou uma associação de consumidores, como a DECO, se for sócio da mesma.

Pode também apresentar o caso a um Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, se estiver abrangido pela competência material ou territorial de algum deles, ou até mesmo levar o assunto a um Julgado de Paz, se o conflito tiver ocorrido na sua área de competência e estiver dentro da sua alçada.

Algumas entidades privadas que prestam serviços de mediação encontram-se registadas na Direcção-Geral do Consumidor. Este registo significa que cumprem determinados princípios de imparcialidade, transparência, eficácia e equidade.

⁹ Disponíveis em: <<https://www.portaldocidadao.pt/pt/web/direcao-geral-do-consumidor/conflitos-de-consumo>>. Acesso em 10 de mai. de 2016.

Pode ainda expor a sua questão à Direcção-Geral do Consumidor, através do Centro Europeu do Consumidor, que presta apoio informativo e promove, residualmente, a mediação entre as partes.

Portanto, conclui-se que, não obstante o sistema português estar aquém do espanhol no que diz respeito à sua maturação e independência, especialmente se se considerar a vinculação excessiva deste ao poder judiciário, o mesmo também serve de exemplo a ser seguido, sobretudo pela sua ampla aceitação por parte dos cidadãos e a vasta e bem-sucedida aplicação perante a sociedade consumidora.

4 ARBITRAGEM E AGÊNCIAS REGULADORAS

Devidamente estabelecidas as bases de sustentação do presente estudo, crê-se ter chegado ao cerne da problemática, qual seja: uma vez detectadas a reportada falha do sistema jurídico e a possibilidade legal da adoção de método heterocompositivo de solução de conflitos, como cotejar ambos num único procedimento que seja capaz de garantir, ao mesmo tempo, um tratamento diferenciado e protetivo ao consumidor e o respeito aos princípios da ampla defesa e do equilíbrio contratual às concessionárias de serviços públicos?

Na opinião do autor, tal solução perpassaria pela introdução de um terceiro partícipe na relação processual usuário-concessionária: a agência reguladora. Com efeito, no presente tópico serão elencadas as razões pelas quais se entende que o envolvimento de tal ente estatal, aliado a um processo equânime, célere e especializado, teria o condão de garantir o que há de fundamental na relação jurídica ora estudada

Neste ponto, é interessante a ressalva de que a não inclusão da figura estatal na arbitragem consumerista consubstancia-se num ponto nevrálgico da tese daqueles que advogam em sentido contrário à sua utilização, dentre eles a professora Cláudia Lima Marques (2006, p. 150), que, nesta senda, opina:

O problema central é ser a arbitragem executada por órgãos privados, geralmente oriundos (e pagos) pelos fornecedores, suas federações ou seus grupos. Se em outros países de maior tradição de defesa do consumidor e da boa-fé nas relações no mercado tal experiência tende a funcionar, no Brasil está sendo usada como mais uma manobra para retirar do exame da justiça estes conflitos.

4.1 O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Como é do conhecimento geral, o Estado brasileiro, após o declínio do *welfare state* e a mitigação da intervenção estatal na economia, premido pela necessidade de descentralizar a execução e o fornecimento de serviços aos cidadãos, criou diversas formas de relações jurídicas, tais quais as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as permissionárias e as concessionárias de serviço público, as quais compõem a chamada administração pública indireta, ou descentralizada, segundo a majoritária doutrina administrativista nacional¹⁰.

Nessa esteira, foi necessário, também, criar-se uma forma de, a despeito de manter a terceirização do serviço público, fiscalizar e estabelecer as normas e as diretrizes de seu fornecimento, o que deu origem à figura jurídica das agências reguladoras, as quais tiveram o seu fomento a partir da década de 90 e, desde então, já contabilizam muito avanços, conforme se denota pela imensa quantidade de normas, decretos e marcos regulatórios editados por cada uma destas.

É nesse sentido que, reconhecendo-se o papel fundamental que as agências reguladoras exercem na sociedade contemporânea, entende-se ser viável, ainda, um aumento na atuação destas e o fortalecimento de suas estruturas. Senão vejamos.

As agências reguladoras, como se sabe, caracterizam-se por sua especialidade e direcionamento exclusivo à determinada área. Aliado a isso, tem-se

¹⁰ Acerca do tema, Aloísio Zimmer Júnior (2016, p. 4), sintetiza brilhantemente:

Em outros termos, existe a Administração Pública em sentido material ou objetivo, e, nessa perspectiva, o conceito resulta da soma da Administração Direta com a Indireta, além do acréscimo que o diferencia da categoria anterior, ou seja, as entidades paraestatais. As últimas, representadas, por exemplo, pelas concessionárias, permissionárias, organizações sociais, organizações sociais da sociedade civil de interesse público e as entidades controladas pelo Poder Público, entidades que estão colocadas ao lado do Estado e, por vínculos construídos com o universo público, estão legitimadas a desempenhar atividades típicas do Estado. Nesse sentido, não assumem a titularidade do serviço, no caso das concessionárias e permissionárias, senão apenas a incumbência da execução. Por sua natureza, as paraestatais não estão integradas ao conceito de Administração Pública em sentido formal (ou subjetivo), mas, pela importância das atividades desempenhadas para a realização efetiva dos interesses públicos primários fundamentais, compõem o quase-Estado, ou, em termos mais precisos, o conceito de Administração Pública em sentido material ou objetivo

que o corpo funcional que compõe as agências reguladoras é constituído, na sua maioria, por profissionais técnicos e comprovadamente (pois admitidos por meio de concurso público) conhecedores da matéria, fato que coincide e, ao mesmo tempo, preenche outro dos requisitos da arbitragem, qual seja a expertise do árbitro em relação à matéria posta a deslinde¹¹.

Além disso, aos seus dirigentes é garantida estabilidade e livre atuação¹², como bem ensina Roberta Fragoso de Medeiros Menezes, citada por Ana Cristina Willemann (2016, p.55):

A direção das Agências Reguladoras federais é feita por um colegiado, com mandatos não coincidentes, sujeitos ao período da quarentena após o término. A estabilidade dos mandatos dos dirigentes é uma consequência do princípio da independência na atuação das Agências Reguladoras. Significa que, à exceção dos casos legalmente previstos, como crimes de improbidade administrativa, violação grave dos direitos funcionais, descumprimento do contrato de gestão, não poderão os dirigentes ser demitidos ao arbítrio do Ministro ou Presidente da República.

Em suma, saltam aos olhos os benefícios atrelados às agências reguladoras, não somente pelo seu caráter técnico e especializado, mas principalmente pelo fato destas atuarem com independência em relação aos demais poderes estatais, como

¹¹ Acerca da importância da especialidade do árbitro em relação ao objeto da demanda, José Emílio Nunes Pinto, citado por Pedro A. Batista Martins (2016, p.4), explica que:

A questão da especialização do árbitro assume contornos bastante relevantes quando da escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Deve-se ter em mente que os contratos complexos, por sua própria natureza, são tidos como contratos incompletos. A completude de um contrato, quando de sua elaboração, acarreta um aumento significativo dos custos de transação, razão pela qual as partes preferem deixar lacunas e omissões em seu texto para que sejam supridas quando da interpretação das cláusulas contratuais relativas à controvérsia que venha a surgir no curso de sua vigência. Nesse sentido, deve-se valorizar a especialização do árbitro na matéria objeto da controvérsia que, por deter o mesmo grau de informação das partes, poderá suprir adequadamente as lacunas e omissões contidas nos contratos incompletos. Pode-se mesmo afirmar que existe entre as partes e o árbitro especializado uma simetria de informações que assegura que a solução da controvérsia venha a se efetivar da forma esperada.

¹² Atualmente, tramita no Congresso Nacional o PLS 52/2013, também chamado de Lei Geral das Agências Reguladoras, já aprovado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que, dentre outras modificações, estabelece regras e formas de controle mais rígidas no que tange à nomeação dos seus gestores e membros do corpo diretivo. Nesse diapasão, destaca-se, para o objeto do presente estudo, o disposto no inciso IV do § 2º do art. 3º, que prevê a inclusão, no colegiado de cada agência reguladora, de um representante das entidades privadas de defesa e proteção ao consumidor, designado pelo IDEC.

bem consignado mais uma vez por Ana Cristina Willemann (2016, p.53), que, citando Wald e Moraes, descreve a existência de quatro dimensões acerca desta independência de atuação: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira:

A independência decisória consiste na capacidade da Agência de resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo. Procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes, associados com a fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral são arranjos que procuram isolar a direção da Agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada. A independência de objetivos compreende a escolha de objetivos que não conflitem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor. Uma Agência com o número pequeno de objetivos bem definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes. A independência de instrumentos é a capacidade da Agência escolher os instrumentos de regulação - tarifas, por exemplo - de modo a alcançar os seus objetivos da forma mais eficiente possível. Finalmente, a independência financeira refere-se à disponibilidade dos recursos materiais e humanos suficientes para a execução das atividades de regulação.

Destarte, inegavelmente, além das já mencionadas compatibilidades normativas e conceituais entre a arbitragem e o direito do consumidor, pela própria natureza e o modo de funcionamento das agências reguladoras já existentes no país, conclui-se que há terreno fértil e disponível para que, no âmbito destas se desenvolvam todos os requisitos necessários a um procedimento arbitral justo e adequado, mormente: a expertise, a celeridade e a imparcialidade.

CONCLUSÕES E PROPOSTA

Ao final do presente estudo, acredita-se poder ter se chegado a um estágio de maior conhecimento acerca das benesses que o procedimento arbitral poderia trazer caso devidamente regulamentado e aplicado pela sociedade brasileira.

Para tanto, inicialmente, é necessário, conforme se pode depreender das análises de direito comparado feitas acima, vencer as barreiras do preconceito e da resistência, tanto dos legisladores, para que estes ousem tocar em assunto tão controverso e consigam transmitir à sociedade a sua intenção de melhorar o

saturado poder judiciário atual, quanto dos cidadãos consumidores, de modo que estes possam, ainda que aos poucos, adquirir confiança neste novo método proposto e enxergar que o mesmo, se bem aplicado, poderá lhes assegurar aquilo que certamente mais almejam: a resolução de um problema de forma justa, célere e desburocratizada.

Neste sentido, propõe o autor a construção de um modelo procedimental que permita a utilização da arbitragem para solução de conflitos consumeristas, cuja implementação seja de curto-prazo e baixo custo para o poder público, ao tempo em que permita às empresas serem julgadas em foro especializado no seu ramo de atuação, além do pleno gozo das garantias da ampla defesa e do contraditório. Por fim, o aludido modelo deverá ser hábil, também, em conquistar a confiança do consumidor, o que somente se dará caso este assegure e demonstre estar de acordo com um tripé de anseios sociais básicos: a garantia da imparcialidade; o resguardo aos princípios instituídos pelo CDC; e a celeridade de julgamento.

Com efeito, mesclando-se elementos pinçados das experiências de sucesso trazidas por Portugal e Espanha e cotejando-os às garantias instituídas pelo Código de Defesa do Consumidor, crê-se ser possível se instituir, no Brasil, um modelo de procedimento apto a atingir satisfatoriamente todos os requisitos acima elencados.

De início, não há que se falar em julgamento arbitral por equidade ou em opção das partes por utilização de legislação diversa que não o Código de Defesa do Consumidor, haja vista o caráter público e indisponível de suas normas, bem como o seu status de garantia constitucional, mormente no que tange às regras de distribuição dos ônus da prova¹³.

¹³ Neste sentido é a doutrina de Joel Dias Figueira Junior (2001, p.11):

Contudo, qualquer predisposição em cláusula compromissória ou compromisso arbitral autorizando o julgamento por equidade, em hipótese alguma agasalhará validamente qualquer decisão que afrontes as regras e princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor, à medida que se revestem de natureza pública constitucional e interesse social, segundo se infere dos arts. 5º, XXXII, 170, ambos da CF, e art. 48 de suas Disposições Transitórias, combinados com os arts. 1º e 6º do próprio Código.

Com efeito, ladeando as disposições protetivas consumeristas durante o procedimento arbitral, devem estar somente os decretos, resoluções e normas técnicas específicas da respectiva área de atuação da empresa componente do polo passivo e sua respectiva agência reguladora.

Em segundo lugar, a fim de dar maior credibilidade de imparcialidade a tal procedimento, poder-se-ia aproveitar a ideia de trazer uma arbitragem eficaz, voluntária, pública, gratuita e setorizada, tal como ocorre nos países estrangeiros acima estudados, para o âmbito e a estrutura das agências reguladoras já existentes e em pleno funcionamento (porém, subutilizadas) no Brasil.

Destarte, é nesse contexto que se propõe, portanto, a instauração de câmaras arbitrais dentro de cada agência reguladora já existente, as quais teriam a competência para julgar os litígios entre as empresas concessionárias de serviços públicos e os seus usuários consumidores de acordo com sua área de expertise (a Anatel para os casos de telefonia e internet, a Aneel para os de energia elétrica, a Ana para o abastecimento de água, e assim por diante).

Com isto, restaria mitigado – senão anulado – o receio de parte da doutrina de que haja uma espécie de “privatização” da tutela jurídica consumerista. Consequentemente, se eliminaria a hipótese de uma influência negativa e exacerbada por parte dos fornecedores perante a câmara ou órgão julgante.

A opção pela instauração de tal procedimento arbitral, por conta do caráter público tanto do contrato de concessão quanto do órgão que presidirá o feito, deverá ser mandatária às partes e não poderá ter qualquer custo inicial para estas que, inclusive, poderão optar por constituir o seu próprio advogado ou comparecerem desacompanhadas, tal como ocorre nas demandas que atualmente tramitam perante os juizados especiais.

O tribunal arbitral, por sua vez, a fim de garantir a sua imparcialidade, deverá ser composto, necessariamente, por três membros, sendo um vinculado à agência onde tramita o feito, que deverá presidir a sessão, um representante da concessionária acionada e um representante de um órgão de defesa dos consumidores, como, por exemplo, o Procon.

Não se entende, contudo, pela necessidade de criação de um selo ou de prévia aceitação da arbitragem por parte da empresa demandada, como ocorre na Espanha, tampouco pela obrigatoriedade do tribunal ser presidido por juiz ou desembargador, como em Portugal, pois, no que tange ao primeiro aspecto, a subsunção ao procedimento arbitral seria condição previamente estipulada no contrato de concessão pública, já em relação ao segundo, entende-se bastante que o representante da agência reguladora seja funcionário de carreira, concursado, e com comprovado conhecimento da área.

As demais características da sentença arbitral seriam todas mantidas, em especial a sua exequibilidade e irrecorribilidade, sendo resguardada às partes a possibilidade de recorrer ao poder judiciário caso o laudo arbitral padeça de um dos vícios de nulidade previstos pela lei que rege a matéria¹⁴.

Enfim, por meio de tal procedimento, entende-se que ser poderá perfazer importante instrumento de combate ao inchaço da máquina do judiciário e à onerosidade excessiva dos serviços públicos essenciais, sem se perder de vista garantias fundamentais e constitucionais como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, bem como os direitos conquistados pela classe consumerista durante os mais de vinte e cinco anos de luta e vigência do Código de Defesa do Consumidor no país.

¹⁴ Tais nulidades estão previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, que, alterado pela Lei 13.129/2015, assim dispõe:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
I - for nula a convenção de arbitragem;
II - emanou de quem não podia ser árbitro;
III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p.13-21, 2006

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **O conceito jurídico de consumidor**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8866/O_Conceito_Jur%C3%ADdico_do_Consumidor.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 162, de 26 de maio de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

CLARO, Viviane da Costa Barreto. **A posituação da arbitragem na Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225329,81042-A+positivacao+da+arbitragem+na+Administracao+Publica>>. Acesso em: 07 mai. 2016.

COSTA, Regina Helena. **A tributação e o consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 21. São Paulo: RT, p. 97-104, 1997.

DENARI, Zelmo *in* Grinover, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, ano. 5, n. 21, p. 51-60, 1997.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, ano. 9, n. 37, p. 92-120, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, ano. 5, n. 21, p. 38-50, 1997.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem e direito do consumo**. Palestra proferida no II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR, Florianópolis, 22 a 24 de setembro de 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor / Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem e o Setor de Telecomunicações no Brasil**. Disponível em: <<http://www.tradutoresjuramentados.com/pbm/arbitragem/arbsettelbra.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

NERY JR., Nelson *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso poder judiciário**. Disponível em: <<http://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/revista-emeron-13-2005.pdf#PAGE=349>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

PORTUGAL. **Lei de Defesa do Consumidor**, Lei n. 24/96. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 10 mai. 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 42. ed., V.1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A arbitragem de Consumo na Espanha**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29773-29789-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

WILLEMANN, Ana Cristina. **A interferência das agências reguladoras nas empresas concessionárias de serviços públicos.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 780, 22 ago. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7183>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **A Administração Pública e o Serviço Público.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/A LOISIO_ZIMMER_JR.doc>. Acesso em: 17 abr. 2016.