

ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA

ARBITRATION IN THE CONSUMER RELATIONS AS ACCESS TO JUSTICE

Larissa Alderete

Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito
(FADIR) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Nilton César Antunes da Costa

Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito e Economia pela UGF-RJ e em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor titular da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB e adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Submissão em 18.05.2015

Aprovação em 23.06.2015

Resumo: O acesso à justiça é garantia mínima à dignidade humana e deve estar assegurada pelo Estado democrático de direito. A Constituição Federal brasileira elenca este direito como garantia fundamental. Entretanto, deve-se priorizar não somente o alcance ao Poder Judiciário, mas principalmente a salvaguarda de uma resposta satisfatória. Demandas de menor complexidade e valor, como aquelas oriundas da relação de consumo, encontram ainda maior dificuldade para solução adequada. Formas alternativas de solução de litígios, como a arbitragem têm apontado um caminho mais célere, menos custoso e mais eficiente para o problema em questão e pode ser o recurso para desafogar os órgãos jurisdicionais.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Arbitragem; Direito do Consumidor.

Abstract: *The access to justice it's the minimum guarantee to human dignity and must be assured by The Democratic State of the Law. The Brazilian Federal Constitution lists this right as a fundamental guarantee. However, it should prioritize not only the access to the Judiciary, but mainly the safeguard of satisfactory answer. Requests of reduced complexity and value, as those deriving from consumer relationships, face yet more trouble to find a proper solution. Alternative forms of disputes resolution, as the arbitration, have pointed out a faster path, less costly and more efficient for the problem at hand, and may be the resource to free up the Courts.*

Keywords: *Access to justice; Arbitration; Consumer rights.*

Sumário: Introdução. 1. Desenvolvimento. 1.1 A arbitragem como garantia fundamental ao acesso à justiça. 1.2 A evolução histórica do direito do consumidor. 1.3 Autonomia da vontade privada e ordem pública, princípios em conflito? 1.4 Contratos de adesão e a cláusula compromissória de arbitragem. 1.5. Arbitragem “ad hoc” e/ou institucional que tratam da arbitragem no Brasil e no contexto internacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça está previsto como garantia fundamental, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal¹. Contudo, questiona-se a efetividade desta garantia em vista do acúmulo dos processos no judiciário, as dificuldades no acesso, na administração e na realização da justiça².

Neste contexto, a parte vulnerável na relação jurídica, seja pela condição econômica, física ou cultural, encontra ainda maior dificuldade para proteção de seus direitos. É o caso do consumidor³.

A ineficiência da justiça brasileira proporcionou que outras formas de solução de conflitos se fortalecessem no país, dentre elas a arbitragem. A lei que rege esta é recente, data de 1996. A cultura brasileira do paternalismo estatal ainda encontra dificuldades em desvincular o poder de jurisdição do Estado⁴ e adequar-se a este instrumento legal, especialmente quanto a questões como o Direito do Consumidor em vista de um conflito aparente entre ordem pública e a autonomia da vontade, o qual queremos desmistificar.

A arbitragem, segundo a Cartilha de Arbitragem elaborada pelo governo federal, é um meio privado de solução de conflitos, utilizada para solucionar demandas sem a presença do poder judiciário⁵. Conforme art. 13, §1º da lei de arbitragem, as partes escolhem um terceiro imparcial, o árbitro, para o julgamento do conflito, podendo ser um ou mais árbitros, desde que em número ímpar⁶.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

² MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.11.

³ MORAES, Márcio André Medeiros. Arbitragem nas relações de consumo. 1 ed. (ano 2005), 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p.43.

⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Cartilha de Arbitragem. Brasília, 2006, p 5.

⁶ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-

Nas disposições gerais da lei de arbitragem o artigo 1º prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁷. Logo no primeiro artigo, a lei faz duas exigências para o instituto da arbitragem, que as partes sejam capazes, e que a demanda corresponda a direitos patrimoniais disponíveis.

A capacidade de contratar é a capacidade essencial para direitos e obrigações. Conforme comentários do autor João Roberto Parizzato, refere-se à capacidade para o exercício de direitos, ou seja, a capacidade de aquisição ou de gozo, adquirida com a maioria ou emancipação⁸. Logo, quem pode contratar, pode optar pelo juízo arbitral.

Além disso, é necessário que a demanda diga respeito a direito patrimonial disponível. Nas palavras de Carmona⁹:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Isso quer dizer que as matérias que o Estado resguarda como interesses fundamentais da coletividade – interesses indisponíveis – não poderão ser objeto de arbitragem; como, por exemplo, o estado das pessoas, filiação, pátrio poder, casamento, alimentos, direito de sucessão, dentre outros¹⁰.

Ainda sim, é importante observar que a nosso ver não se exclui do âmbito da arbitragem litígios que atingem o direito de família, o direito do trabalho, as relações de consumo, se as partes puderem dispor acerca do bem que controvertem¹¹. Se o bem for apropriável ou alienável é possível arbitrar a despeito dele.

1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸ PARIZZATO, João Roberto. Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997, p.14

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 38.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 39.

¹¹ PARIZZATO, João Roberto. Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997, p.16

De acordo com art. 2º da lei de arbitragem¹², as partes poderão escolher o procedimento pelo qual a demanda será resolvida. A arbitragem não está sujeita somente ao ordenamento jurídico à escolha das partes, podendo esta se dar por equidade.

Segundo Parizzato¹³ equidade significa a não subordinação às normas de direito positivo, valorando o que for justo e razoável, sob a ótica da boa-fé. Salienta Irineu Strenger¹⁴:

A equidade é, antes, a integração, em uma gama de meios, de interpretação e de decisão, colocados à disposição do árbitro, de critérios variados, dos quais pode livremente fazer uso de maneira que lhe parecer mais adequado a dirimir o litígio.

O parágrafo 1º do art. 2º da referida lei¹⁵ dispõe ainda que podem as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública.

Nas palavras de Irineu Strenger¹⁶ é praticamente “a permissão ao direito alternativo”, pois abrange amplas possibilidades de interpretação. Identifica-se o princípio da autonomia da vontade privada, caracterizado pelo livre arbítrio dado as partes para selecionar o modo pelo qual solucionará a demanda arbitral.

Contudo, existem freios para esta liberdade conforme finaliza o artigo 2º, §1º, os bons costumes e a ordem pública. Os bons costumes remetem à moral, à dignidade e o decoro social¹⁷.

Já a ordem pública, segundo Irineu Strenger¹⁸ “entende-se por um conjunto de princípios conhecidos na ordenação jurídica, que, considerados fundamentais, impõem-se imperativamente, excluindo qualquer validade a relações jurídicas volitivas que lhe sejam contrárias” trata de valores cujo Estado elegeu essenciais e incorporou ao ordenamento jurídico com o objetivo de proteção e por isso são limitadoras da amplitude do poder dos árbitros.

¹² BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

¹³ PARIZZATO, João Roberto. Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997, p.18.

¹⁴ STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTR, 1998, p. 19

¹⁵ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

¹⁶ STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTR, 1998, p. 25.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 68.

¹⁸ STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTR, 1998, p. 23.

O direito do consumidor, conforme art. 1º do Código de Defesa do Consumidor é descrito como matéria de ordem pública e interesse social.¹⁹ Significa dizer que o Estado achou por bem tutelar os direitos do consumidor com o intuito de protegê-lo, pois entende que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação jurídica e merece amparo.

Desta forma, há um conflito aparente quanto à possibilidade de tratar de direitos do consumidor – matéria de ordem pública – no âmbito da arbitragem, que se restringe aos direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, abordamos a evolução histórica do direito do consumidor no Brasil com o intuito de demonstrar porque esta matéria é considerada de ordem pública e demonstramos que os princípios supostamente em conflito – ordem pública e autonomia da vontade privada – podem conciliar-se e permitir a solução de demandas oriundas da relação de consumo por meio da arbitragem.

Estudamos o conceito de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de adesão e as possibilidades de celebrar o compromisso arbitral nas relações de consumo. Por fim analisamos a arbitragem “ad hoc” e/ou institucional que tratam da relação de consumo no Brasil e no contexto internacional, com a análise desta temática na Espanha.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. A ARBITRAGEM COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁰. Prevê o acesso à justiça como garantia fundamental, todavia, nem sempre foi assim. A tutela incisiva deste e outros direitos fundamentais dispostos na Magna Carta são consequência do fim da Segunda Guerra Mundial²¹.

As garantias fundamentais são oriundas dos Direitos Humanos, aqueles “essenciais para que o ser humano seja tratado com dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana”²².

¹⁹ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²¹PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado incluindo noções de direito comunitário. 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2012, p. 776.

²² Ibidem, p. 769.

É bem verdade que estes direitos coexistem com a evolução da sociedade, e estão presentes desde a Antiguidade. O Código de Hamurabi garantia a todos os indivíduos direitos como a vida, a propriedade e a honra. Na Idade Média, a Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra em 1215, limitava os poderes da monarquia e assegurava direitos como a liberdade de locomoção e o livre acesso à justiça. Em seguida, a Revolução Francesa, consagrou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e reconheceu a liberdade e a igualdade entre os homens²³.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da extrema violência expressa pelo nazismo, os direitos humanos adquiriram o caráter de prioridade da sociedade internacional. Deu origem a criação da ONU, em 1945, e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Iniciou-se uma cooperação entre os países para garantir os direitos essenciais à vida humana²⁴.

Neste ínterim, fortaleceu-se a figura dos tratados internacionais, “acordos escritos e concluídos por Estados e organizações internacionais com vistas a regular o tratamento de temas de interesse comum”²⁵. O Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, por exemplo, também prevê no art. 8º, § 2º a tutela jurisdicional como garantia mínima à dignidade humana²⁶.

Conforme análise de Nilton César Antunes da Costa²⁷:

O princípio do acesso à justiça, portanto, constitui uma das facetas intrínsecas do subprincípio da dignidade da pessoa humana, sendo essa, portanto, sua essência, ciente de que a dignidade da pessoa humana constitui princípio fundamental no Estado Democrático de Direito, explícito no art. 1º, III, da CF.

Não resta dúvida de que o acesso à justiça é um direito fundamental. Contudo, discute-se o conceito de acesso à justiça, que conforme análise de Mauro Cappelletti e Bryant Garth não se refere somente ao acesso ao poder judiciário como também a efetividade da tutela jurisdicional²⁸.

²³ Ibidem, p. 776.

²⁴ Ibidem, p. 778

²⁵ Ibidem, p. 79.

²⁶ BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Pacto São José da Costa Rica. Vade Mecum Saraiva. p. 1563-1570. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ COSTA, Nilton César Antunes da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Decisões e sentenças arbitrais: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byant; NORTHF LEET, Ellen Gracie (Trad.). Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 6.

Pedro A. Batista Martins enfatiza²⁹:

O dever de assegurar o acesso à justiça não se limita a simples possibilidade de distribuição do feito, ou a manutenção de tribunais estatais à disposição da população, mas engloba um complexo sistema de formação legal aos hipossuficientes jurídicos, o patrocínio de defesa dos interesses daqueles econômica e financeiramente desprotegidos que possibilitem a igualdade de todos e, acima de tudo, uma justiça célere em prol do jurisdicionado. Se esses fatores não imperam, o Estado está privando o cidadão do direito à jurisdição, colocando-se em potencial descumprimento de uma das suas funções primordiais.

O autor Vitor Barboza Lenza³⁰ elenca quatro problemas que dificultam o acesso ao judiciário. São eles a) a desinformação da população, muitas vezes analfabeta ou de pouca instrução que diante de um conflito não sabe que atitude tomar, ou qual serviço procurar para restaurar seu direito ameaçado ou lesado; b) a ordem psicossocial, uma vez que o ambiente é formal, recatado. O cidadão de baixa renda sente-se um estranho neste ambiente; c) a onerosidade da justiça, uma vez que para o acesso judicial depende-se de boa disponibilidade financeira, seja com relação à taxa judiciária, ou ao pagamento dos honorários de peritos judiciais e seus assistentes; e por fim d) a crise do poder judiciário evidente pela morosidade na entrega da jurisdição, causada pelo excesso de formalidades técnicas, número reduzido de juízes e varas, bem como o grande contingente de processos pendentes.

Todas estas questões dificultam não só o acesso ao poder judiciário como também a uma resposta efetiva ao direito violado. Segundo Pedro A. Batista Martins³¹ este ambiente propiciou a evolução de outras vias de solução de controvérsias como a mediação, a conciliação e a arbitragem, modos menos formais, mais céleres e menos custosos em comparação ao processo judicial.

A arbitragem é o mecanismo que mais se assemelha ao processo judicial, porém é um meio privado de solução de litígios, no qual um terceiro imparcial elencado pelas partes impõe sua decisão que tem força de sentença judicial. Diferente da mediação e da conciliação que são autocompositivos, não há imposição de decisão, apenas sugestão que não vincula às partes, cabendo a estas acordarem a melhor solução³².

²⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.4

³⁰ LENZA, Vitor Barboza. Cortes Arbitrais. 2 ed. rev. ampl. atual. Goiânia: AB, 1999, p. 15.

³¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.6

³² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 32.

Pedro A. Batista Martins³³ sustenta que estas formas alheias aos órgãos jurisdicionais buscam o consenso de forma amistosa e desta maneira garantem a composição eficiente e satisfatória da demanda às partes.

Sendo assim, bem se adéqua para solucionar demandas menos complexas como as questões oriundas das relações de consumo, que por vezes deixam de recorrer ao judiciário em vista do alto custo, da morosidade e incerteza de uma resposta adequada³⁴.

1.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Para abordar a arbitragem como garantia de acesso à justiça nas relações de consumo, fizemos um breve estudo da história evolutiva do direito do consumidor para compreender a origem da proteção ao consumidor pelo Estado contextualizar essa temática.

O direito do consumidor é reflexo do capitalismo, da chamada sociedade de consumo. Após a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no século XVIII seguiu-se para a era da produção em massa, que procurava fabricar em grande quantidade para atender um maior número de pessoas. Tal período é dividido por Chiavenato³⁵ em duas revoluções: a primeira data de 1780 a 1860, chamada de Revolução do Carvão e do Ferro; e a segunda, entre 1860 a 1914, conhecida como Revolução do Aço e da Eletricidade.

A criação da máquina a vapor e o domínio das matérias primas como carvão, ferro e aço, proporcionaram ao homem o desenvolvimento de maquinários até então manuais, e como consequência, a mecanização, ainda que singela, das oficinas. O artesão e a pequena produção familiar cedeu lugar ao sistema fabril e a produção em larga escala.

Grandes foram as inovações deste período, como por exemplo, a denominada Produção em Série elaborada por Henri Ford³⁶, na qual há uma homogeneização da produção, padronização de métodos e especialização do trabalho.

³³ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.7

³⁴ MORAES, Márcio André Medeiros. Arbitragem nas relações de consumo. 1 ed. (ano 2005), 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

³⁵ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 33

³⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 69.

Em seguida, ocorreu a fase do liberalismo econômico, reinante entre os séculos XVIII e XIX, que é definida por Chiavenato³⁷ como a fase de livre concorrência, do acúmulo de capital, da organização do trabalho e padronização de vida, que com a globalização alcançaram o patamar mundial.

Atualmente, a sociedade caracteriza-se pelo crescente número de produtos e serviços à disposição, além da facilidade do crédito e ainda pela publicidade e marketing que nos instigam a consumir.

Neste ambiente, surgiu a figura do consumidor, aquele que consome, mas está sujeito às regras e aos interesses do mercado, conforme denotam Daniel Amorim e Flávio Tartuci³⁸.

Rizzato Nunes³⁹ acrescenta que além dos produtos, os contratos também passaram a ser produzidos em larga escala, cabendo ao consumidor apenas aderir-lo, são os chamados contratos de adesão:

Esse modelo de produção industrial, que é o da sociedade capitalista contemporânea, pressupõe planejamento estratégico unilateral do fornecedor, do fabricante, do produtor, do prestador do serviço etc. Ora, esse planejamento unilateral tinha de vir acompanhado de um modelo contratual. E este acabou por ter as mesmas características da produção. Aliás, já no começo do século XX, o contrato era planejado da mesma forma que a produção.

O consumidor não discute as cláusulas contratuais com o fornecedor. Não se trata de um contrato bilateral, no qual as partes estabelecem entre si a vontade de cada uma. O fornecedor já tem este contrato estabelecido, e cabe ao consumidor, ao adquirir um produto ou serviço, somente aderir-lo. Há certa limitação da liberdade de escolha do consumidor.

Rizzato Nunes⁴⁰ aponta que este modelo de produção pressupõe planejamento estratégico e unilateral do fornecedor, que detém total liberdade na elaboração do produto ou serviço, o domínio da tecnologia, é mais forte economicamente, e como consequência, é visto como parte superior da relação.

No contexto brasileiro, antes da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, até 1990, os conflitos consumeristas eram resolvidos com base

³⁷ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 36

³⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 3 ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 25.

³⁹ NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44.

⁴⁰ Idem.

no Direito Civil, saliente-se que à época, estava em vigor o Código de 1916. Prevalencia o conceito do “*pacta sunt servanda*”, isso quer dizer que o contrato fazia lei entre as partes, ainda que fossem contratos de adesão. O consumidor aderiu ao contrato e ficava sujeito às cláusulas determinadas pelo fornecedor.

A sociedade brasileira, por muito tempo acostumou-se à interpretação das relações de consumo com base no Código Civil e conforme afirma Rizzato Nunes⁴¹ isso gerou diversos problemas para a compreensão das relações de consumo tuteladas pelo CDC.

Carlos Roberto Gonçalves expõe que tão logo se identificou a necessidade de o Estado tutelar de forma protetiva os direitos do consumidor⁴²:

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais de nossa legislação privada já não bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E nesse contexto surgiu o Código de Defesa do Consumidor, atendendo a princípio constitucional relacionado à ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988, reflexo da redemocratização, previu estas proteções. O artigo 170, inciso V afirma que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a defesa do consumidor”⁴³. O artigo 5º traz também dentre as garantias fundamentais a previsão do dever do Estado em garantir a proteção do consumidor.

Antes mesmo da promulgação da Carta Maior, já havia uma comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, composta por juristas como Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari⁴⁴. O artigo 45 dos Atos de Instituições Constitucionais e Transitórias⁴⁵ previa a criação do referido código em 120 dias, mas foi somente em 11 de setembro de 1990 que a lei n. 8078 fora aprovada.

⁴¹ *Ibidem*, p. 45.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Introdução*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 1.

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

A tutela dos direitos do consumidor no Brasil era claramente necessária. Alguns países como os Estados Unidos já haviam dado largos passos quanto à regulamentação das relações de consumo⁴⁶. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, além de normas de proteção, previu também no Título III a proteção do consumidor em júízo, o qual disciplina que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas da relação de consumo poderá ser exercida em júízo de maneira individual ou coletivamente.

Conforme observa Carlos Roberto⁴⁷ o Código de defesa do consumidor retirou da legislação civil a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo e criou uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal entre as partes, mas a vulnerabilidade do consumidor que deve ser protegido.

Logo, são evidentes as garantias e inovações, no contexto brasileiro, introduzidas por esta lei. Não há que se questionar as consequentes transformações nas relações de consumo desde então. A codificação dos direitos do consumidor trouxe a reforma do direito vigente e autonomia à matéria.

Todavia, há muito que aprimorar, especialmente quanto à solução de conflitos provenientes das relações de consumo por outros métodos que não o processo judicial, por exemplo, a arbitragem, tema deste trabalho.

1.3. AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA E ORDEM PÚBLICA, PRINCÍPIOS EM CONFLITO?

Quando se trata de solucionar conflitos originários das relações de consumo no âmbito da arbitragem, de prontidão imaginamos um conflito aparente. O direito do consumidor é matéria de ordem pública, conforme prevê o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸, este conceito nos remete a questionar a possibilidade de solucionar conflitos consumeristas com a arbitragem, já que a relação de consumo é objeto de proteção especial do Estado.

No entanto, há que se mencionar também a autonomia da vontade privada, princípio fundamental das relações contratuais, que concede ao indivíduo a livre disposição de seus interesses particulares.

⁴⁶ NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 42

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 31.

⁴⁸ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

A ordem pública representa uma face da moeda, cujo outro lado é a autonomia da vontade. Ambas coexistem na relação jurídica, sendo uma, limite da outra, de forma que não há como explicar ordem pública sem adentrar no conceito de autonomia da vontade privada.

Bem lembraram Flávio Tartuce e Daniel Amorim⁴⁹ que o conceito de autonomia da vontade distingue-se do conceito de autonomia privada. O primeiro é um conceito mais amplo, refere-se ao princípio da liberdade, da livre escolha do indivíduo num contexto geral. Já a autonomia da vontade privada remete ao direito privado e as relações particulares, é a liberdade de estabelecer regras as quais serão cumpridas mediante comum acordo.

O conceito de autonomia da vontade privada tem origem do direito romano, alicerça-se na liberdade de contratar, conforme aborda Carlos Roberto Gonçalves⁵⁰:

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com que quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.

Os contratantes possuem a liberdade de convencionar entre si qualquer coisa que quiserem, desde que o objeto do contrato seja lícito, possível, determinado ou determinável, conforme previsão do art. 166, inciso II do Código Civil de 2002⁵¹. Autonomia da vontade privada refere-se ao poder das partes em disciplinar seus interesses mediante livre manifestação de vontade, sem interferência do Estado.

Esse princípio consolidou-se após a Revolução Francesa em 1789, como consequência do movimento Iluminista. Segundo os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵² foi a partir do Iluminismo que a visão antropocêntrica e patrimonialista escancarou-se. O homem passou a ter-se como centro do universo e seus interesses individuais tornaram-se prioridade.

Carlos Roberto Gonçalves transcreve o artigo 1134 do Código Civil Franceses que estabelecia “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que

⁴⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3 ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 290.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 41.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Vade Mecum Saraiva. p. 153-287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. vol 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

a lei relativamente às partes que a fizeram”⁵³. Ou seja, as obrigações contratuais tinham a mesma força que as obrigações legais para os contratantes, e a vontade devia ser respeitada como se lei fosse.

Contudo, esse cenário foi modificado pelos movimentos sociais do século XX, observam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona ⁵⁴:

Claro está, entretanto, que, no curso do século XX, com o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções que redesenhariam a arquitetura geopolítica do mundo, o individualismo liberal cederia lugar para o intervencionismo do Estado, que passaria a se imiscuir mais e mais na atividade econômica, abandonando o vetusto dogma francês do *laissez-faire*.

A livre manifestação de vontade para contratar encontrou barreira no interesse social. Após as revoluções socialistas do século XIX, o Estado viu a necessidade de adaptar o liberalismo exacerbado ao bem estar coletivo. A solidariedade atrelada à “responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”⁵⁵ identificou-se como dever jurídico e o Estado assumiu a tutela dos direitos chamados sociais.

Por conseguinte, o individualismo majoritário cedeu lugar ao interesse comum, e passou a sofrer limitações do Estado, através da lei, da moral e da ordem pública. Isso não quer dizer que a liberdade contratual deixou de existir, mas a autonomia da vontade privada passou a limitar-se por um princípio maior, a dignidade da pessoa humana⁵⁶.

As leis deixaram de ser apenas um suporte para os contratantes, e passaram a intervir nas relações negociais, coibindo abusos e reequilibrando a relação contratual por meio de instrumentos e mecanismos jurídicos a favor da parte vulnerável economicamente. O exemplo claro desta transformação no Brasil é o Código de Defesa do Consumidor.

Para Filomeno⁵⁷ o consumidor é o elo mais fraco da economia, pois se relaciona com a parte detentora dos meios de produção e do controle de mercado, o

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. vol 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. vol 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

⁵⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Da política nacional das relações de consumo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 68.

fornecedor. O consumidor está sempre refém das necessidades de mercado e por isso é chamado ‘hipossuficiente’.

Por esta razão o legislador tratou o CDC como norma de ordem pública e interesse social. A lei estabeleceu princípios gerais de proteção e defesa do consumidor para limitar a atuação proeminente do fornecedor. O objetivo da lei é assegurar o equilíbrio da relação de consumo e proteger a parte vulnerável impondo valores indiscutíveis entre os protagonistas desta relação.

Ricardo de Carvalho Aprigliano⁵⁸ expõe a motivação do Legislador em tutelar alguns ramos do direito material, dentre eles, o direito do consumidor, como de normas de ordem pública:

As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais e culturais que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.

Porém, o conceito de ordem pública é ainda vago e indeterminado. Não há na doutrina ou lei definição aprofundada. Pela definição dada pelo Novo Dicionário Aurélio⁵⁹ é o “conjunto de instituições e preceitos, cogentes, destinados a manter o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares, e cuja aplicação não pode, em princípio, ser objeto de acordo ou convenção”.

Ricardo de Carvalho Aprigliano afirma que ordem pública possui diferentes concepções, e é preciso distinguir a ordem pública de direito material da ordem pública como princípio do processo. Para ele, várias normas de direito material dos últimos anos apresentam preceitos de ordem pública, apesar disso, estas normas não tem o caráter processual de ordem pública, em suas palavras⁶⁰:

É muito difícil atribuir a estas normas, não obstante sua inegável relevância, características típicas que se costuma conferir às questões de ordem pública de direito processual, que são (i) a possibilidade de exame de ofício, (ii) a ausência de preclusão da matéria e (iii) a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição”.

⁵⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1004.

⁶⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7

Dessa forma, no conceito de Aprigliano o Código de Defesa do Consumidor, como direito material, se enquadra no conceito mais geral de ordem pública, refere-se ao interesse público e social. Segundo o autor “tais normas regulam relações que transcendem ao mero interesse das partes, para assumir uma faceta mais ampla que interessa a ordem pública”⁶¹. Ou seja, estas matérias interessam principalmente ao Estado e decorrem de princípios políticos e sociais vigentes em determinada época, por isso tem caráter imperativo.

Ricardo de Carvalho Aprigliano enfatiza que norma imperativa não é sinônimo de direito indisponível⁶². Esta classificação depende da análise do objeto da relação jurídica. É preciso atentar-se ao caso concreto para não incidir no equívoco de prejudicar as partes que atuam de boa-fé.

Carlos Alberto Carmona⁶³ cita o exemplo das questões relativas ao direito de família. Esta matéria é conhecida como direito indisponível, contudo, isso não significa dizer que está absolutamente excluída do âmbito da arbitragem, pois as consequências patrimoniais podem ser objeto de solução compositiva. Segundo Carmona “Se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isso torna arbitrável esta questão)”⁶⁴.

A mesma analogia pode ser feita no âmbito das relações de consumo. Os direitos do consumidor são indisponíveis, por exemplo, a vedação de cláusulas abusivas, a inversão do ônus da prova, dentre outros direitos que não cabe ao consumidor escusar-se. Porém, quanto ao bem, objeto da relação jurídica, se patrimonial, o consumidor pode dele dispor. Se, por exemplo, comprar um produto estragado, pode escolher adquirir outro produto, trocar por produto idêntico, ter o dinheiro de volta ou qualquer outra opção que de boa-fé o fornecedor lhe oferecer.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁶⁵ no âmbito da relação de consumo a autonomia da vontade privada não está extinta, nem mesmo no contexto dos contratos de adesão. Mesmo que as cláusulas contratuais sejam, de certa forma, impositiva, há a manifestação da vontade do consumidor de contratar ou não contratar.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Idem, p. 27.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 38.

⁶⁴ Idem, p. 39.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. vol 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

Sendo assim, ainda que caiba ao Estado proteger o consumidor, as relações de consumo devem ser analisadas como consequência da autonomia da vontade privada deste no que se trata das questões patrimoniais.

Apesar das adaptações sofridas pelo princípio da autonomia da vontade privada no decorrer da evolução da sociedade, coexistem a liberdade contratual e o interesse social, sendo aquela limitada por esta. Assim prevê o artigo 421 do Código Civil de 2002 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁶⁶.

Logo, tem-se por ordem pública no Código de Defesa do Consumidor, o objetivo do legislador de reconhecer esta matéria como de relevância social e incidência obrigatória, devido à repercussão e interesse geral.

Porém para a aplicação eficaz da norma é preciso analisar o caso concreto. Desta forma, pode-se afirmar que conceito de ordem pública não reporta à indisponibilidade absoluta do direito pelas partes, mas sim que estes são de interesse coletivo e por isso devem ser respeitados.

Isto posto, demonstra-se que o direito do consumidor, embora intitulado matéria de ordem pública e interesse social, não impossibilita a arbitragem nas relações de consumo se o objeto da demanda for patrimonial, desde que não estejam em discussão os direitos tutelados pelo Estado, mas tão somente o bem disponível, conforme prevê a lei de arbitragem (art. 1º)⁶⁷.

1.4. CONTRATOS DE ADESÃO E A CLÁUSULA COMPULSÓRIA DE ARBITRAGEM

A grande discussão quanto à possibilidade da arbitragem nas relações de consumo está exposta na aparente controvérsia entre o art. 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 4º da lei de arbitragem.

O artigo 4º, § 2º da lei 9.307/96 dispõe 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 ou em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”⁶⁸.

⁶⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Vade Mecum Saraiva. p. 153-287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁸ Idem.

Cláusula compromissória, na definição de César Fiuza⁶⁹ é “o pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral as disputas que surjam no transcorrer de determinada relação jurídica, em termos genéricos sem menção à espécie de litígio nem ao nome dos árbitros”.

Já os contratos de adesão, segundo Paulo César Moreira Teixeira⁷⁰ tem como característica principal a “potencialização da vulnerabilidade do consumidor” perante o mercado, pois, nas palavras do autor “A homogeneidade de um mercado destituído de qualquer sensibilidade aliado a lei da oferta e da procura não permite ao consumidor um ato mais arrojado de discordância, repulsa ou inconformidade”.

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁷¹.

Este tipo de contrato, conforme já exposto, surgiu com a revolução industrial⁷². A produção intensa fez com que também os contratos fossem elaborados em larga escala e padronizados com o objetivo de atender um número maior de consumidores.

No entanto, conforme Paulo César Moreira Teixeira⁷³ “ser contrato de adesão não significa ser contrato imediatamente anulável, dotado de impurezas morais e robustecido por ilegalidades de toda ordem”. São contratos válidos que requerem os mesmos cuidados que os demais, para evitar a supremacia de qualquer das partes.

Por sua vez, a despeito das cláusulas abusivas do contrato o artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor prevê “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”⁷⁴.

Vários doutrinadores se manifestaram, debatendo a revogação tácita do art. 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, em vista do artigo 4º, § 2º da lei de arbitragem⁷⁵.

⁶⁹ FIUZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

⁷⁰ TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 98.

⁷¹ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷² NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44.

⁷³ TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 100.

⁷⁴ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista

Este é o pensamento de Selma M. Ferreira Lemes. Para ela, a lei de arbitragem derogou o Código de Defesa do Consumidor⁷⁶:

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.

Para a autora a lei de arbitragem não veda a cláusula compromissória nos contratos de adesão desde que haja manifestação clara da vontade do aderente a despeito da opção pela instância arbitral. Ou seja, se preenchidos os requisitos do art. 4º, § 2º da lei de arbitragem, será válida e eficaz.

Selma salienta ainda que ainda sim não significa dizer que a cláusula compromissória em contratos de adesão não possa ser declarada abusiva⁷⁷:

Nestes contratos, se por qualquer motivo a cláusula de arbitragem representar um desequilíbrio entre as partes ou for incompatível com a boa-fé e a equidade à luz do disposto no art. 51, inciso IV do CDC, poderá ser considerada inválida [...].

Já Paulo César Moreira Teixeira⁷⁸ defende outra interpretação, porém também a favor da arbitragem. Segundo ele o artigo 51, inciso VII, ao falar em arbitragem compulsória, referiu-se à arbitragem forçada, imposta, e que se neste caso ocorresse, deveria ser motivo de anulação. Para o autor, falar em arbitragem presume-se concordância de ambas as partes, e por isso, mesmo que em contrato de adesão não será nula, pois se trata de livre disposição das partes.

Sendo assim, devemos afastar o conflito entre o art. 51, inciso VII do CDC e artigo 4º da lei 9.307/96⁷⁹ tendo em vista que o legislador submeteu a eficácia da cláusula compromissória nos contratos de adesão à concordância expressa do aderente por escrito, com assinatura ou visto nessa cláusula, ou ainda se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, conforme diz o § 2º do artigo 4º. O intuito da lei é proteger o consumidor de possíveis abusos do fornecedor

de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho, 2006

⁷⁶ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 129.

⁷⁷ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 131.

⁷⁸ TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 101.

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

que imponha a arbitragem conforme sua exclusiva vontade, por isso deve ficar evidente a aceitação do consumidor quanto à opção por solucionar futuras demandas provenientes do contrato em âmbito arbitral.

Destaca-se que não está excluído, neste caso, o princípio do equilíbrio contratual conforme lembra a autora Selma M. Lemes Ferreira⁸⁰. O consumidor poderá sempre invocá-lo para proteger-se de qualquer desigualdade quanto ao fornecedor ou vantagem desproporcional. O princípio da boa-fé jamais poderá ser violado.

É importante salientar que tramita no Congresso Nacional atualmente o projeto de lei n. 7108/2014⁸¹ com o objetivo de alterar a atual lei de arbitragem. Tal projeto traz, dentre outras, nova redação para o artigo 4º, § 2º, além de acrescentar os parágrafos 3º e 4º.

Se aprovado, o parágrafo 2º terá a seguinte redação: “a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado”.

O parágrafo 3º trará previsão da cláusula compromissória no contrato de adesão das relações de consumo, prevendo que esta só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição. O parágrafo 4º refere-se à cláusula compromissória nas relações trabalhistas.

Embora na redação atual do art. 4º da lei de arbitragem já esteja evidente a proteção e autonomia ao aderente, com a nova redação não haverá dúvidas de que a cláusula compromissória em contrato de adesão poderá incidir em arbitragem, mesmo que nas relações de consumo, se de interesse do consumidor.

1.5. ARBITRAGEM “AD HOC” E/OU INSTITUCIONAL QUE TRATAM DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO BRASIL E NO CONTEXTO INTERNACIONAL

No Brasil, perduram duas formas de procedimento arbitral, a arbitragem “ad hoc” e a arbitragem institucional, conforme expressa o art. 21 “caput” da lei de arbitragem⁸²:

⁸⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 131

⁸¹ BRASIL. Projeto de lei n. 7.108, de 31 de março de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1BF92CBD051D15FD079784ACE6494F60.proposicoesWeb1?codteor=1225529&filename=PL+7108/2014> Acesso em: fev. 2015

⁸² BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

Art. 21. 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, facultando-se ainda às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Sendo assim, a arbitragem institucional remete à um órgão arbitral institucional ou entidade especializada do qual ambas as partes concordam em se submeter, estando sujeitas as regras procedimentais órgão eleito.

Por sua vez, a arbitragem “ad hoc” trata-se da arbitragem através de um compromisso arbitral, quando as partes elegem um árbitro independente solucionar o conflito, que determinará o procedimento especial para solucionar o litígio⁸³.

No Brasil, é possível que os consumidores solucionem suas demandas tanto em arbitragem “ad hoc” como através da arbitragem institucional. Porém, este modo de solução de litígio é pouco utilizado, conforme observou Fátima Nancy Andrighi⁸⁴ “Durante o período de 2004, por exemplo, dos 3.688 litígios submetidos ao CAESP, apenas 297 discutiam questões de natureza cível e somente 2% destas controvérsias relacionavam-se a conflitos de consumo”.

No contexto internacional, conforme os comentários da autora Selma M. Ferreira Lemes⁸⁵, o direito inglês na lei “Consumer Arbitration Agreements act”, de 1988 não privou a opção da via arbitral para solução de demandas, podendo ainda o consumidor optar pela ação judicial. Selma complementa que a lei inglesa deu origem a Diretiva da Comunidade Europeia (EC) de 05 de abril de 1993, que se refere à jurisdição arbitral e cláusulas abusivas nos contratos.

Em seguida, conforme Selma, também o direito francês passou a permitir a arbitragem em questões cíveis e mistas, espalhando-se por todo o continente europeu. Segundo a autora, na Europa vige exatamente a interpretação que defendemos “[...] a arbitragem não pode ser usada por uma parte para tirar vantagem da relativa debilidade da outra”⁸⁶.

Analisaremos o caso espanhol, a partir da obra de direito comparado do autor Márcio André Medeiros de Moraes, uma vez que a Espanha apresenta ca-

⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 290.

⁸⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho, 2006

⁸⁵ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 128.

⁸⁶ Idem, p. 129.

racterísticas político-sociais semelhantes ao Brasil, e por esta razão, o direito comparado neste contexto mostra-se mais eficaz.

De acordo com os estudos do autor Márcio André Medeiros de Moraes⁸⁷, após o período ditatorial vivido na Espanha, em 1978 instituiu-se a Constituição Espanhola, que previu direitos e deveres fundamentais ao povo, que vivia sobre grandes limitações e opressões. Dentre eles, o art. 51 da Constituição espanhola, que assegura o direito de defesa dos consumidores.

Segundo Márcio André⁸⁸ este novo contexto motivou os consumidores a criação de associações e organizações de consumidores que passaram a exigir do Estado uma política eficaz de defesa do consumidor e controle das práticas do mercado.

Em 1984, surge a Lei 26/84 para Defesa dos Consumidores e Usuários que nas palavras de Márcio André⁸⁹ “reconhece os direitos básicos dos consumidores e os procedimentos para fazê-los eficazes”.

Dentre os procedimentos, o art. 31 da Lei 26/84, prevê que o governo estabelecerá um sistema arbitral de caráter vinculante e executivo composta pelas organizações dos consumidores e por representantes da administração pública⁹⁰.

É importante salientar que o art. 31 da Lei 26/84, faz uma exigência semelhante à lei brasileira. Para que a arbitragem nas relações de consumo seja válida, é preciso que seja instituída por escrito, para não deixar dúvidas de que partiu da vontade das partes, especialmente do consumidor.

Conforme os estudos de Márcio André⁹¹, para atender as exigências da comunidade consumidora o governo espanhol instituiu como experiência as de Juntas Arbitrais de Consumo, implantadas 1986, e regulamentadas pela Câmara Municipal de Madri em 1990.

Márcio André de Medeiros faz ainda uma análise dos requisitos previstos legalmente para que as Juntas Arbitrais cumpram sua função⁹². Dentre eles está a gratuidade para as demandas de consumo, com o intuito de facilitar o acesso à justiça, a simplicidade e rapidez, visto que o laudo arbitral leva em média de três a cinco semanas para ser proferido, e ainda a observação dos princípios essenciais da audiência, contraditório e igualdade entre as partes.

⁸⁷ MORAES, Márcio André Medeiros. Arbitragem nas relações de consumo. 1 ed. (ano 2005), 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 184.

⁸⁸ Idem, p. 185.

⁸⁹ Idem, p. 187.

⁹⁰ Idem, p. 197.

⁹¹ Idem, p. 191

⁹² Idem, p. 202.

Por fim, Márcio André⁹³ enfatiza que o procedimento arbitral para as relações de consumo é voluntário para ambas as partes, e conclui que devido às características de celeridade, gratuidade e simplicidade se apresentam claramente eficiente. Contudo ressalta que para os casos mais complexos que envolvem intoxicação, lesão ou morte e indícios de delito prevalece à função do judiciário⁹⁴.

Fica evidente que o direito espanhol apresenta uma alternativa eficiente para a solução de demandas mais simples como é o caso das relações de consumo, contudo não deixa de respeitar os direitos de ordem pública e interesse social, prevalecendo a vontade das partes e o bem estar coletivo.

CONCLUSÃO

Com esta pesquisa podemos concluir que a arbitragem é um modelo alternativo ao processo judicial, mais célere e simples, porém ainda recente no Brasil. Em vista disso, ainda é pouco aplicável em algumas áreas do direito como no âmbito das relações de consumo.

Alguns doutrinadores defendiam que havia um conflito entre a Lei de Arbitragem n. 9.307 e o Código de Defesa do Consumidor. Contudo, concluímos conforme análise mais aprofundada de outros doutrinadores que este conflito é apenas aparente, entendendo que é possível arbitrar sobre demandas consumeristas.

Como exemplo, estudamos o direito comparado, com base especial no contexto Espanhol e constatamos que os conflitos oriundos das relações de consumo podem ser solucionados por meio de arbitragem, inclusive ligados à administração direta, basta o apoio do Estado e o incentivo de políticas públicas para garantir o acesso à justiça.

Concluímos que, como o Brasil, a Espanha também viveu sobre uma política ditatorial e teve o processo de redemocratização recente. Ambas as Constituições valorizam instintivamente as garantias fundamentais, e por isso o modelo espanhol pode servir de espelho para a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo**: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho, 2006.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

⁹³ Idem, p. 205.

⁹⁴ Idem, p. 193.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Pacto São José da Costa Rica. Vade Mecum Saraiva. p. 1563-1570. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Vade Mecum Saraiva. p. 153-287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha de Arbitragem**. Brasília, 2006.

BRASIL. Projeto de lei n. 7.108, de 31 de março de 2014. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1BF92CB-D051D15FD079784ACE6494F60.proposicoesWeb1?codteor=1225529&filenome=PL+7108/2014> Acesso em: fev. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byant; NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Nilton César Antunes da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Decisões e sentenças arbitrais**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral. vol. 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos

- Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LENZA, Vitor Barboza. **Cortes Arbitrais**. 2 ed. rev. ampl. atual. Goiânia: AB, 1999.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. 1 ed. (ano 2005), 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado incluindo noções de direito comunitário**. 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2012.
- PARIZZATO, João Roberto. **Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil**. Leme : Led editora de direito, 1997.
- STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTR, 1998.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 3 ed. ver. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, **A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96**, Porto Alegre: Síntese, 1997.