

A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO DIREITO BRASILEIRO

Maria Carolina de Melo Santos

Departamento de Ciências Sociais, Faculdade de Filosofia Ciências e Letras do Alto São Francisco. Avenida Laerton Paulinelli 153, CEP 35595-000, Monsenhor Parreiras, Luz, Minas Gerais, Brasil. E-mail: mariacarolina.ms@bol.com.br

RESUMO

O presente estudo propõe fazer uma análise das disposições constantes da lei de arbitragem brasileira (lei n. 9.307/96) no que se refere à possibilidade de instituição de cláusula de arbitragem nos contratos, tendo como contraponto o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor (CDC). O referido diploma legal define como abusiva a instituição de cláusula que determine a utilização compulsória de arbitragem. Destarte, ciente de que o próprio CDC tem como princípio estimular a resolução de litígios por métodos alternativos, questiona-se a possibilidade de se utilizar a arbitragem no âmbito das relações de consumo. O objetivo do trabalho ora proposto foi, pois, analisar tal possibilidade, tendo-se em mente a ocorrência de uma provável incongruência entre ambas as normas citadas. Para que isso fosse possível, utilizou-se como marco teórico o livro “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, de Cláudia Lima Marques, pautando-se o tecer do trabalho pelo método de abordagem dedutivo.

Palavras-chave: cláusulas abusivas, acesso à justiça, métodos alternativos de solução de conflitos, vulnerabilidade.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the determinations of the Brazilian arbitration law (Law 9.307/96) in regard to the possibility of institution of an arbitration clause in contracts, having as a counterpoint the disposal of the Consumer Protection Code (CPC). The referred statute defines as abusive the institution of terms that impose an obligation towards the utilization of arbitral procedures. Thus, knowing that the CPC has as principle to encourage the resolution of conflicts by alternative methods, it asks the possibility of using arbitration in the sphere of consumer relations. The objective of the study was, therefore, to analyze this possibility, having in mind the likely occurrence of a mismatch between the mentioned laws. In order to proceed this, it was used as theoretical framework the book “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, by Cláudia Lima Marques, guiding the development of the work by the deductive approach method.

Keywords: Abusive terms, access to justice, alternative methods of solution of conflicts, vulnerability.

INTRODUÇÃO

Dentre a miríade de características que marcam a pós-modernidade, pode-se dizer que o avanço exponencial do consumo e a fluidez dos vínculos interpessoais são os atributos de maior realce. É nesse meio, onde as contratações e aquisições de bens se dão de forma rápida e constante, que os contratos de massa adquirem uma relevância distinta, na medida em que o grande número de relações de consumo que ocorrem cotidianamente exigem uma maior versatilidade dos pactos celebrados. Tem-se, assim, a forte presença de contratos com cláusulas uniformes, sem espaço para diálogo e, muitas vezes, carentes de consentimento esclarecido¹.

¹ Na órbita do direito consumerista exige-se como pré-requisito para a celebração de um contrato e consequente concretização de seus efeitos o consentimento esclarecido por parte do consumidor. Tal fato decorre dos deveres aos quais estão submetidas as partes negociantes, tais como o dever geral e boa fé e de informação, notadamente assinalados pelo artigo 4º, incisos IV e III do Código de Defesa do Consumidor. Frise-se o dever de informação como um dever qualificado inerente a qualquer atividade e disponibilização de bens de consumo por parte do fornecedor. Noutros dizeres, o direito consumerista exige não somente que o consumidor tenha acesso a informações genéricas sobre o produto ou serviço, mas que os esclarecimentos prestados pelo fornecedor sejam efetivamente claros, ostensivos e acurados. O inadimplemento de tal obrigação dá origem ao vício de informação, com consequente responsabilização do fornecedor, consoante se depreende do artigo 18 do CDC.

Em matéria de direito do consumo, tais mudanças proporcionaram a busca pela garantia de uma “autonomia real da vontade do contratante mais fraco [notadamente o consumidor], uma vontade protegida pelo direito, vontade liberta das pressões e dos desejos impostos pela publicidade e por outros métodos agressivos de venda.” (MARQUES, 2011, p. 176). Em função disso, cuidou o legislador de prever na elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre a abusividade de determinadas cláusulas nos contratos de consumo, no afã de manter o equilíbrio contratual entre consumidor e fornecedor. Dentre o rol apresentado, o art. 51, inciso VII estipulou especificamente sobre a impossibilidade de se determinar compulsoriamente a utilização da arbitragem para a solução de demandas de ordem consumerista.

Em contrapartida a isso, o diploma legal n. 9.307/96, também conhecido como Lei de Arbitragem, surgiu posteriormente determinando a possibilidade de se instituir a cláusula de arbitragem nos contratos, o que incluiria, em tese, aqueles celebrados também no âmbito das relações de consumo. Da leitura, portanto, de tal dispositivo em comparação com as determinações do CDC, torna-se possível ponderar sobre um aparente conflito entre normas, motivo pelo qual se propõe o presente estudo. Assim, questiona-se: é possível a instauração do juízo arbitral para a solução de litígios de ordem consumerista, tendo em mente a determinação do artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor?

Uma conclusão preliminar aponta para uma resposta em sentido negativo, uma vez considerado o caráter vulnerável do consumidor face ao fornecedor, determinando, portanto, a desigualdade no âmbito de tal relação. Assim, restaria impossível reconhecer a probabilidade de haver um acordo e consentimento concretamente igualitário entre as partes o qual permitisse uma justa instituição e procedimentalização da arbitragem sem que o consumidor restasse prejudicado.

A justificativa para a necessidade de apreciação da problemática proposta pousa no fato de o Código de Defesa do Consumidor prezar por métodos alternativos de solução de conflitos, conforme se extrai do artigo 4º, inciso V. Dentro dessa perspectiva, poder-se-ia considerar a arbitragem como um recurso alternativo ao Judiciário quando da necessidade de se resolver problemas em matéria de relações de consumo.

O objetivo geral do presente trabalho foi, portanto, analisar a existência de uma possível incongruência no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a aparente dissonância entre as duas normas apresentadas. Como objetivos específicos, buscou-se avaliar a cláusula de arbitragem dentro dos contratos de consumo; compreender porque tal cláusula está inclusa no rol do art. 51, CDC, referente às cláusulas contratuais abusivas, e ponderar sobre a possibilidade

de utilização da arbitragem como forma de solucionar conflitos entre consumidores e fornecedores.

No sentido de desnudar e compreender a questão proposta, efetuou-se uma revisão bibliográfica, tendo-se escolhido como marco teórico a obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”, de Cláudia Lima Marques. A pesquisa ora apresentada foi desenvolvida com base no método de abordagem dedutivo, partindo-se de premissas gerais relacionadas aos métodos e procedimentos arbitrais em direção, em um segundo momento, para uma análise mais específica em relação aos contratos celebrados entre consumidores e fornecedores.

Cláusulas arbitrais e contratos de consumo

Em primeiro turno, cumpre esclarecer que a arbitragem caracteriza-se como sendo um procedimento por meio do qual as partes contratantes podem solucionar determinado litígio sem recorrer ao Poder Judiciário. Ensina Figueira Júnior (1999, p. 159) que “a arbitragem como jurisdição privada opcional decorre da manifestação livre de vontade das partes contratantes, do que advém sua natureza contratual jurisdicionalizante.”

Assim, sendo as partes capazes de contratar, podem acordar que quaisquer controvérsias oriundas da relação contratual serão solucionadas por um método alternativo à jurisdição estatal. Não há que se dizer aqui que há infração do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, a respeito da inafastabilidade do Poder Judiciário. Consoante já denotado, o procedimento arbitral parte da convergência de vontades entre os participantes de determinada relação jurídica, desde que se observem as temáticas definidas pela lei como passíveis de serem submetidas a esse processo. Ademais, o artigo 33 da lei 9.307/96 ainda possibilita à parte que se sentiu prejudicada durante o procedimento de arbitragem recorrer ao poder judiciário para que se proceda à anulação da sentença arbitral.

Surge a arbitragem, pois, como um método alternativo para se solucionar conflitos, através do qual podem ser evitados os elevados custos e morosidade do Poder Judiciário brasileiro. O processo ocorrerá por meio da estipulação de uma cláusula arbitral nos contratos celebrados, a qual determinará o regulamento, o tribunal arbitral, a eleição dos árbitros, o direito aplicável, a língua e o local onde procedimento deverá ocorrer. De acordo com a lei brasileira, podem ser submetidos à arbitragem quaisquer tipos de litígios, desde que referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse ponto, em matéria de relações de consumo, observa-se que o artigo 4º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor determinou como um de seus princípios o incentivo aos

mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Compreende-se, assim, que o sistema consumerista estaria disposto a abraçar meios como a mediação, a conciliação e, por conseguinte, a arbitragem como formas não usuais de se proceder ao deslinde de problemas entre os dois atores presentes em uma relação de consumo.

Na esteira de uma abordagem mais legalista, portanto, restaria possível a estipulação de uma cláusula de arbitragem nos contratos fruto de transações consumeristas. Assim, quando da ocorrência de algum dissenso entre consumidor e fornecedor, poderiam estes invocar a cláusula arbitral inserta em seu contrato ao invés de recorrer ao Poder Judiciário.

Tal determinação levanta uma série de questões, especialmente quando se faz uma abordagem mais ampla do microsistema que é o direito do consumidor. Isso porque parte-se do pressuposto de que o consumidor é a parte fraca da relação, ou, em palavras mais técnicas, a parte vulnerável. Para Marques (2011, p. 304), “a vulnerabilidade do consumidor é reconhecida pelo Código (art. 4º, I), constituindo presunção legal absoluta, que informa e baliza a sua aplicação e a hermenêutica – sempre a favor do consumidor – e de suas normas.”.

Positivada como princípio, a vulnerabilidade denota diversas nuances que o consumidor apresenta no desenrolar de suas relações de consumo. Sua debilidade face ao setor fornecedor manifesta-se por meio de sua ignorância técnica e jurídica, menor aporte econômico, e demais situações fáticas, tais como a deficiência de informações, ou até mesmo sua hipercomplexidade. Esse panorama é agravado especialmente no mundo contemporâneo, marcado pela emergência de riscos sociais, ambientais, econômicos e juspolíticos (BECK, 2010), onde o desequilíbrio de forças é permanente (MARQUES, 2013).

Nesse sentido, o escopo do *codex* consumerista é justamente garantir a igualdade material entre as partes contratantes, de forma que os sujeitos dessa relação possuam as mesmas condições na hora de celebrar o contrato. É dizer, nas palavras de Azevedo (1997, p. 34), “desigualar o tratamento das situações para dar igualdade às pessoas”. Isso traz muitas implicações para questões relativas à arbitragem, uma vez que para se celebrar uma cláusula que institua tal procedimento é necessário que ambas as partes possuam capacidade para contratar e concordar com sua determinação.

Percebe-se aí a necessidade de elevar a reflexão a respeito das cláusulas de arbitragem inseridas nos contratos de consumo para além de questões estritas a apenas alguns dispositivos legais. Isso porque a leitura superficial do que dispõe a lei de arbitragem em conjunto com o artigo 4º, V do CDC poderia levar a uma conclusão precipitada sobre o assunto. Entretanto, propõe-se a seguir uma análise sistemática do que asseveram os princípios e o próprio direito

consumerista como um todo, de forma a melhor chegar a uma conclusão para a problemática inicialmente proposta no presente estudo.

A problemática das cláusulas abusivas nas relações consumeristas

Quando se pensa em relações de consumo é necessário ter em mente que estas devem ser obrigatoriamente norteadas por princípios tais como o da vulnerabilidade, do equilíbrio e da harmonia. Em uma síntese apertada, isso significa reconhecer que, na interação entre consumidor e fornecedor, o primeiro é vulnerável em relação ao segundo, razão pela qual se tem uma relação, *a priori*, desigual. Para tanto, deve-se, pois, implementar instrumentos e garantir direitos que sejam capazes de mitigar essa vulnerabilidade do consumidor, tornando a interação entre este e o fornecedor mais equilibrada e harmoniosa.

Note-se, todavia, que numa relação de consumo a celebração de um contrato pode elevar o grau de vulnerabilidade do consumidor face ao fornecedor, já que muitas vezes apenas este detém poder de barganha, não havendo possibilidade para aquele decidir sobre a pertinência ou não de determinada cláusula. Isso implica a manutenção do desarranjo entre as partes, obstruindo a concretização dos princípios acima tratados.²

Para que isso não ocorra, o CDC taxou determinados termos contratuais como abusivos, tornando nulos quaisquer efeitos que estes possam vir a ter no âmbito da relação contratual. A determinação de tal fato visa não somente garantir direitos básicos da parte vulnerável, tais como vida, saúde e segurança, mas também sua própria autonomia privada, boa-fé e manutenção do contrato, tendo em vista a ordem pública de proteção do consumidor. Nesse sentido, leciona Miragem (2008, p. 213) que

a noção de cláusulas abusivas é ampla. Seus elementos principais, contudo, verificam-se na definição simples e rica de Jean Calais-Auloy, ao afirmar que é ‘abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca’.

Destarte, com fulcro no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e do mandamento constitucional de sua proteção (art. 5º, XXXII, CF), cuidou o artigo 51 do CDC de trazer um extenso rol impeditivo das cláusulas que causariam o desequilíbrio nas forças do

² De acordo com Miragem (2008, p. 76), “o artigo 6, V, estabelece o direito básico do consumidor à ‘modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.’ [...] Consagra, nesse sentido, ampla possibilidade de revisão contratual quando esteja comprometido o equilíbrio econômico do contrato, esteja o desequilíbrio presente no momento da celebração do contrato ou em momento posterior.”.

pacto. Dentre elas, encontra-se, no inciso VII, a proibição de inserção de cláusulas contratuais que “determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

A leitura atenta do dispositivo permite compreender que estão proibidas as cláusulas de que imponham, ou seja, que fixem obrigatoriamente a resolução de litígios por meio da arbitragem. Assim, restaria possível incluir no contrato a previsão de se solucionar possíveis ocorrências contratuais por meio de tal procedimento desde que isto fosse opcional, recaindo tão somente sobre direitos disponíveis do consumidor. Às demais situações, ainda seria possível ao consumidor recorrer ao judiciário, pelo que se poderia considerar não obstruído seu direito de acesso às vias judiciais, consoante apregoa a própria Carta Magna (artigo. 5º, inciso XXXV).

Todavia, dadas as peculiaridades da conjuntura apresentada, ante a fragilidade dos consumidores, presente no íntimo e desde o nascedouro de qualquer relação contratual de consumo, restringir a admissão do proposto tão somente à letra fria da lei torna-se temerário. Note-se, acima de tudo, que isso implicaria uma renúncia ou disposição de determinados direitos por parte do consumidor, tendo em vista o afastamento da jurisdição do tribunal competente para solucionar ilegalidades e demais problemas decorrentes da relação contratual. Atente-se, sobretudo, para a possibilidade de instituição do juízo arbitral nas condições propostas apenas pelo fornecedor, uma vez considerado seu maior aporte econômico e jurídico para balizar o procedimento.

Ademais, é questionável o consentimento esclarecido e válido que o consumidor manifesta no ato da realização do pacto, haja vista, consoante explanado, sua carência informativa, complicada, na maioria das vezes, por um contingente de esclarecimentos cuja compreensão dificilmente será de razoável acesso, dadas as particularidades de seu linguajar e conteúdo.

Em último lugar, recordando a dicotomia entre compromisso e cláusula compromissória, Azevedo esclarece (1997, p. 36-37, grifos nossos),

O artigo 51, VII, prescreve como abusivas e, portanto, “nulas de pleno direito”, as cláusulas que “determinem a utilização compulsória de arbitragem”. A primeira observação a fazer é que o compromisso não está proibido; ele, literalmente, não é cláusula, é ato autônomo; além disso, é realizado quando já há controvérsia existente, de tal forma que, se abuso houver, este terá que ser examinado *in concreto*; a lei, a priori, não o pressupõe. [...] A segunda observação diz respeito à cláusula compromissória; ela está proibida. **É verdade que a lei expressamente somente dispõe sobre a que estipula “utilização compulsória de arbitragem”, o que parece supor uma permissão de cláusula de arbitragem facultativa. Mas uma cláusula compromissória somente tem sentido prático quando prevê a arbitragem com obrigatoriedade [...]**

Assim, atesta-se a nulidade da cláusula arbitral nos contratos de consumo, dado o caráter especial de tal relação, estando aqui incluídas não apenas aquelas instituídas de forma

compulsória, mas também aquelas consideradas facultativas. A própria doutrina já ressalta que, no que se refere a contratos de adesão, embora não apenas em relação a estes, há entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de ser abusiva a cláusula de arbitragem (BENJAMIN *et al*, 2010).

Recorde-se, em última instância, que o contrato da pós-modernidade é mais do que uma simples transação de bens e serviços, “é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado.” (MARQUES, 2011, p. 174). Implica isso, portanto, o cotejo da norma de arbitragem em conjunto com os princípios consumeristas, não se podendo furtar do consumidor o acesso às vias judiciais ordinárias como forma de solução de seus problemas, consoante melhor abordado avante.

À guisa de conclusão: sobre a possibilidade de utilização da arbitragem nas relações de consumo

Ante o exposto acima, pode-se concluir que, em tese, apresentar-se-ia como possível a utilização da arbitragem para a solução de litígios relacionados aos contratos de consumo, desde que o procedimento não fosse instituído por meio de cláusula contratual, mas sim através de um compromisso arbitral, proposto quando já existente determinado dissídio entre consumidor e fornecedor.

Entretanto, leciona Marques (2011, p. 1073) que “na prática, não há quase casos de arbitragem (privada) de consumo no Brasil.”. O que ocorre, na maior parte das vezes, é a opção pelo Juizado Especial de Pequenas Causas para solucionar conflitos menores entre consumidores e fornecedores, de forma que o Poder Judiciário ainda possa atuar como mediador da questão, prevenindo possíveis abusos por parte dos fornecedores.

Em sentido semelhante, também é entendimento de doutrinas presentes no direito comparado, as quais atentam para o fato de que em boa parte dos casos de arbitragem celebrados entre fornecedores e consumidores, estes últimos não possuem um tratamento equitativo, perdendo, portanto, a demanda.

Nessa esteira, a presente análise compreende que muito embora uma leitura superficial dos dispositivos em comento demonstre a possibilidade de se utilizar a arbitragem nas relações de consumo, um estudo mais atento da questão aponta para problemas de ordem superior que tornariam tal procedimento muito oneroso para uma das partes. Isso porque a condição de desequilíbrio dentro das relações consumeristas é a elas intrínseca, não se podendo presumir

que o consumidor seria capaz de superar as vantagens, técnicas, conhecimentos e poder econômico do fornecedor em uma demanda de tal tipo.

Assim, reconhece-se que a matéria ainda carece de maiores debates e análises em concreto para que se possa obter resultados mais satisfatórios no que se refere à possibilidade das arbitragens no âmbito do direito do consumidor brasileiro.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 24, p. 33-40, jul.-dez., 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Último acesso em 21 abr. 2015.

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Último acesso em 21 abr. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *studium generale* sobre o consumidor como *homo novus*. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 85, p. 25-62, jan/fev., 2013.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **O direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.