

Arbitragem e Tutela do Consumidor

Fábio Costa Soares

Juiz de Direito do TJ/RJ. Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Direito do Consumidor (CEPED/UERJ). Ex-Defensor Público e ex-Promotor de Justiça.

1-INTRODUÇÃO

A busca por soluções alternativas de conflitos de interesses e pela proteção jurídica do consumidor tem sido incessante. A preocupação pela *efetividade* e pela *adequação* está presente nas duas searas. Nesse sentido, a submissão das partes ao juízo arbitral é feita na expectativa de obtenção de solução *adequada* e *efetiva* para o conflito de interesses e tutela das suas pretensões. Outrossim, a tutela jurisdicional dos interesses e direitos do consumidor deve ser conferida de forma *adequada* e *efetiva*, o que pressupõe a *integralidade* e a *tempestividade*.

Na linha dos postulados da terceira fase metodológica da Ciência Processual, a arbitragem ocupa papel de destaque como alternativa à solução *estatal* dos conflitos de interesses, vislumbrando-se notável avanço no ordenamento jurídico pátrio com as normas consagradas na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

No que tange à proteção dos interesses e direitos do consumidor, a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 é marco histórico, editado em cumprimento ao mandamento consagrado no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988 e sob a ideologia emanada da norma enun-

ciada no artigo 5º, inciso XXXII da mesma Carta, que determina a promoção da defesa do consumidor pelo Estado, na forma da Lei.

Este breve estudo objetiva analisar o instituto da arbitragem, que apresenta inegável importância no cenário atual da solução alternativa de conflitos de interesses, em cotejo com a proteção jurídica conferida ao consumidor por força de mandamentos constitucionais, no plano *material e instrumental*, aferindo se é possível a utilização daquele instituto para a solução alternativa de lides de consumo.

2-A BUSCA POR MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A ARBITRAGEM

Algumas deficiências do sistema de justiça estatal dos diversos países, embora seja o método mais prestigiado de solução de conflitos na sociedade, não obstante os muitos avanços obtidos impulsionam as pessoas em direção aos métodos alternativos para solução de conflitos de interesses sem a participação do Estado. A intervenção estatal poderá ocorrer nas hipóteses de recusa de uma das partes a se submeter ao resultado obtido pela válida utilização do método eleito (*cf.* artigo 7º da L.A.) e para a prática de atos coativos que importem ingerência no patrimônio da pessoa.

A ausência de aptidão do aparelho judiciário estatal para proporcionar, em alguns casos específicos, uma adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional das posições jurídicas de vantagem é responsável pela preocupação dos operadores do Direito e dos legisladores em dotar o ordenamento jurídico de instrumentos alternativos para a solução de conflitos, paralelamente às reformas no *sistema estatal*¹ que vêm sendo empreendidas para permitir a obtenção de melhores resultados.

¹ *"Existem diversos sistemas que possibilitam a resolução de litígios, sendo o mais prestigiado deles o sistema jurisdicional estatal, em que o Estado se encarrega de instituir adrede órgãos destinados a essa finalidade (juízes), reservando-se, com exclusividade ou não, o monopólio da distribuição da justiça. É o denominado sistema da justiça pública, que tem no Estado o seu organizador e fiel garantidor, pela força que põe (e só ele pode pôr) a serviço da atividade jurisdicional. Ao lado desse sistema, que é o adotado pela generalidade dos países, viceja outro, em que o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. É o denominado sistema de arbitragem, que, a grosso modo, nada mais é do que a resolução do litígio por meio de árbitros, com a mesma eficácia da sentença judicial"* (ALVIM, J.E. Carreira. Comentários à Lei de Arbitragem [Lei n.º 9.307, de 23/9/1996]. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 24).

A arbitragem é método alternativo de solução de conflitos, através do qual as pessoas capazes submetem a um árbitro, ou a mais de um a questão versando sobre direitos patrimoniais disponíveis a ser dirimida, submetendo-se à decisão que vier a ser proferida. Como assevera JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ:

“A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes, por delegação expressa destas, resultante de convenção privada, sem estar investidos destas funções pelo Estado.”²

Trata-se de método alternativo à jurisdição estatal, que somente pode ser utilizado por pessoas que estejam no exercício de sua capacidade civil e tem objeto restrito aos direitos patrimoniais disponíveis (cf. artigo 1º da Lei nº. 9.307/96).

A arbitragem é mecanismo que resulta do *consenso*³ dos titulares dos direitos materiais em testilha, que optam por submeter a questão à apreciação de alguém que não integra o sistema da Justiça Estatal. Assim, como corolário da autonomia da vontade, as partes deixam de exercer o direito que resulta da garantia da

² GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 67. Para PEDRO BATISTA MARTINS, *“arbitragem, pois, lato sensu é o meio pacífico [uma vez que deliberada de forma bilateral] de dirimir todo e qualquer tipo de conflito existente entre as partes contratantes, devendo estas se submeterem, de boa-fé, à sentença ou laudo arbitral, o qual pode extinguir, modificar ou criar direito”* (MARTINS, Pedro Batista. *Aspectos da Arbitragem Comercial no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1990, pp. 1-2). A natureza contratual da arbitragem é fortemente criticada pela doutrina especializada, que reconhece a autonomia da cláusula compromissória, afirmando Cláudio Vianna de Lima que a Lei nº. 9.307/96 *“marca, em suma, a arbitragem, ressaltando a consensualidade que lhe é própria, com a potencialidade de sua antecipação (consenso antecipado) e de sua complementação conseqüente (complementaridade eventual) e a normatividade peculiar ao instituto, tudo o que resulta da adoção da expressão, para tanto, consagrada: convenção de arbitragem”* (LIMA, Cláudio Vianna. *Ensaio Sobre os Efeitos do Uso da Expressão ‘Convenção de Arbitragem’ na Lei nº. 9.307/96”*. In: *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 73).

³ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *“Limites da Sentença Arbitral e de Seu Controle Jurisdicional”*. In *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

inafastabilidade do controle jurisdicional nas hipóteses de lesão a direitos, consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.

Há algumas razões para a eleição deste método de resolução de conflitos, muito difundido nos EUA e Inglaterra (*ADR – Alternative Dispute Resolutions*), diante de algumas falhas apontadas na solução de conflitos pelo sistema da Justiça Estatal. Como asseveram CAPPELLETTI e GARTH:

“(...) existem vantagens óbvias tanto para as partes como para o sistema jurídico quando o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos Tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediatas, tais como o juízo arbitral”⁴.

Certo é que o processo judicial em todos os Países do mundo tem se revelado lento, independentemente da vinculação do Estado à *common law* (e.g., os EUA e a Inglaterra) ou à *civil law* (v.g., o Brasil e a Itália), nada obstante a aproximação que já se faz sentir entre os ordenamentos processuais das duas grandes famílias do Direito⁵.

Importantes reformas processuais têm sido empreendidas até o presente momento para tentar solucionar a questão da demora na solução do caso concreto diante da explosão de demanda⁶ verificada

⁴CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 83.

⁵Na precisa observação de José Carlos Barbosa Moreira, “(...) há sinais visíveis de encurtamento da distância entre processo de *common law* e processo de *civil law*. Marco importante de tal evolução, do lado de lá da linha divisória, é o ainda recente surgimento, na Inglaterra, de um código de processo civil (*Rules of Civil Procedure*), que aproxima em mais de um ponto o sistema processual inglês do modelo predominante na Europa continental” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Processo Civil Brasileiro Entre Dois Mundos”. In *Revista da EMERJ*. V. 4, nº.16, 2001, p. 22).

⁶Como observou Arnaldo Wald, “a sobrecarga do Poder Judiciário, em todos os países e, em particular, no Brasil, tem ensejado a criação de novos sistemas de solução de conflitos de interesses, que vão desde os juizados de pequenas causas até a arbitragem e as diversas formas de mediação” (WALD, Arnaldo. “O Regime da Cláusula Compromissória na Jurisprudência Recente”. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.18).

a partir da década de 90⁷, contando com o esforço dos membros do Poder Judiciário e dos demais operadores do Direito, com a adoção e aplicação, no Brasil e em outros Países, de importantes técnicas de aceleração da entrega dos provimentos jurisdicionais (v.g., artigo 273 e 461, do CPC; artigo 84 da Lei nº 8.078/90).

A questão atinente ao *tempo* de duração do processo judicial, notadamente quando a lide envolve questões fáticas mais densas e complexas, ou vultosas quantias condicionantes do desempenho de atividade empresarial de grande porte, são fatores que influenciam na procura por métodos alternativos de solução dos conflitos existentes, como a arbitragem. Nessa linha, observa CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“A tempestividade da tutela é notoriamente favorecida pela maior celeridade com que se realiza o processo arbitral, em contraposição às longas esperas a que se sujeita quem depende de um pleito perante a Justiça estatal. (...) A presteza da tutela mediante a arbitragem é favorecida pela sensível simplificação das formas de seu procedimento, o qual não se pauta por regras preestabelecidas e fixas, sendo as partes livres para especificar os parâmetros de atuação dos árbitros.”⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, a celeridade no processo da arbitragem é perseguida pela norma enunciada no artigo 23 da Lei nº. 9.307/96⁹.

⁷ Analisando a questão da explosão de litigiosidade antes contida, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma, com base em dados estatísticos, que *“é praticamente impossível, por mais capazes que sejam os juízes e os operadores da justiça em geral, que através do processo tradicional se possa resolver o problema da litigiosidade no nosso país. É preciso incentivar a prática dos chamados equivalentes jurisdicionais e, em especial, da conciliação, que permite uma rápida solução do conflito e ao mesmo tempo assegura, de certo modo, a pacificação entre as partes. Não existem vencedores nem perdedores.”* (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 76-77).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites...*, cit., p. 32.

⁹ Lei nº. 9.307/96, artigo 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convenionado, o prazo para apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Também a publicidade dos atos processuais e julgamentos do Poder Judiciário (Constituição da República de 1988, artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX; Código de Processo Civil de 1973, artigo 155) funcionam em alguns casos como estímulo à procura de métodos alternativos para a solução de conflitos, Código de Processo Civil de 1973, *verbi gratia*, entre duas empresas de grande porte, versando sobre matéria que se deseja manter sigilo e impedir o acesso à informações importantes pelas demais empresas concorrentes no mercado¹⁰. Nesse sentido, *“evitar as longas e caras demoras do processo tradicional e a publicidade de seus litígios, talvez com divulgação de segredos empresariais, são também razões que legitimam o juízo arbitral no contexto dos instrumentos de acesso à justiça”*¹¹

Destaque-se, ainda, que a arbitragem é instituída objetivando não apenas uma solução rápida e sem publicidade, preservando segredos tecnológicos, profissionais e econômicos, mas também visando alcançar o melhor resultado na solução de lides envolvendo determinadas matérias, marcadas pela complexidade e especialidade.

A maior capacidade técnica do árbitro, ou dos árbitros escolhidos de acordo com a sua experiência profissional e formação especializada, revelam maior aptidão para a solução mais *adequada* do conflito de interesses com aquelas peculiaridades, que exigiriam do membro do Poder Judiciário formação extensa em áreas que escapam à sua formação profissional e cujo conhecimento não é detido na mesma extensão pelo grande número de peritos que atuam como auxiliares da Justiça. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO observa:

“A busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para

¹⁰“Se no âmbito da jurisdição estatal a regra é a da publicidade dos atos processuais, com as cabíveis exceções do segredo de justiça, na arbitragem, por pressuposto, o rito desenvolve-se sob o manto da confidencialidade. É esta, universalmente, uma das maiores vantagens da jurisdição arbitral” (MARTINS, Pedro A. Batista. “Tópicos Relevantes da Estipulação da Arbitragem Comercial”. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 305).

¹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites...*, cit., p. 32.

*melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao seu conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvarem-se peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem terem, eles próprios, familiaridade com a matéria.*¹²

Como se infere, a doutrina costuma arrolar grande número de vantagens decorrentes da adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos.

DALMO DE ABREU DALLARI, em trabalho dedicado ao tema da arbitragem, oferece síntese conclusiva ao tema no mesmo sentido, ao asseverar que esse método alternativo de solução pacífica e de conflitos *“(...) ganhou maior importância ultimamente por vários motivos, dentre os quais avulta a sobrecarga e inadequação dos órgãos judiciais, em face do aumento vertiginoso e da maior complexidade das demandas.”*¹³

Portanto, os obstáculos consistentes no *tempo* de duração do processo judicial, na *publicidade* dos atos processuais e julgamentos do Poder Judiciário e na *complexidade fática e técnica* de algumas lides, são suficientes, isolada ou cumulativamente, para mover as partes na direção dos métodos alternativos de solução de conflitos, capazes de produzir um resultado rápido, adequado, efetivo e sem publicidade, quando necessário para a preservação dos interesses das partes envolvidas.

3-ARBITRAGEM E TUTELA DO CONSUMIDOR

3.1-Cláusula compromissória: Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, artigo 51, inciso VI

A cláusula compromissória é espécie do gênero convenção de arbitragem, caracterizando a opção pelo sistema alternativo de solução de conflitos em momento anterior ao surgimento da lide. Através da cláusula compromissória, as partes convencioanam sub-

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites...*, cit., p. 32.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. “A Tradição da Arbitragem e Sua Valorização Contemporânea”. *In Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.110.

meter a decisão sobre eventual litígio ao juízo arbitral, retirando do Poder Judiciário a competência jurisdicional sobre aquele.

O artigo 51, inciso VII da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 dispõe ser nula de pleno direito a cláusula contratual que imponha a utilização compulsória da arbitragem.

Assim, a cláusula compromissória inserida em contrato de consumo, mesmo com observância das normas do artigo 4º, parágrafo 2º da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996¹⁴ quando estabelecida em instrumento de adesão, é nula de pleno direito. Por essa razão, não tem força para afastar a competência do sistema da Justiça Estatal para solucionar lides de consumo¹⁵ que ainda não ocorreram¹⁶. É, portanto, inaplicável a sistemática prevista no artigo 7º e parágrafos da Lei n.º 9.307/96.

3.2-Compromisso arbitral e lides de Consumo

O compromisso arbitral evidencia a opção pelo método alternativo de solução de conflitos feita após o surgimento da lide e exige uma análise mais apurada sobre a sua possibilidade em se tratando de lides de consumo.

O tema é controvertido na doutrina. ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO afirma que *“o compromisso arbitral 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, terá que ser examinado in concreto”*¹⁷. Prossegue o eminente Professor aduzindo que a arbitragem instituída deverá ser decidida *“sem ferir as normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor”*¹⁸.

¹⁴“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹⁵CY. AZEVEDO, Antônio Junqueira. “A Arbitragem e o Direito do Consumidor”. In *Revista de Direito do Consumidor*. V. 23-24. São Paulo: RT, p. 33/40; CY. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 886 e ss.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La Nuova Legge Brasileira Sull Arbitrato”. In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p.277.

¹⁶CY. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, 4ª ed., cit., p. 886 e ss.

¹⁷AZEVEDO, Antônio Junqueira. *A Arbitragem...*, cit., p. 38.

¹⁸AZEVEDO, Antônio Junqueira. *A Arbitragem...*, cit., p. 38.

Na mesma linha assevera JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, após analisar a questão da nulidade da cláusula compromissória nos contratos de consumo (CDC, artigo 51, inciso VII):

*“Si badi, però: ciò non osta a che le parti, dopo l'avvento della lite, concordino nel sottoporla all'arbitrato e, con tale intenzione, concludano un compromesso, esista o meno una clausola compromissoria nello strumento contrattuale. La nullità di simile clausola non contamina il compromesso volontariamente celebrato. Sembra pertanto ingiustificata l'opinione di chi ritiene sottratte simpliciter all'arbitrato le questioni concernenti i rapporti di consumo.”*¹⁹

Os fundamentos da doutrina que admite a utilização da arbitragem para a solução de lides de consumo decorrem apenas da distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. A nulidade daquela (*ex vi* do disposto no artigo 51, inciso VII, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) não impede a validade de compromisso celebrado após a eclosão da lide.

Não nos parece, *data venia*, que o marco temporal da manifestação de vontade pela instituição da arbitragem possa ser o divisor de águas entre a impossibilidade (*cláusula compromissória* – antes da lide) e a possibilidade (*compromisso arbitral* – após o litígio) da instituição da arbitragem para solução de lides de consumo.

A questão é mais complexa e desperta maior interesse em face da norma do artigo 4º, inciso V, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), que enuncia entre os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo o *incentivo à criação pelos fornecedores de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo*.

Não parece que a norma do artigo 4º, inciso V, do CDC autoriza a conclusão no sentido da admissibilidade do juízo arbitral para a solução de lides entre consumidores e fornecedores, mormente considerando que o legislador consumerista positivou, no artigo 51, inciso VII, do diploma protetivo, tendência no sentido do afastamento da

¹⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La Nuova...* cit., p. 277/278.

arbitragem para solucionar as lides de consumo, seguindo a orientação da Comunidade Econômica Européia²⁰.

Inicialmente, não se pode ignorar que o Código de Defesa do Consumidor alude à criação *pelos fornecedores* de mecanismos alternativos à solução dos conflitos de consumo. Assim, dessa norma não se pode extrair qualquer referência à arbitragem, haja vista que esta é fruto do *consenso das partes*, decorrente de manifestação *bilateral* de vontades. Como é óbvio, não basta um dos litigantes desejar instituir o juízo arbitral sendo necessário o concurso da outra parte, manifestando vontade também nesse sentido. Essa conclusão é mais patente quando se observa que a arbitragem não é o único²¹, talvez nem o mais eficaz, meio alternativo de solução de litígios. Em verdade, o *fornecedor não cria* o juízo arbitral, que tem existência prévia e independente dos conflitos submetidos a julgamento.

O legislador consumerista enuncia norma (artigo 4º, inciso VI) dirigida ao *fornecedor*, que deve através de *ato unilateral* adotar mecanismos alternativos à Justiça Estatal capazes de satisfazer os interesses e direitos do consumidor, lesados o ameaçados de lesão, sem qualquer referência à arbitragem.

Nessa linha, o fornecedor deverá criar serviços de atendimento ao cliente (SACs), “câmaras de conciliação”, ouvidorias etc., que não impedirão o ingresso no sistema da Justiça Estatal, se assim preferir o consumidor para a satisfação *integral* dos seus direitos (Cf. CDC, artigos 6º, VI e VII, 25, 34, III e 51, I e IV).

O que a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 visa com essa norma é estimular o fornecedor na adoção de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo para melhor atender os interesses do consumidor (CDC, artigo 4º, *caput*, e artigo 6º e I/X),

²⁰A Diretiva 93-13/CEE, de 05/04/1993, considera abusiva a cláusula contratual que tenha por efeito suprimir, ou obstaculizar, o exercício de ações judiciais ou de recursos por parte do consumidor, em particular obrigando-se a dirigir exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não coberta pelas disposições jurídicas (*Apud*: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...* 4ª ed., cit., p. 886).

²¹Sobre os diversos meios de solução de litígios alternativos à jurisdição estatal, consulte-se, dentre outros: CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso...*, cit., p.81-90; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I São Paulo: Malheiros, 2001., p.117-124 [nn.45-46]; GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação...*, cit., p. 35-66; STRANGER, Irineu. *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. In *Aspectos Atuais da Arbitragem*. Coord.: Adriana Noemi Pucci. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.135-142.

reparando ou evitando a lesão a direitos titularizados e decorrentes de normas de ordem pública e interesse social (CDC, artigo 1º) sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

A interpretação sistemática e teleológica da norma do artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor conduz ao significado de estímulo ao fornecedor, que deve ter consciência da *função social* de sua atividade empresarial, para criar mecanismos não apenas *alternativos*, mas também *complementares* (e não exclusivos) de solução dos conflitos de consumo. A lei objetiva, com essa norma, *ampliar o acesso* do consumidor ao gozo do bem da vida lesado ou ameaçado de lesão, não restringi-lo por ato de vontade do consumidor vulnerável²².

A utilização da arbitragem para a solução de conflitos de consumo não é o melhor caminho para a tutela efetiva dos interesses e direitos do consumidor. CLÁUDIA LIMA MARQUES já observou que a arbitragem, como método alternativo de composição de litígios, só funciona em lides envolvendo grandes empresas, ou comerciantes²³, com equivalente capacidade econômica. Como afirma a eminente Professora:

“Certo é que a nova lei de arbitragem tem caráter processual, é norma instrumental do direito civil e não deve ser usada para fugir, ou fraudar a aplicação do direito material imperativo, do direito civil, em relações per se tão desequilibradas e afeitas a abusos, como as de consumo. Sabe-se também do direito internacional que a arbitragem normalmente exige três árbitros, tem extremas dificuldades em seu processo de execução, o que a torna também custosa e demorada. O discurso pós-moderno da facilidade e a rapidez da arbitragem deve ser relativizado ante a experiência internacional que o compara a difíceis processos envolvendo normas de Direito Interna-

²²Nas palavras de Cláudia Lima Marques, *“estas novas-velhas técnicas foram criadas para resolver conflitos nas relações entre iguais, particularmente entre comerciantes que hoje muito se utilizam da técnica dos contratos de adesão, e não para retirar a proteção estatal hoje concedida ao consumidor”* (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, 4ª. ed., cit., p. 891).

²³Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, 4ª ed., cit., p. 890.

cional Privado em foro estrangeiro, sem litispendência e em face do atual fenômeno do forum shopping, com contratos sobre bagatelas de consumo. Igualmente, o seu laudo é de difícil execução, ainda mais quando ambos não concordam verdadeiramente em submeter sua lide à opinião de terceiros não-estatais. Em resumo, a arbitragem totalmente paraestatal encontra seu campo de atuação nas lides nacionais e nas lides internacionais entre comerciantes de grande porte, e é totalmente desaconselhável nas outras situações."²⁴

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA também observa que "a arbitragem, com eventual ressalva para litígios atinentes ao comércio internacional, constitui entre nós fenômeno de ocorrência bastante rara"²⁵. No mesmo sentido assevera CARLOS ALBERTO CARMONA:

"A arbitragem tem uma finalidade bastante específica: resolver problemas decorrentes do comércio, especialmente do comércio internacional, onde há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio. O custo, nestas hipóteses, é bem mais suportável, e as vantagens decorrentes da solução arbitral são mais visíveis."²⁶

O constituinte de 1988 fez a acertada opção ideológica no sentido da promoção da *defesa do consumidor* (artigo 5º, inciso XXXII), necessária para a consecução dos fins almejados pelo Estado brasileiro (artigo 3º) e excluída do âmbito do poder de reforma da Constituição (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

A incompatibilidade entre os fundamentos da proteção jurídica do consumidor (decorrentes da sua múltipla vulnerabilidade)

²⁴MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, 4ª ed., cit., p. 890.

²⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "Miradas Sobre o Processo Civil Contemporâneo". In *Temas de Direito Processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 51.

²⁶CARMONA, Carlos Alberto. "Arbitragem e Jurisdição". In *Participação e Processo*. Coord.: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 305.

e os referentes à adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores é flagrante.

A proteção do consumidor fundamenta-se na *vulnerabilidade* deste (cf. CDC, artigo 4º, inciso I) e na *desigualdade* fática, técnica, econômica e jurídica entre os atores da relação jurídica de consumo, restringindo a autonomia da vontade das partes. Por outro lado, a arbitragem privilegia a autonomia da vontade e pressupõe a igualdade entre os litigantes desde a escolha do método alternativo, até o seu desfecho, incluindo a capacidade econômica para a remuneração do árbitro e para a produção de provas. A intervenção do Estado no conteúdo da relação jurídica de consumo é necessária para assegurar o seu equilíbrio e mitigar a vulnerabilidade do consumidor, mesmo nas hipóteses de direitos patrimoniais como se pode inferir pelas normas dos artigos 6º, inciso V, e 51, parágrafos 2º e 4º, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que autorizam a intervenção do juiz no contrato para assegurar o equilíbrio entre as prestações, interferindo, *verbi gratia*, no preço do objeto.

A grande capacidade econômica do fornecedor, o único que poderá arcar com as despesas do juízo arbitral, assim como a sua litigância habitual, são fatores de grande importância para o entendimento no sentido da inadmissibilidade da instituição do juízo arbitral para a solução das lides de consumo, haja vista que o consumidor não contará com a mesma capacidade de produção de provas necessárias, ou de influência psicológica, diante do escasso contato com os árbitros e da posição de inferioridade que ocupa.

Os árbitros com formação decorrente de atuação empresarial, tenderiam ainda que inconscientemente, a mitigar o sistema de proteção dos consumidores. Como assevera MAURO CAPPELETTI:

“É quase inevitável que faltem aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independência e treino de que dispõem os juízes ordinários. (...) E aos próprios procedimentos poderiam faltar, pelo menos em parte,

as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento ordinário.”²⁷

Em momento algum se pretende a *obrigatoriedade* de o consumidor recorrer ao Poder Judiciário para a satisfação de suas pretensões. O consumidor, de acordo com infinitas variáveis, poderá decidir com base em juízo de conveniência e oportunidade, exclusivamente seu, não exercer o direito decorrente da garantia constitucional de acesso à justiça (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso XXXV).

O que não encontra amparo no ordenamento jurídico, que conta com norma constitucional que determina a proteção do consumidor pelo *Estado* (artigo 5º, inciso XXXII) é afastar do Poder Judiciário a competência para dirimir com definitividade e a critério do consumidor a questão, aplicando o direito material protetivo de acordo com os postulados constitucionais e legais pertinentes no ambiente do devido processo legal (CRFB/88, artigo 5º, LIV). Isso não ocorreria se fosse consentida a adoção da arbitragem para a solução das lides de consumo, decorrente da manifestação de vontade dos litigantes.

4-CONCLUSÃO

A arbitragem, fruto do consenso, privilegia a autonomia da vontade dos litigantes, que decidem afastar a competência do sistema de justiça estatal para a solução de litígios envolvendo, no ordenamento jurídico brasileiro, direitos patrimoniais disponíveis. A sua instituição pressupõe a igualdade entre as partes litigantes, evitando que o mais forte imponha a via alternativa e retire do sistema estatal o poder de decidir a questão.

A vulnerabilidade é a espinha dorsal do sistema protetivo do consumidor (CDC, art. 4º, I), que decorre do mandamento enuncia-

²⁷CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça” –relatório de abertura do Simpósio Jurídico W.G. HART sobre a Justiça Civil e suas Alternativas, realizado em Londres, 1992. Trad. de José Carlos Barbosa Moreira, *in Revista Forense*, v. 326, p. 125. *Apud*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Miradas...”, cit. p. 52, nota 12.

do no artigo 5º, XXXII da Constituição de 1988. As normas de proteção dos interesses e direitos do consumidor visam assegurar a igualdade material entre os atores da relação jurídica de consumo, restringindo a autonomia da vontade da parte mais forte no contexto da concepção social da atividade empresarial.

O Código de Defesa do Consumidor enunciou no artigo 51, inciso VII a nulidade da cláusula compromissória, em face da incompatibilidade entre os fundamentos da arbitragem e da proteção jurídica do consumidor.

A norma do artigo 4º, inciso V, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, não autoriza a conclusão no sentido da possibilidade de instauração do juízo arbitral para a solução de lides de consumo. Objetiva estimular o fornecedor à adoção de mecanismos alternativos, mas complementares, de solução de conflitos de consumo para melhor atender os interesses do consumidor (CDC, artigo 4º *caput*, e artigo 6º e I/X), sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Contudo, tais mecanismos não poderão impedir o ingresso do consumidor no sistema da justiça estatal para a satisfação *integral* dos seus direitos (Cf. CDC, artigos 6º, VI e VII, 25, 34, III e 51, I e IV).

A utilização da arbitragem para a solução de conflitos de consumo não é o melhor caminho para a tutela efetiva dos interesses e direitos do consumidor. Há incompatibilidade entre os fundamentos da proteção jurídica do consumidor e os referentes à adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores.

O ingresso do consumidor no Poder Judiciário não é obrigatório. O que não encontra amparo no ordenamento jurídico, que determina a proteção do consumidor pelo *Estado* (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso XXXII), é afastar do Poder Judiciário a competência para dirimir com definitividade a questão, aplicando o direito material protetivo de acordo com os postulados constitucionais e legais pertinentes. ☞