
ANÁLISE DA IMPOSIÇÃO CONTRATUAL DA ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE CONSUMO***ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL IMPOSITION OF ARBITRATION AS AN INSTRUMENT FOR THE RESOLUTION OF CONSUMER CONFLICTS*****FABRÍCIO GERMANO ALVES**

Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) - Espanha. Professor Convidado da Pós-Graduação da Universidade Potiguar (UNP). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador do Curso de Direito do CERES/UFRN. E-mail: fabriciodireito@gmail.com

ÂNGELA SAMARA DE ARAÚJO

Membro de Pesquisa. Bolsista de iniciação científica PIBIC UFRN (IC). E-mail: angela.samara30@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho trata da arbitragem nas relações de consumo. Neste contexto serão abordadas as questões referentes a possibilidade de utilização da arbitragem como meio de resolução dos conflitos existentes nas relações de consumo. A arbitragem representa uma alternativa mais célere e especializada para a resolução dos conflitos que venham a surgir em uma relação de consumo, evitando que os litigantes tenham que enfrentar um processo judicial. Apesar da existência de legislação específica sobre a arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96) e da não vedação desta prática no Código de Defesa do Consumidor, ainda existem muitas incertezas

acerca da possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir litígios de natureza consumerista. Diante disso, buscar-se-á verificar se a legislação permite que o instituto da arbitragem seja empregado para resolver querelas no âmbito das relações de consumo. A metodologia empregada consiste em pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa e hipotético-dedutiva, com objetivo descritivo e propósito de propor avaliação formativa. Pela ausência de proibição expressa ou mesmo implícita no ordenamento jurídico, conclui-se que é possível utilizar a arbitragem para resolver questões decorrentes de relações de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Conflito; Relação de consumo.

ABSTRACT

This paper is about the use of arbitration in consumer relations. In this context, the issues related to the possibility of using arbitration as a means of resolving existing conflicts in consumer relations will be approached. Arbitration represents a more fast and specialized alternative for the resolution of conflicts that arise in a consumption relation, avoiding that the litigants have to face a judicial process. Despite the existence of specific legislation on arbitration (Federal Law No. 9,307 / 96) and the non-prohibition of this practice in the Consumer's Protection Code, there are still many uncertainties about the possibility of using arbitration to resolve consumer disputes. Therefore, it will be verified if the legislation allows the institute of arbitration to be used to resolve disputes in the context of consumer relations. The methodology used consists of applied research, with a qualitative and hypothetical-deductive approach, descriptive and purpose of proposing formative evaluation. Due to the absence of an express or even implicit prohibition in the legal system, it is concluded that it is possible to use arbitration to resolve issues arising from consumer relations.

KEYWORDS: Arbitration; Conflict; Consumer relationship.

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou a defesa do consumidor como um direito fundamental (Artigo 5º, XXXII), foi-se criado o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), cujo conteúdo dedica-se a estabelecer normas que versam sobre as relações consumeristas para que sejam resguardados os direitos e garantias dos consumidores evitando possíveis abusos por parte dos fornecedores, polo ativo da relação que, na maior parte das situações, se encontram em posição de superioridade em diversos sentidos.

Um instituto jurídico que vem ganhando cada vez mais força na atualidade é a arbitragem, que consiste em um modo alternativo de resolução de conflitos no qual as partes envolvidas possuem total autonomia para outorgarem o poder de decisão a um terceiro imparcial denominado de árbitro. Este instituto foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Federal nº 9.307/1996, que disciplina o modo como a arbitragem deverá ser utilizada. Esse método torna-se vantajoso em razão da sua celeridade na resolução das lides, em comparação com o Poder Judiciário, além do fato de que o árbitro tende a ter uma maior especialização em relação a sua área de atuação, o que torna a sentença mais adequada.

Diante disso, e levando em consideração a necessidade de agilidade e especialização dos profissionais em determinadas matérias para a resolução dos conflitos, surgem alguns questionamentos acerca da viabilidade na utilização da arbitragem para dirimir os conflitos originários de relações consumeristas. Mesmo perante a não existência de vedação nos diplomas legais que tratam sobre a matéria, ainda existem muitas incertezas acerca da possibilidade e da forma de utilização da arbitragem nas relações de consumo.

Nesse contexto, buscar-se-á verificar na legislação brasileira a existência de dispositivos que admitam a possibilidade de utilização da arbitragem nos conflitos decorrentes de contratos de consumo.

O presente trabalho será conduzido a partir de uma pesquisa hipotético-dedutiva, realizada com uma abordagem qualitativa e um propósito descritivo, com a finalidade de propor uma avaliação formativa sobre a temática em estudo.

Primeiramente será feita uma explanação geral acerca dos contratos de natureza consumerista, abordando como se configura a relação jurídica de consumo, juntamente com a regulamentação que rege a matéria especificamente. Em seguida será analisada a possibilidade de instituição da convenção de arbitragem nos contratos de consumo, mediante o estudo do próprio conceito de arbitragem além da análise da forma de introdução da arbitragem, no modo de cláusula compromissória, nos contratos de adesão, pois esta é uma das espécies de contratos mais utilizadas atualmente nas relações de consumo. Por último, será feito o cotejo das principais questões abordadas ao longo do texto com o tratamento dado pela jurisprudência à arbitragem nos contratos de consumo, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça.

2 CONTRATOS DE NATUREZA CONSUMERISTA

Antes de adentrar no estudo dos contratos de natureza consumerista é fundamental que se entenda o funcionamento das relações de consumo. Em linhas gerais, pode-se dizer que relação de consumo é aquela composta por fornecedor e consumidor em torno de um objeto, o qual pode vir a ser um produto ou um serviço, e ainda é necessário que haja a característica de usuário final pelo consumidor. A conceituação de relação de consumo, assim como os elementos que a compõem, encontram-se de modo claro no próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90). Porém a defesa do consumidor não se restringe apenas ao referido Código, ela também pode ser encontrada em vários artigos da Constituição Federal, tais como 5º, 24, 150, 155 e 170, todos frisando a implementação dos direitos e a promoção das garantias dos consumidores.

Assim, os contratos de natureza consumeristas são aqueles celebrados entre um fornecedor e um consumidor nas chamadas relações de consumo. A espécie de contrato mais utilizada nesse tipo de relação é o contrato de adesão, característico pela sua elaboração ser feita apenas por um dos contratantes, que neste caso é o fornecedor. Este tipo de contrato é utilizado pois, em razão das inúmeras transações semelhantes que ocorrem na esfera consumerista, a elaboração de contratos

individuais para cada contratação demandaria muito tempo, além de ser uma maneira de padronização dos negócios (VIDES, 2018). Em virtude disso, o CDC dedicou-se no art. 54 a tratar acerca dos contratos de adesão para que esses não comprometam significativamente os direitos dos consumidores.

2.1 RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Na sociedade existem várias espécies de relações jurídico-negociais. Uma delas é a relação entre pessoas que casualmente fazem algum negócio, tal como no contrato de compra e venda de um produto (v.g., quando um amigo vende um carro para outro); outra espécie de relação é a que ocorre entre empresários, na qual uma empresa adquire produtos de outra empresa para disponibilizá-los no mercado de consumo (v.g., uma farmácia que adquire medicamentos do laboratório para venda no mercado); uma terceira espécie de relação é a que acontece quando um consumidor adquire ou utiliza um produto ou serviço de um fornecedor (v.g., quando uma pessoa física compra materiais de limpeza para o uso doméstico). Dentre as três modalidades de relações negociais supracitadas, apenas a terceira hipótese se caracteriza como uma relação propriamente consumerista (BRAGA NETTO, 2014, p. 111).

Para que se possa efetivamente compreender as relações de consumo é imprescindível que se faça uma análise mais detalhada de todos os elementos que a compõe, quais sejam os elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e os elementos objetivos (produtos e serviços envolvidos na relação). Além desses dois elementos, ainda há o critério teleológico (ALVES; XAVIER, 2014, p. 52), ou seja, deve-se observar a finalidade que o contraente irá dar ao produto ou serviço que adquiriu ou utilizou.

Desta forma, pode-se conceituar consumidor, a partir da definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), instituído pela Lei Federal nº 8.078/90, como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço de um fornecedor na condição de destinatário final (Art. 2º, *caput*, CDC). É indispensável ressaltar que a qualidade de consumidor não se restringe apenas às pessoas físicas, mas engloba também as pessoas jurídicas, com a condição de que o objeto da relação não seja

repassado para outrem como uma forma de dar continuidade a cadeia comercial, tendo em vista que a condição de usuário derradeiro é um dos critérios que distingue a relação de consumo das demais.

Esse conceito ainda abrange a categoria dos consumidores indiretos ou por equiparação. Estes por sua vez são aqueles que mesmo não participando diretamente das relações de consumo desde o seu nascedouro podem interferir nelas (Art. 2º, parágrafo único, CDC) ou sofrer algum tipo de dano decorrente das mesmas (Art. 17, CDC), bem como são também considerados consumidores por equiparação aqueles expostos a diversas estratégias de mercado, tais como a oferta e a publicidade (Art. 29, CDC) (ALVES; XAVIER, 2014, p. 58-59).

O outro componente dos elementos subjetivos da relação jurídica de consumo é o fornecedor, termo genérico que engloba todos os envolvidos na produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços até que cheguem aos consumidores. O termo pode ter a sua definição encontrada no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, no qual o legislador fez questão de incluir um grande número de possibilidades ao englobar a pessoa física e jurídica, pública e privada, nacional e estrangeira, além de incluir até mesmo os entes despersonalizados.

Também devem ser compreendidos no rol das pessoas que podem figurar como fornecedores os profissionais liberais, com a diferença apenas de que a responsabilidade destes será subjetiva, ou seja, para a sua responsabilização pelo dano causado a terceiros é necessário a comprovação de culpa, diferentemente dos outros fornecedores cuja responsabilidade será objetiva (NUNES, 2017, p. 136).

Quanto aos elementos objetivos inerentes às relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor instituiu duas categorias, a dos produtos e a dos serviços. É incluído na primeira qualquer bem, tanto móvel ou imóvel, quanto material ou imaterial disponibilizado no mercado de consumo (Art. 3º, §1º, CDC); e na segunda todas as atividades exercidas pelos fornecedores, a título oneroso (mediante remuneração), inclusive as de caráter bancário, de crédito, securitária e financeira (Art. 3º, §2º, CDC). A natureza onerosa que caracteriza os serviços pode também ser estendida para os produtos quando ocorre de modo indireto, como no caso dos estacionamento gratuitos dos supermercados e os produtos que são distribuídos a

título de amostra-grátis. Nestes últimos casos, ao disponibilizar gratuitamente produtos e serviços os fornecedores possuem o interesse de atrair os consumidores posteriormente (TARTUCE; NEVES, 2017, não paginado), por isso trata-se de hipótese em que se presume uma remuneração indireta.

A partir do conceito de relação jurídica de consumo e seus elementos já definidos, é de tamanha relevância destacar que o Código de Defesa do Consumidor, apesar de englobar todos os serviços anteriormente destacados, exclui as relações de caráter trabalhista (Art. 3º, §2º, CDC). Mesmo sendo possível a inclusão dos profissionais liberais na condição de fornecedores, não devem ser assim considerados os advogados, pois sua legislação específica (artigo 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB) veta a mercantilização da advocacia.

2.2 REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO

A proteção do consumidor foi consagrada inicialmente na própria Constituição Federal. Nesta, a menção à defesa do consumidor não se restringe apenas a um único artigo, ela se espalha ao longo de toda a Carta Constitutiva. No título em que trata acerca dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no art. 5º, inciso XXXII a Constituição Federal determina a obrigatoriedade que possui o Estado em proporcionar a defesa ao consumidor. Com isso, a defesa do consumidor foi consagrada como um direito fundamental, se enquadrando entre os direitos tidos como de primeira geração ou dimensão, os quais possuem uma aplicabilidade imediata em comparação com as demais dimensões dos direitos, que possuem uma aplicabilidade progressiva (TOSI, 2005, p. 26).

Ainda na Constituição Federal, se encontra menção à defesa ao consumidor no art. 24, incisos V e VIII, nos quais determina-se que é competência da União, Estados Membros e ao Distrito Federal legislar sobre normas de consumo e normas relativa a responsabilidade decorrente de danos ao consumidor, respectivamente. Já no art. 150, cujo conteúdo faz referência a limitação do poder de tributar da Administração Pública, o §5º impera que deverão ser tomadas medidas, na forma da lei, para que os consumidores se tornem esclarecidos acerca dos impostos que incidem nos elementos objetivos das relações de consumo, ou seja, os fornecedores

devem adotar condutas no sentido de transparecer quais são os tributos que recaem sobre os produtos e serviços. No art. 155, que também se dedica aos tributos, o inciso VII determina a competência para os Estados e ao Distrito Federal em instituir os tributos relativos aos produtos e serviços destinados ao consumidor final. E por fim, o art. 170, inciso V, classifica a defesa do consumidor como sendo um dos princípios inerentes a ordem econômica e social.

Apesar da menção à defesa do consumidor ser feita em diversos dispositivos da Constituição Federal, o principal diploma normativo que disciplina as relações de natureza consumerista é a Lei Federal nº 8.078, de setembro de 1990, a qual instituiu o Código de Defesa do Consumidor. A referida Lei possui 119 artigos distribuídos em seis títulos que discriminam a propósito dos direitos do consumidor, das infrações penais, da defesa do consumidor em juízo, do sistema nacional de defesa do consumidor, da convenção coletiva de consumo, além de outras disposições.

No que tange aos contratos de consumo, além das disposições contratuais gerais, o Código de Defesa do Consumidor dedicou uma sessão específica para os contratos de adesão, devido ao fato de ser uma espécie contratual que se faz bastante presente das relações consumeristas em razão da necessidade de agilidade dos procedimentos e pela pluralidade de situações semelhantes, além de serem desenvolvidos para uma grande quantidade de pessoas, ganhando a denominação de contratos de massa.

A mencionada ferramenta contratual caracteriza-se principalmente por ser desenvolvido apenas por um dos pactuantes, ou seja, apenas o fornecedor elabora o contrato e neste poderá empregar alguma desvantagem exagerada a outra parte com o intuito de beneficiar a si ou a terceiros (GAGLIANO, 2016, p. 169). Diante disso, no art. 54, *caput*, do CDC traz uma breve conceituação sobre os contratos de adesão, em seu §1º impera que pequenas alterações feitas pelo consumidor não descaracterizam a natureza de adesão do contrato, no §2º autoriza a utilização de cláusula resolutória com algumas ressalvas e os §§ 3º e 4º tratam sobre a transparência e a forma de edição dos contratos, sempre destacando que estes precisam estar de modo a não causarem quaisquer dificuldades de compreensão ao consumidor. E, em consonância com os dois últimos parágrafos está o artigo 46 do CDC, na medida em que considera ineficazes as cláusulas que não forem

apresentadas ao consumidor, bem como aquelas que estiverem redigidas de forma a interferir na sua compreensão ou alcance.

Portanto, é importante destacar a tamanha importância que possui o art. 54 do CDC ao intensificar a defesa do consumidor nesse caso específico, pois os contratos de adesão podem colocar o consumidor em desvantagem inevitáveis, principalmente quando são empregados para o fornecimento de produtos e serviços de necessidade básica, tornando quase obrigatório que o usuário final se submeta a todas as cláusulas contratuais para obter os seus produtos e serviços de primeira necessidade (v.g., água e energia elétrica) (MENEZES, 2007, não paginado).

3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONSUMO

A arbitragem é um dos meios alternativos de resolução de conflitos firmada no Brasil pela Lei Federal nº 9.307/1996. Essa alternativa para solucionar litígios consiste em um método de heterocomposição alternativa a jurisdição estatal, bastante característico por ser levada em consideração a vontade das partes envolvidas que interferem na escolha do árbitro, ou colégio arbitral, (art. 13, §1º) até as normas que serão empregadas para a resolução da lide (art. 2º, §§ 1º e 2º). A escolha pela arbitragem é denominada de convenção de arbitragem, a qual pode ser instituída pela cláusula compromissória, quando a escolha é feita antes da ocorrência do conflito, ou pelo compromisso arbitral, quando a escolha da arbitragem é realizada após a ocorrência do conflito (art. 3º).

Diante disso, considerando que a legislação possibilitou expressamente a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, é fundamental fazer-se uma análise acerca das possibilidades de utilização da arbitragem nos contratos provenientes das relações de consumo.

3.1 ARBITRAGEM

A evolução das sociedades ocasionou o desenvolvimento do Direito e ao mesmo tempo trouxe mais esclarecimento para os cidadãos. A partir da tomada de

conhecimento acerca dos seus direitos, uma maior demanda de conflitos passou a ser destinada ao Poder Judiciário no intuito de resolver definitivamente os problemas enfrentados. Diante disso, uma grande quantidade de processos perante o Poder Judiciário ocasionou um retardamento em suas soluções, devido ao procedimento formal adotado pelo sistema. Objetivando contornar essa situação, meios alternativos de resolução de conflitos foram criados, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A conciliação e a mediação são as principais espécies de autocomposição cujo funcionamento baseia-se na presença de um terceiro não envolvido no conflito que irá auxiliar os conflitantes a encontrarem uma solução que interesse as partes, além disso, a preocupação maior desses métodos de solução de conflitos não é apenas a aplicação de uma sentença, pois eles adentram em problemas que vão além da parcela que foi levada a análise para que se encontre um fim definitivo para a lide (CINTRA, 2015, p. 52). Apesar de serem institutos muito parecidos, o Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015) traz algumas orientações de qual seria a forma mais indicada para a utilização dos mesmos e, com isso, faz uma pequena distinção entre eles.

A conciliação é um método mais indicado para casos onde os conflitantes não possuam nenhum tipo de vínculo anterior e para querelas que não se estendam ao longo do tempo, como acontece em acidentes de trânsito e em relações de consumo. Nesta espécie de resolução de conflitos conciliador poderá sugerir alternativas para o problema, desde que não provoque intimidação ou constrangimento às partes (art. 165, §2º, Lei Federal nº 13.105/2015).

Já a mediação é a espécie de resolução de conflitos mais aconselhada para se utilizar em querelas que se estendam ao longo do tempo ou naquelas em que existam vínculos anteriores entre os envolvidos, como em problemas na família e com a vizinhança (art. 165, §3º, Lei Federal nº 13.105/2015). Diferentemente da conciliação, o mediador não irá propor alternativas para a solução do problema, ele apenas atuará como um facilitador do diálogo ajudando a esclarecer os reais motivos do conflito para que os próprios envolvidos cheguem por si só a uma solução (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 276).

A arbitragem consiste em um método bem característico de relações privadas, tendo em vista que é valorizada a vontade das partes na medida em que são os próprios contratantes que optam pelo referido método, são livres para escolher a pessoa que irá ser o árbitro, bem como quais serão as normas aplicadas para a resolução do litígio em questão. Apesar do caráter eminentemente privado, a Lei Federal nº 9.307/93 (Lei de Arbitragem) também se estende à administração direta e indireta para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que se utilizem do princípio da publicidade conforme determina o artigo 2º, §3º da Lei de Arbitragem.

A convenção de arbitragem é a implementação do método da arbitragem como sendo a forma de jurisdição para solucionar os conflitos decorrentes do contrato celebrado. A convenção de arbitragem pode ser introduzida por pessoas capazes de contratar de duas formas distintas. A primeira delas é a cláusula compromissória, a partir da qual as partes optam pela arbitragem antes mesmo de ter surgido o conflito. A segunda é o compromisso arbitral, no qual as partes escolhem a arbitragem depois da ocorrência do conflito. Como as normas que serão empregadas na resolução do litígio poderão ser escolhidas pelos próprios contratantes, a Lei de Arbitragem, em seu artigo 2º, §1º, destaca que deverão ser observados os bons costumes e a ordem pública. Quanto a quem irá presidir a resolução da lide, não existe a necessidade de serem graduados em Direito, e poderá ser um único árbitro ou um colegiado arbitral, sempre em número ímpar (CINTRA, 2013, p. 39).

As sentenças proferidas pelos árbitros não necessitam de homologação judicial para serem válidas, ou seja, as decisões arbitrais produzem os mesmos efeitos daquelas declaradas pelo Poder Judiciário (art. 31 da Lei Federal nº 9.307/96). Entretanto, os árbitros não poderão se utilizar de medidas coercitivas nem podem realizar a execução contida em suas sentenças. Para isso, poderão utilizar o apoio do Poder Judiciário, que, apesar de executar a sentença, não poderá adentrar no mérito da decisão arbitral (CINTRA, 2013, p. 39).

Ainda a respeito da influência do Poder Judiciário na arbitragem, o juiz não poderá reconhecer as convenções de arbitragem de ofício, pois é um dever do réu informar em juízo que havia a opção pela arbitragem, se não o faz está renunciando ao juízo arbitral e aceitando a jurisdição estatal. Do mesmo modo que se considera

que o autor da ação renunciou tacitamente a convenção de arbitragem ao procurar o Poder Judiciário (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 75).

Diante das considerações feitas acerca da arbitragem é mister explicar sobre suas vantagens. A especialização é uma delas, pois os árbitros escolhidos tendem a ser especialistas na matéria objeto da controvérsia; o sigilo é outra, porque diferentemente do processo convencional a arbitragem não precisa atender ao princípio da publicidade dos atos; uma terceira vantagem da arbitragem seria a celeridade na resolução do conflito, tendo em vista que a quantidade de demandas recebida pelo árbitro é bem menor do que a do Poder Judiciário. Além disso, a opção pela arbitragem ainda beneficia, mesmo que indiretamente, o Poder Judiciário quando diminui a demanda que seria encaminhada para este (CÂMARA, 2014, p. 48).

Antes da elaboração do Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015) existia uma dúvida quanto à arbitragem ser considerada um meio de jurisdição, uma vez que essa é uma característica típica do Poder Judiciário (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 172-174). Porém, a redação do referido Código deixou bem esclarecida essa incerteza, e ratificou o entendimento de que a arbitragem possui natureza jurisdicional ao elencar a arbitragem entre um dos modos de proporcionar a jurisdição como meio de apreciar lesão ou ameaça a direito (Art. 3º, §1º do Código de Processo Civil). Além disso, destaca-se também no mesmo dispositivo do mencionado Código que se deve incentivar a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos, dentre os quais está presente a arbitragem (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 73).

Ultrapassado qualquer questionamento acerca do poder jurisdicional da arbitragem, podemos encontrar sua previsão com maior precisão na Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96). Diante disso, a referida lei possui 44 artigos que discriminam como deve ser aplicada esse mecanismo de resolução de conflitos. Inicia-se sua redação mostrando quem poderá se submeter ao instituto, bem como a possibilidade de escolha das normas empregadas para a resolução, e outros dispositivos de caráter geral (artigos 1º e 2º); posteriormente faz referência de como a arbitragem pode ser instituída e as orientações para isto (artigos 3º ao 12); em seguida trata acerca dos árbitros e as normas para a implementação destes (artigos 13 ao 18); depois das considerações sobre os árbitros é especificado como ocorre o procedimento arbitral (artigos 19 ao 22); após as normas procedimentais, são disciplinadas as tutelas

cautelares e de urgência (artigos 22-A e 22-B), a carta arbitral (artigo 22-C), a sentença arbitral (artigos 23 ao 33), o reconhecimento e execução da sentença arbitral (artigos 34 ao 40), além de disposições finais (artigos 41 ao 44).

3.2 CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Depois de ter discorrido acerca da conceituação da relação consumerista e da arbitragem, o presente texto passa a analisar a utilização desta última na primeira. Fato é que não existem impedimentos expressos ou mesmo implícitos na legislação quanto a possibilidade de utilização da arbitragem nas relações de consumo. Nem mesmo as legislações específicas que regem as referidas matérias (Lei de Arbitragem e Código de Defesa do Consumidor) trazem disposições claras a respeito da possibilidade ou não de utilização da arbitragem nas questões de consumo. O que se pode observar no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no artigo 51, inciso VII, é que a forma compulsória de utilização da arbitragem torna-se uma cláusula nula de pleno direito. A Lei de Arbitragem, em seu artigo 4º, §2º preleciona que para ter validade em contratos de adesão, mecanismo bastante utilizado nas relações de consumo, é necessário o consentimento expresso do aderente (consumidor) ou que este venha a propor tal mecanismo, e ainda deverá ter características ostensivas, como ser escrito em documento anexo ou em negrito e com visto ou assinatura específicos para aquela cláusula.

Como visto, em nenhum dos aludidos Diplomas legais se fez menção direta a autorização da utilização da arbitragem nas relações de consumo, da mesma maneira que a sua proibição também não foi registrada. O que se tem com relação a matéria na legislação é a proibição dessa junção em casos específicos, como uma forma de proteger o consumidor dos abusos que podem vir a ser cometido pelos fornecedores nos chamados contratos de adesão (Artigo 51, inciso VII, CDC). Neste último caso o legislador considerou que a utilização da arbitragem nos contratos de adesão poderia gerar vantagens exageradas aos fornecedores e instituiu a prática como sendo abusiva em casos onde o consumidor não atestou expressamente a sua concordância.

Os meios alternativos de resolução de conflito (dos quais a arbitragem faz parte) estão ganhando cada vez mais força, na medida em que esses mecanismos estão sendo incentivados no sistema jurídico. É possível encontrar esse incentivo no Código de Processo Civil, o qual considera a arbitragem como jurisdição (Art. 3º, §1º) e determina que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem esses meios em qualquer estágio do processo (Art. 3º, §3º). No próprio Código de Defesa do Consumidor também se pode encontrar o estímulo à mecanismos alternativos de resolução de conflito quando determina que os fornecedores invistam em meios alternativos de resolução de conflito de consumo (Art. 4º, V).

No entanto, a abusividade ou não da arbitragem nos contratos de adesão irá variar conforme cada caso específico. Assim, uma hipótese da aplicabilidade permitida da arbitragem nessa espécie de contrato ocorre quando o próprio consumidor concorda em utilizar a arbitragem como meio de solucionar os conflitos que venham a surgir (mecanismo denominado de convenção de arbitragem). Com isso, pode-se perceber que neste caso a utilização da arbitragem não é imposta compulsoriamente, não incidindo a nulidade prevista no artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor.

Em uma segunda hipótese, na qual o contrato de adesão já traz a cláusula arbitral e o consumidor possui a liberdade de convencionar juntamente com o fornecedor a retirada ou alteração da referida cláusula, também não há o que se falar em abusividade, pois apesar de uma alteração simples como essa não ter o condão de descaracterizar a condição de adesão do contrato (Art. 84, §1º, CDC), a utilização da arbitragem não foi imposta de maneira compulsória ao consumidor. Pelo contrário, por convenção das partes, em razão da alteração ou remoção da cláusula arbitral, não seria utilizada a arbitragem para dirimir os possíveis conflitos decorrentes da relação.

Em uma terceira hipótese, cuja cláusula arbitral encontra-se impetrada e o consumidor não a aceita nem detém qualquer oportunidade de alterá-la em razão de negativa por parte do fornecedor, pode-se considerar a cláusula arbitral imposta compulsoriamente como abusiva, em consonância com o artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor.

Diante dessas condições, considerado a nulidade da cláusula arbitral, caso o fornecedor insista na utilização compulsória da arbitragem, cabe ao consumidor procurar os órgãos administrativos (PROCONs, Agência reguladoras etc.) e/ou o próprio Poder Judiciário para solucionar o conflito que surgiu em razão da imposição imperativa da convenção de arbitragem, assim como também para garantir os seus direitos enquanto consumidor.

4 ANÁLISE DO TRATAMENTO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONSUMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Já existe decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça na qual é possível encontrar a discussão acerca da utilização da arbitragem em contratos de consumo, mais precisamente em contratos de adesão (BRASIL, 2016).

Trata-se de uma ação ajuizada em face da empresa MRV – Serviços de Engenharia Ltda., alegando a nulidade de algumas cláusulas contratuais, dentre elas uma que diz respeito a arbitragem. O juízo de primeira instância indeferiu o pedido de nulidade da convenção de arbitragem e extinguiu o processo sem resolução de mérito, na parte relativa a arbitragem, em razão da existência da convenção arbitral conforme o art. 267, inciso VII do Código de Processo Civil de 1973 (o qual hoje encontra-se revogado). O que não parece conveniente, tendo em vista que se a arbitragem for imposta compulsoriamente ela será nula de pleno direito, assim como determina o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 51, inciso VII.

Em virtude da negativa do pedido, o autor da ação interpôs apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, onde mais uma vez teve sua pretensão negada, desta vez com o argumento de que a avença foi feita livremente entre as partes, ou seja, o contratado não a impôs compulsoriamente, e por isso não contraria o disposto no artigo 51, inciso VII do CDC. Porém, o que se pode analisar é que a arbitragem em contratos de adesão só poderá ser instituída por iniciativa do consumidor ou se este atestar expressamente que concorda, segundo a Lei de Arbitragem em seu artigo 4º, parágrafo 2º, o que não ocorreu neste caso, pois se o consumidor concordou anteriormente com a instituição da convenção de arbitragem no contrato, ele

provavelmente não se sentiu em estado de inferioridade perante o fornecedor, e em caso de iniciação de um conflito não procuraria a jurisdição estatal.

Diante das duas recusas supracitadas, foi ajuizado um Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça alegando que os direitos do autor enquanto consumidor foram desrespeitados, embasando seu pedido nos artigos 2º, 3º e 6º, inciso V, artigo 51, incisos IV e VII do Código de Defesa do Consumidor; art. 4º da Lei de Arbitragem, e no art. 170 da Constituição Federal. Diferentemente dos demais, este Tribunal proveu o Recurso Especial proposto.

Diante dos fatos, o voto do Relator Min. Luís Felipe Salomão baseia-se primeiramente na jurisprudência do STJ, cujo entendimento é, em regra, de rechaçar as cláusulas referentes a arbitragem nos contratos de consumo; entende também não serem incompatíveis o art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem com o art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, desde que a arbitragem não seja imposta compulsoriamente e, para isso, o aderente precisa propor ou aceitar expressamente; além disso, concorda com os Diplomas que incentivam a utilização de meios alternativos de resolução de conflito como mais um modo de proporcionar o acesso à justiça; também assevera pela observância de cada caso, pois a proteção deve ser dada para aqueles que realmente necessitem dela, sendo assim, não será considerada nula a cláusula arbitral que não tenha sido imposta compulsoriamente pelo fornecedor, nem tão pouco deve ser dada proteção para o consumidor que não esteja em uma condição de vulnerabilidade (BRASIL, 2016).

Ainda com relação ao voto do Relator, este adverte que a simples aceitação pelo consumidor da cláusula arbitral no momento da assinatura do contrato não o vincula de maneira definitiva. Sendo assim, em caso de iniciação de um conflito, caso o consumidor procure o Poder Judiciário para solucioná-lo considera-se que o mesmo está renunciando tacitamente a arbitragem, e essa renúncia não precisa de motivação. Posteriormente o Relator ressalta ainda a eficiência da arbitragem nas relações de consumo presentes em outros lugares do mundo como nos Estados Unidos, Argentina e países da Europa, frisando a sua agilidade e informalidade (BRASIL, 2016).

No que diz respeito ao caso específico, o Min. Luís Felipe Salomão entendeu que a propositura do processo mostra que o consumidor não detinha interesse na

instauração da arbitragem, o que descaracteriza a ratificação da cláusula, bem como a não implementação pelo fornecedor de meios que tentassem afastar a jurisdição estatal da resolução do conflito, dando provimento ao Recurso Especial. Deste mesmo pensamento comungaram os demais Ministros, dando provimento ao Recurso Especial por unanimidade de votos.

Assim, no caso desta decisão pode-se observar que foram atendidos todos os requisitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Arbitragem para a instituição da arbitragem nos contratos de adesão celebrados nas relações consumeristas. Também foram observadas as vantagens provenientes de meios alternativos de resolução de conflitos, os quais estão sendo bastante estimulados no sistema jurídico brasileiro, especialmente no Código de Processo Civil. E ainda, foi ressaltada a relevância de se observar cada caso separadamente, pois cada um possui suas particularidades as quais serão imprescindíveis para a solução da lide que poderão ter rumos diferentes para situações aparentemente semelhantes.

Além disso, o Relator ainda desvia sua atenção para elementos que não estão expressamente contidas no contrato mas que são fundamentais para detectar problemas consumeristas e proporcionar a proteção exigida pelo Código de Defesa do Consumidor. Isso ocorreu quando considerou a ineficiência da convenção de arbitragem no momento no qual o consumidor procurou o Poder Judiciário, funcionando como uma espécie de renúncia a arbitragem, que só se deu porque o consumidor se achou em desvantagem perante o fornecedor.

CONCLUSÃO

As relações de consumo são formadas por um fornecedor, que detém o produto ou serviço a ser utilizado como o objeto da relação, e um consumidor, que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final. A defesa ao consumidor além de ter sido consagrada como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, XXXII), possui legislação específica que é o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90). A legislação infraconstitucional brasileira

também tem atribuído grande importância a defesa desta categoria em razão da vulnerabilidade que a mesma apresenta no contexto das relações de consumo.

No âmbito das relações de consumo uma das formas mais comuns de sua instituição é a celebração de um contrato de consumo, que na grande maioria dos casos tem natureza de contrato de adesão. Em virtude disso, o Código de Defesa do Consumidor dedicou uma sessão específica (Seção III do Capítulo VI) para tratar desta modalidade de contrato, principalmente em razão do fato de ter um alto potencial danoso para os consumidores por ser elaborado exclusivamente por uma das partes da relação, que é fornecedor.

Dentre os meios alternativos de resolução de conflito encontra-se a arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96) que é caracterizado por ser um modo de resolver litígios que leva em consideração a vontade das partes para a escolha daquele que irá solucioná-la. Além disso, a implementação da arbitragem, denominada de convenção de arbitragem, pode ser instituída antes da iniciação do conflito, mediante cláusula compromissória, ou após a ocorrência do conflito, na forma de compromisso arbitral, e possui a mesma força de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, sendo também considerada um modo de jurisdição.

No que tange à possibilidade de utilização da arbitragem como meio de resolução de querelas no âmbito das relações de consumo, especialmente quando se trata de contratos de adesão, o que se pode observar na Lei de Arbitragem e no Código de Defesa do Consumidor é que não existe impedimentos. O que se encontra é a proibição do uso da arbitragem nas relações de consumo quando aquela for instituída de maneira abusiva ao consumidor (Art. 51, VII, CDC) e que a arbitragem só tem validade em contratos de adesão quando o aderente concordar expressamente com a mesma (Art. 4º, §2º, Lei Federal nº 9.307/96).

É admissível no ordenamento jurídico brasileiro a utilização da arbitragem de consumo, desde que não seja empregada de modo abusivo. Deste mesmo pensamento comunga o Poder Judiciário como se pôde observar no Recurso Especial analisado, pois a razão da anulação da arbitragem no contrato supracitado não foi o simples fato de se tratar de arbitragem, mas sim a forma como a mesma foi imposta, abusivamente. Com isso, a decisão do Superior Tribunal de Justiça mostrou ser

admissível a arbitragem nos contratos de consumo quando implementada em comum acordo entre as partes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício Germano.; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Análise conceitual da relação jurídica de consumo no Brasil. *In*: XAVIER, Yanko Marcus de Alencar et al. (Org.). **Perspectivas atuais do direito do consumidor no Brasil e na Europa: conceito, jurisprudência e harmonização legislativa**. Natal: EDUFRN, 2014.

BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**, DF: Senado Federal, Centro Gráfico: 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1189050/SP**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. T4 – Quarta Turma. Julgado em: 01/03/2016. Dje. 14/03/2016.

_____. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor

_____. **Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>>. Acesso em: 22 out. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. A arbitragem no novo código de processo civil: versão da câmara dos deputados – Dep. Paulo Teixeira. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 4, p. 75, out/dez. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos – Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Danieli Borin. A nova concepção contratual com base no Código de Defesa do Consumidor e a alienação fiduciária. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 3, 2007.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6. ed. São Paulo: Método, 2017.

TOSI, Giuseppe. Os Direitos Humanos: Reflexões Iniciais. In: Giuseppe Tosi (Org.). **Direitos Humanos: História, Teoria e Prática**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2005.

VIDES, Raphael Juliani. **Cláusulas abusivas e contrato de adesão**, 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13868>. Acesso em: 18 jan. 2018.