

RESUMO

O presente artigo pretende tratar do instituto da arbitragem aplicado às relações de consumo como hipótese de jurisdição privada, fruto dos anseios de uma nova sociedade. Sociedade esta, denominada Sociedade da Informação, que clama por respostas rápidas do poder jurisdicional estatal e que, na maioria das vezes, não consegue obtê-las de forma satisfatória. Desta forma, o presente estudo aborda a possibilidade da aplicação da arbitragem envolvendo o consumidor, realçando a sua hipossuficiência e vulnerabilidade como elementos que, na prática, podem inviabilizar a sua utilização.

Palavras-chave: Sociedade da Informação. Relações de Consumo. Arbitragem.

ABSTRACT

This article seeks to address the concept of arbitration applied to consumer relations hypothesis of private jurisdiction, the result of the desires of a new society. Society is called the Information Society, which calls for quick responses of the power state court and that, in most cases, can not get them satisfactorily. Thus, this study addresses the possibility of applying for arbitration involving consumers, enhancing their vulnerability as element that, in practice, may prevent its use.

Key-words: Information Society. Consumer Relations. Arbitration.

* Advogada, Especialista em Direito Penal, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professora Universitária.

** Advogado, Mestre em Direito na Sociedade da Informação, Professor Universitário

Arbitragem é uma forma extrajudicial, alternativa, de resolução de conflitos.

Requisito objetivo da arbitragem é que o conflito envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Já o requisito subjetivo da arbitragem é que as pessoas envolvidas no conflito sejam capazes de contratar, predominando o entendimento no sentido de capacidade absoluta, ou seja, que não dependa de assistência ou representação.

Importante traçar algumas questões afetas à aplicação dessa forma alternativa de solução de conflitos nas situações que envolvam relações de consumo, pois sabe-se que há um histórico na nossa sociedade no sentido de supremacia do fornecedor em relação ao consumidor, parte hipossuficiente e vulnerável da relação consumerista, o que culminou na criação do Código de Defesa do Consumidor, legislação principiológica que estabelece uma série de regras específicas, buscando igualar as partes nessa relação jurídica.

Nos termos da Lei n. 9.307/96, artigo 4º, parágrafo 2º, a chamada lei da arbitragem, *“nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de constituir 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”*.

Assim, pela leitura do dispositivo legal supracitado, conclui-se que a lei da arbitragem permite que conflitos relativos às relações de consumo sejam submetidos à arbitragem.

Mas, ao permitir a utilização da arbitragem para solução dos conflitos consumeristas originados a partir da celebração de contratos de adesão, a lei toma o cuidado de cercar o aderente de todos os cuidados no sentido de ter conhecimento de que, ao assinar um contrato de adesão onde conste uma cláusula compromissória, eventual conflito oriundo da relação de consumo poderá ser submetido à arbitragem.

Sabe-se que o contrato de adesão é aquele contrato cujas cláusulas são pré-estabelecidas pelo fornecedor, não dando margem ao consumidor para discussão de tais

cláusulas, cabe ao consumidor, apenas e tão-somente, preencher o formulário do contrato de adesão com seus dados pessoais.

Não pode o consumidor, assim, negociar com o fornecedor, buscando a modificação, exclusão ou inclusão de qualquer cláusula que seja. Ou o consumidor concorda e adere ou, em não concordando, deixa de aderir. Porém, por vezes o consumidor tem a necessidade de aderir ao contrato, e acaba fazendo mesmo discordando de alguma cláusula nele inserida.

Desta forma, caso não haja nenhum destaque na cláusula que institui a arbitragem nem o visto específico do consumidor apostado nessa cláusula ou, ainda, não haja um documento anexo ao contrato de adesão prevendo, justamente, a submissão de eventual conflito à arbitragem, esta não poderá ocorrer.

Pois bem. Mas será que basta cercar o consumidor do conhecimento de que eventual conflito será submetido à arbitragem? Sabe-se que o consumidor é, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, hipossuficiente e vulnerável, razão pela qual mencionada legislação procura protegê-lo de todas as formas, já que, na contratação, na relação de consumo, o fornecedor acha-se em posição de superioridade. Isso é indiscutível.

Na relação de consumo o consumidor é tido por vulnerável porque está sujeito às práticas do fornecimento de produtos e serviços. Tal vulnerabilidade acentua-se em razão da não observância, por parte do fornecedor, dos princípios gerais que regem as relações de consumo, além da inserção de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, que são unilaterais (ou o consumidor adere ou não contrata, não lhe cabendo a discussão a respeito das cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor e do poder de sedução da publicidade.

A conseqüência lógica da constatação da vulnerabilidade do consumidor é a de que, nas relações de consumo, jamais pode ser aplicado o princípio da igualdade, já que francamente desiguais são as posições de fornecedor e consumidor.

É em razão dessa situação de desvantagem em que o consumidor se encontra na relação de consumo que adequada se mostra a aplicação do princípio da isonomia, segundo o qual se conferem tratamentos

diferenciados às partes, justamente na tentativa de colocá-las em pé de igualdade, ou seja, é o tratamento diferenciado, na exata medida das desigualdades das partes.

A presunção da vulnerabilidade do consumidor é de direito, é absoluta, pouco importando o grau de conhecimento e instrução do consumidor ou, ainda, sua capacidade econômico-financeira.

A vulnerabilidade indica, portanto, a posição do consumidor de inferioridade em relação ao fornecedor.

Já a hipossuficiência está relacionada ao fato de ser o consumidor a parte mais fraca, mais frágil da relação de consumo, razão pela qual merece especial atenção do legislador. A hipossuficiência pode concernir ao fato da situação socioeconômica do consumidor ser inferior perante o fornecedor, ou, ainda, pelo fato de o consumidor não ter o conhecimento técnico do fornecedor, razão pela qual, inclusive, inverte-se o ônus da prova.

Para o Código de Defesa do Consumidor, considera-se consumidor aquele que recebe o produto ou o serviço na qualidade de destinatário final, pouco importando se trata de pessoa física ou jurídica, o importante é a constatação no sentido de que o produto ou o serviço não será utilizado para revenda, por exemplo.

Por sua vez, fornecedor é aquele sujeito da relação que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços, seja pessoa física ou jurídica.

Feitos esses breves comentários, passamos agora a analisar a viabilidade de submissão dos conflitos oriundos de relação de consumo à arbitragem, adiantando existirem posições em ambos os sentidos.

Antes de tudo, vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor, datado de 1990, adotou uma postura principiológica.

Significa dizer que as relações de consumo são pautadas por diversos princípios que as orientam, sendo certo que suas disposições são, na sua maioria, exemplificativos, ou seja, é possível uma interpretação principiológica, mas sempre no

sentido de salvaguarda dos direitos do consumidor.

Na legislação consumerista, há apenas a proibição de instituição compulsória da arbitragem (artigo 51, inciso VII), sendo nula eventual cláusula nesse sentido.

Ressalte-se que essa proibição não se confunde com a instituição em contrato de adesão da cláusula compromissória, que, conforme vimos, é possibilitada pela lei da arbitragem, desde que fique claro que o consumidor foi suficientemente informado da existência de tal cláusula em seu contrato.

Vale ressaltar que a cláusula compromissória significa o estabelecimento prévio de que a solução do conflito surgido na relação de consumo, originada do contrato de adesão, ou seja, trata-se da simples previsão no sentido de que, em surgindo o conflito, ele será submetido à arbitragem para a sua solução. Não se trata, pois do estabelecimento da arbitragem após o surgimento do conflito, mas sim da submissão de eventual e futuro conflito surgido será solucionado por essa forma alternativa. Ao aderir a este contrato, em tese, o consumidor concorda com a submissão de eventual conflito à arbitragem, da mesma forma que, em tese, concorda com todas as outras cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor e constantes no contrato de adesão.

Realmente, a Lei de Arbitragem, datada de 1996, prevê a possibilidade de inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão (tipicamente contratos de consumo, contratos de massa, pré-estabelecidos), ressaltando, apenas, que deve haver completo conhecimento por parte do consumidor a respeito dessa cláusula.

Com relação aos demais contratos, a conclusão parece ser no sentido de admissão da submissão do conflito surgido de relações de consumo à arbitragem, já que as cláusulas do contrato são estabelecidas bilateralmente, ou seja, é possível ao consumidor discuti-las.

A princípio, não haveria conflito entre essas disposições, pois a legislação consumerista proíbe a arbitragem compulsória, ou seja, a instituição desta forma alternativa de solução de conflitos sem a concordância do consumidor, e a lei de arbitragem impõe a

concordância específica do consumidor relativa à cláusula compromissória.

Aparentemente, as normas estão em plena sintonia, já que dizem a mesma coisa, com palavras diferentes.

Ambas são leis específicas. O Código de Defesa do Consumidor regula apenas e tão-somente as relações de consumo, ao passo que a Lei da Arbitragem regula uma forma de solução alternativa de conflitos, qual seja, a arbitragem de um modo geral, permitindo seja utilizada para a solução de conflitos que envolvam partes plenamente capazes e tratem de direitos patrimoniais disponíveis.

Há os que afirmam não existir, na legislação consumerista, nenhuma proibição de submeter o conflito à arbitragem, que não pode, portanto, ser afastada, desde que haja concordância do consumidor nesse sentido. Ademais, devem ser estimuladas as soluções extrajudiciais de conflitos, já que mais céleres.

Mas será que a submissão do conflito consumerista à arbitragem, ainda que com a concordância expressa do consumidor nesse sentido, atende aos anseios principiológicos da legislação consumerista? A resposta, ao que nos parece, negativa.

Primeiro porque o consumidor, na qualidade de vulnerável, não teria condições de discutir com o fornecedor a questão referente à utilização da arbitragem.

Ora, sabemos que a grande maioria dos contratos de consumo na atualidade são contratos de massa, são contratos pré-estabelecidos pelo fornecedor, contratos a que o consumidor adere, na sua maioria, porque tem a necessidade de contratar ou porque foi seduzido pela publicidade.

A vulnerabilidade do consumidor não nos permite outra conclusão que não seja no sentido de ser totalmente ignorante o consumidor a respeito da arbitragem.

Não estamos falando de relações de consumo entre pessoas jurídicas, que estão em posição de igualdade econômico-financeira na maioria das vezes, estamos falando de contratos de massa, aos quais o consumidor adere sem maiores conhecimentos técnicos e muitas vezes discordando de muitas das cláusulas pré-estabelecidas pelo fornecedor, mas adere por necessidade relativa à prestação daquele serviço.

Ademais, não seria possível na arbitragem a utilização dos mecanismos assegurados pela legislação consumerista ao consumidor, especialmente quando falamos na inversão do ônus da prova, ou na competência pelo domicílio do consumidor (havendo, inclusive, previsão nesse sentido no Código de Processo Civil).

Do consumidor seriam retirados meios de defesa de seus interesses e direitos, assegurados pela legislação consumerista, os quais, evidentemente, não seriam respeitados na arbitragem.

Será que o consumidor estaria protegido na hipótese de solução extrajudicial de seu conflito?

Que a arbitragem é um meio importante, eficiente e eficaz para resolução extrajudicial de conflitos, não estando afastada a possibilidade de submeter eventual questão ao Poder Judiciário, não se nega.

Nega-se, isto sim, que o consumidor tenha condições de saber, efetivamente, do que se trata a arbitragem.

Ademais, a quem caberia arcar com os custos da arbitragem? Ao consumidor, que na maioria das vezes não possui recursos? Estamos falando de relações massificadas, do consumidor na essência, assim considerado pelo Código de Defesa do Consumidor como sendo hipossuficiente e vulnerável.

Ficaria difícil estabelecer se ao consumidor ou ao fornecedor caberia a obrigação de arcar com o custo da arbitragem. Não seria justo que o custo fosse dividido entre eles, pois, na sua grande maioria, os consumidores estão em franca desigualdade socioeconômica com relação ao fornecedor, um dos fatores que o faz hipossuficiente.

Se a legislação consumerista adota princípios e meios justamente na defesa do consumidor diante do fornecedor, conhecendo a realidade das relações de consumo no Brasil, não caberia à lei de arbitragem retirar do consumidor tal possibilidade.

Não basta, de acordo com nosso entendimento, a aposição de visto específico para a cláusula compromissória inserida no contrato de adesão, nem mesmo a existência dessa cláusula em qualquer tipo de contrato de consumo.

E isto porque não é possível saber se o consumidor, ao assinar o contrato, tinha pleno conhecimento do que seria a arbitragem, em que consistiria tal meio de solução de conflito, no mais das vezes sendo iludido pelo fornecedor, fato esse que não se pode negar.

A concordância do consumidor com a instituição futura da arbitragem para a solução de eventual conflito, ou mesmo a convenção de arbitragem, não indica que, ao concordar, tenha tido conhecimento integral acerca do instituto, bem como do que estaria abrindo mão.

Não se pode concluir, simplesmente com isso, que o consumidor tenha aderido à arbitragem porque concorda com ela, porque acha que realmente seria a melhor forma para a resolução do conflito.

Ademais, estaria o consumidor, na arbitragem, assistido por profissional habilitado, capaz de zelar pela satisfação de seus interesses e pelo respeito aos seus direitos? Entendemos que não.

Não podemos negar que a arbitragem possui diversas vantagens, tais como a simplificação que proporciona para a resolução do conflito, além de facilidade, sigilo, tecnicidade e rapidez.

Mas será que o sigilo do procedimento arbitral não prejudica o consumidor? Sim, pois não terá a fiscalização de nenhum outro órgão capaz de zelar pelo respeito aos seus direitos.

Além disso, não podemos esquecer que o árbitro é escolhido pelas partes.

Assim, surge a pergunta: todos os consumidores serão capazes de efetivar tal escolha? Entendemos que não, justamente por, na maioria das vezes e conforme já afirmamos, não saber, sequer, do que se trata a arbitragem. Será que o árbitro não acabaria por ser escolhido pelo fornecedor, acostumado à solução extrajudicial de seus conflitos?

Não negamos que o árbitro deve ser imparcial. Mas, se é possível a corrupção de um membro do Poder Judiciário para que profira decisão favorável a uma das partes, maior razão assiste-nos para a preocupação com eventual parcialidade do árbitro.

A proteção do consumidor é tão importante que foi conferida ao Ministério Público a atribuição de ingressar com ações coletivas, justamente para a defesa dos

interesses dos consumidores, para a defesa de interesses coletivos *strictu sensu*, difusos e individuais homogêneos.

Outra questão de relevância refere-se à possibilidade de concessão de tutela específica (artigo 84, do Código de Defesa do Consumidor), o que, por uma questão óbvia, não caberia na arbitragem, já que o árbitro não tem o poder de executar suas próprias decisões, devendo o interessado socorrer-se do Judiciário, para a execução da sentença arbitral.

Com isso, a resolução do litígio consumerista pela arbitragem não seria tão eficaz quanto sua resolução pelo Judiciário.

Não podemos esquecer que a legislação consumerista é norma de ordem pública, tratando-se de um microssistema criado justamente para a defesa e proteção do consumidor, o que certamente seria afastado caso o conflito fosse submetido à arbitragem, retirando, pois, todas as normas protetivas à parte mais frágil da relação.

Ao nosso ver, a instituição da arbitragem deveria partir do consumidor, claro que com a concordância do fornecedor nesse sentido. Esta seria a única forma, e, ainda, com ressalvas, de adequar os dispositivos legais das legislações em questão, com o intuito de proteger o consumidor.

A opção pela arbitragem não pode ser imposta ao consumidor pelo fornecedor, não sendo razoável admitir-se a instituição da cláusula arbitral em um contrato de adesão, por exemplo.

Talvez, a arbitragem poderia servir como meio para a solução de conflitos originados de relações de consumo se um órgão especializado na defesa dos consumidores pudesse intervir no procedimento, garantindo o respeito aos princípios que orientam as relações de consumo e os conflitos delas surgidos. A princípio, este órgão poderia ser o IDEC.

Concluimos que, no atual estágio das relações de consumo, nas quais sempre acaba por predominar os interesses dos fornecedores, até o momento em que se submete a questão ao Poder Judiciário, não é possível deixar a solução da questão para o procedimento arbitral, justamente porque o consumidor, pelo menos num primeiro momento, ficaria

afastado de todos os mecanismos que a legislação consumerista lhe assegura para defesa de seus direitos.

Na atual sociedade, em que há um flagrante desencontro de informações, justamente por serem elas transmitidas em

excesso, proporcionando, no mais das vezes, desentendimento, o consumidor não está apto a recorrer à solução extrajudicial de conflitos consumeristas, sob pena de ocorrer a opressão do consumidor por parte do fornecedor.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasília, ano 3, n. 9, pp. 13-21, abr./jun., 2006.
- BENTO, Leonardo Valles. **Arbitrabilidade dos litígios de consumo**. Disponível em: <<http://www.cj.ufsc.br>>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 13hs51min.
- CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem para Consumo**. Disponível em: <http://www.cacb.org.br/mediacao_arbitragem/artigos/Arbitragem%20Para%20Consumo.doc>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 13hs45min.
- FILOMENO, José Geraldoo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 7 ed. atual. de acordo com o Novo Código Civil Lei nº 10.406, de 10-1-2002. São Paulo: Atlas, 2004.
- GALARRAGA, Luziane de Freitas. **Arbitragem de Consumo na Espanha**. Disponível em: <<http://www.ucepel.tche.br/direito/revista/vol4/02.doc>>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 12hs30min.
- LEMES, Selma Ferrira. **O uso da arbitragem nas relações de consumo**. Disponível em: <<http://www.mundojuricio.adv.br>>. Acesso em 30 de abril de 2008, às 11hs30min.
- LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- _____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15755>>. Acesso em 30 de abril de 2008, às 10hs45min.
- OLIVEIRA FILHO, Rodrigo Priolli. **Relação de Consumo: serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Altamira, 2004.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A arbitragem de consumo na Espanha**. Disponível em: <http://www.cbmae.com.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=51774>. Acesso em 12 de maio de 2008, às 13hs55min.
- ZULIANI, Evandro. **Arbitragem e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4987>>. Acesso em 30 de abril de 2008, às 11hs00min.