

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O USO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE ADESÃO PARA EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Thassiana Bessa Ferreira¹
Juvenal Bacellar Neto²

RESUMO

A presente monografia apresenta elementos para discutir sobre o uso da cláusula compromissória nos contratos de adesão – em especial os contratos de consumo. A celeuma surge quando da publicação da Lei de Arbitragem. Alguns doutrinadores defendem que a referida, datada de 1996, está em confronto com o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição vigente. Defendem ainda que, por ser o consumidor a parte hipossuficiente da relação de consumo, aqueles contratos que possuam uma cláusula compromissória são nulos de pleno de direito. A controvérsia se intensifica, pois, os doutrinadores que defendem a nulidade da cláusula, retiram do consumidor a liberdade de escolha, mesmo que esse esteja ciente e opte por utilizar o procedimento arbitral em caso de um possível litígio. Esta monografia analisa a evolução/retrocesso da arbitragem no direito pátrio, em especial nas relações de consumo, analisa ainda a possível divergência dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor; discuti a arbitragem nas relações de consumo nos demais países e apresenta os posicionamentos favoráveis e contrários ao uso da cláusula compromissória nos contratos consumeristas. Para tanto, usa a pesquisa exploratória e a bibliográfica. A primeira, procurará aprimorar idéias preestabelecidas sobre o assunto, além de proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses. A característica principal dessa pesquisa exploratória é possuir um planejamento flexível, que envolve, em geral, o levantamento bibliográfico, além de outras técnicas. Já a pesquisa bibliográfica permite um grau de amplitude maior, economia de tempo e possibilita um levantamento de dados históricos, os quais são utilizados para a elaboração conceitual e definição dos marcos teórico.

Palavras-chave: Cláusula Compromissória. Contratos de Adesão. Constituição Brasileira de 1988. Código de Defesa do Consumidor. Lei Arbitral.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE) – E-mail: thassianabessa@hotmail.com.

² Graduado em direito, especialista em direito civil e direito processual civil e em educação à distância – E-mail: bacellar@signorelli.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo altamente globalizado, onde o sucesso das relações interpessoais depende do bom aproveitamento do tempo, imprescindível uma análise crítica a respeito dos novos contornos das relações de consumo, principalmente no que tange a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de adesão, em especial, os contratos de consumo.

Primeiramente, é imperioso fazermos um leve esboço da evolução da arbitragem. A aplicação desse instituto, mesmo após sua regulamentação pela Lei 9.307/96, ainda é tema que gera muitas discussões. Podemos definir a arbitragem como um meio alternativo de solução de conflitos, onde as partes, de comum acordo, se comprometem a eleger um árbitro (de confiança de ambos e capaz) para resolver possível litígio que possa surgir. O artigo 3º, *caput*, da Lei 9.307/96 assim define a arbitragem: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

Tendo em vista o alto fluxo de processos que o judiciário pátrio tem enfrentado e sua morosidade na solução do litígio, a arbitragem mostra-se como um meio mais célere de resolução de conflitos e de custo mais baixo para as partes. Sua aplicação, embora ainda tímida dentro do nosso ordenamento, provocaria o “desafogamento” do judiciário brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países Europeus.

Estados Unidos da América, Portugal, Espanha, Holanda, Bélgica, Alemanha, França, Canadá, dentre outros, são exemplos de países que obtiveram sucesso na aplicação da arbitragem, com enfoque nas relações de consumo. Na maioria desses países, a arbitragem funciona com a ajuda de juntas arbitrais de consumo ou órgãos de conciliação e arbitragem institucionalizados.

Diante de experiências bem sucedidas e da necessidade de desinstitucionalizar as relações pessoais, desmistificando assim, o papel do juiz, nosso ordenamento avançou ao permitir a arbitragem como um meio de solucionar conflitos. Há de se ressaltar que o poder judiciário e a arbitragem são coexistentes e não excluem a possibilidade um do outro.

Ao analisar a evolução da arbitragem nos ordenamentos jurídicos, questiona-se ainda sobre a possibilidade de aplicação desse instituto como meio de solucionar possível litígio nas relações consumeristas.

A celeuma se estabelece quando da inclusão de uma cláusula compromissória nos chamados contratos de consumo – de adesão. Constitucional? A doutrina diverge quanto a essa possibilidade. Alguns autores afirmam que a mencionada lei da arbitragem não encontra respaldo no Código de Defesa do consumidor – Lei 8.078/90, restando à cláusula compromissória abusiva e em desacordo com os ditames do referido código.

Há de se ressaltar que, a referida lei traz em seu artigo 4º a seguinte disposição acerca dos meios alternativos de solução de conflitos, incluindo-se nesse rol a arbitragem:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Para responder à problemática, é necessário fazer uma breve análise sobre os contratos de adesão. Diante dessa realidade onde “tempo é dinheiro”, os contratos de adesão invadem o cenário e passam a fazer parte das relações entre consumidor e fornecedor. O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 54 assim os define: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Primordial analisarmos o significado dos termos que compõem referido artigo para posteriormente adentrarmos no tema. Assim dispõe o Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 2º e 3º:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Com relação à Política Nacional das Relações de Consumo, o Código de Defesa do Consumidor apresenta normas em defesa do consumidor, por entendê-lo a parte hipossuficiente da relação de consumo. O consumidor é aquele que, na maioria das vezes, não detém as informações técnicas a respeito do produto, tornando-se, portanto, vulnerável a possíveis abusos por parte do fornecedor.

Diante disso, surge a dúvida: seria a cláusula compromissória abusiva nos contratos de adesão, tão somente pelo fato de ser ela “imposta” pelo fornecedor? Isso contraria a Política Nacional das Relações de Consumo por ser o consumidor considerado a parte hipossuficiente da relação?

Ainda com relação ao tema, a principal divergência dos doutrinadores encontra-se no artigo 51, inciso VII da Lei 8.078/90, que assim preceitua:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; (grifo)

Não obstante, a Lei 9.307/96 define a cláusula compromissória em seu artigo 4º, caput, e estabelece os parâmetros da mesma nos contratos de adesão:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º 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. (grifo).

Ao observar os artigos citados da lei de arbitragem e do Código de Defesa do Consumidor, surge um impasse a respeito da aplicação da cláusula nos contratos de adesão: é vedada por um e permissiva no outro? Considerando que a Lei 8.078/90 é norma geral e a lei 9.307/96 é específica, podemos falar em uma divergência hierárquica/temporal de normas? É sabido que, de acordo com o princípio da especialidade temos que norma especial posterior revoga norma geral anterior (*Lex specialis derogat legi generali*), mas seria tal princípio aplicável ao caso? Trataremos do tema posteriormente.

É certo que o excesso de zelo (ou seria descaso?) do legislador ao tratar do tema arbitragem nos contratos de adesão acabou gerando grande celeuma no ordenamento jurídico, dividindo a opinião dos juristas e doutrinadores.

Necessário esclarecer que o objetivo do legislador não é prejudicar o consumidor com a inclusão da cláusula, mas sim oferecer a possibilidade de um meio alternativo de solução de um possível litígio na relação consumerista.

Destaca-se que o objetivo que se quer atingir com a inclusão da cláusula compromissória nos contratos de adesão é proporcionar ao cidadão exercer seu livre arbítrio, não tornando o meio judicial o único como sendo confiável e juridicamente aceito. É necessário quebrar certos paradigmas, e é nesse contexto, que prioriza o dinamismo nas relações, que a arbitragem surge como uma forma alternativa de solucionar conflitos.

2 ANÁLISE HISTÓRICA DA ARBITRAGEM – LEI N.º 9.307/96

Antes de adentrarmos nos contratos de adesão- em especial os contratos de consumo, é imperioso analisarmos a história da arbitragem, como surgiu, onde, suas características e sua evolução no decorrer dos anos.

Felícia Ayako Harada expõe sobre o tema:

Sabemos que a humanidade, durante sua evolução utilizou-se de vários meios para a solução de conflitos, quer sejam, autotutela, autocomposição, a arbitragem e a decisão judicial. A arbitragem remonta às mais antigas civilizações, com peculiaridades próprias. Entretanto, o chamado direito alternativo tomou forma na Itália, nos idos de 70, tendo como inspiração, além do direito livre, o direito vivo e o jusnaturalismo. Sem dúvida, entretanto, o que mais contribuiu para a instalação da arbitragem foi o comércio internacional. A base deste segmento, quer seja a "lex mercatoria" é a grande responsável por inúmeros procedimentos na área arbitral, sem citar

que é a própria responsável pelo surgimento da justiça arbitral. E, é exatamente neste setor de comércio internacional que ela mais se faz necessária pela rapidez de sua decisão, não se discutindo qual foro judicial, qual a lei do país a ser aplicada, etc.

Como já explanado anteriormente, a arbitragem é um meio alternativo de solução de litígios; antigo instituto utilizado há milhares de anos, surgiu em Atenas, na Grécia, quatrocentos anos antes de Cristo. A partir daí, a arbitragem se difundiu para outros países, sendo adotada por vários povos como meio de se obter solução em conflitos.

No Brasil, a Constituição de 1824 já previa a arbitragem nas causas cíveis. A resolução de 1831 e a Lei nº 108 de 1837 trouxeram para o ordenamento pátrio a possibilidade do uso da arbitragem nas causas que versassem sobre seguro e locação de serviços, respectivamente.

O Código Comercial Brasileiro de 1850 também tratou da arbitragem e o regulamento nº 737 do mesmo ano trouxe a distinção entre a arbitragem compulsória e facultativa. Vale ressaltar que a arbitragem compulsória foi revogada pela Lei nº 1.350 de 1866.

Assim como o Decreto Lei nº 3.048/1898, o Código de Processo Civil de 1939 e seu sucessor, datado de 1973, também disciplinavam a respeito da arbitragem.

No Brasil a arbitragem só foi devidamente regulamentada na década 90 após a promulgação da Lei nº 9.307/96, que disciplina inteiramente sobre o referido instituto e sua aplicabilidade. No entanto, o Brasil já era signatário de alguns tratados que regulamentavam a arbitragem internacional, entre eles o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção de Nova York datada de 1958 e da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, OEA, Panamá, de 1975.

Cumprе ressaltar que, anterior à publicação da lei 9.307/96, a arbitragem encontrava grandes obstáculos dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, de acordo com o artigo 267 do Código de Processo Civil, para que a jurisdição estatal fosse afastada, era necessário o “compromisso arbitral”. Com o advento da lei arbitral, substituiu-se o termo por “convenção de arbitragem”, o que acabou por favorecer principalmente os contratos comerciais.

Além disso, antes da publicação da lei, fala-se em homologação do laudo arbitral pelo judiciário, o que desvirtuava os objetivos da arbitragem: celeridade e eficácia do procedimento.

Fátima Nancy Andrichi, ministra do Superior Tribunal de Justiça, discuti a respeito:

Com o advento da Lei 9.307/96, o quadro de desinteresse foi sendo revertido. As inovações trazidas pela Lei incentivaram a pactuação da arbitragem, principalmente, em contratos comerciais. Antes dessas modificações, apenas a eleição de compromisso arbitral afastava a jurisdição estatal. Contudo, a nova legislação alterou o inc. VII do art. 267 do CPC e substituiu a expressão "compromisso arbitral" por "convenção de arbitragem", estendendo a possibilidade de extinção do processo sem julgamento do mérito também quando pactuada apenas cláusula arbitral. Outra importante inovação trazida pela Lei 9.307/96 está estampada em seu art. 31, que estabelece que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo judicial, nos termos do art. 584, VI, do CPC.

Atualmente, diferente do que ocorre no Brasil, nos países europeus, a arbitragem é um instituto amplamente utilizado como meio de solucionar conflitos, até mesmo na seara comercial. Alguns países investem amplamente neste instituto, são eles: Estados Unidos da América, Portugal, Espanha, Holanda, Bélgica, Dinamarca. Além dos países citados, Alemanha, França, Canadá e Suécia apresentam experiências bem sucedidas com a arbitragem.

Seguindo o exemplo dos demais países, a Argentina criou pelo Decreto 276/98 o sistema nacional de arbitragem de consumo, sendo a adesão facultativa ao consumidor. Mas anteriormente, no ano de 1993, a Lei Argentina nº 24.240 em seu artigo 59 já previa a criação de tribunais arbitrais:

ARTICULO 59. — Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales, que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan las asociaciones de consumidores y cámaras empresarias. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.³

Atualmente, verifica-se que a arbitragem ganha espaço nos contratos de adesão, em especial os contratos de consumo. No entanto, o uso da cláusula compromissória nos contratos de adesão não é pacífico. Mas o que seria a cláusula compromissória e o compromisso arbitral? De acordo com o artigo 4º, caput, da Lei 9.307/90, a primeira é a possibilidade do uso da arbitragem em litígio futuro, vinculando assim os contratantes; já o segundo, trata da possibilidade de fazer uso da arbitragem em um conflito que já existe.

Alguns doutrinadores defendem que a inclusão da cláusula compromissória gera prejuízos ao consumidor, sendo nula de pleno direito. Outros, no entanto, defendem que é perfeitamente válida a inclusão da cláusula nesse tipo de contrato, desde que respeitadas algumas condições impostas pela própria lei de arbitragem. Oportunamente, o assunto será abordado.

2.1 BREVE ESTUDO SOBRE AS NORMAS CONSTANTES NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LEI 8.078/90

O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 disciplina as normas de proteção ao consumidor além de outras providências. Antes de iniciarmos a análise sobre o tema em questão, é necessário apresentarmos alguns conceitos que o referido código traz, são eles: consumidor, fornecedor, produto e serviço.

Em seu artigo 2º, a Lei 8078/90 traz o conceito de consumidor:

³ ARTIGO 59. - Tribunais de Arbitragem. A autoridade irá incentivar a organização dos tribunais arbitrais, atuando como conciliadores ou árbitros, conforme a jurisprudência para resolver os litígios que surjam no âmbito das disposições da presente lei. Poderão ser convidados a trabalhar nesses tribunais de arbitragem, nas condições estabelecidas pelo regulamento, para as pessoas em função das competências, propondo a associações de consumidores e câmaras empresariais. Regulam o procedimento o local em que atua o tribunal arbitral.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

O artigo 3º do mesmo dispositivo traz a definição de fornecedor, produto e serviço:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Importante ainda conceituarmos os termos que definem “produto”: Bens móveis e imóveis. Os primeiros são os que podem ser transportados por movimento próprio ou removidos por força alheia; imóveis são os que não podem ser transportados sem alteração de sua substância. Por bem material entende-se os bens corpóreos e por imaterial os bens incorpóreos. Os primeiros são coisas que tem existência material, as coisas que podem ser tocadas: um carro, uma casa. Em suma, são os objetos do direito; já os bens incorpóreos são os de existência abstrata (produção artística ou intelectual), não tem coisa tangível e são relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos de seu intelecto ou contra outra pessoa, apresentando valor econômico, tais como: os direitos reais, obrigacionais, autorais.

2.1.1 Artigo 4º, inciso V e artigo 51, inciso VII da Lei 8.078/90: contraditórios ou complementares?

Vencidas essas questões, adentremos na celeuma jurídica que se estabeleceu: arbitragem versus Código de Defesa do Consumidor? É necessária a análise de dois artigos do referido Código: o artigo 4º, inciso V e o artigo 51, inciso VII.

O primeiro trata da Política Nacional das relações de consumo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#).

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;...

Não obstante a permissividade trazida pelo supracitado artigo ao tratar dos meios alternativos de solução de conflitos, incluindo-se nesse rol a arbitragem, alguns doutrinadores defendem que o artigo 51 do mencionado Código proíbe o uso da cláusula compromissória nos contratos de consumo, sendo considerada nula de pleno direito.

O artigo Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

VII - determinem a utilização **compulsória** de arbitragem;...

Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor traz dois dispositivos sobre a utilização da arbitragem. O primeiro incentiva expressamente o uso de meios alternativos de solução de conflitos (a arbitragem), enquanto o segundo gera dúvidas a respeito do tema. São contraditórios ou complementares?

Analisando o termo “compulsória” utilizado no citado artigo 51, inciso VII, percebe-se claramente que a intenção do legislador era apenas coibir o uso desenfreado da arbitragem nos contratos de consumo, de modo a induzir ou mesmo forçar o consumidor a aceitar a cláusula arbitral, o que de fato é uma prática abusiva por parte do fornecedor.

Há de se ressaltar que, sendo o consumidor a parte hipossuficiente da relação de consumo, alguns cuidados devem ser tomados para que não se configure uma prática abusiva por parte do fornecedor. E é exatamente isso que a Lei 8.078/90 tenta coibir, a arbitragem “compulsória”. Concluí-se que, desde que o consumidor aceite a arbitragem, nada obsta a sua utilização como meio de solucionar possíveis litígios na relação de consumo.

2.2 APARENTE CONFLITO ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (LEI 8.078/90) E A LEI DE ARBITRAGEM (LEI 9.307/96)

Resolvida a questão no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, resta saber se há embasamento jurídico para alguns doutrinadores defenderem a impossibilidade do uso da cláusula compromissória nos contratos de consumo, com respaldo na Lei 8.078/90. Aqui a celeuma se instaura pois, diante da permissividade da Lei de arbitragem e da “proibição” do artigo 51, inciso VII do referido Código, o que deve vigorar? O princípio da especialidade de normas seria aplicável ao caso?

Primeiramente, é imperioso analisarmos o artigo 4º, parágrafo 2º da Lei 9.307/96:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º 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.

O §1º do dispositivo disciplina como deve ser estipulada as cláusulas compromissórias nos contratos em geral para que tenha validade jurídica, ou seja, a forma deve ser escrita, inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Já o §2º do mesmo artigo traz uma ressalva para os chamados contratos de adesão, afim de proteger a parte hipossuficiente da relação de consumo (consumidor) e coibir abusos por parte do fornecedor: para a cláusula ser válida nos contratos de consumo, o consumidor deve tomar a iniciativa de instituir a arbitragem; uma segunda hipótese, caso seja o fornecedor quem estipule a arbitragem, o consumidor deve concordar por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Há de se ressaltar que, a maior parte da doutrina admite a aplicação do compromisso arbitral nas relações de consumo, ou seja, pacto feito após o surgimento do litígio. O que de fato está sendo discutido e gera grande instabilidade entre os doutrinadores, diz respeito à cláusula compromissória, ou seja, acordo feito antes do surgimento do litígio, que pode acabar sendo imposta ao consumidor, caso não sejam respeitadas as formalidades dispostas no referido artigo 4º, § 2º da Lei de arbitragem.

Ao dispor sobre a validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, percebe-se claramente que a intenção do legislador não foi afastar a arbitragem das relações de consumo, como alguns doutrinadores defendem, e sim proteger o consumidor da chamada arbitragem compulsória. Entende-se que, as formalidades dispostas na Lei de arbitragem para validar a cláusula nos contratos de adesão se fazem necessárias para coibir o uso da arbitragem compulsória (artigo 51, inciso VII da Lei 8.078/90). Cumpridas tais formalidade, não há que se falar em arbitragem compulsória.

Para reafirmar a legalidade do uso da cláusula compromissória nos contratos de adesão, primordial citarmos o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor e seus incisos:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

§ 3º Os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (grifo nosso).

Pela redação do §4º do citado artigo, não resta dúvidas que o Código de Defesa do Consumidor estabelece apenas limites para o uso adequado de cláusulas que possam causar dano ao direito do consumidor (a exemplo da cláusula compromissória), o que de fato não proíbe a utilização da mesma.

A respeito do assunto, em seu artigo “A lei de arbitragem aplicada às relações de consumo”, Hélder Fábio Cabral Barbosa afirma que:

A norma que institui o CDC cumpre o seu papel na defesa do consumidor, tendo a Lei 8.078/90 sido feliz em suas considerações, uma vez que não exclui a arbitragem como forma para resolução de litígios provenientes das relações de consumo, mas simplesmente afastou a instituição de uma arbitragem maliciosa e indesejada pelo consumidor. A arbitragem não se choca nem deve se chocar com a proteção que a lei confere ao consumidor, mas deve ser recebida como forma eficaz de resolução de conflitos, facilitando o contato entre as partes litigantes e oportunizando uma solução rápida e razoável para ambas as partes.

Oportunamente, conclui-se que os dispositivos são complementares, pois, a lei de arbitragem traz a forma correta para o uso da cláusula compromissória não ser considerada compulsória nos contratos de adesão. Os dispositivos subsistem, devendo ser analisados conjuntamente, portanto, não se excluem como defende parte da doutrina.

Hélcio Cunha em seu artigo “A arbitragem nas relações de consumo” dispõe a respeito do assunto, ao afirmar que:

O legislador, ao incentivar a criação de mecanismos alternativos de composição de conflitos, objetiva apenas disponibilizar ao consumidor diversos instrumentos para a tutela de seus direitos. Não se busca a substituição dos mecanismos judiciais de composição de litígios pelos mecanismos extrajudiciais, mas tão-somente a coexistência de ambos. Na verdade, rompe-se a crença de que somente os mecanismos judiciais são eficientes e seguros para resolver disputas. Ora a implementação dos mecanismos alternativos acaba por incentivar o envolvimento da comunidade na resolução de conflitos, evidenciando um maior nível de cidadania e consciência dos jurisdicionados.

Bastante pertinente a coexistência de ambos os institutos (judicial e arbitral) de solucionar litígios. O objetivo é oferecer ao cidadão mais um meio rápido e eficiente de solução de conflitos, desafogando o judiciário. Cabe ao consumidor exercer seu livre arbítrio, escolhendo aquele meio que lhe parece mais pertinente para solucionar o litígio.

Da mesma opinião, Adriano Perácio de Paula explica que: “A nova lei que regula o procedimento arbitral abre espaço à convalidação de cláusula desta natureza, desde que apresentada em destaque para o consumidor.” Depreende-se que o autor é favorável à inclusão da cláusula compromissória em contratos de consumo, desde que respeitadas as exigências da lei arbitral.

Pelo exposto, fica claro que, observadas as formalidades legais, é válida a inclusão da cláusula compromissória nos contratos de adesão, pois, desta feita, não há que se falar em compulsoriedade.

Esclarecida a questão, outra discussão que merece destaque: o princípio da especialidade diz que a norma especial afasta a incidência da norma geral, *lex specialis derogat legi generali*. Seria tal princípio aplicável ao caso, tendo a lei de arbitragem (norma geral) afastado a incidência do Código de Defesa do Consumidor (norma especial)?

Joel Dias Figueira Júnior diz ser possível a aplicação do princípio da especialidade neste caso, ao afirmar que:

(...) a intenção preliminar do legislador em revogar o inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, estampada então no artigo 44, inciso III, do aludido Projeto (Projeto do Senado 78/92, último Projeto de Lei que antecedeu à Lei de Arbitragem) não foi aprovada, segundo se infere do atual art. 44, que não faz qualquer referência expressa ao dispositivo em questão. Ademais, é princípio assente de hermenêutica jurídica que *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*, no caso em exame, a Lei de Arbitragem reveste-se de natureza geral em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é especial. Nessas circunstâncias, não há que se admitir a revogação meramente tácita; mister se fazia, então, a expressa revogação - conforme, aliás, assinalava o Projeto citado -, o que terminou por não se verificar por acertada e final opção legislativa.

Não é razoável a posição de alguns doutrinadores ao defender o uso de tal princípio para a aplicação da arbitragem nas relações de consumo. Como já exposto e superado anteriormente, não se trata de uma incompatibilidade, e sim de uma complementação: a Lei arbitral veio complementar o Código de Defesa do Consumidor. Tal princípio não tem aplicabilidade neste caso.

Cumprido ressaltar ainda que o histórico do Projeto de Lei da Arbitragem (Proposição do Senado Federal n. 78/92) previa, em seu artigo 44, inciso III (não aprovado), a revogação expressa do inciso VII do artigo 51 do CDC. A redação original e aprovada daquele artigo não faz qualquer referência neste sentido; portanto, não houve revogação expressa, nem sequer tácita, o que reforça a ideia de que não existe conflito entre os dispositivos.

A fim de justificarmos o implemento da cláusula compromissória, adentraremos no âmbito da arbitragem a nível nacional e internacional, apresentando, para tanto, suas características, evolução/retrocesso e possíveis alternativas para a reafirmação de meios extrajudiciais de conflito dentro do país.

3 DA LIBERDADE CONTRATUAL

Analisando o tema em comento, imperioso tratarmos da liberdade de contratar. Estabelece o artigo 421 do Código Civil de 2002 que: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Ao interpretar o artigo citado, não adentrando nas discussões suscitadas por juristas e doutrinadores, limitamos a dizer que, o legislador, preocupado com o excesso de liberdade oferecido as partes, restringiu a liberdade de contratar à função social do contrato, ou seja, não deve ser usada para práticas abusivas que atentem contra à parte contrária ou contra terceiros.

O princípio da função social do contrato encontra-se estampado também no artigo 423 do mesmo código, a saber: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” Da redação desse artigo, depreende-se que o consumidor, sendo a parte hipossuficiente da relação, está protegido, o que reafirma a utilização da arbitragem nesses tipos de contrato.

Com relação à liberdade de contratar nos contratos de adesão, Marco Aurélio Ventura Peixoto explica que:

No concernente à formação do contrato de adesão, existem duas posições: uma alega que este é ato unilateral e outro ato de manifestação de vontade.

Segundo a primeira opinião, no contrato de adesão as cláusulas são preestabelecidas, não existindo livre manifestação da vontade, ficando, portanto a vontade do aderente restrita à vontade do predisponente. Por essa razão, entendem que tal relação não seja contratual, tendo em vista a falta do requisito básico da livre manifestação da vontade. Já para a corrente dos contratualistas, que entendem existir manifestação de vontade no contrato de adesão, o aderente participa da relação manifestando sua vontade no ato da contratação, tendo sob esse aspecto bilateralidade.

Segundo opinião majoritária da doutrina, a corrente contratualista defende que, embora limitada, a liberdade de contratar também está presente nos contratos de adesão. Diante disso, pode-se afirmar que o consumidor, tendo liberdade de contratar, pode se recusar a celebrar o contrato.

Bem observado por Francisco Gonçalves Neto, ao defender que:

Na redação da norma sob exame, verificam-se duas situações: a) a eficácia (efeitos) da cláusula compromissória fica condicionada à iniciativa do aderente (oblato, a parte economicamente fraca, embora protegida); b) a eficácia (efeitos) da cláusula compromissória se dará se o aderente (oblato) concordar, expressamente, com a instituição da arbitragem, em documento que se reporte ao contrato (de adesão) a que se refere à cláusula, ou em negrito, com visto especial para a predita cláusula.

Não me parece razoável posição de parte da doutrina que defende a presunção absoluta de abusividade com a inserção da cláusula compromissória nos contratos de adesão, uma vez que, conforme apresentado anteriormente, mesmo que limitada, o consumidor tem a liberdade de contratar ou não. Além disso, respeitadas as devidas formalidades citadas na lei arbitral, não há que se falar em abusividade quanto ao uso da cláusula compromissória.

Importante ressaltar que, ao vincular a liberdade de contratação à função social do contrato, impedindo assim cláusulas abusivas, o artigo 421 do Código Civil de 2002 veio reafirmar o artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que este último declara nula de pleno direito as cláusulas contratuais que determinem a utilização *compulsória* da arbitragem.

Percebe-se que o uso adequado da cláusula compromissória encontra respaldo na legislação. É visível que existem pré-conceitos com relação à arbitragem, principalmente por parte daqueles que vêm no Judiciário o único meio válido e seguro de solucionar litígios. Passaremos à análise da evolução do tema.

3.1 A ARBITRAGEM NO BRASIL

Não obstante o descrédito que a arbitragem encontrou e ainda encontra no mundo jurídico, notamos atualmente uma evolução no uso desse instituto. Certos paradigmas com relação ao tema estão sendo quebrados. A própria rapidez com que as relações de consumo ocorrem necessita de um meio mais célere e eficiente para resolver conflitos. A intenção não é substituir o judiciário pela arbitragem, e sim defender a coexistência de ambos.

É nesse cenário que a arbitragem tem ganhado força e está sendo cada vez mais utilizada dentro do país, tendo em vista as experiências bem sucedidas de outros países.

Fátima Nancy Andriighi cita em seu artigo que:

Em matéria veiculada no *Valor Econômico*, em 18.02.2005, foi mencionada pesquisa do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) demonstrando que, nos últimos seis anos, o uso da arbitragem aumentou 45% no Brasil. Outro dado estatístico relevante foi disponibilizado no sítio1 do Sindicato Nacional dos Juizes Arbitrais do Brasil, noticiando que em São Paulo, entre as 1.500 maiores empresas do Estado, 45% incluem em seus contratos a convenção de arbitragem.

Atualmente a cidade de São Paulo conta com o CAESP – Conselho Arbitral do Estado de São Paulo. Embora ainda tímidas as soluções de conflitos no âmbito comercial, já não se pode dizer o mesmo dos litígios trabalhistas, que utilizam cada vez mais o instituto arbitral.

Um dos impedimentos para a consagração da arbitragem na seara consumerista são as “custas”, pois a Lei 9.307/96 não estipulou critério para esse cálculo, cabendo ao Conselho ou Câmara Arbitral definir os custos. Na prática, percebe-se que as custas com o procedimento arbitral são mais elevadas do que o procedimento judiciário. Isso acaba por desestimular a arbitragem. No entanto, é possível criar meios para diminuir esse impacto. Pensando nisso, o CAESP trouxe em seu regulamento que, em se tratando de conflitos que envolvam o consumidor, o fornecedor sempre será o responsável pelo pagamento das custas.

Além do valor das custas no procedimento arbitral, outro impedimento com relação à instauração da arbitragem na seara consumerista é a falta de conhecimento por parte do consumidor quanto ao funcionamento da arbitragem.

Fátima Nancy Andriighi sobre o tema:

O Brasil conta com inúmeras entidades civis, organizações não-governamentais e órgãos públicos de defesa do consumidor que poderiam ser responsáveis pela divulgação e efetiva informação acerca da arbitragem. Seria viável, inclusive, esclarecer o consumidor que o procedimento arbitral, instaurado adequadamente, é capaz de lhe trazer benefícios, na medida em que o litígio pode ser mais rapidamente resolvido e que o custo alto é apenas aparente.

O ideal seria que o governo investisse nesse aspecto, informando ao consumidor sobre mais essa possibilidade de resolver litígios, pois a maioria desconhece o procedimento arbitral.

Outro aspecto relevante que deve ser sanado é a falta de um órgão fiscalizador para as Câmaras e Conselhos Arbitrais, a fim de evitar um possível conluio entre o fornecedor e esses conselhos, protegendo assim o consumidor.

Além dos pontos citados, alguns doutrinadores defendem ainda que o uso da arbitragem é inconstitucional, tendo em vista o que reza o artigo 5º, inciso XXXV, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Juliana Cristina Gardenal enfoca esse aspecto:

A Lei de Arbitragem não afeta o disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A jurisdição deve ser observada sob um enfoque contemporâneo, por meio do qual se faz necessária a releitura do significado

de acesso à Justiça, que não significa apenas acesso ao Poder Judiciário, contida naquele dispositivo. Esta visão certamente contribuiu para a crise que assola as vias jurisdicionais, culminando em falta de prestação da tutela pretendida ou demora na sua obtenção, o que traz sérias consequências àqueles que buscam a satisfação dos seus direitos. Necessária se faz uma efetiva mudança de pensamento, voltada à adequada informação acerca de todas as formas de acesso à Justiça ou meios de tratamento de controvérsias. O acesso à Justiça, enquanto via estatal, deve ser residual, voltado ao tratamento de conflitos que não comportam a utilização de outras vias. O obstáculo atual é uma questão cultural que deve ser redimensionada na aceitação da arbitragem, o que certamente contribuirá para se alcançar a justiça que tanto se busca.

Como bem exposto, é necessário uma releitura do citado artigo, tendo em vista a nova dinâmica das relações comerciais. O que se pretende garantir é o acesso à justiça e não ao Poder Judiciário exclusivamente.

Embora a arbitragem ainda possua alguns entraves para o seu desenvolvimento, podemos destacar muitos pontos positivos, tais como: autonomia de vontade em usar ou não a arbitragem ou mesmo na escolha do árbitro, celeridade, eficácia e privacidade. Além disso, para o seu “desafogamento”, o Judiciário urge por um meio alternativo de solução de litígios.

3.2 A ARBITRAGEM NOS DEMAIS PAÍSES

Como já exposto, a arbitragem faz parte do cotidiano de alguns países, como por exemplo: Argentina, Estados Unidos, Portugal, Espanha, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Alemanha, França, Canadá e Suécia apresentam experiências bem sucedidas com a arbitragem, principalmente no que tange as relações de consumo.

Já na década 70, embora muito timidamente, a Resolução de 14 de Abril de 1975 da União Européia previu o uso da arbitragem nas relações de consumo. A medida serviu de estímulo aos países membros e desde então nota-se uma preocupação com a efetivação de meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Juliana Cristina Gardenal cita o exemplo da Espanha, pois esse país conseguiu contornar os obstáculos iniciais da arbitragem oferecendo a gratuidade do procedimento:

O Direito Comparado aponta para o sucesso da arbitragem em relação de consumo, especialmente porque tais obstáculos foram contornados, oferecendo-se a gratuidade como regra do procedimento arbitral, como é o caso da Espanha, onde às partes cabe apenas arcar com as custas que envolvem a produção probatória³⁴. No Brasil, já há notícia deste tipo de previsão, como o disposto no Regulamento do Caesp³⁵, ao apontar, no item 15, que “As custas dos procedimentos arbitrais serão de responsabilidade da parte solicitante, salvo se esta, além de pessoa física, for a parte “trabalhador” ou “cooperado” ou “consumidor”, cabendo então o custeio apenas à outra parte, mesmo se for ela a solicitada.”

O direito espanhol é exemplo de efetividade no procedimento arbitral. O governo tomou medidas para que tal procedimento fosse um meio eficaz e alternativo de solução de litígios. Com a regulamentação específica da arbitragem comercial no país datada de 1993, nota-se a partir de então uma crescente adesão ao instituto por parte do consumidor.

Marcos Paulo Veríssimo menciona em seu artigo a respeito:

Nesse contexto, o grande mérito do direito espanhol foi, justamente, criar um sistema arbitral totalmente baseado na voluntariedade e que, ao mesmo tempo, resulta extremamente efetivo e vantajoso para os consumidores, encontrando crescente adesão por parte desses e de fornecedores e afastando por completo dos litígios, na esmagadora maioria dos casos, a atuação da jurisdição estatal, através do cumprimento espontâneo dos laudos. Iniciar-se-ão as presentes notas por uma exposição do desenvolvimento legislativo da arbitragem de consumo na Espanha, desde sua base constitucional e das primeiras experiências havidas em 1986 até o início do ano de 1993, quando sobreveio regulamentação específica do sistema arbitral de consumo por meio de Real Decreto.

A Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários a voluntariedade (L.G.D.C.U) destaca como características do procedimento arbitral espanhol: a gratuidade, o caráter vinculante e executivo dos laudos, a informalidade, a celeridade e a unidirecionalidade. Destaca-se que a presença de membros de associações de consumo e de empresários, junto ao colégio arbitral, assegura o tratamento igualitário das partes.

Merece destaque também o uso da arbitragem nas relações de consumo em Portugal. Para desafogar o judiciário e criar meios mais satisfatórios de solucionar conflitos, criaram-se seis Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo (“*small claims*”). A Lei de Arbitragem Voluntária (LAV) data de 1986.

Assim como no Brasil, o modelo de arbitragem português tem características semelhantes, quais sejam: existência de um litígio atual ou futuro (nesse aspecto podemos consagrar o uso da cláusula arbitral), o litígio será resolvido por um terceiro (árbitro) e presente ainda a autonomia das partes em fazer uso da arbitragem.

Isabel Oliveira cita em seu artigo que o Código de Defesa do Consumidor Português traz a possibilidade do uso da arbitragem:

A Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho) estatui como um dos direitos básicos do consumidor, entre outros, o direito “à *protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta*” (art.º 3.º, alínea g)), prevendo para a sua concretização que “*incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objectivo de dirimir os conflitos de consumo*” (art.º 14.º, n.º 1). Neste sentido, a Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, foi um pouco mais longe do que a sua antecessora, a Lei n.º 29/81, de 22 de Agosto, que não previa a criação ou existência de centros de arbitragem sectoriais, cujo principal objeto se traduz na resolução de litígios de consumo.

Com o escopo de proteger o consumidor, de acordo com a Recomendação 98/257/CE, o modelo português de arbitragem deve observar os seguintes princípios: princípio da independência, da transparência, do contraditório, da eficácia, da legalidade, da liberdade e da representação. O respeito a esses princípios se faz necessário, pois, ao contrário da Espanha, Portugal ainda não possui uma lei de arbitragem de consumo.

Ao contrário de Portugal, a Espanha conta com as Juntas Arbitrais de Consumo, de competência da Administração Pública, o que garante uma cobertura em todo o país. Já os Centros de Arbitragem, em Portugal, têm a sua competência territorial adstrita à zona de implementação da Associação de Arbitragem que a suporta. Isso torna o modelo espanhol mais eficiente.

A arbitragem de consumo em Portugal conta com uma inovação: Declaração de Adesão Genérica (Artigo 7.º, do Regulamento do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra).

Nos dizeres de Isabel Oliveira:

Em consequência desta *declaração de adesão* ao Sistema Arbitral de Consumo, os *aderentes* acordam em submeter ao Tribunal Arbitral todos os litígios que ocorram no âmbito do exercício da sua actividade económica. Por forma a tornar esta *adesão* conhecida pelo consumidor, o *aderente* tem o direito de afixar no seu estabelecimento comercial um símbolo distintivo, que o identifica como *aderente* àquele Centro de Arbitragem/Tribunal Arbitral. O Centro de Arbitragem compromete-se, por sua parte, a publicitar a *adesão* através da afixação na sua sede de uma lista de *aderentes*. A *adesão genérica*, mais do que uma convenção arbitral apresenta-se como um *contrato* entre o organismo arbitral e a empresa aderente, comprometendo-se esta à resolução através daquele dos conflitos futuros que surjam no exercício da sua actividade. Daí que se possa levantar a questão da sua validade enquanto convenção arbitral e da sua oponibilidade ao consumidor.

Embora presente, a Adesão Genérica não obriga o consumidor (terceiro), pois o acordo foi celebrado entre o fornecedor e o organismo arbitral. O litígio será resolvido pela arbitragem apenas com o consentimento do consumidor. Por todo o exposto, observa-se que a arbitragem no cenário mundial cria meios de se desenvolver.

A exemplo de Portugal e Espanha podemos citar a arbitragem de consumo na Argentina, que nos dizeres de Paulo Borba Casella, tem funcionado da seguinte forma:

Os TAC, ou Tribunais de Arbitragem de Consumo, instalados este ano na Argentina, em três meses, julgaram dezenas de casos, conforme dados da Subsecretaria do Comércio. A jurisdição do TAC somente se exerce mediante adesão voluntária, ou seja, as partes, prévia e expressamente estipulam concordar com a jurisdição do TAC e igualmente acordam que tal decisão não comporta recurso, sendo final e executável prontamente. A apresentação de caso ao TAC é feita diretamente pelo consumidor, sem intermediação de advogados, obviando o óbice económico normalmente representado pela necessidade de contratação de profissional jurídico. Se a empresa não aderir ao TAC ou se recusar a comparecer, o consumidor pode levar sua denúncia aos órgãos da administração. Na Argentina, a Direção Nacional do Comércio Interior, nos termos da Lei 24.240, que dispõe sobre a defesa do consumidor.

Percebe-se que a experiência Argentina no âmbito da arbitragem consumerista está sendo bem sucedida: além de ser amparada pela administração, constata-se que o procedimento arbitral é amplamente incentivado. Seguindo o exemplo dos países citados, algumas medidas alternativas para o desenvolvimento da arbitragem de consumo dentro do território brasileiro serão apresentadas a seguir.

ALTERNATIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM DE CONSUMO

Superados os argumentos contrários ao uso da cláusula compromissória em contratos de consumo, resta-nos pensar em alternativas para o desenvolvimento da arbitragem de consumo no Brasil. É necessária uma conscientização dos órgãos públicos de que apenas o judiciário não consegue mais responder satisfatoriamente todas as demandas. As relações de consumo necessitam ser desinstitucionalizadas, a fim de desafogar o judiciário e ao mesmo tempo gerar um grau de satisfação maior a parte envolvida no litígio.

A cultura predominante ainda é aquela regida por excessos de formalismos, como se apenas o poder judiciário fosse competente para opinar sobre os litígios. Timidamente, a arbitragem ganha espaço em nosso ordenamento jurídico, e vem romper com certos paradigmas.

Algumas alternativas são apresentadas para o desenvolvimento da arbitragem nas relações consumeristas, quais sejam: a gratuidade do sistema, podendo ser oneroso somente no que tange a produção de provas; a instauração de juntas arbitrais de conciliação por todo o país, amparadas pelos órgãos públicos e com representantes do comércio, a fim de proteger o consumidor e garantir a idoneidade do sistema; divulgação, por parte do poder público e dos órgãos de proteção ao consumidor, acerca dos benefícios do procedimento arbitral.

A respeito do tema, Celso Marcelo de Oliveira oferece alternativas mais ousadas, a saber:

O Governo Federal deveria por proposição legislativa complementar ao artigo 4, V do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um sistema de arbitragem sem formalidades especiais e de caráter executivo para resolver as reivindicações dos consumidores, como existe na Espanha com a Lei General 26/84. Importante ainda a regulamentação do contrato de arbitragem e a garantia de operação. Deveria em criar praças de arbitragem de consumo em caráter experimental nas principais cidades, em conjunto com os Procons e Associações de Consumidores e Sindicatos de Empresários e Industriais. Deve divulgar o sistema e procurar a adesão dos setores principais da atividade empresarial. Importante é a divulgação das resoluções dos conflitos de arbitragem entre consumidores e fornecedores/empresários.

Por todo o exposto, percebe-se que o procedimento arbitral só tem a ganhar com as alternativas oferecidas, tornando-se mais célere e satisfatório. Imperioso destacar que, algumas das principais medidas de desenvolvimento e reafirmação de tal procedimento cabem ao governo, devendo esse incentivar o uso de meios extrajudiciais de solução de litígios.

Em célebre frase de Rui Barbosa, citada por HARADA, o autor faz uma crítica ao judiciário:

"A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade." (Elogios Acadêmicos e Oração de Paraninfo, Edição da "Revista de Língua Portuguesa". 1924, p. 381).

Na década de 70, referido autor já tinha ideia que o atraso do judiciário causaria graves danos ao direito das partes. Embora tardia, percebe-se que a legislação sobre arbitragem veio trazer luz no fim do túnel para o excesso de demandas no judiciário.

5 CONCLUSÃO

Atualmente, com a rapidez com que as relações de consumo acontecem, urge desenvolver um meio alternativo de solução de litígios célere e eficaz, que atenda as necessidades do consumidor, que se apresente como fator positivo em relação ao custo/benefício da demanda. Foi pensando nisso que o legislador positivou a arbitragem como meio extrajudicial de solução de controvérsias.

O judiciário brasileiro não consegue responder de forma satisfatória. São milhares de processos empilhados nas secretarias de todo o Brasil, processos esses ainda são solução. Para “desafogar” o judiciário, o legislador positivou a arbitragem como meio extrajudicial de solução de controvérsias, instituto esse já utilizado amplamente há milhares de anos.

É certo que a cultura brasileira, onde os excessos de formalismos correspondem à segurança, dificultoso pensar em efetivação do instituto arbitral. Além do mais, os mais conservadores acham difícil substituir a figura onipotente do juiz por um árbitro eleito de comum acordo pelas partes.

O instituto da arbitragem encontra vários entraves para sua efetiva aplicação no Brasil. Como bem exposto ao longo dessa monografia, o uso da cláusula compromissória em contratos de consumo não é pacífico. Alguns doutrinadores insistem em considerá-la abusiva, e por isso inconstitucional. Sua aparente inconstitucionalidade compromete o desenvolvimento da arbitragem nas relações consumeristas.

É inquestionável a posição desfavorecida do consumidor na relação de consumo, o que de fato gera abusos por parte do fornecedor do serviço. Porém, não podemos esquecer que, o legislador, ao publicar a lei arbitral e prevendo a posição hipossuficiente do consumidor, fez constar as devidas formalidades para esse tipo específico de contrato, afim de coibir abusos.

Respeitadas tais formalidades, o consumidor ainda pode valer-se da sua liberdade de contratação, mesmo que limitada, não sendo obrigada sua adesão a determinado contrato.

É necessário desmistificar o uso da cláusula nesse tipo de contrato, pois, conforme explanado, não há que se falar em incompatibilidade da Lei arbitral com o Código de Defesa do Consumidor. Ambos se complementam e visam proteger o consumidor de possíveis abusos cometidos pelo fornecedor.

Conforme exposto, países como Argentina, Espanha e Portugal estão fazendo da arbitragem um meio extrajudicial eficaz para resolver conflitos, com destaque para as relações consumeristas. Nesses países, o uso da cláusula compromissória nos contratos de adesão não impede o desenvolvimento da arbitragem. A legislação é clara e não existe contradição entre os dispositivos referentes ao tema.

Nesses países, o governo incentiva o uso da arbitragem nas relações que envolvem os consumidores. Além disso, existem juntas arbitrais em expansão por todo

o país. A fim de orientar e proteger o consumidor, a administração pública fiscaliza as juntas arbitrais, o que coíbi o abuso por parte dos fornecedores. O custo/benefício desses procedimentos, a celeridade e a eficácia, são fatores positivos para o consumidor aderir ao instituto arbitral.

No Brasil, para a efetivação do uso da cláusula compromissória nos contratos de consumo, são necessárias políticas públicas no sentido de promover a arbitragem, informando o consumidor dos prós e contras desse procedimento, custo/benefício, duração, direitos e deveres. Além disso, é necessária a instalação de juntas arbitrais pelo país, a fim de efetivar o procedimento arbitral.

Conclui-se que as experiências bem sucedidas de muitos países têm ampliado o horizonte dos meios extrajudiciais de solução de conflitos. Diante da dinâmica do cenário mundial, a arbitragem está em fase de expansão. No Brasil, ainda há muito caminho pela frente. O que falta é boa vontade dos nossos governantes. A palavra de ordem é INOVAÇÃO.

CRITICAL ANALYSIS ON THE USE OF THE ARBITRATION CLAUSE IN STANDARD CONTRACTS FOR THE EXECUTION OF ARBITRATION IN CONSUMER RELATIONS

ABSTRACT

This monograph presents evidence to discuss the (un) constitutionality of the arbitration clause in the agreements - particularly in consumer contracts. The uproar comes as the publication of the Arbitration Law. Some scholars argue that this, dated 1996, is in confrontation with the Consumer Protection Code and the Constitution in force. It is thought that, being a disadvantage the consumer part of consumer relations, those contracts have an arbitration clause is null and void in law. The controversy is intensified since the scholars who defend the nullity of the clause, remove the consumer's freedom of choice, even if that is aware and chooses to use the arbitration procedure in case of possible litigation. This monograph examines the evolution / regression of parental rights in arbitration, particularly in consumer relations, also examines the possible divergence of the provisions of Code of Consumer Protection, discussed the arbitration in consumer relations in other countries and presents the positions and favorable against the use of the arbitration clause in contracts consumerism. For this, use the exploratory research and literature. The first will seek to enhance established ideas on the subject, and provide greater familiarity with the problem, in order to make it more explicit or to build hypotheses. The main feature of this exploratory research is to have a flexible planning, which involves, in general, the literature, and other techniques. Since the literature allows a greater degree of amplitude, time saving and allows an assessment of historical data, which are used for conceptual elaboration and definition of theoretical frameworks.

KeyWords: Clause. Accession Agreements. Brazilian Constitution of 1988. Code of Consumer Protection. Arbitration Act.

6 REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf> >. Acesso em 24 de junho de 2011.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A Lei de arbitragem aplicada às relações de consumo**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5999/A-lei-de-arbitragem-aplicada-as-relacoes-de-consumo>>. Acesso em 25 de janeiro de 2011.

CARBONARI, Flávia. **Com divulgação e treinamento, uso da arbitragem deve se consolidar no Brasil**. Disponível em: < http://www.cacb.org.br/Resultado/Site/Pdf/Revista_n2.pdf >. Acesso em 04 de maio de 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei n.º 9.307/96**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem para consumo**. Disponível em: < http://www.arbitragem.com.br/arbitragem_consumo.html >. Acesso em 15 de maio de 2011.

CUNHA, Hélcio. **Arbitragem na relação de consumo**. Disponível em: <http://www.helciocunha.com.br/arbitragem_relacao_de_consumo/arbitragem>. Acesso em 23 de Janeiro de 2011.

CUNHA, Paulo Viana. **A validade da cláusula arbitral em contratos de adesão**. Disponível em:<<http://paulovianadv.webnode.com/products/a%20validade%20da%20clausula%20arbitral%20em%20contratos%20de%20ades%C3%A3o%20no%20direito%20patrio%20/>>. Acesso em 23 de Janeiro de 2011.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. **A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão**. Disponível em: <<http://www.angelfire.com/ut/jurisnet/art2.html>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110, apud BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. **O contrato de adesão na arbitragem. Novos rumos da arbitragem no Brasil**. Fiúza.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 12ª ed. São Paulo. Malheiros, 1996.

HARADA, Felícia Ayako. **A arbitragem e o Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=119>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2011.

GARDENAL, Juliana Cristina. **Arbitragem: aplicação às relações de consumo.** Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/1120>. Acesso em 01 de Julho de 2011.

GONÇALVES NETO, Francisco. **Contrato de adesão, relação de consumo e arbitragem.** Disponível:

<http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=688&categoria=Arbitragem>.

Acesso em 01 de Julho de 2011.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. **A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo.** Disponível em:

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6564/a-arbitragem-na-solucao-de-conflitos_decorrentes-de-contratos-nacionais-e-internacionais-de-consumo>. Acesso em 24 de janeiro de 2011.

LEMES, Selma Ferreira. **O uso da arbitragem nas relações de consumo.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo.** 1. ed. (ano 2005), 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Arbitragem na relação de consumo. Solução para desafogar o nosso Poder Judiciário.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Arbitragem.pdf>. Acesso em 29 de março de 2011.

OLIVEIRA, Isabel. **Estudos de Direito do Consumidor.** Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Arbitragem.pdf>. Acesso em 29 de março de 2011.

OLIVEIRA, Ticiania Sampaio. **As cláusulas compromissórias em contratos de consumo.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3087/As-clausulas-compromissorias-em-contratos-de-consumo>>. Acesso em 24 de janeiro de 2011.

OTONI, Luciana. **Aumenta o número de câmaras no Brasil.** Disponível em: <http://www.cacb.org.br/Resultado/Site/Pdf/Revista_n2.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2011.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão.** Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/708/clausulas-abusivas-nos-contratos-de-adesao>>. Acesso em 25 de junho de 2010.

SANTOS, Mauricio Gomm Ferreira dos. **Arbitragem comercial: o futuro é promissor no Brasil.** Disponível em: <http://www.cacb.org.br/Resultado/Site/Pdf/Revista_n2.pdf>. Acesso em 04 de Maio de 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A arbitragem de consumo na Espanha.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29773-29789-1-PB.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2011.