

Arbitragem e Direito do Consumo *

Profa. Selma M. Ferreira Lemes **

Diversos temas parecem constituir verdadeiros tabus no Direito Arbitral, entre eles, a arbitragem nas relações de consumo.¹ Mas ao enfrentá-lo, com serenidade e desanuviando tensões, verificaremos que a arbitragem em relações de consumo representa um marco para o instituto da arbitragem que, pelos resultados verificados onde esta prática se faz presente, comprovam que políticas públicas neste setor, quando devidamente operacionalizadas, surtem efeitos benéficos para todos os jurisdicionados, tais como verificado na Espanha, em Portugal, na Argentina e em tantos outros países que, movidos pelo escopo da

* Palestra proferida no II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR, Florianópolis, 22 a 24 de 09.2002.

** Advogada. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Professora do GVLAW da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo e sócia de Selma Lemes Advogados Associados.

¹Veja-se, por exemplo, as infundáveis querelas que ocorrem na utilização da arbitragem vinculada às empresas com participação acionária do Estado e os setores desregulamentados da economia, a concessão de serviços públicos e as diversas formas de parcerias públicas e privadas, em que, apesar de tímidos, os textos legais especiais prevêm a utilização de métodos extrajudiciários de solução de controvérsias, entre estes, a arbitragem. Frequentemente vêem-se manifestações contrárias emitidas pelo Tribunal de Contas da União, mas o Judiciário com descortino separa o joio do trigo, para esclarecer que quando o Estado e as empresas a ele vinculadas direta ou indiretamente agem como entes privados podem solucionar controvérsias por arbitragem. Cf nossos artigos "A Arbitragem e os Novos Rumos Empreendidos na Administração Pública, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 175/206 e "Arbitragem na Concessão de Serviço Público - Perspectivas", Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 17:342/54, jul./set., 2002, também publicado em "Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação", André Gomma AZEVEDO (org.) Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 45/61.

facilitação do acesso à justiça, criaram esta via célere e geralmente gratuita de solução de conflitos de massa, como a seguir abordaremos.

Vale observar que estas notas representam atualização de estudo anterior, em que analisamos a questão à luz do direito brasileiro e comparado.²

Com efeito, *ab initio*, verificamos que a questão enseja dois níveis de abordagens: (1) no direito arbitral e (2) no direito do consumidor, bem como devemos verificar, em seguida, as tendências internacionais no trato da questão e a perspectiva brasileira.

1. Direito Arbitral

No âmbito do direito arbitral a análise deve ser efetuada à luz dos conceitos da (a)arbitrabilidade e dos (b) contratos de adesão.

(a) Arbitrabilidade Objetiva

Na dicção do art. 1º, *in fine* da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), encontramos o conceito de arbitragem objetiva, esclarecendo que podem ser solucionadas por arbitragem as questões referentes aos direitos patrimoniais disponíveis. No que concerne às questões de consumo, as relações e conseqüências cíveis são arbitráveis (excluindo-se, evidentemente, as conseqüências penais e criminais que não são suscetíveis de serem apreciadas em sede arbitral).

² Cf nosso artigo " A Arbitragem nas Relações de Consumo no Direito Brasileiro e Comparado", Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 113/141.

(b) Contratos de Adesão

Estatui o art. 4º , § 2º da Lei de Arbitragem que, *“nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se:*

[i] o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem

[ii] ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula.”

Verifiquemos, assim, o que este enunciado determina.

[i] o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem

É a situação em que o aderente toma a iniciativa de instituir a arbitragem, mas a cláusula arbitral está inserida no contrato como qualquer outra cláusula, sem destaque ou referência especial à arbitragem. Neste caso, esclarecemos que a cláusula arbitral fica condicionada à vontade de o aderente instituir a arbitragem (a cláusula arbitral fica sujeita à condição suspensiva). Esta cláusula vincula o proponente, mas não o aderente, que poderá afastá-la e propor a demanda perante o Judiciário, ou aceitar a propositura da demanda arbitral efetuada pelo proponente.

[ii] ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula

Firmada a convenção de arbitragem nestes moldes constitui cláusula arbitral com eficácia plena, posto que houve a prévia e consciente

aceitação do aderente no momento em que o contrato foi firmado. A cláusula compromissória, neste caso, tem efeito vinculante para ambas as partes, ofertante e aderente.

Nestas condições, a cláusula compromissória inserida no contrato deve dispor quanto à forma de instituir a arbitragem, bem como deve ser notado que a arbitragem não poderá representar óbice ou dificuldade ao acesso à justiça pelo jurisdicionado. Vale dizer, o acesso à via arbitral deve ser simples e facilitado. Assim, por exemplo, a cláusula de arbitragem não pode estabelecer que a arbitragem deve ser processada em uma Câmara de Arbitragem no Rio de Janeiro, se o produto foi adquirido em São Paulo.

2. Direito do Consumidor – Contratos de Adesão

Estabelece a Lei nº 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) no art. 51, inciso VII, que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determine a utilização compulsória da arbitragem.

Este dispositivo do CDC encontra-se revogado pela Lei de Arbitragem. A seguir reproduzimos análise efetuada no mencionado estudo anterior que, com nitidez, evidencia o alegado.

"As diferentes conseqüências da eleição da arbitragem nos contratos de adesão são facilmente visualizadas no quadro abaixo:

Arbitragem em Contratos de Adesão

<p>Lei nº 8.078/90 art. 51,VII nega eficácia à cláusula compromissória ³</p>	<p>Lei nº 9.307/96 art. 4º, § 2º 1. concede eficácia suspensiva, sujeita a posterior manifestação do aderente. 2. concede eficácia plena mediante efetiva aceitação.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pelo quadro exposto, com a devida vênia e no que pesem opiniões divergentes, não vemos como afirmar que o artigo 51, inciso VII do CDC não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação. A lei nova disciplina sobre contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, a teor do disposto nos artigos 2º e 3º do CDC. Aliás, os contratos de adesão quase na totalidade prevêm matérias afetas às relações de consumo. Também temos que considerar que a arbitragem é instituto que está sujeito à regulamentação do direito processual; o modo, a forma de constituição e as conseqüências são fixadas pelo direito adjetivo.

Analizando e comparando as conseqüências determinadas pela norma anterior com a posterior evidencia-se a incompatibilidade material entre elas; portanto, a lei de arbitragem, neste particular, revogou o CDC.

³ Reitere-se que apesar de a legislação anterior não contemplar esta hipótese temos que concebê-la assim, posto que estamos tratando de cláusula inserta em contratos e é totalmente impossível supor que seria o compromisso.

A corrente doutrinária que invoca que o CDC na matéria em comento não estaria revogado sustenta-se no artigo 2, §2º da LICC : "a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior". Assim, ao considerar que o CDC se refere a contratos de adesão em relações de consumo nada teria sido alterado, continuando a vedação de eficácia da cláusula compromissória; só através de compromisso (posterior) pode existir arbitragem em relação de consumo decorrente de contrato de adesão. A lei de arbitragem teria eficácia para os contratos de adesão, mas não para os contratos de adesão em relações de consumo. Todavia, a nosso ver este argumento não pode prosperar, posto que além dos argumentos até então expostos, não podemos perder de vista que a lei de arbitragem trata de convenção de arbitragem, dando-lhe eficácia e força vinculante, seja cláusula compromissória ou compromisso; regula a previsão de estipulação em contratos de adesão sem discriminar a matéria de fundo tratada. Não podemos distinguir o que a lei não distingue. Ademais, note-se que o CDC é considerado lei geral, consoante entendimento da Terceira Turma do STJ (RE 58.736 MG , 95.000670-7, DOU 29.04.96).

Ademais, invocando a interpretação histórica verificamos que o projeto de lei sobre arbitragem (PLS 78/92) dispunha expressamente no artigo 44, quanto à revogação do artigo no artigo 51, inciso VII da lei nº 8.078, de 11 de agosto de 1990. Assim foi aprovado no Senado e encaminhado para a Câmara dos Deputados que optou por suprimir mencionada referência expressa. Durante os trabalhos da Comissão Relatora do Anteprojeto de lei sobre Arbitragem a questão foi muito debatida, vindo a concluir que com a referência expressa não haveria nenhuma dúvida quanto à efetiva revogação do artigo 51, inciso VII da Lei nº 8.078/90, haja vista que tacitamente já se operara, a teor do

artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, posto que com ele conflitava. Idêntico tratamento foi dispensado pelo legislador quanto aos artigos 1037 a 1048 do Código Civil, que a par de estarem revogados pelo disposto no capítulo do juízo arbitral no CPC de 1973, houve por bem referendá-lo no artigo 44 da lei de arbitragem.

Deve ser sublinhado, novamente, que não podemos aplicar conceitos novos, com peculiaridades inéditas que lhes outorgam nuances originais, com o tratamento anterior dispensado ao juízo arbitral nos artigos 1072 a 1100 do CPC e 1037 a 1048 do Código Civil.⁴ O direito arbitral sofreu nos últimos anos transformações profundas, assimiladas pelas legislações internacional e comparada e que influenciaram o legislador pátrio. O CDC se referia ao compromisso, única forma de instituir a arbitragem. A lei de arbitragem regula a convenção de arbitragem, dando eficácia plena tanto à cláusula compromissória como ao compromisso, observado para os contratos de adesão o disciplinado no artigo 4º, § 2º. Pretender regular e comparar a arbitragem anterior prevista no Código de Processo Civil a que se refere o CDC, com a atual disciplina da arbitragem seria o mesmo, mutatis mutandis, que pretender comparar e aplicar ao divórcio as regras do desquite; a incompatibilidade é flagrante; as conseqüências são absolutamente diferentes.

Neste contexto impende invocar as lições de Oscar Tenório para recordar que "a elaboração do direito não é simples processo técnico. Atende o legislador às condições do meio, às variações que se operaram no tempo, à índole do regime, às tendências espirituais e momentâneas

⁴ Reiteramos que não obstante estar evidente que o disposto no capítulo do compromisso no Código Civil estava revogado com o advento do Código de Processo Civil de 1973, houve por bem o legislador expressamente dispor a respeito no artigo 44 da lei de arbitragem.

de cada época. Quando o aplicador tem que concluir, por incompatibilidade, pela revogação ou não de uma lei, o esforço a ser despendido para chegar a uma conclusão segura é hercúleo, pois transcende a um mero confronto de preceitos e regras escritas.”⁵

É indubitável que a lei de arbitragem derogou o CDC para dar tratamento diferente ao instituto nos contratos de adesão. O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vêm sendo praticadas mundialmente; todavia, condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitral. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitral em contratos de adesão, preenchidas as formalidade legais, será válida e eficaz.”⁶

3. O CDC e o Incentivo aos Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias

É indubitável que a intenção do legislador ao dispor sobre as arbitragens em contratos de adesão estava a visualizar os contratos de consumo para adequá-los ao disposto no art. 4º, inciso V do CDC, que estabelece como política nacional de consumo o incentivo aos mecanismos alternativos de solução de conflitos (também conhecido pela sigla em inglês *ADRs – Alternative Dispute Resolutions*) inserido no contexto moderno de facilitação de acesso à Justiça, advindo com as

⁵ “Lei de Introdução o Código Civil Brasileiro”, Jacinto, Rio de Janeiro, p. 49,1944.

⁶ “ A Arbitragem nas Relações de Consumo no Direito Brasileiro e Comparado”, Pedro Batista MARTINS, Selma M. Ferreira LEMES e Carlos Alberto CARMONA, Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 126/129.

denominadas “ondas renovatórias do direito”, fazendo eco aos ensinamentos de Mauro CAPPELLETTI.

Neste sentido a arbitragem pode e deve ser aplicada e fomentada na área de relações de consumo. Assim, à guisa de informação, julgamos oportuno efetuar breve relato da experiência europeia neste setor.

4. A efetiva participação da União Europeia no incentivo e difusão da utilização das ADRs em relações de consumo

A União Europeia é uma das regiões do mundo que maior empenho tem dado à propagação e à efetiva utilização das ADRs em relações de consumo. Em 04 de janeiro de 1985, o Conselho expediu importante *memorandum* sobre o acesso dos consumidores à Justiça, em que se propugnou por sistemas jurídicos simplificados, entre eles, a conciliação, mediação e arbitragem.⁷ Já, em 1987, o Comitê de Ministros Europeus adotou a Recomendação (86) 12, com o objetivo de diminuir as demandas judiciais. Em 1994, o Parlamento Europeu expediu Resolução para promover a arbitragem em todas as questões jurídicas possíveis (JOCE nº C 205, de 23.07.94).

Especificamente na área de relações de consumo a matéria foi disposta na Resolução do Conselho de Ministros de Consumidores das Comunidades Europeias de 13.07.92 (JO nº C 186/01 de 23.07.92). Em 1993, foi publicado o denominado Livro Verde sobre acesso dos consumidores à justiça e solução dos litígios de consumo no mercado único [COM (93) 576 de 16.11.93], com o objetivo de facilitar o acesso à justiça pelos consumidores, a necessidade de proteção e para corrigir

⁷ Cf Silvia DIAZ ALABART “ Arbitraje Especial de Consumo”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, v. V, p. 25, 1990.

as desigualdades frente aos poderes do mercado. Em decorrência do Livro Verde desencadeou-se o Plano de Ação de Acesso à Justiça, aprovado em 1996. O objetivo primordial deste Plano foi o de expender recomendação para melhorar o funcionamento dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos de consumo, verificando-se a necessidade de que os Estados Membros introduzissem mecanismos adequados para que os consumidores pudessem reclamar de modo rápido, eficaz e fácil seus direitos comunitários e os referentes às transações transfronteiriças.⁸

Em decorrência foram analisados os diversos sistemas judiciais e extrajudiciais coletivos e individuais para solucionar conflitos de pequenas quantias tendo originado diversas iniciativas dos Estados no sentido de aprimorar suas instituições jurídicas. Em 1998, pelo Comunicado [COM (1998) 198 final], foi efetuado diagnóstico do setor, estipulando os principais problemas e dificuldades que os jurisdicionados encontravam para recorrer aos tribunais judiciais. Reiterou-se a necessidade de facilitar o acesso à justiça por parte dos consumidores em decorrência das desigualdades frente aos poderes do mercado, a necessidade de proteção, o excessivo custo dos processos judiciais (comparado com as quantias em litígio), a falta de familiaridade do consumidor com o jargão jurídico e os tribunais (rígido formalismo do procedimento e demora dos processos), etc.

Adveio, assim, a aprovação da Recomendação 98/257/CE, considerada a disposição fundamental e mais importante de incentivo às ADRs na UE. Este documento estabeleceu os princípios aplicáveis aos órgãos

⁸ Cf. Silvia BARONA VILAR, "ADR en Materia de Consumo en la Unión Europea", Temas Actuales de Consumo: La Resolución de Conflictos en Materia de Consumo, José Angel RUIZ JUMÉNEZ (org.), Instituto Vasco de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, p.68, 2002.

responsáveis pelas soluções extrajudiciais de litígios em matéria de consumo, tais como, os princípios da independência, transparência, contraditório, liberdade (aceitação expressa e voluntária), etc.

Em decorrência dos avanços tecnológicos foi editada a Diretiva sobre Comércio Eletrônico (DOCE de 27.02.2000), que no art. 17 estabeleceu que os Estados devem facilitar a solução extrajudicial de litígios, inclusive utilizando os meios eletrônicos e garantindo procedimentos adequados às partes envolvidas. O objetivo desta iniciativa é instituir uma Rede Extrajudicial Européia. Avançando neste setor, em 04.04.2001, surgiu a Recomendação referente à Solução de Conflitos Resultantes do Comércio Eletrônico observando que *"a utilização do correio eletrônico e as práticas comerciais dos consumidores potencializarão a busca de mecanismos práticos, eficazes e [menos] onerosos para obter uma reparação e/ou indenização, sendo precisamente a utilização dos meios eletrônicos, instrumento que permita alcançar estes fins. Para isso deverá ser potencializada a confiança dos consumidores em colaboração com a indústria e o os Estados membros."*⁹ (tradução livre)

Neste sentido impende observar que recentemente a Espanha editou Lei que dispõe sobre os serviços da sociedade de informação e do comércio eletrônico, Lei 34/2002 de 11 de julho (BOE nº 166, de 12.07.02, p. 25.388), cujo Título V regula a solução judicial e extrajudicial de conflitos, prevendo a possibilidade de recorrer a arbitragem do sistema nacional de arbitragens de consumo (art.32).

⁹ Op. cit., p. 90/1.

Destarte, com o relatado acima verifica-se quão imperiosa é a participação do Estado como agente fomentador e disseminador dos meios de solução de conflitos extrajudiciários para as relações de consumo. A experiência européia mostrou-se extremamente exitosa, encontrando-se hoje implantada a denominada Rede Extrajudicial Européia. No continente sul-americano a Argentina verificando o sucesso encontrado na Espanha e atentando para sua legislação consumerista, que a par da brasileira fomenta a solução extrajudicial de controvérsias, editou o decreto nº 276/98, que instituiu o Sistema Nacional de Consumo. Registra-se intensa atividade na área, o que se pode aferir pelo número crescente de casos levados a estes órgãos especializados, que em 2002 registrou a expedição de 2.698 sentenças arbitrais.¹⁰

5. Incentivo às ADRs no Brasil - Art. 4, V do CDC

Em face do relatado e considerando que o disposto no art. 4º inciso V, *in fine*, da Lei nº 8.078/90 (CDC) propugna como política nacional de consumo o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos de consumo, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Direito Econômico e do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor poderia regulamentar a matéria e colocá-la em prática junto aos órgãos de defesa do consumidor, valendo-se inclusive da experiência de entidades especializadas que já prestam estes serviços à sociedade, tal como o Conselho Arbitral de São Paulo – CAESP (www.caesp.org.br). Em prol da facilitação do acesso à Justiça, os setores competentes público e privado, poderiam estabelecer uma Rede Extrajudicial de Solução de Consumo, tal como, nas devidas proporções, é verificada na União Européia.

¹⁰ Consultar: www.minproduccion.gov.ar/snac

Impende observar que a sociedade civil, em 1999, já adotara esta iniciativa, mas a proposta levada ao então Ministro da Justiça dormitou nos escaninhos da Secretaria de Direito Econômico. Mas, agora o assunto está sendo revitalizado e, em breve, será encaminhado ao Ministro da Justiça proposta de implantação de um Plano Piloto em São Paulo, que poderia ser estendido, posteriormente, ao demais Estados.

O programa que viesse a ser implantado deveria envolver todos os setores interessados, entidades representantes dos consumidores, prestadores de serviços e produtores de bens. Também se faria necessário o envolvimento da mídia, divulgando a existência de outras formas de acesso à justiça para os consumidores e, principalmente, de grandes empresas, que poderiam comprometer-se em dirimir controvérsias por arbitragem, no que se refere às demandas que surgirem e decorrentes dos produtos especificados e por elas fabricados. Para isso firmariam um compromisso de adesão ao sistema. Este procedimento representaria para as empresas estratégia de marketing, com a utilização de selos nos produtos divulgando o compromisso assumido que, indubitavelmente, perante o consumidor, redundaria em melhoria de imagem e confiança, tanto quanto ao produto adquirido como à empresa fornecedora. É o que se verifica, *mutatis mutandis*, na prática, com a instituição do *ombudsman* nas empresas.

Finalizando, verificamos que importantes passos foram dados nos últimos anos no Brasil para divulgar e disseminar a arbitragem. Nenhuma outra instituição jurídica teve tamanha evolução no Brasil como a arbitragem. Em menos de uma década deixamos de ser uma "ilha de resistência à arbitragem", nas palavras grande mestre francês René David, para sermos um "continente favorável à arbitragem". Temos uma lei de arbitragem que facilita o acesso à arbitragem,

outorgando-lhe a segurança jurídica necessária para ser utilizada, não obstante as dificuldades normais advindas do ineditismo dos conceitos e peculiaridades do instituto, mas que paulatinamente os tribunais estão referendando. O Brasil vem de ratificar as convenções internacionais mais importantes referentes ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. As universidades brasileiras estão inserindo em suas grades curriculares a arbitragem em cursos de graduação e pós-graduação. Os advogados brasileiros estão atentos a estas novas tendências e procuram adequar-se às novas ferramentas de trabalho. Enfim, é apenas uma questão de tempo para termos a arbitragem incorporada, de modo corriqueiro, nos contratos consumeristas.

Muito obrigada pela atenção de todos.