

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE USE OF ARBITRATION IN CONSUMER RELATIONS

Carlos Picchi Neto

Mestrando em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina - UEL, Paraná (Brasil).

E-mail: carlos_picchi@hotmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5188805324719605>.

Tania Lobo Muniz

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professora na Universidade Estadual de Londrina - UEL, Paraná (Brasil).

E-mail: lobomuniz@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4840316454306635>.

Submissão: 28.04.2017.

Aprovação: 09.11.2017.

RESUMO

O direito de acesso à justiça constitui verdadeiro imperativo de efetivação da justiça, tendo por objetivo o acesso à ordem jurídica justa e direcionada à esmerada tutela dos direitos. Em virtude da crescente litigiosidade decorrente do aumento dos conflitos, aqui incluídos os consumeristas, o Poder Judiciário se mostra sobrecarregado e incapaz de atender a todas as demandas de maneira célere e eficaz. Como forma de alívio de sobrecarga e como forma de promover o acesso aos direitos e à justiça é preciso buscar mecanismos que assegurem ao cidadão a prestação de uma tutela efetiva que lhe possa atender o direito fundamental de acesso à Justiça. Nesse contexto, surge a necessidade cada vez maior de mecanismos adequados à solução de conflitos, hipótese em que se apresenta a arbitragem como relevante instrumento de efetivação do acesso à justiça. Dentre as questões relacionadas ao uso do instituto, a pesquisa identifica como problema principal a sua aplicação nos conflitos envolvendo relações de consumo e a melhor maneira de difundir a sua utilização. Adotando a revisão bibliográfica, busca-se compreender como o mecanismo está sendo aplicado e quais as possibilidades de promovê-lo.

PALAVRAS- CHAVE: Arbitragem. Acesso à Justiça. Relação de consumo.

ABSTRACT

The right of access to justice is a real imperative of effective justice, with the objective of access to a fair legal order directed to the protection of rights. Due to the increasing

litigation resulting from the increase of conflicts, including the consumerists, the Judiciary is overwhelmed and unable to meet all demands in a fast and efficient manner. As a form of relief from overload and as a way to promote access to rights and justice, it is necessary to seek mechanisms that ensure citizens to provide effective protection that can meet the fundamental right of access to justice. In this context, there is an increasing need for adequate mechanisms to resolve conflicts, a hypothesis in which arbitration is presented as a relevant instrument for effective access to justice. Among the questions related to the use of the institute, the research identifies as main problem its application in the conflicts involving consumer relations and the best way to spread its use. Adopting the bibliographical review to understand how the mechanism is being applied and what the possibilities of promoting it.

KEYWORDS: Arbitration. Access to justice. Consumer relationship.

INTRODUÇÃO

Não se pode olvidar que a sociedade, por acreditar que a única forma de acesso à justiça é através do Poder Judiciário, está habituada a levar seus conflitos para os tribunais, conduta essa que contribui para a tendência nascente de judicialização dos conflitos, em verdadeira cultura de litígio que implica numa sobrecarga de processos perante o órgão estatal, o que o torna cada vez mais moroso e ineficiente.

Soma-se a isso o atual estágio da sociedade, imersa numa massificação do consumo e intensidade de relações interpessoais, possui um crescimento significativo de propositura de demandas, o que constitui entrave para o efetivo acesso a uma justiça adequada, tempestiva e eficiente. Daí a necessidade de serem abordadas vias alternativas à solução de conflitos, considerando-as sob as perspectivas atuais do conceito de acesso à justiça.

O acesso à justiça, em um cenário de desenvolvimento globalizado, não pode estar adstrito à prestação da jurisdição estatal já comprometida pela sua própria insuficiência técnica e humana para dizer o direito. Nesse contexto, a arbitragem demonstra ser uma via adequada, vantajosa e um instrumento capaz de solucionar os conflitos em um Estado Democrático de Direito.

Assim, o estudo busca afirmar a importância que a solução de controvérsias pela arbitragem possui hoje, em especial pela celeridade e segurança jurídica que proporciona, buscando uma solução para a intensificação de demandas que sobrecarregam o sistema judiciário, o que implica em inefetividade da tutela pretendida pelas partes.

Num primeiro momento serão feitas considerações sobre o acesso à justiça e a crise de eficiência do Judiciário, com destaque na análise da tempestividade e da efetividade da prestação jurisdicional; em seguida será analisada a arbitragem como via adequada à solução de conflitos; e, por fim, serão verificadas as peculiaridades dos litígios envolvendo relações de

consumo para que seja confrontada a hipótese da utilização da arbitragem como forma de efetivar tais direitos.

1 O ACESSO À JUSTIÇA, A CRISE DE EFICIÊNCIA DO JUDICIÁRIO E SEUS REFLEXOS

O acesso à justiça é avaliado como direito humano e fundamental na medida em que é garantido por documentos internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, assim como pela Constituição de 1988, razão pela qual, esforços devem ser feitos para que seja efetivado, deixando de constituir mero texto normativo.

De fato, “o acesso à justiça talvez seja o mais básico dos direitos fundamentais, pois que é através do seu exercício que outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando violados” (PAROSKI, 2008, p. 138), portanto, pode ser encarado como um “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 11-12).

Figurado no catálogo de direito fundamental, o acesso à justiça possui o sentido de viabilizar o ingresso em juízo e fornecer meios adequados para o desenvolvimento do procedimento, com redução de custos, distâncias, duração razoável do processo e efetiva participação das partes na relação processual. (PAROSKI, 2008, p. 138).

Contudo, a obtenção da tutela estatal muitas vezes não é o suficiente para atender ao interesse das partes, pois, nem sempre é adequada, tempestiva e efetiva. Em sede de uma Constituição que abriga a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos, e elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade, o mero direito de ação não basta para satisfazer os objetivos do Estado. (NALINI, 1997).

A expressão “acesso à justiça”, na lição de Cappelletti e Garth, embora seja reconhecidamente de difícil definição, serve para determinar “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

Assim, o direito fundamental de acesso à justiça constitui verdadeiro imperativo de efetivação da justiça, tendo por objetivo a solução de conflitos de maneira adequada e tempestiva, possibilitando ao cidadão que, de forma real, vivencie um contexto de segurança

jurídica, ainda que por vias alternativas ao processo jurisdicional, pois, a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitos, uma Justiça inacessível.

Essa ineficácia, traduzida em morosidade, revela a inaptidão das instituições do Estado em oferecer respostas ágeis e satisfativas aos problemas que emergem na sociedade, o que contrasta com a rapidez das relações econômicas que o país está inserido.

Como bem observa José Rogério Cruz e Tucci (2008), um dos fenômenos que mais inquieta o homem é o tempo, esse fator foge do controle humano e repercute em várias esferas afetadas ao ser humano, dentre elas destaca-se o direito. No entanto, a lentidão em demasia evidencia deficiências na prestação jurisdicional e gera prejuízos às partes.

Tomando por verdade que a efetividade do acesso à justiça está condicionada a um procedimento célere, com duração razoável, cuja tutela emergja oportuna ao bem jurídico tutelado, cabe perquirir a respeito da morosidade no Judiciário.

Em estudo dedicado ao tema, João Carlos Leal Júnior aponta pela

[...] insuficiência do Poder Judiciário frente à quantidade de processos existentes, o que acaba por gerar cenário de insegurança jurídica, na medida em que um direito violado e não reparado de forma tempestiva equivale à perpetuação da lesão. (LEAL JUNIOR, 2013).

A pesquisa de Maria Tereza Sadek (2001, p. 13-17), direcionada que a defasagem entre o número de processos novos e julgados é constante, em média, os processos julgados representam 71% dos processos ingressados, o que acarreta um acúmulo de casos ano a ano que contribuem para o aumento do passivo e inflação em espiral ascendente do Judiciário.

Dados recentes coletados pelo Conselho Nacional de Justiça não diferem das pesquisas anteriores, e corroboram com a apontada insuficiência do Poder Judiciário para dar conta da quantidade de processos existentes. O relatório anual de 2015 indica um estoque de 70.828.587 processos no Judiciário brasileiro, um aumento de 5,5% em relação ao ano anterior, o que, por consequência, implica em morosidade e inefetividade do acesso à justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Portanto, o sistema que o Estado utiliza para dirimir conflitos é considerado ineficiente, entre outros motivos, pela morosidade na resolução das causas. “O principal efeito da morosidade é o desgaste da imagem do Poder Judiciário como instituição apta para dirimir os conflitos da sociedade”. (SILVEIRA, 2007, p. 165).

Caso se conceba o Judiciário como única alternativa, ou primeira via que se busque, será inevitável que se suceda o que tem sido observado, a submissão de pleitos que poderiam ser resolvidos por outros modos acabam saturando as estruturas estatais, o que expõe o

sistema a um desgaste que prejudica o atendimento dos casos que necessariamente deveriam ser amparados pelo órgão judicial. Essa sobrecarga dos tribunais é crônica, e tem levado, na prática, a uma negação do acesso à justiça. (CAIVANO, 2006, p. 24).

Verificados os reflexos da morosidade no âmbito do acesso à justiça, os meios alternativos de resolução de conflitos como possível solução para imprimir efetividade na resolução de conflitos e atender aos anseios da perspectiva contemporânea do acesso à justiça.

A via alternativa, nas palavras de Lígia Arlé Ribeiro de Souza:

[...] não fere qualquer garantia constitucional quanto ao acesso ao Poder Judiciário, pelo contrário, ela garante ao cidadão um meio alternativo de solução de suas pretensões sem que seja obrigado a submetê-las às delongas do processo judicial. (SOUZA, 2011, p. 01).

Dentre os caminhos para suprir o sistema judiciário, descongestionar os tribunais e atingir um resultado mais efetivo está o maior incentivo para utilização de formas alternativas para dirimir disputas, tais como a mediação, a negociação e a arbitragem, como formas de se ganhar rapidez e melhorar a qualidade dos resultados.

Com efeito, deve-se retornar a lição de que o acesso à justiça não está adstrito ao acesso aos meios estatais de solução de conflito, mas também envolve a “[...] própria tutela dos direitos subjetivos, isto é, numa concepção mais elástica, pode ser perfeitamente visto de outro modo, prestigiando outras formas de pacificação social e de solução de conflitos, que melhor atendem aos interessados”. (PAROSKI, 2008, p. 138).

Feitas essas considerações, tem-se que uma prestação jurisdicional morosa não é adequada e efetiva e, por se consubstanciar em desvirtuação do acesso à justiça, deve ser eficazmente enfrentada, de sorte que, para tanto, é necessário que o ordenamento jurídico coloque à disposição alternativas à via judicial, a exemplo da mediação, negociação e arbitragem.

Para promover a reforma posta, dentre as hipóteses possíveis, uma que merece maior destaque, pela sua eficiência e por já estar presente em diversos países, é a utilização da arbitragem.

2 A ARBITRAGEM E SUAS PROFICUIDADES

Na busca intensificada de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, um dos mais marcantes da vida econômica contemporânea é a utilização da arbitragem. Com o advento da globalização, esse procedimento demonstrou ser uma resposta adequada ao crescente movimento transfronteiriço de capital, de tecnologia, de intensificação do consumo

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 18, N. 3, pp. 715-730, Set.-Dez. 2017. 719

e de diminuição da relação espaço-tempo.

A arbitragem, assim como a jurisdição estatal, é uma forma de solução de conflitos conhecida como heterocomposição, isso porque a questão é confiada a um terceiro alheio ao conflito. Contudo, perfaz “[...] um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário” (DELGADO, 2001, p. 13). Nela, as pessoas capazes de contratar¹ encarregam aos árbitros o mando de decidirem os seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Essa técnica pode ser sinteticamente definida como um meio que visa a solução de conflitos entre partes capazes

[...] sobre as quais possam dispor livremente em termos de transação ou renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros –, as quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destes resultantes de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado. (GUILHERME, 2007, p. 33).

Para que a arbitragem tenha validade, não basta serem as partes capazes e que tenham expressado sua vontade livre de vícios – arbitrabilidade subjetiva –, há exigência legal de que os direitos submetidos à arbitragem sejam patrimoniais e disponíveis – arbitrabilidade objetiva –, é na arbitrabilidade objetiva que se conterà a chave para a difusão do instituto. Os demais direitos, por sua vez, resguardam sua proteção através do julgamento pelo judiciário. (GARCEZ, 2007, p. 45).

No Brasil, em que pese a arbitragem como método alternativo para solução de litígios já ser contemplada há tempos², foi com a Lei n. 9.307/1996, recentemente aperfeiçoada pela Lei n. 13.129/2015, que se introduziram as diretrizes adotadas pelas economias desenvolvidas. Tais alterações tiveram o escopo de aprimorar os métodos alternativos para solução de litígios e facilitar o desenvolvimento da utilização de vias diversas ao Judiciário. (AMARAL, 2006, p. 353).

Ricardo Soares Stersi dos Santos destaca as principais particularidades que dão forma a arbitragem, quais sejam: a) o conflito é solucionado por um terceiro que pode ser um árbitro ou um órgão colegiado de julgadores, normalmente composto por três árbitros; b) o árbitro é indicado pelas partes; c) a escolha pela via arbitral importa na exclusão da análise de

¹ Vide art. 1º da Lei 9.307/1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

² Sobre o uso da arbitragem no território brasileiro, Emir Calluf Filho (2006, p. 21-43) destaca que antes mesmo de ser descoberto, em 1494 através do Tratado de Tordesilhas, as terras brasileiras foram objeto de disputa entre Portugal e Espanha, na oportunidade o árbitro foi o Papa Alexandre VI. As Ordenações Filipinas (1603) também contemplavam a possibilidade de se valer da arbitragem. O juízo arbitral, contudo, foi devidamente implementado no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Imperial de 1824.

mérito pelo Poder Judiciário; d) a sentença arbitral vincula as partes e é susceptível de ser executada. (SANTOS, 2004, p. 24).

A eleição pela via arbitral, por decorrer do princípio da autonomia da vontade e ser uma alternativa a via judicial, depende de prévia pactuação entre as partes que submeterão o conflito ao árbitro. O pacto, conhecido como convenção de arbitragem, pode ser definido “[...] como o acordo escrito através do qual as partes se obrigam a submeter seus litígios civis, atuais ou futuros, ao juízo arbitral”. (ROCHA, 2008, p. 28).

A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) permite que a convenção arbitral seja formalizada de dois modos: pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral.

A cláusula compromissória, regulamentada pelo art. 4º da Lei de Arbitragem, caracteriza-se como sendo a convenção das partes a submeterem ao julgamento de um árbitro os litígios que possam nascer no decorrer de uma relação jurídica estabelecida por contrato.

O compromisso arbitral, enquanto espécie da convenção de arbitragem, refere-se à opção pela instauração da arbitragem de uma controvérsia existente entre as partes e pode ser, segundo a lei, judicial ou extrajudicial. (PINTO, 2002, p. 77).

Dentre os principais efeitos decorrentes do pacto, o efeito positivo e o negativo são os que merecem maior destaque. O efeito positivo consiste na vinculação obrigatória das partes à decisão daquele que detiver poder de julgá-las, no caso o árbitro. Por outro lado, o efeito negativo faz referência à subtração da competência do poder de decidir do órgão judicial.

Em síntese, confrontando a cláusula compromissória com o compromisso arbitral, denota-se que as duas se diferenciam uma vez que a primeira é anterior ao conflito; já a segunda, é convencionada após o surgimento do conflito, quando há a opção pela solução através da arbitragem, ou seja, é formalizada após a existência do problema.

O procedimento arbitral deve ser confrontado com o processo judicial levando-se em consideração, em primeiro lugar, a agilidade e o tempo necessários para que se tenha a decisão definitiva, ou seja, a celeridade com que é dada a solução do litígio.

O resultado útil do processo não se restringe a conferir um posicionamento à causa, a decisão para ser efetiva deve ser pronunciada em um prazo razoável com o objeto posto. Um processo moroso representa custos que sequer são passíveis de serem medidos, não apenas financeiros decorrentes do prolongamento da discussão, como também os gravames da incerteza e insegurança. (LEAL JUNIOR, 2013, p. 79).

O elevado tempo de espera por uma prestação jurisdicional gera custos decorrentes da privação dos bens e direitos postos em litígio “[...] durante todos os anos que precedem o

efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Nesse caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo”. (PUGLIESE, 2008, p. 20).

Nesse sentido, por não estar eivada do formalismo dos processos judiciais, não se submeter a reiterados recursos e possuir uma infraestrutura que permita um processamento sem entraves, defende-se a utilização da arbitragem como meio viável a reduzir os custos de transação por permitir uma resolução célere e eficaz dos conflitos.

Considere-se também que a confidencialidade, ou sigilo do procedimento, é mais vantajosa do que a publicidade que rege os atos do Poder Judiciário. Há demandas em que não há interesse de que o público tome conhecimento do ocorrido, sobretudo quando são partes empresas transnacionais, pois pode transmitir uma mensagem negativa que afete a imagem da parte quanto à comercialização de seus produtos.

A título exemplificativo cabe imaginar uma demanda que aduz impropriedade do produto, como a existência de um inseto dentro da embalagem de um produto alimentício distribuído e consumido em grande escala, ou, ainda, o conflito entre duas empresas, sendo uma delas fornecedora da outra.

Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyer Salama destacam que “[...] a possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da especialização dos árbitros, também pode representar economia para as partes”. (PUGLIESE, 2008, p. 20). A oportunidade das partes elegerem como árbitro pessoa ou entidade que tenha afinidade com a questão a ser resolvida permite uma melhora na qualidade da decisão, o que implica numa redução dos erros nas decisões e da falta de previsibilidade dos julgamentos judiciais, conferindo maior segurança aos contratos e viabilizando o comércio.³

Sendo necessário calcular uma gama de fatores, é de se reconhecer os inúmeros ganhos que se concretizam com a eleição do procedimento arbitral. Nesse sentido, Pugliese e Salama comparam a prestação jurisdicional à arbitragem para concluir que essa última permite a redução dos custos de transação em razão da agilidade com que é dada a solução do conflito, da especialidade e da imparcialidade dos árbitros. Com efeito, a vantagem maior reside no binômio tempo e qualidade, o que garante, em significativa parte das vezes, a opção pelo emprego da arbitragem. ((PUGLIESE, 2008, p. 24).

No entanto, em que pese o procedimento arbitral goze de relevantes vantagens para

³ Os autores ainda exemplificam ser “[...] razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos”.

aqueles que dela se utilizam e para a concretização dos objetivos do Estado Democrático brasileiro enquanto instrumento adequado de acesso à justiça, ainda encontra inúmeros óbices para que seja amplamente difundido. Os entraves legais e a falta de incentivo constituem um empecilho determinante para que se restrinja o amplo acesso à via arbitral, sobretudo, como será abordado adiante, nas discussões envolvendo direito dos consumidores.

3 A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Ao longo do presente trabalho foram trilhados os caminhos para ser abordada a problemática dos desafios enfrentados pelo binômio: incremento da arbitragem como via adequada à solução de conflitos em decorrência dos óbices ao acesso à justiça devido à morosidade e ineficiência do Poder Judiciário e a viabilidade de sua utilização para solucionar a crescente demanda de litígios decorrentes da intensificação das relações de consumo. A partir de então, deve ser averiguado como a matéria está disciplinada no ordenamento pátrio, os principais entraves ainda existentes, bem como as facilidades e os ganhos que o incremento dessa prática pode trazer para fins de acesso à justiça.

De início, necessário retomar a lição de que a convenção de arbitragem engloba os institutos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, e que há diferenças conceituais entre as espécies, que provocam divergências sobre sua aplicabilidade nos litígios decorrentes de relação de consumo e que devem ser retomadas à memória para uma melhor compreensão do exposto.

A defesa dos direitos dos consumidores, alçada em nível constitucional enquanto direito fundamental, foi sistematizada e recebeu um arcabouço principiológico próprio com a edição da Lei 8.078/1990. Desenvolvendo o mandamento constitucional e o padrão mínimo de conduta a ser seguido para que se proteja o consumidor frente ao fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, VII, diz ser nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a utilização compulsória da arbitragem.

O fato da cláusula, após ser redigida e aceita por ambas as partes, implicar em exclusão da competência do Poder Judiciário revela o escopo da vedação contida no dispositivo que entende ser tal previsão abusiva por desproteger o consumidor.

Contudo, a Lei de Arbitragem prevê, no art. 4º, §2º, que nos contratos de adesão a cláusula compromissória será válida se tiver sido instituída por iniciativa do aderente ou se ele concordar, expressamente, com a sua instituição. Essa manifestação deve ser por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Fica evidente que a proteção conferida pela legislação consumerista está assentada na impossibilidade do consumidor, em um contrato de adesão, modificar as regras escritas, estando significativamente reduzida sua autonomia de decidir os detalhes do contrato. Todavia, a Lei de Arbitragem que é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, coloca em dúvida a compatibilidade da utilização da arbitragem nos contratos de adesão que, via de regra, envolvem relação de consumo. Ainda enquanto projeto em tramitação, a Lei de Arbitragem possuía a intenção inicial de revogar o inciso VII do art. 51, do CDC, o que acabou por não ocorrer.

Diante da posterioridade da Lei de Arbitragem, surge a dúvida sobre o confronto legislativo entre uma lei antecedente e uma lei posterior. Adotando o preceito hermenêutico de que a lei posterior geral não possui o condão de revogar a lei especial anterior quando não estiver expressamente previsto, é de se concluir que não houve a revogação do art. 51, VII do CDC. (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 187).

Para José de Albuquerque Rocha (2008, p. 19) não houve revogação do Código de Defesa do Consumidor porque o art. 4º, §2º é “visivelmente incompatível com os princípios constitucionais de defesa do consumidor [...] estando nulificada pelo vício da inconstitucionalidade”. (ROCHA, 2008, p. 20).

Com outros olhos, a advertência contida na Lei de Arbitragem quanto aos contratos de adesão decorre justamente da necessidade de demonstrar que o acordo de vontade entre as partes foi realizado livremente, em total consonância com o sentido dado pelos §§ 3º e 4º do art. 54 do CDC, os quais preceituam que nos contratos de adesão os termos utilizados no contrato serão claros e, quando implicarem limitação o direito do consumidor serão redigidos com destaque. (GARCEZ, 2007, p. 101-102).

A controversa toda reside na aceitação inequívoca do aderente pela arbitragem, contudo, a finalidade de ambas as leis é garantir que “[...] o consumidor não pode ser forçado a aceitar a arbitragem, que decorre, justamente, do livre acordo de vontade entre as partes” (GARCEZ, 2007, p. 103); desse modo, é de se concluir que a Lei de Arbitragem respeita a carga valorativa tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A esse respeito, se a própria lei que regula a arbitragem previu uma forma para que seja aferida a sua aceitação nos contratos de adesão, não é de todo lógico que se conclua pela inaplicabilidade da arbitragem nos contratos de consumo.

Com efeito, a harmonização desses regimes jurídicos – a tutela arbitral e a tutela das relações de consumo – representa um passo importante para a concretização das finalidades do “[...] Estado Democrático de Direito brasileiro, às funções propugnadas pelos princípios

norteadores desses sistemas, e, principalmente, aos anseios da sociedade por novas propostas de viabilização de acesso à justiça”. (AZEVEDO, 2011, p. 152).

Na causuística, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 1.169.841-RJ de relatoria da Ministra Nancy Andriighi, firmou os critérios a serem observados pela jurisprudência.

Como regra geral, a eleição da cláusula obriga às partes a submeterem eventual conflito à arbitragem. Como regra específica, da confrontação do art. 51, VII do CDC com o art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/196, constata-se que não há incompatibilidade entre os dispositivos, pois a Lei de Arbitragem apenas versou sobre os contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII às hipóteses que regularem uma relação de consumo. Com efeito, há uma regra ainda mais específica: nos contratos derivados de relação de consumo, sendo eles de adesão ou não, impõe-se a nulidade da cláusula que determine a utilização da arbitragem, mesmo que satisfeito os requisitos do art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem.

A síntese da razão de decidir pode ser aferida pelo seguinte trecho:

O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos. Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada.

Portanto, segundo o Superior Tribunal de Justiça, não há impedimento para a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo; o que se busca limitar é a estipulação prévia da arbitragem em tais contratos, o que implicaria na sua utilização compulsória, mas isso não obsta que, posteriormente, surgido o conflito entre consumidor e fornecedor e com a aquiescência do consumidor, seja instaurado o procedimento arbitral.

Veja que tal posicionamento acaba por ser prejudicial, inclusive ao consumidor. Por essa razão, o entendimento que converge tanto à finalidade da lei de arbitragem, quanto à defesa do consumidor, seria o de se reconhecer a inaplicabilidade tanto do art. 51, VII do CDC – não podendo todos os casos recaírem para a vala comum da nulidade absoluta –, quanto da parte final do §2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96.

Em outras palavras, bastaria a aplicação da parte inicial do §2º do art. 4º, ou então, a

substituição da preposição alternativa “ou” pela aditiva “e” para que o interesse do consumidor fosse protegido de maneira mais eficaz. Desse modo, a cláusula compromissória seria considerada válida desde que a instituição da arbitragem fosse tomada por iniciativa do consumidor, ou então, no caso de figurar no polo passivo, deveria ele concordar posteriormente com sua instituição, em procedimento semelhante ao que já ocorre com o compromisso arbitral.

A Lei n. 13.129, destinada a ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem, foi publicada em 27 de maio de 2015 e promoveu uma reforma pontual na Lei de Arbitragem. Contudo, três dispositivos constantes no projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional sofreram vetos pelo então Presidente da República em exercício por, ao se ver, contrariarem o interesse público. Tais dispositivos constituiriam os novos §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º da Lei de Arbitragem, e faziam referência ao contrato de adesão, a relação de consumo e a relação trabalhista.

O §2º proposto pelo legislativo pretendia extirpar qualquer dúvida acerca da cláusula compromissória nos contratos de adesão, estipulando que a sua eficácia estaria condicionada a sua redação em negrito (destaque) ou em documento apartado. Por sua vez, a proposta do §3º era deixar claro que a cláusula compromissória, quando estabelecida por meio de contrato de adesão e decorrente de relação de consumo, teria sua eficácia dependente da iniciativa do consumidor, no caso aderente, em tomar a iniciativa pela instituição da arbitragem ou, então, concordar de maneira expressa com a sua instituição.

A redação do Projeto de Lei propunha seccionar o regramento sobre os contratos de adesão em relação aos contratos do âmbito de consumo, justamente porque é possível a existência de contratos de adesão que não são contratos de consumo.

A inovação efetiva estaria tanto nos contratos de adesão, por ter sido estipulado, legalmente, que o compromisso arbitral teria eficácia pelo seu simples estabelecimento em negrito ou em documento apartado; quanto nos contratos de consumo, por dar validade à cláusula compromissória na hipótese do consumidor tomar a iniciativa pela arbitragem.

Nas razões do veto, o chefe do executivo asseverou que os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão e autorizariam amplamente a utilização nas relações de consumo sem ser clara quanto ao momento da manifestação de vontade do consumidor, por esse motivo, concluiu que em decorrência “[...] das garantias próprias do

direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor".⁴

A título complementar, o §4º permitiria, ainda que de forma restrita a determinados cargos e dependente da expressa concordância do trabalhador, a possibilidade de se optar pela arbitragem num conflito decorrente de relação contrato individual de trabalho, no entanto, o veto está justificado em razão de não se admitir distinção entre os trabalhadores.

Curioso observar que, entre as três matérias com maior número de distribuição de processos no país são aquelas que sofreram restrições pelos vetos presidenciais, o que demonstra o retardo na promoção da desjudicialização dos conflitos e a dificuldade de fomentar uma via alternativa, ainda que essa se justifique pela promoção do acesso à justiça.

O debate é atual, crescente, promissor e pode ser utilizado para superar o conflito entre o acesso à justiça e a morosidade que assola os tribunais já congestionados, de modo a viabilizar e alavancar o uso da arbitragem como verdadeiro mecanismo para promoção de acesso à justiça através de um procedimento adequado; sobretudo quando os conflitos estão inseridos num cenário globalizado, cujas relações negociais são cada vez mais velozes e intensas, o que demanda soluções rápidas e adequadas aos novos anseios daquele que tem sua esfera jurídica ferida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações finais, diante da pesquisa realizada, é inegável a importância que a temática em apreço detém no cenário jurisdicional brasileiro. A arbitragem apresenta-se como um relevante instrumento à disposição para a solução de litígios em um ambiente globalizado, no qual a jurisdição estatal não é suficiente para garantir a satisfatória reparação dos direitos, sobretudo quando inserida num ambiente de intensificação das relações de consumo.

Tendo isto assente, tornou-se possível, no decorrer deste feito, chegar a certas ilações, direcionadas à maior efetivação de direitos.

O acesso à justiça não pode mais ser concebido como mero direito de acesso ao Poder Judiciário. O modelo atual de Estado Democrático garante a efetivação da justiça e elenca o acesso à justiça como verdadeiro direito humano fundamental que deve ser encarado

⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação informatizada. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13129-26-maio-2015-780858-veto-147043-pl.html>>. Acesso: 04 set. 2016.

como um elemento que não pretende apenas proclamar, mas efetivar de maneira adequada os direitos do cidadão que buscam uma solução para os seus impasses.

Contudo, não são poucos os óbices para a real acessibilidade à justiça. Neste diapasão, menciona-se a insuficiência do Poder Judiciário em fazer frente à quantidade de processos existentes, o que acaba por gerar lentidão, morosidade e ineficiência na reparação das lesões.

Correta a doutrina atual quanto ao pensamento de que métodos complementares devem funcionar em cooperação com a via judicial, de forma a aliviar a sobrecarga que impossibilita seja prestada uma tutela adequada. Daí falar-se em na utilização de formas alternativas para resolução de conflitos como uma realidade que contribui para a solução dos conflitos de maneira célere, adequada e eficaz, bem como, de maneira reflexa, para a efetivação do acesso à justiça.

A par da utilização da arbitragem para solucionar conflitos consumeristas, no Brasil não há impedimento para a sua aplicação, no entanto, não se permite a estipulação prévia da arbitragem em tais contratos, o que implica dizer que é nula a cláusula compromissória nos contratos de consumo, o que implica em aceitação, somente, do compromisso arbitral, ou seja, da opção após surgido o conflito. Posição essa imprópria e que, por vezes, acaba por ser prejudicial ao consumidor por restringir de veras seu acesso à justiça.

Analisando a legislação brasileira e, diante dos vetos sobre a reforma proposta, é de se concluir que, para uma efetiva tutela dos direitos consumeristas e incentivo ao acesso à justiça deveria estar em vigência tão somente a parte inicial do §2º do art. 4º, ou então, ser realizada uma reforma no mesmo corpo legal para a substituição da preposição alternativa “ou” pela aditiva “e”.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

AZEVEDO, Anderson de. *Jurisdição, arbitragem e relações de consumo*. Construção histórica e política dos principais mecanismos de solução de conflito e a promoção de acesso à justiça nas relações de consumo. 2011. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

CAIVANO, Roque J. *Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacia moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Legislação informatizada*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13129-26-maio-2015-780858-veto-147043-pl.html>>. Acesso: 04 set. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual 2015*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/423d01efe90cb5981200f1d03df91ec5.pdf>>. Acesso em 06 mai 2016.

DELGADO, José Augusto. *A arbitragem: direito processual da cidadania*. Revista Jurídica. São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr 2001. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>>. Acessado em 05 set 2016.

EGDEBI, Tamara. *Analysis of the Effect of Public Policy on party Autonomy in International Arbitration*. Disponível em <www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?new s=29275>. Acesso: 20 fev. 2016.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de arbitragem: doutrina – legislação – jurisprudência*. 2. Ed. São Paulo: Método, 2007.

LEAL JÚNIOR, João Carlos; MUNIZ, Tânia Lobo. *Análise crítica sobre a utilização da arbitragem na solução de conflitos do comércio internacional*. Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesual y Arbitraje, Madrid, 2013. Disponível em: <<http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA21302.pdf>>. Acesso em 02 mar. 2016.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

NALINI, José Renato. *Novas perspectivas no acesso à justiça*. Revista CEJ, Brasília, v.1, n.3, set./dez, 1997.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição*. São Paulo: Ltr, 2008.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. *Arbitragem: a alternativa premente para descongestionar o poder judiciário*. São Paulo: Arte & Ciência, 2002.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor*. Revista GV, São Paulo, v.7, p.15-28, jan./jun. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

SADEK, Maria Teresa. *Acesso à justiça*. São Paulo: Pesquisas, 2001.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. *A morosidade do poder judiciário e seus reflexos econômicos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2007.

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro de. *A importância das serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3029, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20242/a-importancia-das-serventias-extrajudicias-no-processo-de-desjudicializacao>. Acesso em: 07 mai 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.