

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DE RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE CONSUMO.

POSSIBILITA 'DI UTILIZZO DI ARBITRATO PER LA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DERIVANTI DA RAPPORTI SINGOLO CONSUMATORE.

Gleice Leila Barral*

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de utilização da arbitragem na solução de conflitos decorrentes das relações individuais de consumo. Para tanto, foi realizada uma análise dos argumentos em que se baseiam as divergentes correntes doutrinárias. A doutrina consumerista vem demonstrando algumas restrições acerca da utilização da arbitragem nas relações individuais de consumo, contudo, existe outra corrente que defende a adoção do procedimento arbitral e declara que desde que observadas as cautelas legais e os princípios insculpidos no Código de Defesa do Consumidor, não haveria vedação à adoção do procedimento. Tendo em vista a questão levantada, a pesquisa que se propõe mostra-se de grande relevância, na medida que tem como intuito fornecer ao consumidor argumentos e informações capaz de levá-lo a utilizar com segurança o mecanismo alternativo de solução de conflitos evitando as longas demandas no judiciário brasileiro.

PALAVRAS CHAVE: Arbitragem. Direito do Consumidor. Relações individuais de consumo.

RIASSUNTO

Questo articolo si propone analizzare la possibilità del ricorso all'arbitraggio per sciogliere le controversie derivanti dei rapporti di consumo individuale. In questo modo, abbiamo fatto un'analisi dei argomenti su alcune tendenze dottrinali divergenti. La dottrina consumistica ha dimostrato qualche restrizioni sull'uso dell' arbitraggio nei rapporti di consumo individuale. Tuttavia, ha un fillo che sostiene l'adozione della procedura arbitrale e dichiara che, da quando osservata le garanzie ed i principi giuridici del codice consumistica previsto, non ha proibizione sulla adozione della procedura. Considerando la questione alzata, questa ricerca diventa rilevante nella misura che cerca fornire al consumatore argomenti ed informazione in grado di portarlo ad utilizzare con sicurezza il meccanismo alternativo di soluzione dei conflitti togliendo le infinite richieste nel giudiziario brasiliano.

PAROLE CHIAVE: Arbitrato. Diritto del consumatore. Rapporti singolo consumatore.

*Advogada. Mestranda em Direito Público na Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Assessora Jurídica, Ouvidora e Professora na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/MG. Email: glbarral@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

A Arbitragem foi instituída no Brasil pela Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 e pode ser definida como uma forma de solução de conflito em que este é solucionado por um terceiro estranho a relação.

Por ter demonstrado ser um procedimento seguro e eficiente, a arbitragem vem sendo aplicada em diversas áreas do direito. Não obstante sejam muitas as vantagens advindas de sua utilização, a ampliação de sua aplicabilidade tem gerado algumas polêmicas, sobretudo, no direito consumerista.

Verifica-se que não há proibição legal sobre o exercício da arbitragem nas relações individuais de consumo, pelo contrário, o art. 4º, IV do Código de Defesa do Consumidor prevê e incentiva a criação e utilização de mecanismos alternativos de solução de conflito. A grande discussão surge quando se verifica que o legislador incluiu no rol das chamadas cláusulas abusivas as que determinam a utilização compulsória da arbitragem.

Apesar das restrições colocadas pela doutrina consumerista acerca da arbitrabilidade dos litígios individuais de consumo, outra parte da doutrina defende a adoção do procedimento e adverte que não sendo instituído compulsoriamente e desde que observados os requisitos legais e os princípios insculpidos na norma consumerista, seria possível a utilização do procedimento.

Diante desses postulados, a questão que se coloca é saber se o procedimento arbitral deve ou não ser utilizado para solucionar conflitos decorrentes das relações individuais de consumo, haja vista as disposições contidas nos art. 51, VII da LArb e art. 4º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo, em razão da principiologia do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, partiremos da hipótese de que desde que observados as cautelas legais e os princípios insculpidos no código consumerista, a arbitragem pode constituir uma via adequada de composição de conflito, uma vez que poderá ser utilizada não somente para resguardar a efetiva aplicação das normas consumeristas, mas também para propiciar ao consumidor o amplo acesso à justiça.

Tendo em vista a questão levantada, a pesquisa a que se propõe mostra-se de grande relevância, uma vez que se espera que o resultado alcançado possa fornecer argumentos e informações capazes de auxiliar o consumidor a utilizar com segurança esse mecanismo alternativo de solução de conflito, de modo a evitar as diversas e longas demandas no Judiciário Brasileiro.

2. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE ADESÃO.

Buscando restabelecer o equilíbrio contratual e a equivalência de forças entre consumidores e fornecedores, o legislador enumerou, no art. 51, VII do CDC, a hipótese de abusividade de cláusula contratual, declarando como nulas de pleno direito, entre outras, aquelas que determinam a utilização compulsória da arbitragem. A saber: “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”.

Comentando o referido dispositivo, Nelson Nery Junior, define cláusula abusiva como:

[...] aquela que é notoriamente desfavorável a parte mais fraca da relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual, pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados do contrato. (NERY JUNIOR, 2001, p. 501).

As cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, independentemente do contrato em que estejam inseridas, contudo, há de se reconhecer que elas costumam aparecer, principalmente nos contratos de adesão. Para Alvim isso ocorre porque neste tipo de contrato, “tem o fornecedor maior liberdade para fixar unilateralmente seu conteúdo, de acordo com sua própria conveniência” ademais, essas cláusulas acabam por “passar desapercibidas em meio a tantas cláusulas impressas”. (ALVIM, 1995, p.250).

A regulamentação dos contratos de adesão encontra-se prevista no art. 54 do CDC. Sendo definido como “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”.

Neste sentido, para Selma M. Ferreira Lemes:

[...] se por um lado a rigidez das cláusulas que eliminam as tratativas prévias contribuem para a agilidade do negócio, mais factíveis para a contratação de massa, de outra face, a situação do aderente fica enfraquecida, reduzida sua liberdade individual a uma liberdade apenas forma, de aceitar ou rejeitar as condições impostas pelo proponente, permitindo hegemonia deste ultimo, podendo dispor de modo abusivo. (LEMES, 1999, p. 114).

Nos contratos de adesão, normalmente, não há discussão quanto às condições e cláusulas contratuais, sendo que uma parte simplesmente impõe a outra sua vontade, cuja única solução é aderir aos termos do contrato. Nas palavras de Braga, nesses contratos a parte “*ou adere ou não contrata*” (BRAGA, 2009, p.85).

Como forma de conferir maior proteção ao contratante a LArb impôs, especialmente para os casos que envolvam contrato de adesão, a exigência de maiores cuidados na instituição da cláusula compromissória, conforme previsto no art.4, §2º da LArb.

O referido dispositivo estabelece que a eficácia da cláusula dependerá da iniciativa ou concordância expressa do aderente, com assinatura e visto específico para a cláusula. A norma visa proteger o consumidor, já que o fornecedor ou prestador de serviço deverá dar ênfase à cláusula compromissória, de forma a demonstrar a voluntariedade do aderente em com ela concordar.¹

Para Carlos Alberto Carmona essa barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão com o objetivo de impedir sua “*banalização, através da inclusão da cláusula, indiscriminadamente, em condições gerais de negócios, normalmente impressas e às quais o contratante adere em bloco*” (CARMONA, 1998, p. 31).

Vale dizer que obedecidas as condições e firmado o contrato nestes moldes, a cláusula compromissória tem efeito vinculante para ambas as partes, proponente e aderente. Não obedecidas as condições, uma vez proposta a cláusula compromissória no contrato, esta vincula o proponente, mas não o aderente, que poderá exigir a instituição do juízo arbitral ou afastá-la, propondo a demanda perante o Judiciário. A despeito disso, nada impede que o aderente aceite a propositura da demanda arbitral efetuada pelo proponente. (LEMES, 2002).

Embora as divergências existam, por ser a arbitragem um instrumento de facilitação da justiça, mormente em função da sua celeridade e segurança, a regra geral tem sido a de observância da convenção arbitral pactuada entre partes. Nesta linha, conforme observa Lemes, quando da instituição da cláusula compromissória as partes devem ter total consciência do que representa a arbitragem, ou seja, nas sábias palavras da autora:

A boa fé de ambos deve nortear a avença em sua plenitude e, em especial, para esta cláusula. Vale dizer, é via de mão dupla: tanto o proponente deve agir com total clareza de propósitos esclarecendo a outra partes quanto o alcance da clausula arbitral, como o aderente aceitando-a, não pode depois dizer que não sabia o que estava fazendo, se foi prévia e devidamente esclarecido por ocasião em que o contrato foi firmado. (LEMES, 1999, p.131).

¹Ver: APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.632169-0/001. 12ª CÂMARA CÍVEL do TJMG. Rel. Des. ALVIMAR DE ÁVILA. Julg. 17/07/2010. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.117590-3/001. 14ª CÂMARA CÍVEL TJMG. Rel. Des. Rogério Medeiros. Julg. 25/11/2009).

Assim, entende-se o Código de Defesa do Consumidor não impôs nenhuma proibição acerca da adoção do procedimento arbitral nos contratos, apenas limitou a sua “instituição compulsória”. Neste sentido é o posicionamento Nelson Nery Júnior segundo o qual:

o juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios, razão porque o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação a *contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível institui-se a arbitragem. (NERY JUNIOR, 2001, p. 525).

Destarte, uma vez convencionada a arbitragem, sua utilização deverá ser obrigatória. Caso a parte contratante concorde com a instituição da arbitragem e a despeito do combinado, busque o poder judiciário para solucionar o conflito, a medida correta a ser aplicada, neste caso é a extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art.267, VII do Código de Processo Civil Brasileiro. (ANDRIGHI, 2006).

3. A ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS DECORRENTES DE RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE CONSUMO.

Segundo Petrus Tybur Júnior a arbitrabilidade pode ser definida como “*a possibilidade que determinados litígios tem de ser resolvidos pela via arbitral, tendo em vista as pessoas envolvidas no litígio e a matéria objeto do mesmo.*” (TYBUR JUNIOR, 2005, p.58).

O estudo da arbitrabilidade habitualmente se dá sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Na arbitrabilidade subjetiva teríamos a limitação à resolução dos conflitos pelo juízo arbitral, em razão de condições jurídicas da pessoa. No que diz respeito, a arbitrabilidade objetiva essa diz respeito ao objeto do litígio ou da matéria em discussão. (TYBUR JUNIOR, 2005).

Quanto ao estudo da arbitrabilidade nas relações de consumo, o aspecto subjetivo tem enfoque na discussão quanto à possibilidade da instituição da convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral) entre consumidores e fornecedores.

Daí, como já restou demonstrado a lei não proíbe a instituição da cláusula compromissória nos contratos de consumo, apenas exige a observância de requisitos que uma vez ausentes tornam a cláusula sem nenhuma eficácia.

No que diz respeito a possibilidade de instituição da arbitragem através do compromisso arbitral, verifica-se que, igualmente, a legislação não impõe nenhum empecilho. Segundo Tybur Júnior de fato “*quando instaurado um conflito envolvendo determinado contrato e as partes resolvem de comum acordo, submetê-lo a um árbitro, também escolhido de comum acordo entre elas, não mais existiria como enquadrar a conduta do fornecedor como abusiva*”. (TYBUR JUNIOR, 2005, p.57).

Nas palavras de Pedro A. Batista Martins para que o compromisso arbitral mostre-se válido, faz-se necessário a preexistência de um conflito efetivo, sendo neste caso, “*ineficaz o instrumento de compromisso que não tenha por objeto uma disputa já evidenciada*”. (MARTINS, 1999, p. 241).

Ressalte-se, no entanto, que sempre deveram ser observadas as regras de capacidade civil, previstas nos arts. 3º e 4º do Código Civil Brasileiro, uma vez que a LArb impõe que somente as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem.

No que concerne a arbitrabilidade objetiva essa tem previsão no art. 1º da LArb, a saber: “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Neste sentido, a análise deste aspecto vai de encontro aos direitos envolvidos no litígio, ou seja, devem ser esses patrimoniais e disponíveis.

Adriano Perácio de Paula, ao comentar o referido dispositivo, observa que:

O objeto do litígio haverá de ser sobre qualquer relação jurídica cujos interesses são conflitantes em determinada situação. Todavia, enquanto a jurisdição possui competência para conhecer de qualquer litígio perante seu órgão julgador específico, somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto da convenção arbitragem (art. 1º). Daí o brocardo que compõem a epígrafe deste (*pasci possumus de quibus transigire licet*), que em vernáculo poderia ser traduzido para: podemos pactuar sobre o que é lícito transigir. (PAULA, 1998, p.119).

Para Cesar Fiúza, os direitos subjetivos privados podem ser divididos em patrimoniais e não patrimoniais. “*Será patrimonial se seu substrato material for apreciável em dinheiro. Caso contrário, será não patrimonial, como a vida, a honra*”. (FIUZA, 2007, p.17).

No que tange a disponibilidade, Mattos Neto ensina que disponibilidade significa “*que o titular do direito pode aliená-lo, transmiti-los inter vivos ou causa mortis, pode também, renunciar ao direito, bem como pode, ainda o titular transigir seu direito*.” (MATTOS NETO, 2005, p.159).

É importante observar que não obstante a arbitragem possa ser convencionada para deliberar sobre questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, haverá situações em que o juízo arbitral não poderá intervir, pois ainda que os direitos em questão sejam disponíveis, a participação da jurisdição estatal na resolução do litígio é obrigatória, a exemplo dos processos de inventário, falência, etc. (PAULA, 1998).

Caso haja dúvidas acerca da disponibilidade de alguns direitos, segundo os ensinamentos de Tybur Junior haverá necessidade de uma análise jurídica da matéria a ser arbitrada, haja vista que *“o limite desta disponibilidade, que a princípio seria ilimitado, encontra limitações na lei, no que a doutrina denomina ordem pública”*. (TYBUR JUNIOR, 2005, p. 62).

Ressalte-se que como ocorre com as normas de defesa do consumidor, a regulamentação da matéria por normas de ordem pública, indicam os limites da arbitrabilidade e não necessariamente que seja a inarbitravel a matéria.

No que tange à disponibilidade dos direitos envolvidos nas relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, nas palavras de Carmona: *“Ninguém parece duvidar de que podem as partes, diante de litígios que diga respeito ao fornecimento de bens e serviços, transigir aos respectivos direitos, o que demonstra, de modo claro, não estar excluída a possibilidade da solução arbitral.”* (CARMONA, 1998, p.57).

Nesta mesma linha de pensamento, podemos identificar, ainda, o entendimento de Adriano Perácio de Paula segundo o qual:

os direitos do consumidor sempre foram, e continuam a ser direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de transação, portanto. E não haverá de ser renegado a arbitragem como meio e alternativa de solução de litígios entre prestadores de serviços e produtores de bens de qualquer natureza, de um lado, e os consumidores de outro, que se estará em maior ou menor escala resguardando os interesses desses últimos. (PAULA, 1998, p. 132).

Em consonância com as razões expostas, Tybur Júnior prescreve que os contratos advindos das relações entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços *“são arbitráveis sob o aspecto objetivo, existindo intervenção da consumerista no âmbito da arbitragem, tão somente quando necessária para trazer o equilíbrio à relação existente entre consumidor e fornecedor”*. (TYBUR JUNIOR, 2005, p. 63).

Por tudo o exposto, parece-nos que a despeito da regulamentação jurídica especial concedida ao consumidor, resta claro, que quanto à disponibilidade dos direitos, nada impede

que os litígios decorrentes das relações individuais de consumo possam ser solucionados através do procedimento arbitral².

4. A COMPATIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL COM A PRINCIPIOLOGIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A Política Nacional das Relações de Consumo que tem como objetivo o atendimento as necessidades básicas do consumidor, o respeito á sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, prevê princípios que incentivam à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

O incentivo e criação desses mecanismos e a interação entre os personagens das relações de consumo, torna-se algo necessário na medida em que as a solução dos conflitos de interesses individuais não consegue conciliar os valores de segurança e rapidez necessários, gerando com isso inúmeras queixas pela demora na prestação jurisdicional e pela dificuldade de acesso aos órgãos jurisdicionais. (ROCHA, 1997).

Com assinala Gustavo Pereira Leite Ribeiro:

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 eficiente e seguros para resolver disputas. Ora, a implementação dos mecanismos alternativos de conflitos acaba por incentivar o envolvimento da comunidade na resolução de conflitos, evidenciando um maior nível de cidadania e consciência dos jurisdicionados. (RIBEIRO, 2006, p. 127)

Certamente o legislador, ao prescrever no art. 4º, V do Código de Defesa do Consumidor o incentivo a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, objetivava facilitar o acesso à justiça, munindo os consumidores de diversos instrumentos necessários à tutela de seus direitos.

Neste sentido, a arbitragem tem se mostrado um meio seguro e eficiente de solução de controvérsias, sobretudo, em razão da informalidade que faz com que o procedimento ocorra de forma muito mais célere em comparação com jurisdição estatal.

²É importante ressaltar que o mesmo não ocorre com os litígios coletivos de consumo. Ou seja, além dos direitos individuais, existem os interesses que extrapolam a esfera individual, são os chamados direitos metaindividuais, que compreendem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tais espécies encontram definidos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor. (RIBEIRO, 2006).

Apesar da implementação e a eficiência do instituto, muitas são as críticas em relação a sua utilização, no que tange a sua compatibilização os princípios estabelecidos no código consumerista. Subsistindo ainda, o lamentável, fato de que inúmeros consumidores resistem a ideia de que o seu conflito seja solucionado por pessoa estranha aos quadros do Poder Judiciário.

Segundo a Ministra Fátima Nancy Andrighi, embora a lei de arbitragem tenha surgido com várias modificações “*o grande desafio hoje é incentivar a implementação de um sistema de solução de controvérsias envolvendo questões de consumo, que reconheça a condição de hipossuficiência do consumidor e lhe assegure uma solução segura, breve e eficiente*”. (ANDRIGHI, 2006, p. 13).

Tendo em vista a vigência de uma nova e sistematizada disciplina para a arbitragem, a escolha da via da arbitragem é uma alternativa em qualquer situação. Com efeito, nestes casos mostram-se desnecessárias algumas preocupações, uma vez que essa relação estaria resguardada pela denominada Política Nacional das Relações de Consumo, que objetiva de maneira expressa a harmonização dos interesses daqueles que participam destas relações de consumo. (PAULA, 1998).

Dentre os doutrinadores que demonstram restrições acerca da adoção do procedimento nas relações consumeristas, inclui-se Cláudia Lima Marques.

Segundo a doutrinadora, as técnicas do procedimento arbitral foram criadas para resolver conflitos nas relações entre iguais, particularmente entre comerciantes. Quanto a utilização do procedimento arbitral nos contratos consumeristas, esse não tem demonstrado um meio adequado para tutelar os direitos dos consumidores, uma vez que pode implicar em prejuízos para os consumidores.

Segundo Marques (2006) uma desvantagem para o consumidor seria a possibilidade de se retirar a demanda das mãos do Judiciário, substituindo-os por árbitros indicados e geralmente pagos pelos próprios fornecedores.

Em que pese as preocupações levantada pela doutrinadora, não se pode dizer que a arbitragem é inadequada às relações de consumo só porque os árbitros poderiam ser pagos exclusivamente pelos fornecedores.

Nesta mesma linha, Adriano Perácio de Paula, observa que tal crítica deve ser desconsiderada, na medida que “*a arbitragem é útil pelo que possui de potencial qualidade para solução de conflitos*”. Além do que esta “*assertiva vai de encontro às próprias disposições da Lei 9.307/96, que asseguram, pena de nulidade do juízo arbitral, se em sua*

instalação ocorrer a inobservância da isonomia entre as partes na escolha e na definição do árbitro”. (PAULA, 1998, p.129).

Quanto a este aspecto, lembre-se que os árbitros durante o exercício da função arbitral ou em razão dela se equiparam aos funcionários públicos para todos os efeitos da legislação penal, e assim como os juízes togados, respondem civilmente pelos danos que causarem às partes, nos termos do art. 133 do Código de Processo Civil, quando no exercício de suas funções procederem como dolo ou fraude.

Seguindo esta orientação, verifica-se que embora a sentença arbitral não esteja sujeita a recurso de homologação pelo Poder Judiciário, os efeitos produzidos pela sentença arbitral, não obstam a prerrogativa do Judiciário quanto ao controle da legalidade do juízo arbitral. Desse modo, uma vez não observadas as condições previstas no art. 32 da LArb, a sentença arbitral será declarada nula, bastando que a parte interessada, no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento, pleiteie ao órgão do Poder Judiciário a decretação da nulidade.

A sentença que julgar procedente o pedido formulado declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII e determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. Pelo exposto, caso fique demonstrado que a decisão tenha sido decretada por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, a parte interessada poderá requerer a anulação da sentença, e ainda, a aplicação das sanções penais cabíveis.

Outro questionamento, diz respeito às disposições do art. 2º da LArb, que admite a arbitragem *ex aequo et bono*, permitindo ao árbitro que decida por equidade, de acordo com critérios estabelecidos nos contratos, incluindo os usos e costumes comerciais.

Na arbitragem as partes têm a liberdade de escolher tanto o direito material quanto o processual aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade³, ou ainda, fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais do direito, usos e costumes e nas regras internacionais do comércio, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública.

Sendo o Código de Defesa do Consumidor norma de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), verifica-se que sobre os seus preceitos basilares as partes não poderão transigir, ainda que para convencionarem sobre o procedimento arbitral. (PAULA, 1998).

³ Neste sentido, é importante lembrar que o recurso da equidade tem previsão no art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, a saber: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

Esta é a regra que também se aplica quanto às preocupações decorrentes da possibilidade de inversão do ônus da prova, conferida ao consumidor hipossuficiente. Na instrução do procedimento arbitral, em sendo aplicada as disposições do Código de Processo Civil, a prova das alegações acompanha a disposição do art. 333 do CPC, ou seja:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Contudo, considerando o ônus de cada parte, estando a se decidir em sede arbitral matéria de relação de consumo e uma vez presente o pressuposto da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência, a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova a favor do consumidor torna-se obrigatória, haja vista que se trata de direito básico conferido ao consumidor para facilitação de sua defesa.

Nesta linha, Adriano Perácio de Paula ao traçar considerações acerca do *onus probandi* e do reconhecimento da hipossuficiência do consumidor, leciona que: “*diante da hipótese legal consumada no juízo arbitral, impositiva é a tarefa do árbitro em proceder a essa inversão de encargos processuais, mas sempre motivadamente.*” (PAULA, 1998, p.128).

É importante lembrar que embora a lei conceda as partes plena liberdade para instituir o procedimento arbitral, os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, isonomia, imparcialidade e convencimento racional do julgador, devem sempre ser observados no procedimento arbitral, sob pena de nulidade. (PAULA, 1998).

Por tudo o exposto, verifica-se que não há um consenso acerca da possibilidade da aplicação do instituto da arbitragem nas relações entre consumidores e fornecedores. Contudo, não há como negar que tanto os doutrinadores da linha consumerista, quanto os arbitralistas concordam que a defesa dos consumidores, em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade é imprescindível. (TYBUR JUNIOR, 2005).

Em razão da proteção conferida ao consumidor, quando levada a dirimir controvérsias relativas à relação de consumo, a arbitragem deverá levar em consideração pressupostos afetos a esta situação jurídica, que envolve fornecedores e consumidores que gozam de prerrogativas e direitos impostergáveis. Em razão disso, por serem as normas do

CDC imperativas, estas deveram ser aplicadas independente da vontade das partes, vez que não poderão ser derogadas. (PAULA, 1998).

Deste modo, por não existir vedação legal e por ter a arbitragem demonstrando ser um instituto seguro, breve e eficiente, tem-se entendido que desde que observadas as cautelas legais e os princípios insculpidos no código consumerista seria possível a adoção do procedimento arbitral na resolução dos conflitos individuais de consumo.

5. CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor que foi publicado no ano de 1990, nasceu com princípios próprios e regras fundamentais de ordem pública e interesse social. Dentre os quais podemos citar o princípio o da vulnerabilidade, da hipossuficiência, da boa-fé, do dever de informar, da transparência, da solidariedade e do acesso à justiça, entre outros.

Todos os princípios são de grande relevância para efetivação dos objetivos perseguidos pela Política Nacional de Relação de Consumo, contudo, na situação atual em que são inúmeras as reclamações pelo retardamento na prestação jurisdicional e pela dificuldade de acesso aos órgãos jurisdicionais, mostra-se necessário o incentivo a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos como forma de facilitar um amplo acesso à justiça. Neste sentido, a arbitragem tem-se mostrado um instrumento de facilitação da justiça, mormente em função da sua celeridade e segurança.

Como forma de possibilitar a utilização do instituto e conferir maior proteção ao consumidor a lei impôs maiores cuidados na instituição da cláusula compromissória nos contratos de adesão.

Ainda, que as divergências existam, entende-se que não há proibição acerca da utilização da arbitragem nas relações de consumo, mas apenas limitação quanto a sua instituição compulsória.

Com feito, a eficácia da cláusula depende da iniciativa ou concordância expressa do aderente, com assinatura e visto específico para a cláusula, de forma a demonstrar a voluntariedade em com ela concordar, uma vez ausentes os requisitos a cláusula é nula de pleno direito. Ademais, a arbitragem somente poderá ser convencionalizada para deliberar sobre questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

No que tange à disponibilidade dos direitos envolvidos nas relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, podem as partes, diante de litígios transigirem aos respectivos direitos. A despeito da regulamentação jurídica especial concedida ao consumidor nada

impede que os litígios decorrentes das relações individuais de consumo possam ser solucionados através do procedimento arbitral.

Em razão da proteção conferida ao consumidor, quando levada a dirimir controvérsias individuais de consumo, a arbitragem deve considerar as condições dos consumidores que gozam de prerrogativas e direitos impostergáveis. Deste modo, desde que observadas as cautelas legais e os princípios insculpidos no código consumerista seria tranquilamente possível a adoção do procedimento arbitral na resolução dos conflitos individuais de consumo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda, et al. **Código do consumidor comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1995.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, v.3, n.9, p.13-21, abr./jun. 2006.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 348p.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil. Código de Processo Civil**. Organizador Yussef Said Cahali. 5. ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 de set. 1990.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de set. 1996.

CARMONA, Carlos Alberto Carmona. **A arbitragem e processo: um comentário à 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. 361p.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 10ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LEMES, Selma M. Ferreira. **A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado**. In **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem e direito do consumo**. II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAR. Florianópolis, 22 a 24 de 09.2002. Disponível na Internet: http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri19.pdf. Acesso em 07 de novembro de 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos jurídicos do compromisso**. In **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTOS NETO, Antonio José. **Direitos patrimoniais disponíveis à luz da lei de arbitragem**. in Revista de processo. n. 122. abril de 2005. São Paulo. Revista dos Tribunais.

NERY JUNIOR, Nelson. **Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor nº 03. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

PAULA, Adriano Perácio de. **A arbitragem nas relações de consumo**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 32, p. 55-73, out/dez, 1999.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **A arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006.

ROCHA, Silvio Luis da. A cláusula compromissória prevista na Lei 9.307, de 23.06.1996 e as relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 21, p.32-37, jan./mar.1997.

TYBUR JUNIOR, Petrus. **Arbitragem nos contratos de consumo**. Curitiba, 2005, 112p. Dissertação de Mestrado. Departamento de direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Disponível na Internet: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-10-07T083328Z-207/Publico/PetrusDto.pdf. Acesso em 07 de novembro de 2012.