



ANÁLISE DA CLÁUSULA ARBITRAL NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS CONSUMERISTAS

Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Arbitragem como Mecanismo de Solução de Conflitos; 3. Interpretação da Clausula Arbitral; 4. Análise Jurisprudencial do Tema; 5. Considerações finais; 6. Referências.

RESUMO

A proteção ao consumidor fez grandes progressos no Brasil e nos demais países do Mercosul e do mundo. Nesse teor, a justa utilização da arbitragem, por órgãos sérios e competentes, é considerada uma importante via de acesso à justiça e de agilidade na solução de conflitos de consumo, desde que seja esse o interesse das empresas e dos consumidores. Nessa seara, o presente estudo buscou dirimir a polêmica da atividade arbitral nas relações de consumo e a consequente aplicação da cláusula arbitral nos contratos, em face do exposto nas redações da legislação consumerista e arbitral.

Palavras-Chave: Arbitragem. Cláusula Arbitral. Empresa e Consumidor.

ABSTRACT

Consumer protection has made great strides in Brazil and in the other countries of Mercosur and the world. Accordingly, the fair use of arbitration by serious and competent bodies is considered an important access to justice and agility in resolving consumer disputes, as long as this is in the interest of companies and consumers. In this field, the present study sought to resolve the controversy of the arbitration activity in consumer relations and the consequent application of the arbitration clause in contracts, in the face of what was stated in the wording of the consumer and arbitration legislation.

Keywords: Arbitration. Arbitration Clause. Company and Consumer.

1 INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional brasileira nem sempre consegue solucionar os litígios decorrentes das relações de consumo de forma célere e eficiente. Em razão disso é que se amplia a importância das soluções arbitrais, eis que a arbitragem representa um meio alternativo à solução de uma série de conflitos que envolvem direitos patrimoniais

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires- UBA. Co-autora do livro *Efetividade Constitucional* da editora Juspodium e do livro *Reflexiones Sobre Derecho Latino Americano*. Atuou como Professora Universitária da Graduação em Direito. Advogada. Email: mayrennetrigueiro@hotmail.com

disponíveis.

A arbitragem é utilizada na maioria das vezes em conflitos referentes ao Direito Empresarial e Internacional, principalmente no comércio internacional.

Contudo, verificou-se que ela pode ser um eficaz instrumento de resolução de controvérsias de consumo, isso porque, além de se garantir cidadania aos consumidores, resolvendo seus conflitos de forma rápida e eficiente (quando as partes não estipulam prazo, a lei prevê que o seu término deve ser no máximo em seis meses, art.23 da Lei nº 9307/96), tem custos menores (o que facilitaria o acesso à justiça). Ter-se-á também o desafogamento do Judiciário, principalmente do sobrecarregado Juizado Especial Cível, beneficiando outros tipos de demandas.

Interessante observar que a legislação consumerista, textualmente, incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo no art. 4º, V, trazendo a denominada Política Nacional das Relações de Consumo. Nessa hipótese, poder-se-ia aceitar ser a arbitragem uma alternativa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos em pleitear seus direitos no Poder Judiciário brasileiro.

Insta esclarecer neste trabalho que a problemática discutida pelos juristas não recai na possibilidade ou não da realização da arbitragem, mas sim na aplicação ou não das cláusulas compromissórias, sendo essas um dos elementos da convenção de arbitragem, sendo o outro o compromisso, conforme previsto no artigo 3º da Lei de Arbitragem.

Dessarte, o impasse se verifica no momento da possibilidade da validade dessas cláusulas arbitrais em contratos de consumo no que tange à cobertura de proteção dada pela Constituição Federal e pelo CDC aos consumidores, posto que o art. 51, VII do CDC, as considera nula de pleno direito, enquanto os dispositivos da Lei de arbitragem não a proíbe em nenhum contrato. Deflagrou-se uma polêmica num aparente conflito de normas.

2 ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante do grande número de litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário e a consequente morosidade nesse órgão judiciário, cada vez mais, se busca soluções alternativas para os conflitos de interesses. Dessarte, as partes envolvidas no litígio podem submeter-se ao juízo arbitral, na tentativa de alcançar uma adequada e efetiva composição para a lide.

Não obstante a arbitragem ser um dos mais remotos institutos de solução de conflitos, sendo inclusive utilizada há muito tempo, restritivamente, em razão das muitas barreiras que existam, ganhou nova roupagem com sua regulamentação própria, com o respaldo legal que

faltava para lhe fortalecer.

Essa prática, no entanto, só veio a ser regulamentada no Brasil por meio da conhecida “Lei Marco Maciel”, Lei nº 9.307 de 1996, a qual foi benéfica na tentativa de conceder novas alternativas de soluções de conflitos, com o propósito de inibir diversas e longas demandas no Judiciário.

Nos dizeres de José Eduardo Carreira Alvim (2000, p.77-78):

Tratando-se de jurisdição privada, possui vantagens sobre a estatal: a expertise do órgão julgador e confiança das partes no mesmo; os procedimentos são mais céleres e desburocratizados, podendo as partes dele participar mais ativamente; prazo certo para prolatar a sentença; não haver duplo grau de jurisdição; poderem as partes autorizar o árbitro a julgar por equidade; e sigilo.

A princípio, pode-se definir arbitragem como uma técnica de solução da lide mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial do litígio. Portanto, é uma forma de heterocomposição de conflitos, extremamente salutar e célere, difundida, há muito tempo, por diversos países desenvolvidos, na busca por uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva.

Nesse sentido, José Celso Martins (2011, p.78) explicita que:

O procedimento arbitral deve ser visto como uma ampliação do acesso à justiça para a solução das questões relacionadas ao direito de consumo. O que limita sua utilização é o desconhecimento das empresas e dos consumidores de como poderão valer-se do instituto e conseqüentemente quais as suas reais vantagens.

Oportuno trazer à baila que a Lei 13.129 de 2015 altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga alguns dispositivos da Lei nº 9.307/06.

Uma das primeiras mudanças notáveis trazidas pela nova lei se encontra logo no artigo 1º da lei de arbitragem, em seu parágrafo primeiro, com a inclusão da administração pública direta e indireta, a qual poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ademais, o mesmo artigo agora em seu parágrafo segundo afirma que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Assim, perceba:

Art. 1º-As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Postado está ainda com a novel temática no parágrafo terceiro do artigo 2º, que acaso a arbitragem envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade, conforme expressa “Art. 2º, §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

No mais, a arbitragem é um meio de resolução de conflitos qualificado por procedimentos informais, havendo inclusive a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada, conforme o seu artigo 2º, §1º “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” Esse entendimento perdura do mesmo modo no artigo 23, §2º “As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final.”

A nova lei reformadora do instituto da arbitragem acrescenta a seguinte informação:

Art. 13, § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Sendo composta por julgadores, os denominados árbitros, com formação técnica ou jurídica, ficando patente no que descreve a letra da lei:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Ademais, aprez considerar também com essa reforma que, uma vez instituída a arbitragem, interrompe-se a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, e, entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes,

adendo firmado por todos que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 19, § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

Cumpra ainda acrescentar que, a referida lei da arbitragem introduziu atributos na sentença arbitral, declarando sua desnecessidade de homologação judicial¹, de modo contrário ao que vigorava antes, passando então a produzir efeito imediato, bem como se tornando decisões irrecuráveis, e, portanto, imutável pela coisa julgada material, conforme demonstrado no artigo acima. Insta lembrar que com a referida lei reformadora os árbitros poderão proferir sentenças parciais, conforme expresso no artigo 23, §1º.

Assim, a sentença arbitral não permite a rediscussão do que foi decidido. Mas a decisão poderá sofrer o controle judicial em relação à sua validade ou não, apenas. Convém consignar que esse procedimento seria como uma espécie de ação rescisória ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral. Nesse sentido, corrobora os seguintes dispositivos da lei de arbitragem:

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial.

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

¹ A Lei 13.129 de 2015 esclarece “Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.” (Grifo nosso).

Por conseguinte, na mesma lógica, poderá ser denegada “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional”.

O artigo 2º da Lei 13.129 de 2015 reverbera que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos arts. 22-A e 22-B, compondo o Capítulo IV-A “Das Tutelas Cautelares e de Urgência”, e do seguinte art. 22-C, compondo o Capítulo IV-B “Da Carta Arbitral”. No que pertine, às tutelas provisórias a lei de arbitragem passa a vigorar da seguinte forma após a sua alteração:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Insta realçar que a Lei 13.129 de 2015, a qual reformou alguns dispositivos da lei de arbitragem, trouxe consigo uma série de novidades indispensáveis para uma melhor modernização do instituto.

A arbitragem é, portanto, uma excelente forma de solução de conflitos. Respeitadas suas condições legais, é ela responsável por uma justiça mais simples, mais rápida e de menor custo para o litigante obter a paz social tão esperada.

Enfim, a arbitragem, indiscutivelmente, é muito salutar no meio social. Isso ocorre principalmente numa sociedade que cresce e se desenvolve de modo rápido, mais rápido do que o Estado é capaz de acompanhar.

3 INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL

Feita as considerações acerca do disciplinamento da arbitragem como uma alternativa de solução de conflitos envolvendo os direitos patrimoniais, sendo inclusive utilizada para solucionar questões controvertidas no âmbito do direito civil, do trabalho, empresarial e internacional.

Outrossim, é possível a aplicação desse instituto na seara do direito do consumidor, com algumas ressalvas, vale salientar! Pois, no Brasil, quando o assunto é arbitragem nas relações de consumo, muitas são as discussões acerca de alguns pontos, os quais precisam ser enfrentados e desmistificados.

Como já é cediço, a atividade jurisdicional brasileira nem sempre consegue solucionar os litígios decorrentes das relações de consumo de forma célere e eficiente. Em razão disso é

que se amplia a importância das soluções arbitrais, eis que a arbitragem representa um meio alternativo à solução de uma série de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, tais como os decorrentes das relações consumeristas.

Como afirma Claudete de Souza (2010, p. 56), a necessidade de atuação célere na solução de controvérsias de consumo reside nos seguintes aspectos:

Nas sociedades industriais avançadas, o conflito gerador de disputas judiciais apresenta-se como um movimento contínuo, regulado e, com frequência, não violento. Como exemplo dessa assertiva, temos os conflitos surgidos naturalmente, quando há partes negociando tudo aquilo que envolve patrimônio, ou seja, direitos disponíveis. Consequentemente, há que se criar mecanismos que resolvam esse conflito com a mesma agilidade e facilidade com que são criados! A engrenagem capitalista pede isso. (...) Não compõe, esse prejuízo, apenas o fator monetário, mas também, o equilíbrio emocional e o psíquico, donde se conclui que em algumas áreas do Direito não cabe apenas e tão somente esse tipo de decisão como solução ideal para realização de justiça. Justiça é resposta adequada e a tempo. Mas sabe-se que na maioria das vezes, o aparato judicial existente no país não propicia às partes do processo judicial essa possibilidade.

Importante ressaltar que, a proteção ao consumidor ganhou um caráter constitucional, eis que foi elevada ao patamar de direito fundamental, insculpida no artigo 5º da Lei Maior. Desse modo, o Direito do Consumidor passou a ser considerado uma norma de caráter social e de interesse público, e, acaso ocorra conflitos de consumo, os mesmos devem ser resolvidos por qualquer forma lícita.

Indubitavelmente, a arbitragem de consumo é um mecanismo extrajudicial, muito benéfico, eficaz e simples, criado pelas autoridades de proteção ao consumidor, permitindo resolver facilmente os desacordos de causas de consumo que possam surgir entre o vendedor, empresário ou prestador de serviços e o comprador, usuário ou consumidor.

Assim, para que haja a relação de consumo, mister se faz a presença concomitante do consumidor (pessoa física ou jurídica na figura de destinatário final) e do fornecedor (aquele que habitualmente fornece produtos ou serviços), desde que preencha os requisitos definidos nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90, além do objeto, constituído por produtos ou serviços.

A principal crítica feita pelos que impugnam a utilização da arbitragem nas relações de consumo, fundamentam-se no art. 6º, VII do CDC, o qual garante, como direito básico do consumidor, o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para a solução dos seus conflitos.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal, no capítulo que regula os direitos individuais e coletivos, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc.XXXV), textualizando o princípio do acesso à Justiça.

Calha o Estado não se esquivar do seu papel de pacificador e contribuir com a criação de órgãos públicos que buscam cumprir com este papel, a título de exemplo fica o PROCON, o IDEC e o Juizados Especiais².

Essa crítica, entretanto, é simplesmente rechaçada com o próprio art. 6º, VI, Código de Defesa do Consumidor - CDC³, o qual garante ao consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, não importando o meio utilizado para isso.

Interessante observar ainda que essa mesma legislação consumerista, textualmente, incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo no art. 4º, V⁴, trazendo a denominada Política Nacional das Relações de Consumo. Em ambas as hipóteses, poder-se-ia aceitar ser a arbitragem uma alternativa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos em pleitear seus direitos no Poder Judiciário brasileiro.

Insta esclarecer, neste momento, que a problemática discutida pelos juristas atuais não recai na possibilidade ou não da realização da arbitragem, mas sim, na aplicação ou não das cláusulas compromissórias, sendo essas, um dos elementos da convenção de arbitragem⁵, sendo o outro o compromisso, conforme previsto no artigo 3º da Lei de Arbitragem⁶. Pode-se dissociar os institutos acima facilmente pela interpretação da lei, no sentido de que, enquanto a cláusula compromissória surge antes do conflito, ainda na fase contratual; o compromisso é

² Antes mesmo da Lei da arbitragem, os Juizados Especiais, órgão jurisdicional encarregado, entre outras coisas, da solução judicial de lides com menos complexidade e de causas cujo valor não ultrapasse quarenta salários mínimos, já previa em sua legislação especial, Lei 9.099 de 1.995, em seu art. 24 e seguintes, a utilização da arbitragem como uma solução alternativa às lides consumeristas, presente no Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 24. Não obtida a conciliação, **as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral**, na forma prevista nesta Lei.

§1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. §2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

³ O Código de defesa do consumidor do Brasil é conhecido como exemplo em todo o mundo em razão de sua preocupação em oferecer um tratamento especial de proteção das questões relativas ao direito do consumidor em face dos fornecedores de produtos e serviços.

⁴ **Art. 4º, CDC:** A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de **mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo**; (sem grifo no original)

⁵ **A Lei 13.129 de 2015 altera a lei 9.307 de 1996 3m seu “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; (Grifo nosso)**

⁶ Art. 3º: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

firmado após o nascimento dele.

A cláusula compromissória é conceituada na própria Lei 9.307/96 em seu artigo 4º, como sendo a “convenção através da qual as partes, em um contrato, comprometem-se a submeter a arbitragem aos litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Etcheverry (1997, p.78) sintetiza: “a cláusula compromissória expressa a vontade das partes de terem os litígios decorrentes do contrato a que se refere submetidos ao juízo arbitral e pode conter, acessoriamente, apenas disposições relativas à escolha do árbitro e de normas procedimentais.”

Em síntese, o impasse se verifica no momento da possibilidade da validade dessas cláusulas arbitrais em contratos de consumo no que tange à cobertura de proteção dada pela Constituição Federal e pelo CDC aos consumidores, posto que o art. 51, VII do CDC⁷, as considera nula de pleno direito, enquanto os dispositivos da Lei de arbitragem não a proíbe em nenhum contrato. Deflagrou-se uma polêmica num aparente conflito de normas. Nesse contexto, Marques (2016, pg. 635) enfatiza:

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela nova lei devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V, e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não-estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado especialmente justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei. No sistema da nova lei (arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996), a cláusula compromissória prescinde do ato subsequente do compromisso arbitral. Logo, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral, via sentença judicial, com um só árbitro (que pode ser da confiança do contratante mais forte, ou por este remunerado); logo, se imposta em contrato de adesão ao consumidor, esta cláusula transforma a arbitragem “voluntária” em compulsória, por força da aplicação do processo arbitral previsto na lei. (Grifo nosso).

Nesse oriente, cumpre ainda acrescentar que a Lei de Arbitragem defende a utilização de cláusulas compromissórias em contratos de adesão, sendo aqueles pactos em que o consumidor só tem a opção de aderir ou não ao contrato, sem poder negociar as cláusulas.

Entretanto, o artigo 4º, §2º da Lei nº 9.307/96 põe a ressalva, desde que o consumidor “tome a iniciativa de instituir a arbitragem, ou manifeste sua concordância em documento anexo”. Esse dispositivo cuida de certos formalismos de proteção ao consumidor, sem os quais não se pode exigir que o consumidor assine o contrato, liberando-o para dirigir-se ao Judiciário, se quiser.

Doravante já asseverado, o problema não está na adoção da arbitragem nos contratos

⁷ art. 51, VII do CDC: “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;”

de consumo, os quais inclusive até incentiva novos meios de resolução dos conflitos, como antes visto, porém, a vedação está sim na aplicação da cláusula compromissória, em respeito ao entendimento do art. 51, VII do CDC, dado o efeito da obrigatoriedade que a citada cláusula gera para as partes, após a assinatura da avença, sem poder mais buscar a jurisdição estatal para solucionar o litígio, salvo nos casos de nulidade da sentença arbitral, e dado a notável vulnerabilidade do consumidor frente aos abusos cometidos nas vontades dos fornecedores, que possuem uma posição privilegiada e de imposição sobre o consumidor.

Pode-se imaginar um exemplo corriqueiro do procedimento da obrigatoriedade que a discutida cláusula gera, quando uma pessoa que está realizando a compra da sua casa própria, sonho de anos de trabalho. Quando chega na hora de assinar, a imobiliária diz que o negócio só é celebrado com a assinatura da cláusula compromissória. Com certeza, o consumidor não iria retroagir no seu desejo de adquirir o lugar onde repousar, em virtude da possível renúncia ao Poder Judiciário na resolução de um litígio (FUJITA, 2008, *online*).

Por fim, apresenta-se a corrente que Eduardo Klausner aponta como a mais correta:

[...] afirmam que o dispositivo da Lei 8.078/90, em comento, encontra-se em vigor, e em seus termos só existe impedimento à arbitragem compulsória, conseqüentemente não há restrição para que o consumidor, após a deflagração do litígio, de livre e espontânea vontade decida submeter o conflito a um órgão arbitral devidamente capacitado a julgar sua questão. Esta interpretação afina-se tanto a legislação pertinente, como adequa-se aos princípios de proteção ao consumidor, pois a ele caberá a decisão de escolher a jurisdição privada ou estatal, tornando-se a cláusula compromissória estipulação em seu favor a ampliar o acesso a justiça. Como bem salienta Pedro Batista Martins, a proteção ao consumidor tem por escopo alçá-lo a uma posição onde efetivamente possa livremente negociar, e não transforma-lo em incapaz para tratar de seus negócios. Neste sentido também se coloca a quase integralidade das legislações estrangeiras regedoras da matéria (KLAUSNER, 2005).

Entretanto, apesar de ser um entendimento digno de consideração, o mais moderno e correto parece ser o que admite a possibilidade de instituição da arbitragem até nos contratos de adesão, sem necessidade de ulterior ratificação. Isso desde que os requisitos do art.4º, §2º da Lei nº 9.307/96 sejam observados.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA

Na tentativa de propor uma solução à questão desse aparente conflito, narrada no item anterior, entre a Lei de Arbitragem que permite a inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão e o Art. 51 inc. VII, do CDC, que a considera nula, Junqueira de Azevedo

(1997, p. 38), corrobora com dito pensamento:

Como adiantamos, a Lei de Arbitragem nada alterou no Código de Defesa do Consumidor, sobre os direitos do consumidor. Perante a lei protetiva, o quadro era, e é, pois, o seguinte: o **compromisso entre consumidor e fornecedor, desde que sem abuso** deste sobre aquele, é **permitido**; a **cláusula compromissória**, inversamente, tem **presunção absoluta de abusividade e é proibida** (art. 51, VII). (Grifo nosso).

A solução para esse aparente conflito de normas foi ofertada pelo legislador consumerista, diante da possibilidade da instauração de procedimento arbitral, ou seja, da celebração do compromisso arbitral, quando já configurado o conflito, desde que haja o consenso entre o consumidor e o fornecedor, lógico!, e que também sejam respeitados os mais basilares princípios consumeristas, dispostos nos artigos 4º e 6º do moderno código do consumidor.

Nesse diapasão, calha fazer uma breve consideração acerca do procedimento que o julgador deve se firmar, frente a uma cláusula compromissória no contrato de consumo. Mister observar que cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las inclusive de ofício.

Acerca do assunto ora abordado, percebe-se que a doutrina se dividiu no entendimento a respeito da revogação do art. 51, VII do CDC pela Lei da Arbitragem, eis que outra parte da doutrina entende que é possível a convivência harmônica dos dois sistemas legais. Alerta-se, então, para as palavras autores defendendo a revogação do dispositivo do CDC, enquanto, outros doutrinadores contrapõem essa posição.

Assim, na defesa de Lemes (1999, p. 126-127), não seria nula cláusula contratual que determine a utilização da arbitragem, desde que se respeitem as formalidades impostas no art. 4º, § 2º da Lei 9.307/96. Anote-se:

[...] não vemos como afirmar que o art. 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 dispostos nos arts. 2.º e 3.º do CDC. Aliás, os contratos de adesão quase na totalidade prevêm matérias afetas às relações de consumo.

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

[...] 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 formalidades legais, será válida e eficaz.

Por outro lado, Figueira Júnior (*apud* BERNADI, 2004, p.87) pugna pela não revogação do art. 51, CDC, decorrente da aplicação do princípio da especialidade das normas:

Ademais, é princípio assente de hermenêutica jurídica que *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*, no caso em exame, a Lei de Arbitragem reveste-se de natureza geral em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é especial. Nessas circunstâncias, não há que se admitir a revogação meramente tácita; mister se fazia, então, a expressa revogação...

Constata-se que a incompatibilidade é apenas aparente. Na verdade, é preciso aplicar o princípio da especialidade das normas e entender que o apontado dispositivo da Lei de Arbitragem tratou apenas de contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII do CDC quando o contrato, ainda que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor (ANDRIGUI, 2006, online).

Dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos, quais sejam: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) regra específica para contratos de adesão genéricos, que estabelece restrição à eficácia da cláusula compromissória e (iii) regra ainda mais específica para contratos, de adesão ou não, celebrados entre consumidor e fornecedor, em que será considerada nula a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que tenham sido preenchidas as formalidades estabelecidas no art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem (ANDRIGUI, 2006, *online*).

O estudo jurisprudencial explicita, mais ilustrativamente, os entendimentos sussonarrados:

RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - CLÁUSULA PENAL – DESPROPORCIONALIDADE - REVISÃO QUE SE IMPÕE - Juízo arbitral. Cláusula compromissória em contrato de adesão. Afasta-se sua aplicação a fim de estabelecer o equilíbrio entre os contratantes, sendo certo que o consumidor é considerado hipossuficiente econômica, jurídica e tecnicamente e a cláusula compromissória só agrava sua posição de desvantagem. Autor pretende a rescisão do contrato de promessa de compra e venda. Cláusula penal que coloca o consumidor em desvantagem exagerada e é incompatível com a boa-fé e a equidade. Interpretação finalística do disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Sentença deu adequada solução à lide, não demonstrando o réu que o percentual a ser devolvido lhe trará desvantagens considerando os gastos decorrentes do contrato. Pequeno reparo, tão somente para reduzir a verba honorária. Recurso manifestamente procedente em parte. (TJRJ -0006037-18.2008.8.19.0209 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento:

25/02/2011 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL) (grifos nossos). (TJRJ, 2011, online)

DECISÃO MONOCRÁTICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM. ABUSIVIDADE. NULIDADE. A previsão de cláusula de arbitragem em contrato de adesão em relação de consumo é nula, por força do inciso VII do artigo 51, do CDC, por ser manifestamente abusiva e cercear o amplo acesso à Justiça do consumidor aderente, na eventual violação ao seu direito. Precedentes do TJERJ e STJ. Sentença cassada. Provimento do recurso, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC. (TJRJ - 0000840-48.2009.8.19.0209(2009.001.51738) - APELACAO 1ª Ementa - DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 08/09/2009 - QUINTA CAMARA CIVEL) (grifos nossos) (TJRJ, 2009, online).

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO.

1. Ação ajuizada em 05/03/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se é válida cláusula compromissória arbitral inserida em contrato de adesão, notadamente quando há relação de consumo, qual seja, a compra e venda de imóvel residencial.

3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

4. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.

5. O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. **6. Na hipótese sob julgamento, a atitude da recorrente (consumidora) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória.**

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1.628.819/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 15/3/2018) (STJ, 2018, online).

À guisa de conclusão, denota-se que não existe impedimento para que o consumidor busque a resolução de suas controvérsias por meio do procedimento arbitral, haja vista a proibição se encontrar apenas na utilização compulsória da arbitragem, conforme se extrai do Código de Defesa do Consumidor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito alhures, o tema proposto é polêmico e não apresenta uma solução única, pois o grande problema foi a ocorrência de um aparente conflito de normas, uma vez que o art. 51, VII da Lei 8.078 de 1990 considera abusiva a arbitragem compulsória, enquanto que a Lei 9.307 de 1996 permite essa possibilidade de cláusula compromissória.

No que tange a arbitragem nas relações de consumo, já é mais pacífico que, a cláusula compromissória é abusiva e não vincula o consumidor contratante. Ou melhor, a cláusula compromissória inserida em contrato de consumo, mesmo com observância das normas do art. 4º, §2º da Lei nº 9.307/96, é nula de pleno direito.

Por essa dicção, no propósito de solucionar as lides consumeristas, acaso existam cláusulas compromissórias, essas mesmas não tem o condão de afastar a competência do Judiciário para tal fim.

Assim, em razão da especial proteção constitucional da hipossuficiência técnica, econômica e/ou jurídica do consumidor, as cláusulas compromissórias em contratos decorrentes de relação de consumo, devem ser consideradas nulas de pleno direito, por força do art. 51, inc. VII do CDC.

Com isso, o que foi vedado foi a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato. No entanto, é possível que, posteriormente, quando já configurado o conflito entre o consumidor e o fornecedor, ou seja, após o surgimento da lide, no curso da relação contratual, seja instaurado o procedimento arbitral, desde que haja o consenso entre eles, vale salientar. Constata-se que não há óbice legal à implementação da arbitragem nos conflitos de consumo, pois.

Nesse teor, a justa utilização da arbitragem, por órgãos sérios e competentes, poderá ser uma importante via de acesso à justiça e de agilidade na solução de conflitos, desde que seja este o interesse das empresas, dos consumidores ou mesmo pela administração pública direta e indireta, após a inclusão trazida pelo advento da Lei 13.129/15.

6 REFERÊNCIAS

ANDRIGUI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abr./jun. 2006. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 set 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A Arbitragem e o Direito do Consumidor. **Revista de Revista Direito Diário**, 4ª Edição, Fortaleza, v. 1, n. 1, abr./jun. 2019. ISSN 2595-1408

Direito do Consumidor, nº 23-24, 1997.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENZRIHEN, María Fernanda. La participación de los consumidores como generador de la cadena de valor del servicio público prestado por el Estado. *In: Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública – Sociedad, Gobierno y Administración*. Buenos Aires, 22-25 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.ag.org.ar/4congreso/index.htm>>. Acesso em: 24/05/2018.

BERNARDI, Raquel Grellet Pereira; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. O contrato de adesão na arbitragem. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha de Arbitragem**. Brasília, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à lei de arbitragem** (Lei nº 9.307, de 23/09/1996). 2ªed. Curitiba: Juruá, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem para consumo**. Disponível em: <http://www.arbitragem.com.br/artigos2.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. **O procedimento do Juizado Especial Cível**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003, p. 125.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A Nova Lei de Arbitragem os Contratos de Adesão: algumas considerações. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: n. 21, jan/mar, 1997. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-nulidade-das-clausulas-compromissorias-nos-contratos-de-consumo,37369.html>>. Acesso em: 28 mai de 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de Consumo e Juízo Arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**, n.21, 2015.

FUJITA, Thiago Figueiredo. A possibilidade do exercício da arbitragem nas relações de consumo brasileiras. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4298>. Acesso em 13 abr 2018.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c75b6f114c23a4d7>>. Acesso em: 26 set 2018.

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

_____. **O Uso da Arbitragem nas Relações de Consumo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br.>>. Acesso em: 15 mar 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. **A utilização da arbitragem na solução de controvérsias de consumo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigo/?cod>>. Acesso em: 15 mar 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1.628.819/MG. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 15/3/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556495647/recurso-especial-resp-1628819-mg-2016-0255310-1/inteiro-teor-556495667>>. Acesso em: 15 nov 2018.

TJRJ. **APELAÇÃO**: Ap nº 0006037-18.2008.8.19.0209. 17ª Câmara Cível. Relator: DES. Edson Vasconcelos. Julgamento: 25/02/2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11774>. Acesso em: 12 out 2018.

TJRJ. **APELAÇÃO**: Ap nº 0000840-48.2009.8.19.0209 (2009.001.51738) 5ª Câmara Cível Relatora: DES. Teresa Castro Neves. Julgamento: 08/09/2009. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11774>. Acesso em: 12 out 2018.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Arbitragem de Consumo na Espanha**. Disponível em: <<http://www.arbitragem.com.br>>. Acesso em: 15 mar 2018.

**Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 11 jun. 2019.*