

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E EM RELAÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR

José Luiz Ragazzi*
Erika Tayer Lasmar**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 O Instituto da Arbitragem: Alternativa para Acesso à Justiça; 3 Reforma da Lei da Arbitragem e o Novo Código de Processo Civil; 4 A Arbitragem nas Relações de Consumo; 5 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: Será abordado nesse artigo o instrumento da Arbitragem como uma forma alternativa para a resolução de conflitos. O objetivo é demonstrar a aplicabilidade do instituto em relação ao consumidor. Com a evolução social, tecnológica, econômica e política do último século nasceu a imperiosa necessidade de criar mecanismos ágeis e eficientes para solucionar conflitos de diversas espécies, visto que a morosidade e o custo imposto pelo Estado afastam o cidadão comum e menos favorecido de buscar a justiça célere, em que as partes sintam-se realmente satisfeitas, sendo o tempo fator primordial, pois que é a medida da vida. A Lei nº 13.129 e o novo Código de Processo Civil tratam do instituto e lhe garantem uma nova roupagem. Chega-se à conclusão que quanto à aplicabilidade do Instituto às relações de consumo são necessárias algumas cautelas para que o Princípio da Vulnerabilidade, presente no Código de Defesa do Consumidor, seja respeitado. Para serem alcançados esses resultados esta pesquisa utiliza o método analítico e técnica de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Consumidor.

THE INSTITUTE OF ARBITRATION IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND ITS RELATIONSHIP TO CONSUMERS' RIGHTS

ABSTRACT: Arbitration is discussed as an alternative for the solution of conflicts. The paper demonstrates the applicability of the institution with regard to consumers. The social, technological, economic and political evolution of the 20th century gave birth to fast and efficient mechanisms to solve several types of conflicts since delay and costs imposed by the State shunned the less favored citizen. Through

* Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre (MG); Docente da Escola Superior da Magistratura e Docente convidado - Ordem dos Advogados do Brasil. Advogado em São Paulo, Brasil.

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Constituição e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); Advogada, Brasil; E-mail: erika_lasmar@hotmail.com

such expedencies, the parts feel satisfied since time is important and basic in the solutions of conflicts. Law 13129 and the new Code of Civil Procedures deal with the institute and guarantee a different type of solution. Certain caveats are required so that the Vulnerability Principle in the Code for the Defense of Consumers may be respected. Current research employs the analytic method and bibliographical research technique for results.

KEY WORDS: Arbitration; Consumer.

EL INSTITUTO DE ARBITRAJE DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL Y EN RELACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR

RESUMEN: Será abordado en ese artículo el instrumento de Arbitraje como una forma alternativa para la resolución de conflictos. El objetivo es demostrar la aplicabilidad del instituto en relación al consumidor. Con la evolución social, tecnológica, económica y política del último siglo nació la imperiosa necesidad de crear mecanismos ágiles y eficaces para solucionar conflictos de diversas especies, visto que la morosidad y el coste impuesto por el Estado alejan el ciudadano común y menos favorecido de buscar la justicia célere, en la que las partes estén realmente satisfechas, siendo el tiempo un factor primordial, pues que es la medida de la vida. La Ley 13.129 y el nuevo Código de Proceso Civil tratan del instituto y le garantizan un nuevo ropaje. Se llega a la conclusión que, en relación a la aplicabilidad del Instituto a las relaciones de consumo, son necesarias algunas medidas para que el Principio de la Vulnerabilidad, presente en el Código de Defensa del Consumidor, sea respetado. Para que sean logrados tales resultados, esta pesquisa utiliza en método analítico y la técnica de pesquisa bibliográfica.

PALABRAS-CLAVE: Arbitraje, Consumidor.

INTRODUÇÃO

Arbitragem é um instrumento hábil e eficaz que prioriza o social. Trata-se de uma forma alternativa destinada a diminuir conflitos, por meio da qual as partes, em controvérsia envolvendo direito disponível, escolhem um juiz privado para decidir a questão de forma vinculativa.

O objetivo deste trabalho é mostrar a aplicabilidade da arbitragem no direito moderno e o surgimento de um instituto de pacificação social para resolver os conflitos quanto aos direitos disponíveis e também na relação de consumo. A

arbitragem, como meio alternativo de solução de conflitos, efetivará a pacificação social trazendo soluções seguras e rápidas? É possível utilizar a arbitragem nas relações de consumo? No Brasil, somente com o surgimento da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, é que a arbitragem passou a ser mais exercida. Recentemente, com o sancionamento da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, a arbitragem ganha força pois amplia o alcance do meio alternativo de resolução de conflitos, porém recebe dois vetos: em relação aos contratos de trabalho e aos contratos de adesão.

O novo Código de Processo Civil (CPC) apresentou importantes e interessantes disposições sobre a Arbitragem, resolvendo inclusive um grave inconveniente que acontece entre os árbitros e os magistrados, por exemplo, a efetivação de medidas de urgência e coercitivas deferidas pelos árbitros, entre outras.

Em relação ao consumidor, a arbitragem permite a participação do cidadão na resolução das questões cujo objeto é o direito patrimonial disponível e permite que sejam alcançados os objetivos da ciência jurídica moderna de democratização e universalização da justiça.

Para serem alcançados esses resultados esta pesquisa utilizará o método analítico e técnica de pesquisa bibliográfica.

2 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM: ALTERNATIVA PARA ACESSO À JUSTIÇA

Câmara¹ conceitua a arbitragem como meio de solução de conflitos alternativos à via judiciária, cujos aspectos essenciais são a liberdade de escolha do árbitro pelas partes e o poder e autoridade conferidos ao árbitro para proferir decisão e solucionar o conflito, poder esse também conferido pelas partes litigantes.

No mesmo sentido, Figueira Júnior² manifesta-se e define a arbitragem como um mecanismo que viabiliza a transformação das lides sociológicas em lides jurídicas, as quais serão solucionadas por particulares investidos de autoridade decisória e poder jurisdicional outorgado pelas próprias partes em conflito.

Baseado nestes conceitos infere-se que a arbitragem é uma técnica de solucionar conflitos entre particulares, que elege uma terceira pessoa de confiança para dar fim a uma demanda.

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº. 9.307/96. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 37, v. 10, jan./mar. 2001, p.120.

A necessidade de pacificação de conflitos vem desde a época em que o homem passou a se agrupar e a viver em comunidade, com isso surgiu a necessidade de criar mecanismos capazes de resolver os conflitos que surgem nessa nova convivência.

Com a evolução e o passar do tempo, o Estado assume essa responsabilidade de compor os litígios, oferecendo ao indivíduo que busca a justiça, sua proteção, já com certa formalidade, endereço certo, assegurando, com isso, a realização definitiva da justiça. E ainda, com a evolução social, tecnológica, econômica e política do último século nasceu a imperiosa necessidade de criar mecanismos ágeis e eficientes para solucionar conflitos de diversas espécies, visto que a morosidade e o custo imposto pelo Estado afastam o cidadão comum e menos favorecido de buscar a justiça célere, em que as partes sintam-se realmente satisfeitas. Ressalta-se que o tempo é fator primordial, pois, muitas vezes, a solução chega tarde demais, já não interessando mais ao autor e frequentemente prestigiando o perdedor com sua demora excessiva.

Diante dessa conjuntura, muda-se a concepção de ser o Estado o único capaz de solucionar conflitos e passa a sociedade a movimentar-se para a superação de obstáculo de acesso à justiça e de consolidação da cidadania, exigindo atenção para novos rumos sociais, com a revitalização e criação de mecanismos que propiciem ao cidadão a solução de suas controvérsias por meio de processos e procedimentos mais simples, rápidos e seguros.

Constata-se que, no Brasil, entre as alternativas próprias de solução de conflitos, tem-se a arbitragem, instituto de pacificação social dos mais antigos de que se tem notícia na história do Direito que, revigorado com a Lei 9.307/1996, denominada de Lei de Arbitragem, e agora com a nova roupagem da Lei 13.129/2015.

A Lei 9.307/1996 revogou todo o sistema do juízo arbitral que constava tanto do direito material como do direito processual. A maior inovação da Lei é a equiparação entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, como formas de composição extrajudicial de litígios, cuja adoção exclui a causa do âmbito do processo jurisdicional.

Além disso, instituiu-se um procedimento judicial para forçar a implementação do compromisso arbitral, se uma das partes recusa-se a cumprir a cláusula compromissória, quando o contrato que a contém torna-se objeto de litígio entre seus signatários.

2.1 EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Nogueira³ ressalta que no Brasil, no período compreendido entre 1500 a 1822, as normas processuais orientavam-se pelas Ordenações do Reino e a administração era fundamentalmente municipal, sendo que os próprios habitantes administravam os assuntos locais por meio de um órgão colegial o qual era presidido por um magistrado eleito pelo povo ou nomeado pelo rei, conhecido como “juiz de fora”.

Santana⁴ salienta que a arbitragem obrigatória ou necessária não tem tradição no Brasil, somente sendo prestigiadas nos estatutos legislativos as arbitragens voluntárias, cuja característica essencial reside na autonomia da vontade. Mas época houve em que a arbitragem compulsória passou a ser disciplinada em vários artigos do Código Comercial de 1850, pelo Regulamento 737, o qual previa a arbitragem para dirimir conflitos comerciais. Porém, os conflitos particulares civis ainda permaneceriam obedecendo aos procedimentos ditados pelas ordenações portuguesas.

Segundo a referida autora, no entanto, a arbitragem obrigatória prevista no Código Comercial de 1850 foi revogada pela Lei 1.350 de 1866. De acordo com o pensamento liberal que se propagava na época, não mais se admitia a ingerência do Estado nas relações sociais e econômicas.

A autora supracitada diz que quando da edição do decreto 3.900, de 26 de junho de 1867, a expressão “cláusula compromissória” foi inserida pela primeira vez no direito positivo brasileiro, dispondo que a cláusula compromissória valia somente como promessa de submissão da controvérsia ao juízo arbitral, o que permitia o seu não cumprimento, gerando somente perdas e danos para o prejudicado com a negativa da instalação da arbitragem, o que se transformou no grande obstáculo para sua implementação no Brasil.

Não fosse esse dispositivo legal e a interpretação que lhe foi dada pelos doutrinadores e julgadores o Brasil estaria hoje na vanguarda jurídica no tocante a esse instituto, com ampla experiência prática, teórica e jurisprudencial.

Em 1916, a arbitragem voltou a ser tratada na legislação brasileira com a edição do Código Civil, que reafirmou o juízo arbitral voluntário por meio de

³ NOGUEIRA, Alberto. Jurisdição das liberdades públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴ SANTANA, Maria Aparecida. Democratização da justiça e arbitragem em Espécies. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2009.

compromisso arbitral, mantendo, porém, o entendimento de que a cláusula compromissória consistia em mera promessa sem caráter obrigacional, o que tornava inócua sua inserção nos contratos.

Nesse diploma, o instrumento básico do juízo arbitral é o compromisso, não se fazendo qualquer menção à cláusula arbitral ou cláusula compromissória, reafirmando assim a tradição. O Código Civil fixava, portanto, os requisitos essenciais do compromisso arbitral, cuja inobservância poderia acarretar a nulidade do juízo arbitral.

A Constituição de 1934 retornou o sistema de “unidade processual” e estabeleceu as competências privativas da União, incluindo nessas legislar sobre “normas fundamentais da arbitragem comercial”, em seu artigo 5º, inciso XIX, letra “c”.

Em 1937, artigo 18, letra “d” da nova Constituição, positiva que é permitida aos Estados legislar sobre as organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudicial dos litígios ou sua decisão arbitral.

Em 1939, foi editado o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, o que representa um avanço para o Direito Processual, o qual disciplinou o juízo arbitral, ainda mantendo, porém, a ineficácia da cláusula compromissória.

A Constituição de 1946 silenciou-se sobre a arbitragem, mas pela primeira vez inseriu expressamente, no parágrafo 4º do artigo 141, a inafastabilidade da tutela jurisdicional, não vedando, portanto, a opção pelas partes pela resolução do conflito via arbitral, somente mencionando a arbitragem para evitar guerras.

A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 também se omitiram quanto ao instituto da arbitragem em seus textos para a solução de conflitos entre particulares, mas previu-a para os conflitos entre os Estados, com o intuito de evitarem-se as guerras.

A Constituição de 1988 demonstra a inovação do pensamento democrático e, além de dispor expressamente no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a ameaça ou lesão de direito”, em seu artigo 114, parágrafos 1º e 2º, passa a garantir o juízo arbitral para os dissídios coletivos do trabalho.

Finalmente, após um lento processamento legislativo, em sessão solene, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei de Arbitragem, que, publicada no Diário Oficial da União, em 24 de setembro de 1996, passou a vigorar sessenta dias

após esta publicação, revogando expressamente o artigo 1037 do Código Civil e o artigo 1.072 do Código de Processo Civil, permitindo a plena eficácia do instituto nas resoluções de conflitos e colocando o Brasil com as mais modernas legislações internacionais sobre a matéria, pois apresentava essenciais modificações para a eficácia da implementação do instituto no Brasil, quais sejam: permissão da execução específica da cláusula compromissória, autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, desnecessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário e desnecessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira.

Apesar da edição da Lei de Arbitragem em 1996 sua constitucionalidade foi questionada. O argumento era de que a renúncia à tutela estatal consubstanciava em violação da garantia de acesso à Justiça. Após mais de cinco anos de debate, finalmente, em 2001, o Supremo Tribunal Federal valida a arbitragem ao decidir pela constitucionalidade da Lei 9.307/1996.

Mesmo com a superação das barreiras políticas e jurídicas que impediam a eficácia do instituto da arbitragem no Brasil e transcorridos quase 20 anos de vigência da Lei 9.307/1996, a maioria dos cidadãos permanece desinformada sobre as vantagens que oferece esse instrumento legítimo de pacificação de conflitos. Infere-se que a falta de tradição no que diz respeito ao emprego da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil não tem tradição.

3 REFORMA DA LEI DA ARBITRAGEM E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código do Processo Civil (CPC), em seu artigo 3º, trata do instituto da Arbitragem como Jurisdição. No artigo 42º estabelece que “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”; desta forma o novo CPC confirma a Arbitragem como um instituto jurisdicional reconhecido, garantido o direito das partes a optarem pela Jurisdição Arbitral.

O novo Código aplica o princípio da inafastabilidade de jurisdição e coloca um fim na teoria de Sentença Arbitral ser inconstitucional, haja vista que como já foi analisado através da contextualização histórica do instituto da arbitragem houve muitas discussões a respeito da legitimidade, validade, legalidade e aplicação da Sentença Arbitral.

De acordo com o novo CPC, se o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência. Não havendo sido instaurado o juízo arbitral, o juiz decidirá a questão.

Assim, o novo CPC vem reafirmar a competência e legitimidade da Jurisdição Arbitral.

3.1 O ÁRBITRO E SUA COMPETÊNCIA

De acordo com o novo CPC, acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito (Art. 485, VII). A existência de convenção de arbitragem não pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral (Art. 337, § 6º).

O artigo 8º da Lei de Arbitragem não deixa dúvida alguma a respeito da competência conferida ao árbitro para decidir sobre sua própria competência, impedimento ou suspeição, devendo as partes fazer sua arguição no primeiro momento, ou seja, assim que iniciar a audiência, sob pena de preclusão.

Tendo o árbitro entendido que não é o caso dessa decisão, não cabe recurso por parte do autor ou réu, prosseguindo a arbitragem até seu final. O árbitro tem o poder de decidir sobre a validade da convenção ou do contrato e também para decidir sobre sua competência, suspeição ou impedimento para atuar na arbitragem. Essa questão poderá ser examinada quando da propositura de ação de nulidade da sentença arbitral perante o juízo estatal.

Sendo acolhido pelo árbitro o pedido de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído por aquele indicado no compromisso arbitral. Caso não haja essa indicação quando da celebração do compromisso e não chegando as partes a um entendimento sobre o árbitro a ser substituído deverão ser aplicados pela parte interessada os procedimentos previstos no artigo 7º da Lei 9.307/1996.

Não se pode perder de vista que o princípio maior da Lei de Arbitragem é a celeridade, rapidez, para aliviar o judiciário, dar às partes litigantes mais autonomia para resolver seus conflitos, sem a interferência do poder estatal, e nisso a Lei da Arbitragem veio para assegurar total tranquilidade aos que dela desejarem usufruir, conforme reza os artigos 17 e 18 do referido diploma legal:

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 à homologação pelo Poder Judiciário.

3.2 SENTENÇA ARBITRAL: COISA JULGADA, EFICÁCIA E NULIDADE

Para todos os fins legais e jurídicos, a sentença arbitral está equiparada à sentença judicial, e produz os mesmos efeitos declaratórios, constitutivos e condenatórios. Quando declarar a existência ou inexistência de uma relação entre as partes, será declaratória; será condenatória quando, além de afirmar a existência do direito, aplicar sanção ao vencido pela inobservância deste direito; e será constitutiva quando modificar uma relação jurídica anterior, criando uma nova, extinguir ou constituir uma relação ou situação jurídica.

Essa decisão arbitral e o seu cumprimento encontram respaldo no novo Código de Processo Civil, sendo um dos fatores que dificultavam a aceitação da arbitragem, que teria que submeter a homologação da sentença arbitral ao poder estatal, demorando demasiadamente para solucionar os conflitos.

Santana⁵ diz que a sentença arbitral configura-se em ato essencialmente formal. Além da exigência da forma escrita, pela necessidade de documentação do ato, a Lei de Arbitragem relaciona no artigo 26º os requisitos essenciais a serem observados pelo árbitro, com a finalidade de dar segurança e eficácia a esse ato, considerado o ápice da arbitragem.

Ressalta-se que a sentença arbitral não é considerada um título executivo extrajudicial, mas um título judicial devendo ser executada pelo rito do cumprimento de sentença e não pela execução de títulos extrajudiciais.

3.3 QUESTÕES ARBITRAIS E INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CURSO DA ARBITRAGEM

A legislação, através da Lei 9.307/1996, consagra aos árbitros o direito de aplicar a Lei ao caso concreto em lugar de juízes estatais, resolvendo conflitos daqueles que estão em litígios.

⁵ Op. cit., SANTANA.

No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade e independência. São aplicadas aos árbitros as mesmas regras dos magistrados em relação a impedimentos e suspeições. Questões estas que serão regidas pelos mesmos deveres e responsabilidades.

Santana⁶ afirma que não consiste a arbitragem em negativa de acesso à Justiça ou na privatização da jurisdição, visto que somente os conflitos que versarem sobre direitos disponíveis poderão ser objeto de arbitragem e, havendo a necessidade de auxílio do Poder Judiciário para cumprimento de atos de coerção ou afronta aos princípios constitucionais do processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro. A justiça estatal será provocada para determinar a prática ou decretar a nulidade do ato, uma vez que a ciência do processo, atualmente, está direcionada à efetividade da tutela dos direitos.

A efetividade da tutela de direitos somente será alcançada pelo juízo arbitral se este encontrar no juízo estatal o espírito de cooperação e desprendimento para concretizar as decisões e diligências limitadas pela lei ao árbitro, permanecendo a utilização da força pública como ato exclusivo de órgão do Estado. É o chamado poder de coerção do Estado.

Concilia-se, assim, a garantia constitucional de acesso à jurisdição e o compromisso livremente firmado pelas partes de submeter o litígio à arbitragem, com afastamento da jurisdição estatal.

O novo CPC esclarece que a competência para apreciar as medidas cautelares ou de urgência é do árbitro, cabendo às partes solicitá-las ao Poder Judiciário somente antes de instituída a arbitragem. A jurisdição do Poder Judiciário sobre a lide é subsidiária, com claros limites sobre seu âmbito de atuação.

Efetivamente sobre as medidas cautelares, havendo resistência da parte no cumprimento de medidas cautelares decretadas pelo árbitro, ao juiz togado não caberá dizer sobre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, mas tão somente atender à solicitação de cooperação do árbitro e executar a medida.

Assim, quanto ao cumprimento das medidas cautelares e de execução da tutela antecipada certa é a interferência do Poder Judiciário, conforme previsto no parágrafo 4º, do artigo 22º da Lei de Arbitragem.

Sobre a formalidade para solicitar aos juízes togados para resolver tais problemas, foi instituída a carta arbitral pela Lei 13.129 de 2015, que serão tratadas a seguir.

⁶ Op.cit., SANTANA.

3.4 A GRANDE VIRADA DO BRASIL EM RELAÇÃO À ARBITRAGEM COM A LEI 13.129 DE 2015

A homologação da Reforma da Lei de Arbitragem, Lei nº 13.129/2015, foi o processo mais recente de modernização da arbitragem no Brasil. Estão entre as mudanças: a autorização expressa da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, a instituição da carta arbitral e a regulamentação da cláusula compromissória estatutária, decorrente do acréscimo do art. 136-A na Lei das Sociedades Anônimas. Foram vetados os artigos que permitiam que cláusula compromissória pudesse ser inserida em contratos de trabalho e em contratos de adesão relacionados a consumo.

Vale dizer que as mudanças promovidas pela Lei 13.129/2015 apenas consolidaram algumas orientações jurisprudenciais favoráveis à arbitragem. Por exemplo: a autorização da arbitragem envolvendo a Administração Pública indireta já havia sido reconhecida pelos Tribunais Superiores. O mesmo aconteceu com a regulamentação expressa do *quorum* para inserção de convenção de arbitragem em estatuto social, bem como dos casos em que tal inclusão confere direito de retirada aos acionistas dissidentes.

Em relação à forma de comunicação entre o árbitro e o juiz togado instituiu-se a carta arbitral. Essa mudança permitirá que o atendimento a solicitações oriundas de tribunais arbitrais pelo Judiciário ocorra por via semelhante àquela disponível para solicitações formuladas por órgãos judiciais de competência diferentes como as cartas precatórias e as cartas rogatórias. A equiparação faz sentido, pois o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença proferida ao final do procedimento produz os mesmos efeitos das sentenças proferidas por órgãos do Judiciário.

4 A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Parte da doutrina entende que a Lei de Arbitragem, posterior ao Código de Defesa do Consumidor, autorizou a inclusão de cláusulas arbitrais em contratos envolvendo consumidores, desde que cumpridas as formalidades previstas no artigo 4º, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem, ou seja, a cláusula arbitral só será válida em contratos de adesão se estiver em negrito ou em documento separado, e a página em que ela se localizar houver sido especificamente firmada ou vistada pelas partes.

Assim, o artigo 4º, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem, é utilizado por alguns doutrinadores como a fonte permissiva da possibilidade da cláusula em tela na avença consumerista, desde que atendidos os requisitos desse dispositivo legal, quando dispõe:

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

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A controvérsia a respeito da validade de cláusula arbitral em contratos concernentes a relações de consumo existe porque o artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor determina a nulidade de previsão contratual estabelecendo utilização compulsória de arbitragem. Referido artigo deixa claro que não são válidas as cláusulas compulsórias, não mencionando se em até mesmo em contratos de adesão seria possível.

Outra parte de doutrina sustenta não caber cláusula arbitral em contratos de consumo e que só pode haver arbitragem se as partes firmarem, posteriormente, compromisso arbitral em que concordem com a adoção desse meio alternativo de solução de conflitos, ou se o consumidor tomar a iniciativa de iniciar a arbitragem.

Já para Cláudia Lima Marques⁷, não é possível que a arbitragem possa ser utilizada nas relações de consumo. Segundo ela, as cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no microsistema do CDC devem ser consideradas abusivas. Para a autora o artigo 4º, incisos I e V, e artigo 51, incisos IV e VII, do Código de Defesa do Consumidor, deixam essa questão muito clara, uma vez que a arbitragem 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.

Ragazzi⁸ afirma que “o princípio da vulnerabilidade do consumidor é o grande alicerce do microsistema, pois suas regras foram construídas com a finalidade

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 635.

⁸ RAGAZZI, José Luiz. Intervenção de terceiros e o Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

de harmonizar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores”. Assim, não se justifica pela situação de desigualdade entre consumidor e fornecedor e, sendo uma relação de desigualdade, a utilização de arbitragem nas questões consumeristas sem devida cautela e aceitação do consumidor. Ressalta-se que essa concordância deve ser inequívoca.

Fato é que em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor que levam em conta sua vulnerabilidade e sua hiposuficiência tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos cuidados, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.

Por todo estudo já realizado infere-se que a arbitragem é um instituto extremamente importante, necessário, eficaz e célere, mas que pressupõe igualdade das partes e direitos disponíveis. No instituto da arbitragem são as partes quem decidem quanto à designação do árbitro e quanto ao procedimento que será adotado. Assim, há de se pensar que o consumidor poderia valer-se da Arbitragem, desde que fossem respeitadas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Tem-se que em razão da constante intervenção estatal nas relações de consumo prepondera o interesse público imediato na tutela do consumidor, por isso, o CDC é considerado norma de direito público e que independente da vontade das partes, quando são tratadas as relações de consumo, deve ser aplicada.

Um ponto que não pode ser desconsiderado é o fato de que a cláusula compromissória independe do contrato que a integra possuindo total autonomia em relação ao próprio contrato. O artigo 8º da Lei de Arbitragem dispõe que “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. Essa autonomia é de profunda utilidade para o consumidor, pois a partir do momento em que constar na cláusula compromissória a aplicação das normas protetivas do CDC, o consumidor estaria resguardado de qualquer abuso ou não aplicação aos seus direitos como tal.

Tomados os devidos cuidados com os princípios da proteção do consumidor como: a inversão do ônus da prova, o direito a informação, o direito a modificação de cláusulas, dentre outros, é válida a alternativa de que a arbitragem possa ser utilizada nas relações de consumo desde que as normas de direito público sejam aplicadas obrigatoriamente.

Quanto ao procedimento arbitral, já ficaria instituída a aplicabilidade do CDC na cláusula compromissória e a não obediência a esses dispositivos tornaria

nula a cláusula compromissória por vício insanável, ou seja, a desobediência a essa disposição em procedimento arbitral tornaria o mesmo nulo a partir do momento em que houve a lesão ao consumidor, inaplicável, portanto, qualquer decisão derivada desse julgado arbitral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se analisa a vantagem ou desvantagem apresentada pela opção da utilização da arbitragem para a resolução da controvérsia, torna-se natural a busca da comparação com a justiça formal, especialmente por terem ambas, como objetivo essencial, a pacificação social. A arbitragem apazigua os ânimos entre as partes, tem procedimentos flexíveis e direcionados aos seus interesses, que poderão definir as regras a serem observadas pelos árbitros, permitindo a participação do cidadão na administração da justiça.

Especificamente sobre o novo Código de Processo Civil, pode-se concluir que ele resolve alguns dos principais problemas entre os árbitros e os magistrados.

Ressalta-se que o novo CPC confirma a Arbitragem como um Instituto Jurisdicional reconhecido, garantindo o direito das partes a optarem pela Jurisdição Arbitral, através do artigo 42º que estabelece que “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência”.

Em relação à competência do árbitro, de acordo com o novo CPC, acolhida a alegação de convenção de arbitragem, ou reconhecida pelo juízo arbitral a sua própria competência, o processo será extinto sem resolução de mérito, conforme positiva o artigo 485, VII.

A decisão arbitral e o seu cumprimento também encontram respaldo no novo Código de Processo Civil, sendo um dos fatores que dificultavam a aceitação da arbitragem, que teria que submeter a homologação da sentença arbitral ao poder estatal, demorando demasiadamente para solucionar os conflitos. A fim de resolver esse impasse o novo código estabelece que a decisão arbitral seja considerada título executivo judicial e não necessita de homologação.

O novo código esclarece ainda que a competência para apreciar as medidas cautelares ou de urgência é do árbitro, cabendo às partes solicitá-las ao Poder Judiciário somente antes de instituída a arbitragem. A jurisdição do Poder Judiciário sobre a lide é subsidiária, com claros limites sobre seu âmbito de atuação.

Porém, mesmo com todas essas garantias e esclarecimentos trazidos pelo novo CPC, a criação de uma cultura social arbitral será necessária para a implementação e o sucesso do instituto no Brasil, que, além de facilitar a resolução dos conflitos, racionaliza a atividade decisória dos conflitos e afasta a atividade jurisdicional, cuja solução é dada por um único membro, permite a diminuição dos custos de produção e comercialização de bens e serviços, com reflexos positivos no desenvolvimento econômico e social do país.

Registra-se que é uma grande oportunidade para o país caminhar rumo ao desenvolvimento globalizado, buscando rapidez e eficiência para aliviar o Judiciário, que, muitas vezes, não faz a justiça tão esperada por todos, visto que a demora vem beneficiar o infrator, desestimulando o cidadão mais simples e humilde a buscar seus direitos.

Para que esse instituto de pacificação social não caia, como outrora, na descrença, deve ser efetuado, com devido critério, principalmente no que se refere ao Direito do Consumidor.

Conclui-se, assim, que são incontestáveis e de várias naturezas as vantagens apresentadas pela arbitragem como meio de solução de conflitos. Dentro do panorama atual, provavelmente a principal dessas vantagens restrinja-se ao fato de que é por acordo recíproco entre pessoas envolvidas em um litígio que a arbitragem ganhe realização e efetivação, porém as partes devem ser consideradas aos olhos da justiça como partes em iguais condições.

Para solucionar um litígio por meio da arbitragem, as partes prescindem, espontaneamente e estarem em situações técnicas, financeiras no mínimo parecidas principalmente no que se refere à utilização do instituto nas relações consumeristas.

No direito do consumidor as normas são de direito público, ou seja, o consumidor não pode optar em não utilizar o Código de Defesa do Consumidor mesmo que seja por sua vontade.

Pode-se dizer que o direito do consumidor é indisponível e não se resume à questão patrimonial, o que poderia ser uma razão para não ser aplicado o instituto da arbitragem como meio adequado para resolução conflitos a ele relacionado.

Porém, diante de todos os benefícios apresentados pela arbitragem há de se propor uma forma para que o consumidor também possa usufruir das vantagens deste instituto.

Sabe-se que nas relações de consumo os consumidores são parte vulnerável, titulares de proteção legal, mas não justifica não aplicar o instituto da arbitragem ao consumidor pela sua vulnerabilidade.

Em termos práticos para aplicação do instituto, não há que se falar em convencionar nas cláusulas compromissórias a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no contrato de Arbitragem, pois o CDC é norma de ordem pública e sua aplicação é condição de validade da arbitragem.

A utilização do instituto deve ser estimulada e motivada, porém deve-se aplicar o CDC. A ciência e concordância do consumidor deve ser de forma inequívoca, ou seja, o consumidor deve aceitar e saber o que é o instituto da arbitragem.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**, Lei nº. 9.307/96. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 37, v. 10, jan./mar. 2001, p. 120.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 635.

NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RAGAZZI, José Luiz. **Intervenção de terceiros e o Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em Espécie**. Belo Horizonte: Líder: 2009.

Recebido em: 22 de janeiro de 2016

Aceito em: 30 de março de 2016