

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES

PATRÍCIA TORUNSKY

RELAÇÕES DE CONSUMO E NOVAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Santo Ângelo/RS
2009

PATRÍCIA TORUNSKY

RELAÇÕES DE CONSUMO E NOVAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dissertação de Mestrado em Direito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado.

Orientador: Profa. Dra. Liliana Locateli

Santo Ângelo
2010

PATRÍCIA TORUNSKY

RELAÇÕES DE CONSUMO E NOVAS FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: II – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

COMISSÃO JULGADORA:

Professora Liliana Locatelli, Doutora em Direito - Orientadora

Professor Examinador

Professor Examinador

Santo Ângelo, RS, ... de de 2009.

*Dedico este trabalho ao meu pai que soube enfrentar com
coragem e bravura todos os percalços da vida.*

AGRADECIMENTOS

Existem situações na vida em que é fundamental poder contar com o apoio e a ajuda de algumas pessoas.

Para a realização deste trabalho de conclusão, pude contar com várias. E a essas pessoas prestarei, através de poucas palavras, os mais sinceros agradecimentos:

À minha família, minha mãe Cecília, meu pai Valter e minha irmã Raquel, pelo amor, compreensão, apoio e estímulo no enfrentamento e superação dos desafios surgidos neste trabalho e na vida.

À minha orientadora, professora Liliana, pela contribuição na realização desta dissertação, especialmente pela sua paciência e atenção.

Aos meus colegas de Mestrado, à minha sócia de escritório Andréia, aos meus colegas de trabalho da Fundação Educacional Machado de Assis que sempre foram incansáveis no apoio para que eu chegasse até aqui.

RESUMO

Esta dissertação trata da proteção jurídica diferenciada dispensada ao consumidor. O problema do qual advêm essas proteções diferenciadas e de que maneira o Estado está se posicionando diante deste enfrentamento. Ademais, trata-se da questão sobre quais são as formas mais apropriadas e eficientes do consumidor ter acesso a justiça. Para tanto, aborda-se o histórico das relações de consumo. Na seqüência, apresenta-se o modelo teórico deste trabalho, ou seja, apresentação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, sob a luz da aplicabilidade de novas formas de solução de conflitos consumeristas. Os padrões internacionais de proteção consumeristas são apresentados, destacando-se os países nos quais são aplicadas diferentes formas de soluções para os conflitos advindos das relações de consumo. Em seguida, é traçado este paralelo entre diversos países para justamente caminhar a conclusão de que se são possíveis implementar em nosso país novas formas de soluções dos conflitos consumeristas. O trabalho avalia, então, em que medida a implementação de novas medidas e uso regular destas poderia beneficiar de alguma forma o consumidor, ajudaria o Estado a desempenhar sua tarefa de prover a defesa do consumidor e ainda favoreceria o Poder Judiciário, uma vez que, naturalmente o desafogaria.

Palavras-chave: Consumidor. Relações de consumo. Vulnerabilidade. Atividade econômica. Solução de conflitos. Direito comparado. Arbitragem.

ABSTRACT

This dissertation has reported the differentiated juridical protection provided to consumers, the problem that has originated this differentiated protection, and in what way the State has been positioning before this coping. In addition, it has reported the issue on what are the most appropriate and efficient means for consumers to have access to justice. Therefore, it has approached the history of consumption relations. Subsequently, the theoretical model of this work has been presented, that is, the presentation of the consumer's vulnerability principle, in the light of the applicability of new ways of solving consumption conflicts. The international patterns of consumption protection have been also presented, highlighting the countries in which different ways of solving conflicts, originated in consumption relations, have been applied. Then, this parallel among different countries has been delineated in order to fairly follow the conclusion on the possibility of implementing new ways of solving consumption conflicts in our country, focusing on arbitration and mediation. This work has evaluated, thus, in what extension the implementation of new measures and their regular use could somewhat benefit the consumer, could assist the State to perform its task when providing the consumers' defense, and, still, could favor the Judiciary Power, once it would naturally release it.

Key words: Consumer. Consumption relations. Vulnerability. Solving conflicts, Compared right. Arbitrage. Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 RELAÇÕES DE CONSUMO E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE	12
1.1 A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A ORIGEM DO MOVIMENTO CONSUMERISTA	12
1.2 A PROTEÇÃO ESPECIAL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO	16
1.3 O CONSUMO COMO UMA DAS DIMENSÕES DA CIDADANIA	18
1.4 VULNERABILIDADE	21
1.4.1 Conceção do princípio da vulnerabilidade	23
1.4.2 Classificação	26
1.4.3 Vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor	29
1.4.4 Vulnerabilidade e hipossuficiência	32
1.4.5 Mecanismo atenuante da Vulnerabilidade	35
2 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E RELAÇÕES DE CONSUMO: O DIREITO COMPARADO	46
2.1 MECANISMO ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	46
2.2 CONCILIAÇÃO	47
2.3 MEDIAÇÃO	48
2.3.1 Conceito de Mediação	50
2.3.2 Características da Mediação	51
2.3.3 O Mediador	52
2.3.4 Mediação no Direito Estrangeiro	52
2.4 ARBITRAGEM	54
2.4.1 Conceito de Arbitragem	56
2.4.2 Das Partes	56
2.4.3 Do Árbitro	57
2.4.4 A cláusula compromissória e o compromisso Arbitral	57
2.5 A ARBITRAGEM DE CONSUMO NO DIREITO ESTRANGEIRO	58
2.5.1 Paraguai	59
2.5.2 Espanha	60
2.5.3 Argentina	65
2.5.4 Portugal	67
2.6 ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO BRASIL	69

3 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO, SEGUNDO PREVISÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA -----	71
3.1 O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA NO BRASIL -----	72
3.2 AS DIRETRIZES E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE AUTORIZAM A INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ---	73
3.3 A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO -----	76
3.4 CONFLITOS DE CONSUMO -----	77
3.5 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL EM MATÉRIA CONSUMEIRISTA -----	78
3.6 ACESSO À JUSTIÇA POR MEIOS ALTERNATIVOS -----	80
3.7 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM - MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS -----	83
3.8 AS POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL ---	84
3.9 A COMPATIBILIZAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL COM A POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO -----	85
3.10 A APLICABILIDADE DO JUÍZO ARBITRAL -----	87
3.11 CONTORNOS DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM -----	88
3.12 ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS DE CONSUMO -----	88
CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	93
REFERÊNCIAS -----	94

INTRODUÇÃO

As relações de consumo, por serem complexas e multifacetadas, se prestam a distintas avaliações, cujos resultados podem variar de acordo com o ponto de vista adotado. O propósito deste trabalho é contribuir com o debate acerca do tema, a partir de uma perspectiva que, sem menosprezar o consumidor, prioriza e destaca uma maneira mais ágil e eficaz de solucionar os conflitos advindos das relações de consumo.

O debate acerca das relações de consumo, e mais especificamente, sobre a relação entre o conjunto de regras que formam o Direito do Consumidor quando relacionada com a possibilidade de utilização de meios alternativos de solução de conflitos esbarra numa série de empecilhos, tais como o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

A evolução do movimento consumeristas foi lenta e se deu graças ao sacrifício de muitos, ao contrário do que parece o Direito do Consumidor atravessou um longo caminho para alcançar o patamar de direito difuso que tem hoje. Foi somente na Constituição de 1988 que o Direito do Consumidor foi acolhido entre os direitos e garantias fundamentais de todo o cidadão brasileiro e estrangeiro residente no país. Contudo, somente em 11 de setembro de 1990, que foi promulgada a Lei 8.078, o chamado, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Pretende-se demonstrar que, levando-se em conta a determinação da própria Constituição Federal e o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, constitui ainda um modelo teórico, o papel desempenhado até agora pelo sistema nacional no que se refere à aplicação de meios alternativos para solucionar conflitos advindos das relações de consumo.

Constituindo as relações humanas a base sobre a qual o processo de comercialização ocorre, elas constituem, também, o pressuposto necessário da existência do conflito. Contudo, os conflitos consumeristas quando levados a discussão no Poder Judiciário encontram uma

série de percalços. Por esta razão é que se afirma que o papel desempenhado até agora pelo Estado não é eficiente e deve ser revisto pela ótica dos novos meios de solução de conflitos.

Para alcançar esta conclusão, o trabalho estrutura-se em três capítulos que aborda, em primeiro lugar, o desenvolvimento histórico das relações de consumo. Ainda, no primeiro capítulo expõe-se o modelo teórico das relações de consumo baseado na exposição do princípio da vulnerabilidade.

O segundo capítulo trata do Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor. Inicia-se fazendo considerações acerca da evolução legislativa no Brasil em matéria consumerista. Apresenta um apanhado das formas alternativas de solução de conflitos, dando ênfase maior para a arbitragem e mediação. Posteriormente avança perpetrando um liame entre diversos países que adotam formas diferenciadas de solucionar seus conflitos.

O terceiro capítulo aborda os conceitos de mediação e arbitragem, como sendo as novas formas de solucionar os conflitos. Faz um apanhado do acesso à justiça por meio desses meios alternativos. Após faz um estudo das vantagens e desvantagens da aplicação da arbitragem nas relações de consumo.

Nas considerações finais faz-se um resumo articulado do trabalho.

A pesquisa é resultado do método de análise indutivo, sendo que se parte de pontos individuais à universalização da questão apontada como problema do trabalho. O método de procedimento é a sistematização de consultas bibliográficas de livros, artigos de revistas e sites especializados.

1 RELAÇÕES DE CONSUMO E O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

As transformações havidas no processo produtivo desde a revolução industrial e, principalmente, com a revolução tecnológica ocasionaram profundas alterações nas relações de consumo. A partir de então, a produção caracterizada pela feitura artesanal de produtos e restrita ao âmbito familiar, passou a ser uma exceção. As relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, extinguiu-se assim, com o equilíbrio existente entre as partes.

Essa nova configuração do mercado baseada na produção em massa, pelo domínio do crédito, marketing, e práticas comerciais abusivas colocou o consumidor numa situação de extrema precariedade frente aos agentes econômicos, requerendo, dessa maneira, uma transformação ou amenização deste sistema predatório.

Diante da magnânima mudança havida nas relações entre os consumidores e seus fornecedores percebeu-se a necessidade de, então, regularizar essa relação, já que estava evidente a fragilidade do consumidor frente ao fornecedor.

1.1 A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A ORIGEM DO MOVIMENTO CONSUMERISTA

Ao longo do desenvolvimento da sociedade percebe-se que somente os valores sociais que realmente são considerados desejáveis pela maioria são os que se encontram sobre a proteção da lei, seriam estes os necessários para a manutenção da vida em sociedade.

No entanto, fator dominante para a elaboração de regras sociais tem sido a economia já que constitui um mecanismo de dominação, ao passo que altera ou cria leis conforme suas necessidades.

Como avaliação desta afirmação tem-se o fenômeno da Revolução Industrial, ocorrido a partir da segunda metade do século XVIII, e que implicou uma série de transformações nas relações sociais. Essa revolução não atingiu apenas os modos de produção, mas causou profundas mudanças nas relações de trabalho e de consumo que foram as que sofreram os maiores impactos desse novo modelo de produção¹.

O surgimento da produção industrial baseada na mão-de-obra assalariada fez com que a produção artesanal, realizada no âmbito familiar, fosse banida do cotidiano social. Os

¹ FILOMENO José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 35.

artesãos, que até então eram os donos dos meios de produção, passaram a trabalhar nas indústrias em troca de um salário, tendo de se submeter às condições miseráveis de vida. A realidade era ainda mais precária quando se tratava de mulheres e crianças².

A humanidade passou por profundas transformações a partir da Revolução Industrial, já que a destruição do modo de produção manufatureiro e artesanal cedeu lugar às grandes indústrias.

O fenômeno da industrialização acarretou uma série de mudanças significativas nas relações sociais, principalmente nas relações de trabalho, o que acabou por trazer como consequência a falência da estrutura de trabalho existente que não conseguiram mais prosperar no cotidiano dos grupos sociais da época.

Pode-se afirmar que a industrialização bipolarizou a sociedade: de um lado, a burguesia, detentora do capital; de outro, a classe operária, que vendia sua mão-de-obra por preços irrisórios³.

Diante das mazelas trazidas pelas grandes indústrias começaram a surgir movimentos sociais formando organizações que tinham como escopo estabelecer a proteção nas relações de trabalho, como a definição da jornada de trabalho, pôr fim à discriminação ao trabalho da mulher e do menor, enfim, buscava-se a criação de uma legislação, até então inexistente, que rompesse de vez com as condições desumanas a que os operários da época eram submetidos.

Fábio Konder Comparato, em excelente lição, explica que a produção, ao evoluir da fase artesanal para a industrial, permite que o controlador dos meios de produção exerça um poder sobre os outros homens⁴.

Nesse sentido, o conceito de propriedade, que evoluiu do conceito de disposição absoluta medievo ao uso social da propriedade dos dias de hoje, ainda assim deixa vulnerável o consumidor, em sua relação com fornecedores de bens e serviços. Afirma Comparato:

O período da produção em massa, instaurado com a chamada “revolução industrial” acabou afeiçoando a sociedade em dois grandes grupos: produtores e consumidores. Produtores são os que controlam bens de produção, ou seja, deles dispõe de fato, sob a forma de empresa, ainda que despido da propriedade clássica. Consumidores, os que não dispõem do controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes⁵.

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. “O direito do consumidor no limiar do século XXI”. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº35, p. 65, julho/set. 2000.

³ CÁCERES, Florival. *História geral*. 3ª ed.. São Paulo: Moderna, 1988. p. 38.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 19-28.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 23.

Assim é que o fenômeno da Revolução Industrial, experimentado a partir da segunda metade do século XVIII, implicou uma série de transformações nas relações sociais. As relações de trabalho e de consumo foram as que sofreram os maiores impactos desse novo modelo de produção.

É justamente a partir do surgimento dos movimentos sociais que desponta o “movimento da relação de consumo”, como destaca José Geraldo Brito Filomeno:

Que o chamado movimento consumerista, tal qual nós conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que os movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho⁶.

Cumprir observar que o desenvolvimento científico e tecnológico conhecido a partir da segunda metade do século XVIII representou um grande marco para a evolução das relações humanas. As circunstâncias infaustas vividas pelas classes menos favorecidas deram-se pela necessidade dos detentores do poderio econômico em auferir vultosos lucros, de forma que os impossibilitaram de visualizar a existência da dignidade humana. Para eles, nada poderia ser mais importante do que vencer em um mercado cada vez mais competitivo⁷.

Diante dessa nova perspectiva, a relação existente entre consumidor e fabricante teve mudanças em suas bases. Antes, o consumidor mantinha um contato direto com o fabricante do produto. A partir desse novo modelo de produção, o consumidor passou a comprar os produtos de um comerciante, que se tornou o intermediário nessa relação, vendendo uma marca de determinado produto. Assim, por força dessa nova relação de distribuição e venda dos produtos, consumidor e fabricante passaram a não mais se conhecer⁸.

Desta forma, fez-se necessário adequar a estrutura jurídica à nova realidade econômico-social. A celeridade na produção e na negociação tornou-se um ponto fundamental, para que a indústria pudesse acompanhar um mercado cada vez mais veloz. Por esse motivo, urgia a criação de novo modelo de contrato que contivesse cláusulas preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, cabendo à outra parte, o consumidor, aceitá-las ou não.

⁶ FILOMENO José Geraldo Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 55.

⁷ FILOMENO José Geraldo Brito. Manual de Direito do Consumidor. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 42.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. “O direito do consumidor no limiar do século XXI”. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº35, p. 98, julho/set. 2000.

Assim sendo, surge novo instrumento jurídico, o Contrato de Adesão⁹, que “passou a ser adotado em larga escala, notadamente no decorrer do século XX, com a massificação da economia mundial”¹⁰.

Ao longo da história, o Movimento Consumerista dividiu-se em vários estágios. No primeiro momento, associaram as relações trabalhistas com as de consumo, de modo que começaram avaliar o bom e o mau padrão, porque aquele que não oferecesse condições dignas de trabalho aos seus funcionários ou que, de alguma forma, resistisse às mudanças sociais, não era merecedor do prestígio dado pelo consumidor ao comprar seus produtos. É o que aponta Hélio Zaghetto Gama¹¹:

Um mau comerciante, que explorasse menores, velhos ou mulheres, ou que não se mostrasse razoável frente ao progresso dos direitos sociais, era execrado pelos sindicatos. Um curioso mecanismo de interligação entre as reivindicações trabalhistas e as aspirações dos consumidores gerou boicote aos maus fornecedores.

Em uma fase posterior, passou-se a exigir qualidade dos produtos colocados no mercado consumidor, visando, dessa forma, valorizar o dinheiro do consumidor. Mais uma vez a relação trabalhista e a de consumo caminharam lado a lado. Ocorre que certos profissionais perceberam, na exigência cada vez maior do controle de qualidade dos produtos, uma possibilidade de trabalho. Não tardou, por parte desses profissionais, a preocupação em criar uma legislação que viesse assegurar e valorizar sua mão-de-obra. A criação dessas normas favorecia não só os profissionais da área, mas também os consumidores, pois passariam a contar com um amparo legal garantidor da qualidade dos produtos postos à venda no mercado de consumo¹².

No entanto, têm-se relatos que a proteção ao consumidor se fez presente muito antes do industrialismo, despontando no Código de Hamurabi,¹³ como também sendo evidenciado na Idade Média¹⁴.

Entretanto, é fundamental, assinalar que, apesar de existirem esses indicativos, o seu surgimento, na concepção existente hoje, se deu de forma clara e positiva na segunda metade do século XX, conforme afirma, Cláudia Gôngora¹⁵:

⁹ Segundo, CLÁUDIA LIMA MARQUES, contratos de adesão são: os contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. (MARQUES, 1988, p.52.)

¹⁰ CUNHA, Alberto Pereira da. “O contrato de adesão no código de defesa do consumidor”, Relações de consumo no direito brasileiro. São Paulo: Método, p. 173, 2001.

¹¹ GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de Direito do Consumidor. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 35, 2006.

¹² GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de Direito do Consumidor. *Op. Cit.*,p.56 .

¹³ GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de Direito do Consumidor. *Op. Cit.*,p.03.

¹⁴ SIDOU, J. M. Othon. Proteção ao Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, p. 4, 1977.

a efetiva proteção aos consumidores surgiu após a segunda metade do século XX, devido à expansão da massificação dos produtos em decorrência do modelo capitalista, surgindo, assim, a preocupação do Estado no controle das relações de consumo devido ao desequilíbrio entre o poder econômico dos fornecedores frente aos consumidores.

É relevante acrescentar que a proteção dos consumidores faz parte da terceira dimensão dos direitos do homem, pois o titular desse direito é a coletividade, razão pela qual sua função precípua é a proteção dos interesses difusos e coletivos¹⁶.

Nessa trajetória de lutas e conquistas sociais, o movimento consumerista, ao longo dos tempos, formou, em toda parte do mundo, associações de proteção e defesa do consumidor, as quais foram decisivas na criação de um direito que viesse assegurar os direitos básicos do consumidor.

1.2 A PROTEÇÃO ESPECIAL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

Os aspectos históricos acima relatados foram marcantes para o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor e, mais, para o aparecimento da tutela consumerista propriamente dita, surgindo daí a necessidade de se criar um instituto que visasse tutelar o consumidor considerado a parte mais fraca da relação de consumo.

Assim, a nova realidade social, incontestavelmente industrializada e massificada em suas relações, vem provocar as exigências de normas de tutela específica do consumidor, de uma ética social, de o Estado velar pelo bem comum, em amparo especial aos mais fracos.

É neste sentido que a professora Maria Cecília Nunes Amarante discorre que o consumidor¹⁷:

exposto aos fenômenos econômicos, tais como a industrialização, a produção em série e a massificação, assim vitimado pela desigualdade de informações, pela questão dos produtos defeituosos e perigosos, pelos efeitos sobre a vontade e a liberdade, o consumidor acaba lesionado na sua integridade econômica e na sua integridade físico-psíquica, daí emergindo como vigoroso ideal a estabilidade e a segurança, o grande anseio de protegê-lo e colocá-lo em equilíbrio nas relações de consumo.

¹⁵ GÔNGORA, Cláudia. “O Direito do consumidor e o Mercosul”, Relações de consumo no direito brasileiro. São Paulo: Método, p. 152, 2001.

¹⁶ GAMA, Hélio Zaghetto. Curso de Direito do Consumidor. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 35, 2006.

¹⁷ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 15-16, 1998.

E como consequência deste movimento, tem-se em 1988, a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, na qual as questões pertinentes à relação de consumo ganharam destaque importante.

Com pertinência afirma o doutrinador Cláudio Bonatto¹⁸ “as regras de proteção e de defesa do consumidor surgiram, basicamente, da necessidade de obtenção de igualdade entre aqueles que eram naturalmente desiguais”.

Diante dessa necessidade de tratamento diferenciado é que o legislador ao elaborar a Constituição legislou no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor”¹⁹. No entanto, esse Código só foi instituído em 11 de setembro do ano de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.078²⁰.

É relevante destacar que, antes da presença do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no seio da sociedade brasileira, a proteção ao consumidor era exercida com base em fundamentos de diplomas diversos, entre eles o Código da Propriedade Industrial, a Lei sobre Crimes contra a Economia Popular, a Lei Antitrustes, o Código Penal, etc²¹.

Dessa forma, evidenciava-se a grande dificuldade do consumidor em reclamar seus direitos. Até porque os diplomas acima citados não tratavam da relação de consumo de forma direta, ou seja, não existiam conceitos e princípios essenciais norteadores da relação entre consumidor e fornecedor. Estes se consolidaram no mundo jurídico com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.

Somente com a Constituição Federal de 1988 é que se incluiu a defesa do consumidor no plano da política constitucional, aparecendo no texto maior, entre os direitos e garantias fundamentais no seu art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor”²², fator esse que garante sua condição de cláusula pétrea, conforme se depreende da leitura do art. 60, § 4º, IV, do mesmo Diploma legislativo.

Neste sentido, o inciso V do artigo 170 da citada Constituição, em que se acha inserido no Título VII “*Da Ordem Econômica e financeira*”, Capítulo I “*Dos Princípios Gerais da*

¹⁸ BONATO, Cláudio. Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 72, 2003.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 39. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁰ BRASIL. Código Civil. São Paulo: Saraiva, p. 769, 2004.

²¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, p. 21, 2000.

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Op. Cit*

Atividade Econômica”, declara a preocupação do Estado nos reflexos da relação de consumo na Ordem Econômica e Financeira.

Em linhas gerais, o CDC trouxe, em seu bojo, inovações para o universo jurídico brasileiro, entre elas o conceito de consumidor, de fornecedor, a adoção da responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova; também assegurou, no artigo 6º, um rol de direitos básicos do consumidor, tais como a proteção da vida, saúde e segurança; a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços; a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços; a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva etc.

Por fim, os artigos 1º, 4º, 6º e 7º do citado diploma legal estabelecem os princípios do Direito do Consumidor, que constituem a espinha dorsal do referido Direito, ao passo que toda a relação consumista deve ser interpretada com base nos seus fundamentos²³.

1.3 O CONSUMO COMO UMA DAS DIMENSÕES DA CIDADANIA

Existem diversos conceitos para a palavra cidadania, uma vez que, esta atua nas mais diferenciadas dimensões da vida em sociedade. Tem-se como origem histórica da palavra cidadania que ela deriva do latim “*civitas*”, que quer dizer cidade. A palavra *cidadania* foi usada na Roma antiga para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer.

Segundo Dalmo Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social²⁴.

Certamente pelo conceito de cidadania se relacionar diretamente com a efetividade de exercício dos direitos, sua história confunde-se em muito com a história das lutas pelos direitos humanos.

A cidadania jamais será estática, pois necessita estar em permanente construção. Traduz-se num referencial de conquista da humanidade, através daqueles que sempre lutam por mais direitos, maior liberdade, melhores garantias individuais e coletivas, e não se

²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, p. 33, 2000.

²⁴ DALLARI, *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, .14, 1998.

conformam frente às dominações arrogantes, seja do próprio Estado ou de outras instituições ou pessoas que não desistem de privilégios, de opressão e de injustiças contra uma maioria desassistida e que não se consegue fazer ouvir, exatamente por que se lhe nega a cidadania plena cuja conquista, ainda que tardia, não será obstada.

Ser cidadão é ter consciência de que é sujeito de direitos. Direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, enfim, direitos civis, políticos e sociais. Mas não é só isso, cidadania pressupõe também deveres. O cidadão tem de ser consciente das suas responsabilidades enquanto parte integrante de um grande e complexo organismo que é a coletividade, a nação, o Estado, para cujo bom funcionamento todos têm de dar sua parcela de contribuição. Somente assim se chega ao objetivo final, coletivo: a justiça em seu sentido mais amplo, ou seja, o bem comum.

Apresentado um breve conceito de cidadania necessário se faz trazer à tona a discussão sobre a dimensão consumerista da cidadania. É notório na atualidade que todos somos consumidores, pois está se consumindo desde o despertar até o momento de se adormecer.

Contudo, é primordial entender como as mudanças na maneira de consumir alteraram as possibilidades e as formas de exercício da cidadania. Associa-se que, junto com a degradação da política e a descrença em suas instituições, outros modos de participação se fortaleceram. Os sujeitos perceberam, na atualidade, que muitas de suas perguntas como, por exemplo, aquelas relacionadas à questão de pertencimento têm suas respostas localizadas no consumo privado de bens e nos meios de comunicação de massa²⁵.

Néstor García Canclini²⁶, em sua obra intitulada *Consumidores e Cidadãos*, faz uma brilhante relação entre cidadania e consumo, ao analisar a nova organização da sociedade aponta o consumo como fator de construção de uma marca de pertencimento. O autor ainda explica que ao consumir bens materiais ou simbólicos, mais do que ser enquadrados como vorazes consumidores de superficialidades e objetos de manipulação da economia capitalista, os consumidores estariam tecendo as malhas do tecido social a que pertencem ou desejam pertencer, criando sua identidade.

²⁵ MELLO, Sônia Maria Vieira de. *O Direito do Consumidor na Era da Globalização: a descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 38, 1998.

²⁶ CANCLINI, Néstor García. *Consumidores e Cidadãos – Conflitos Multiculturais da Globalização*. Rio de Janeiro: UFRJ, p. 56, 1995.

Canclini fala que o consumidor assume-se como cidadão, apropriando-se coletivamente dos bens materiais e simbólicos, construindo pactos de leitura e desenvolvendo o papel regulador do consumo em comunidade como forma de pertencimento.

O autor traz para o debate a hipótese de que, ao selecionarmos e nos apropriarmos dos bens, seguimos uma definição do que consideramos publicamente valioso. Propõe uma compreensão do consumo e da cidadania de forma conjunta e inseparável, tomadas como processos culturais, encarando-os como práticas sociais que dão sentido de pertencimento.

Canclini ainda analisa as conseqüências da crescente participação através do consumo para a cidadania, as críticas ao consumismo afirmam que a organização individualista dos consumos tende a separar-nos, como cidadãos, da desigualdade e da solidariedade coletiva. Mas deve-se observar também que a expansão das comunicações e do consumo vem gerando associações de consumidores e lutas sociais mais bem informadas sobre as condições nacionais e internacionais.

Muito pouco tem sido feito no sentido de analisar as práticas de consumo como uma forma de criação de redes de intercâmbio de informação e de aprendizagem do exercício da cidadania as mudanças na maneira de consumir alteraram as possibilidades e as formas de exercer a cidadania, alguns consumidores querem ser cidadãos.

Canclini afirma que consumir é participar de um cenário de disputas pelo que a sociedade produz e pelos modos de usá-lo. Segundo ele, o reconhecimento e a aceitação social dependem cada vez mais do consumo ou daquilo que se possui, ou seja, capaz de possuir. Se determinado grupo consome uma determinada marca, você só conseguirá se integrar ao grupo se, além de identificação recíproca, consumir a determinada marca. Você mostra o que você é através do que você consome. E este ato de consumir faz com que você se integre ao grupo. Um mesmo grupo consome determinada marca porque se identifica com os valores dela.

As mudanças na maneira de consumir alteraram as possibilidades e as formas de exercício da cidadania. Os sujeitos perceberam, atualmente, que muitas de suas perguntas como, por exemplo, aquelas relacionadas à questão de pertencimento têm suas respostas localizadas no consumo privado de bens e nos meios de comunicação de massa.

Para vincular consumo com cidadania precisa-se desconstruir algumas concepções como, por exemplo, àquelas ligadas ao fato de relacionarmos o consumo sempre a um ato irracional, pois quando selecionamos os bens e nos apropriamos deles definimos o que consideramos publicamente valioso, assim como, os modos de nos integrarmos e nos distinguirmos na sociedade.

Vale colocar que essa visão de consumo atrelado ao exercício da cidadania tem a ver com os estudos sobre “*cidadania cultural*” (realizados nos EUA) que falam que ser cidadão não tem a ver apenas com os direitos reconhecidos pelos aparelhos estatais para os que nasceram em determinados lugares, mas também, com as práticas sociais e culturais que dão sentido de pertencimento.

Segundo Canclini²⁷ usamos, o termo *sociedade civil* para legitimar as manifestações mais heterogêneas de grupos, organismos não governamentais, empresas privadas e até de indivíduos. O autor reconhece, assim, o deslocamento de cenários onde se exercia a cidadania – do povo para sociedade civil.

Com base no que apresentou Canclini pode-se ter que a relação entre cidadania e consumo é estreita, muitas vezes chegando uma a depender da outra para sua existência.

1.4 VULNERABILIDADE

As mudanças ocorridas na sociedade na primeira metade do século XX vieram a contribuir para o surgimento de doutrinas objetivas, através da crise do subjetivismo moderno.

As teorias objetivas vieram a contribuir, ainda que imperceptivelmente na época, para a descida do indivíduo da posição central que ocupava na cena jurídica, passando daquele momento em diante a estar enraizado no grupo social²⁸.

Certamente uma das grandes contribuições das teorias objetivas foi a tomada de consciência de que os indivíduos que compõem o grupo social são a verdadeira fonte de criação do direito: a tentativa de erradicação do indivíduo do fundamento do direito modificará a sua própria concepção²⁹.

Vieram para complementar esse contexto as teorias de fundamentação do negócio³⁰, no direito privado material, para que se possa perceber a busca por um novo fundamento de vinculatividade das relações privadas. Ao se perceber a massificação social, constata-se que a grande linha divisória da condição de vulnerabilidade está na capacidade de compreensão do indivíduo.³¹

²⁷ CANCLINI, Nestór García. **Consumidores e Cidadãos – Conflitos Multiculturais da Globalização**. Rio de Janeiro: UFRJ, p. 58, 1995.

²⁸ CHEVALLIER Jacques. O Estado Pós-Moderno. *Tradução* Marçal Justen Filho. Editora Fórum, p. 350, 2007

²⁹ CHEVALLIER Jacques. O Estado Pós-Moderno. *Tradução* Marçal Justen Filho. Editora Fórum, p. 353, 2007.

³⁰ Na visão do discutido autor francês CHEVALLIER, o contrato se apresenta como um emblema da pós-modernidade jurídica. (CHEVALLIER, 2007, p.678)

³¹ Ressalta-se que na quinta edição de seu livro, a professora Cláudia Lima Marques (MARQUES, p. 329-334) destaca a importância da chamada “vulnerabilidade informacional”.

Tem-se como premissa que quanto mais o indivíduo estiver informado, menos sujeito estará à opressão que a sociedade de consumo gera³². Conseqüentemente, a doutrina buscará institutos que garantam tutelar a legítima expectativa de todos aqueles que participam dos mecanismos de troca econômicas consumistas na sociedade pós-moderna.

Relativamente à defesa do consumidor, é interessante observar a importância do princípio da vulnerabilidade, também bastante antigo no direito, podendo assumir um aspecto importante no plano do direito de defesa do consumidor.

O civilista Ricardo Lorenzetti, afirma a existência de princípios de interpretação em favor do devedor evoluiu até chegar ao *favor debilis*, em benefício ao consumidor, e, a seguir, contemplou o cidadão privado.

Essa idéia refere-se à evolução da figura do devedor em Roma. Nos primórdios, o crédito era principalmente um senhorio sobre determinados atos da conduta do obrigado. Ocorreu, posteriormente, uma evolução, em que o devedor deixou progressivamente de ser uma coisa para ser tratado ou considerado como pessoa.

De fato, é conhecida a transformação do Direito Romano através da *Lei Poetelia papiria*, e conhecido o critério da *benignitas*, próprio da ética cristã posterior. Foram-se, então, conformando um núcleo de princípios, tais como *favor libertatis*, *favor debitoris*, *contra stipulatorem*. O princípio do *favor debitoris* tem origem protecionista e remonta à época medieval, onde se protegia o devedor de créditos abusivos. Considerava-se que a parte débil era o devedor. Houve posteriormente, uma adaptação desse princípio do *favor debitoris* para o *favor debilis*³³.

Para Espanés e Tinti, a vulnerabilidade jurídica da atualidade está diretamente vinculada à regra romana do *favor debitoris*. Igualmente demonstram que não é novo esse caráter de vulnerabilidade, no sentido de que se refere à forma como devem ser interpretados os contratos envolvendo o consumidor³⁴.

A noção de vulnerabilidade, dessa forma, não representa uma revolução, mas a evolução de um aspecto que já preocupava os juristas da Antiguidade. E, por esse motivo, também, referem que o juiz, ao interpretar a lei de defesa do consumidor, deve fazê-lo em favor do consumidor, ou *favor debitoris*, ou *favor debilis*. Portanto, dependendo-se da

³² CANCLINI, Nestór García. Consumidores e Cidadãos – Conflitos Multiculturais da Globalização. Rio de Janeiro: UFRJ, p. 65, 1995.

³³ LORENZETTI, Ricardo Luís. La relación de consumo: conceptualización dogmática em base AL derecho Del mercosur. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 21, p. 138, jan./mar. 1997.

³⁴ ESPNÉS, Luis Moisset. TINTI, Guillermo P. Consideraciones sobre El Consumo e El Decreto Del Consumidor. Ver. Facultad de Derecho y Ciencias, Córdoba, v. 2, p. 85 – 100, 1999.

relação que se analisa, deve-se valorizar determinado aspecto presente no ordenamento, para obter a solução mais justa.

Diante do reconhecimento do princípio da vulnerabilidade do consumidor, a única maneira de enfrentar os novos desafios do mercado, numa sociedade dominada pela Economia, apresenta-se através da adoção de uma concepção metanacional de superação das diferenças existentes nas relações de consumo. Já que está evidente que estas deixaram de ser pessoais e diretas, fulminando com o relativo equilíbrio existente entre as partes³⁵.

Baseado nessa fraqueza do consumidor foi iniciado um movimento no âmbito internacional com o intuito de reequilibrar as relações entre consumidores e produtores.

Através da Organização das Nações Unidas (ONU) afirmou-se mundialmente essa vulnerabilidade do consumidor e aí então esta ganhou status de princípio e passou a ser protegida em diversas legislações mundiais.

Assim, visualiza-se a importância do princípio da vulnerabilidade como fundamento dessa nova disciplina jurídica³⁶.

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É válido até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica. A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.

1.4.1 Concepção do princípio da vulnerabilidade

As diretrizes das relações de consumo são frutos da situação econômica que domina na época de seu surgimento, sendo assim, em uma sociedade não industrializada onde são perfeitamente identificados os sujeitos da relação comercial, prepondera a autonomia de vontade, o embate de idéias para a formulação da relação de consumo está presentes e a partes encontram-se no mesmo nível, o que propicia ao consumidor influenciar sobre as cláusulas que irão reger a relação.

³⁵ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – comentários à Lei de Arbitragem. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (Org.). O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, p. 415, 2005.

³⁶ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, p. 96, 2001.

Já numa sociedade industrializada, como a hodierna, que preza pela dinâmica negocial a vontade de um dos contratantes irá predominar em detrimento da do outro. Visto que, não há como as partes estabelecerem um contato estreito de confiança, e com isso poder opinar sobre as cláusulas que regem a relação.

Nesse tipo contratual como domina a vontade de um dos contratantes, esse usa dessa prerrogativa, em inúmeras vezes, para atender seus preceitos. Estipulando no contrato cláusulas abusivas, desproporcionais que oneram demasiadamente a parte vulnerável da relação.

Surge dessa concepção o princípio da vulnerabilidade que instituído pela lei 8078/90, aflora como tentativa de dirimir os efeitos dessa predominância de vontade de uma das partes.

O princípio da vulnerabilidade está diretamente relacionado com um outro princípio, que lhe é pressuposto, qual seja, o da igualdade. Aquele que é vulnerável, necessariamente se encontra em situação desigual. Pode-se afirmar, portanto, que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio, derivado do princípio constitucional da igualdade, expresso no caput do art. 5º da Constituição Federal.

A moderna noção de igualdade se extrai em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e, sob este fundamento, consagra o tratamento discriminatório pela própria lei, é a igualdade dentro da lei. Trata-se de uma nova leitura do ideal de tratar desigualmente os desiguais, afinada com a solidariedade constitucional e, portanto, comprometida com a eliminação desta desigualdade.

Assim se compreendem as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, as quais atribuem verdadeiros privilégios aos consumidores e, somente a eles (inversão do ônus da prova) e impõe deveres exclusivos aos fornecedores (deveres de informação, vinculação da oferta), tudo com vistas ao reequilíbrio da relação de consumo.

O Prof. José Geraldo Filomeno, um dos autores do anteprojeto do CDC, ao comentar a vulnerabilidade dos consumidores retoma a lapidar frase de Henri Ford: O consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que se elo mais fraco³⁷.

Partindo do preceito de que vulnerabilidade é um conceito que expressa bilateralidade, somente pode existir se houver relação na qual está presente de alguma forma um indício de vulnerabilidade de alguma das partes. Outro regulamento do princípio da vulnerabilidade é a

³⁷ FILOMENO José Geraldo Brito. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 54, 2000.

necessidade de evidência daquele que foi ferido, ofendido, melindrado por alguma atuação de quem possui potência suficiente para tanto³⁸.

Paulo Valério Dal Pai Moraes³⁹ se debruçou sobre o tema vulnerabilidade e dedicou uma obra unicamente a ele no qual define vulnerabilidade como sendo:

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

A definição acima esboçada é uma das mais elucidativas para o conceito de vulnerabilidade, já que traz em seu corpo todos os elementos necessários para sua compreensão. Contudo, necessário se faz acrescentar a importante relação do princípio da vulnerabilidade com o princípio da igualdade, já que o primeiro decorre diretamente do segundo.

Observa-se que somente pode ser julgado igual alguém que não está subjugado a outrem e nas relações de consumo o consumidor é reconhecido como parte mais fraca. Porém, de onde parte esta afirmação de que o consumidor é a parte mais fraca?

Essa conclusão parte do art. 1º⁴⁰, da Resolução da ONU sobre direitos do consumidor, de 09/04/1985 afirma que cada governo deve determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, e acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população, verificando os custos e benefícios das medidas propostas⁴¹.

E também com base no art. 4º, I, do CDC, que afirma:

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. "O direito do consumidor no limiar do século XXI". *Revista de direito do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº35, p. 35, julho/set. 2000.

³⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, p. 96, 2001.

⁴⁰ 1. Taking into account the interests and needs of consumers in all countries, particularly those in developing countries; recognizing that consumers often face imbalances in economic terms, educational levels, and bargaining power; and bearing in mind that consumers should have the right of access to non-hazardous products, as well as the right to promote just, equitable and sustainable economic and social development, these guidelines for consumer protection have the following objectives:

(a) To assist countries in achieving or maintaining adequate protection for their population as consumers;
 (b) To facilitate production and distribution patterns responsive to the needs and desires of consumers;
 (c) To encourage high levels of ethical conduct for those engaged in the production and distribution of goods and services to consumers;
 (d) To assist countries in curbing abusive business practices by all enterprises at the national and international levels which adversely affect consumers;
 (e) To facilitate the development of independent consumer groups;
 (f) To further international co-operation in the field of consumer protection;

⁴¹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 120, 1999.

Art. 4º - A Política Nacional de 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 de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*;

Sendo assim, a afirmação da vulnerabilidade e conseqüente desigualdade dos consumidores é uma afirmação embasada em preceitos legais. O legislador buscou através de lei reconhecer a desigualdade e ao tratar de forma desigual os desiguais objetivou alcançar o dogma constitucional da isonomia.

Contudo, vale lembrar que os princípios jamais contem definições como ocorre com as regras, visto que se esclarecem pelas suas concretizações e estas pela sua união com o princípio. Essa teoria aplica-se perfeitamente ao princípio da vulnerabilidade, o qual materializa o ideal de igualdade expresso na diretiva constitucional, visando reequilibrar a relação de consumo, sabidamente desigual.

Mesmo sendo apenas um princípio pode-se afirmar que o princípio da vulnerabilidade é a viga mestra do Direito do Consumidor, como expressão da isonomia constitucional, ao assumir no papel de vetor da aplicação das normas do Código, indicando o conteúdo do conceito jurídico de consumidor através da definição do sentido da expressão destinatário final⁴².

1.4.2 Classificação

Já restou evidenciado que o consumidor é parte vulnerável na relação de consumo, tanto que no Direito do Consumidor a situação de vulnerabilidade do consumidor pessoa física é presumida pela lei, enquanto a da pessoa jurídica deve ser demonstrada sendo auferida casuisticamente, entretanto resta saber em que esfera transita esta vulnerabilidade.

O legislador não se ateve a determinar especificamente a que esferas se declinavam estas fraquezas, mas os doutrinadores através de seus largos estudos traçaram designadamente quais são os tipos de vulnerabilidade que atingem os consumidores.

Não se trata de uma classificação rígida que não pode ser alterada ou contestada, mas sim da classificação mais usada ou então da mais apresentada entre os estudiosos do ramo.

Importante ser apresentado rol de espécies de vulnerabilidades dos consumidores para se tenha conhecimento de que o consumidor não esta sendo salvaguardado sem necessidade,

⁴² DONATO Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao consumidor – conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 108, 1993.

mas sim, esta recebendo atenção especial em áreas nas quais é carente de alguma proteção especial e por isso recebeu do legislador o benefício da vulnerabilidade.

Exposta a importância das espécies de vulnerabilidades segue então uma breve exposição sobre as espécies de vulnerabilidades.

- **Vulnerabilidade Técnica:** esse tipo de vulnerabilidade acontece quando o comprador ao possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade⁴³.

A vulnerabilidade técnica se configura por uma série de motivos sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, essa última muitas vezes tendo o condão de impedir que o consumidor se aperceba daquelas que realmente interessam.

Sendo assim, de um modo geral, podem-se distinguir cinco fontes geradoras da vulnerabilidade técnica: os produtos ou serviços naturalmente perigosos (definidos a partir do art. 8º do CDC), os com defeitos (abordados nos art. 12 e seguintes do CDC), com vícios (constam no art. 18 e seguintes do CDC), oferecidos por intermédio de práticas comerciais abusivas (são apresentadas a partir do art. 30 do CDC) e os contratos de adesão (iniciam sua exposição no art. 46 do CDC)⁴⁴.

- **Vulnerabilidade Jurídica:** esse tipo de vulnerabilidade manifesta-se, predominante, na avaliação das dificuldades que o consumidor possui para defender seus direitos, tanto na esfera administrativa como na judicial.

Entende-se como sendo a vulnerabilidade na qual o consumidor embora esteja sendo lesado de alguma forma não deseja buscar ajuda administrativa ou judicial, pois tem um julgamento distorcido do caminho a ser percorrido em busca de seus direitos. Julga que a esfera administrativa não será capaz de solucionar seu problema e que o judiciário é moroso de mais e que os ônus ultrapassarão os bônus.

O consumidor está diante de uma falta de informação, que impossibilita o sujeito de buscar seus direitos. Em muitos casos a vulnerabilidade jurídica chega a ser comparada por alguns doutrinadores como Flávio Cheim Jorge⁴⁵ a hipossuficiência. Contudo, esse ainda é um conceito diverso.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 105, 1998.

⁴⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade*. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, p. 115, 2001.

⁴⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos*. 3. Ed. São Paulo: RT, p. 21, 2007.

Servem as ações coletivas, igualmente, para reduzir o número de processos nos foros, diminuindo o número de provas a serem feitas, e ainda são um exemplo de economia e celeridade processual.

Sendo assim, o gerador da vulnerabilidade jurídica é um fator cultural que vem arraigado no conhecimento dos consumidores que muitas vezes se mantêm inertes diante de um vício ou defeito do produto ou serviço adquirido. A maneira para amenizar seus efeitos é unicamente educação, pois somente através de conscientização dos consumidores acerca do funcionamento do judiciário na solução de conflitos consumeirista é que estes perderão o acanhamento e buscarão a tutela jurisdicional para solucionarem seus conflitos.

- **Vulnerabilidade política ou legislativa:** acontece porque o consumidor ainda é bastante fraco no cenário brasileiro, inexistindo associações ou órgãos capazes de influenciar decisivamente na contenção de mecanismos legais maléficis para as relações de consumo.

O consumidor brasileiro realmente ainda é muito precário em organização de órgãos capazes de responder por eles frente aos grandes conglomerados de fornecedores.

Contudo, já existem organizações como IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) que tem feito um trabalho extraordinário em termos de divulgação de informações e batalhado muito pela causa dos consumidores.

- **Vulnerabilidade biológica ou psíquica:** é a decorrente da simples natureza humana, se levar em conta desde o nosso nascimento até o fim da vida, tem-se como evidencia que somos um dos seres vivos mais frágeis.

Ainda que não se saiba o funcionamento do corpo humano não há como saber o índice de malefício de tal produto que está sendo ingerido. A humanidade travessa avanços incríveis tecnológicos, mas ainda não é capaz de dizer ao certo quais os malefícios do celular ao ser humano.

Os avanços da ciência foram muitos e também muitos foram os malefícios advindos com os avanços, mas ainda não se sabe ao certo qual a real proporção destes danos.

Sendo assim, cabe ao consumidor se organizar e adquirir o máximo de informações sobre o assunto para quando a souber a proporção real e se existem danos poder se proteger destes⁴⁶.

- **Vulnerabilidade econômica e social:** decorre diretamente da disparidade de forças existentes entre os consumidores e os agentes econômicos, revelando que eles possuem

⁴⁶ BONATO, Cláudio. Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53, 2003.

maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir⁴⁷.

O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro prevê como regra a responsabilidade objetiva, visando diminuir essa vulnerabilidade, por intermédio do mecanismo da internalização dos custos e socialização dos prejuízos⁴⁸.

Em resumo, economicamente, o consumidor é vulnerável porque está submetido às imposições econômicas e políticas dos mais fortes, sofrendo diretamente os reflexos de qualquer medida que venha a interferir na circulação da moeda e, em especial, do crédito.

1.4.3 Vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor

A sociedade brasileira tem como conteúdo de seus conceitos de ordem pública e de interesses social a proteção diferenciada do consumidor.

Com a Constituição Federal de 1988 foi incluída a defesa do consumidor no plano da política constitucional, aparecendo no texto maior, entre os direitos e garantias fundamentais no seu art. 5º, XXXII: o Estado promoverá, na forma da lei a defesa do consumidor, fator esse que garante sua condição de cláusula pétreia, conforme se depreende da leitura do art. 60, § 4º, IV, do mesmo Diploma legislativo.

Em vista disso, é evidente a preocupação do legislador constituinte com as relações de consumo e com a necessidade de tutelar o consumidor vulnerável.

Depois de inserido na carta magna, a defesa do consumidor normatizou-se através do Código de Defesa do Consumidor, responsável daí em diante por todas as relações de consumo. Com sua entrada em vigor abrangeu toda e qualquer relação de consumo, independente do ramo do direito em que ela se encontrar, público ou privado.

Tendo nascido de expressa disposição constitucional, o CDC impede a instituição de textos normativos que tenham por fim afastar ou impedir a aplicabilidade do seu texto, em questões que envolvam relações de consumo, vez que seu surgimento teve por finalidade dar concretude às regras e princípios inerentes à defesa do consumidor preceituados na Carta Magna. Sendo assim, afastar a aplicação da Lei consumerista é negar vigência a uma cláusula pétreia: a defesa do consumidor.

⁴⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, p. 119, 2001.

⁴⁸ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade. *Op. Cit.* p. 120.

O legislador brasileiro procurou concentrar, de forma concisa, todos os dispositivos legais em torno de uma só lei, criando um verdadeiro esqueleto geral para o regramento das relações consumeristas. Trata-se de um instituto muito mais prático de consulta e compreensão para as partes envolvidas do que a existência de leis esparsas.

Desta forma, nasceu o CDC com o objetivo de compilar as disposições já existentes acerca dos direitos dos consumidores, regulando a relação de consumo em todo o território brasileiro, na busca de um reequilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, seja reforçando a posição do consumidor, seja limitando certas práticas abusivas impostas pelo fornecedor.

Percebe-se assim a enorme importância do CDC e a sua preocupação em tutelar a parte mais fraca da relação consumerista e neste sentido discorre Cláudia Lima Marques⁴⁹

O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É um Código especial para “desiguais”, para “diferentes” em relações mistas entre um consumidor e um fornecedor.

Sendo um dispositivo recheado de valores constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor é considerado como uma das leis mais democráticas editadas até os dias atuais no ordenamento jurídico brasileiro, ultrapassando diversas outras legislações alienígenas, no que se refere a sua aplicabilidade, modernidade e tecnicidade. A imperatividade de suas normas têm por escopo proteger o consumidor, erradicando o desequilíbrio em que se encontra no mercado de consumo, na tentativa de alcançar uma realidade social mais justa e real, em conformidade com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, uma das vigas mestras do Código de Defesa do Consumidor.

Os princípios e normas do CDC são de ordem pública e de interesse social, criados, portanto, com o intuito de se preservarem pilares essenciais da sociedade, motivo pelo qual se aplicam obrigatoriamente às relações por eles reguladas, sendo, ainda, irrevogáveis pela vontade dos contratantes, dada a sua natureza cogente.

O caráter cogente de que se revestem as normas de ordem pública é uma forma de proteção do interesse social, já que protege instituições jurídicas fundamentais, bem como as que garantem a segurança das relações jurídicas e tutelam os direitos personalíssimos e

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima Marques. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 53, 1988.

situações jurídicas que não podem ser alteradas pelo juiz e pelas partes por deverem ter certa duração.

Ensina Cláudia Lima Marques que estas são leis que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. E ainda, as normas de ordem pública estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, são normas de direito privado, mas de forte interesse público, daí serem indisponíveis e inafastáveis através de contrato.

No que tange ao interesse social da norma, valem os ensinamentos de José Filomeno⁵⁰, ao asseverar que a Lei 8.078/90 visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo.

José Luiz Bayeux Filho comenta que para ele a lei de ordem pública é aquela onde está presente mais o interesse social, o qual admite graus de intensidade, reconhecido que, *latu sensu*, todas as normas seriam relevantes para a sociedade como um todo⁵¹.

Especificamente tratando do CDC Bayeux Filho⁵², afirma que

no caso dos direitos emergentes das relações de consumo, a intensidade do interesse social envolvido é tão crucial, que o legislador constituinte erigi a defesa do consumidor também a cânnon constitucional, ombro a ombro com o respeito aos direitos adquiridos: no mesmo art. 5º, onde estão as garantias individuais constitucionais.

Continuando seu raciocínio ainda assevera o autor que

no seu conteúdo, as normas do Código do Consumidor possuem mesmo um interesse social evidente, sendo de se reconhecê-las como a verdadeira lei *salus populi*. A norma de ordem pública não se confunde com a norma de direito público. A norma de ordem pública contém, como insistimos acima, um interesse social intrínseco. Ela tanto pode ser de direito público como de direito privado. A norma de direito público tem por característica a presença de um interesse do Estado que pode conter ou não um avultado interesse de ordem pública.

Cláudia Lima Marques⁵³ também se manifesta na mesma linha, ensinando que:

⁵⁰GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26.

⁵¹ BAYEUX FILHO José Luiz. O Código do Consumidor e o Direito Intertemporal. Revista Direito do Consumidor. São Paulo. Editora RT, p. 58, 1993.

⁵² BAYEUX FILHO José Luiz. O Código do Consumidor e o Direito Intertemporal. *Op. Cit.* p.59.

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 189, 1988.

Todo direito tem função social, o Direito é parte da estrutura da sociedade, é um de seus sistemas parciais, logo a expressão que estamos utilizando, “lei função social”, deve ser entendida não como uma repetição da própria essência da norma, mas como destaque de uma característica ímpar de determinadas leis. São leis intervencionistas, leis de ordem pública econômica, que procuram realizar o que Ihering denominava função social do direito privado.

O caráter de norma de ordem pública de todas as regras do Código de Defesa do Consumidor representa um importante limite à autonomia privada, tanto em face econômica – a liberdade de iniciativa no mercado brasileiro (art. 170, V, da CF) – como em sua face jurídica – a liberdade de contratar e a liberdade contratual de estabelecer o conteúdo dessas relações.

A consequência mais significativa das normas contidas no CDC terem ordem pública é que não pode haver disposições contrárias, pois sempre irá prevalecer a figura do consumidor individual como integrante de um contexto em que ele assume papel fundamental na ordem econômica.

1.4.4 Vulnerabilidade e hipossuficiência

O legislador ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor deixou bem clara a existência de diferenciação conceitual entre vulnerabilidade e hipossuficiência.

Os conceitos denotam realidades jurídicas distintas, com consequências jurídicas também distintas, uma vez que nem todo consumidor é hipossuficiente. A determinação da existência da hipossuficiência e de seu consequente grau cabe ao juiz, que deve fazer este julgamento com base nas regras ordinárias de experiência e em seu suporte fático.

A aplicação da hipossuficiência pela jurisdição depende da discricionariedade judicial e sua consequência jurídica imediata é a inversão do ônus da prova, no processo civil, que acarretará na facilitação de defesa de direitos do consumidor.

Todo o consumidor, que for considerado hipossuficiente, é considerado vulnerável no mercado de consumo. Aqui reside a principal diferenciação entre estes dois institutos, já que estes podem coexistir, mas sempre existirá a vulnerabilidade do consumidor, podendo ou não existir a hipossuficiência.

Os doutrinadores divergem sobre o conceito de hipossuficiente, mas segundo o art. 6º, VIII, CDC eles podem ser considerados como sendo os desfavorecidos sob o ponto de vista processual. Contudo, é exatamente neste ponto que reside à celeuma dos doutrinadores, já que os desfavorecidos a quem o legislador se refere seriam os pobres, os que sofrem de

insuficiência de recursos, os desprovidos de crédito, ausentes de poder aquisitivo? Qual será denotação que o legislador quis conferir a palavra desfavorecido utilizada na legislação.

Ada Pellegrini Grinover entende que o “o conceito de hipossuficiência é o constante do art. 2º, parágrafo Único, da Lei nº 1.060/50”, pois a “suposição do legislador é a de que o consumidor hipossuficiente não terá condições de suportar os gastos com as provas”⁵⁴.

O art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50 indica como critérios auferidos da hipossuficiência a figura do necessitado, sendo que este é o que a “situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogados, sem prejuízo de sustento próprio ou da família”.

Contudo, observando o andamento processual e levando-se em conta o andamento de um processo tem-se que algumas peculiaridades da lide podem ser por demais dispendiosas causando um real abalo no sustento da família da parte, quando esta passando por necessidades econômicas.

Podem surgir ao longo da demanda uma série de complicações que causarão gastos excessivos que consumidor hipossuficiente não terá condições de arcar, despesas estas com deslocamentos, perícias, audiências, vistorias, etc.

Contudo, não é possível vincular os critérios da assistência judiciária gratuita ao conceito de hipossuficiência, motivo este que a definição esboçada por Ada Pellegrini é questionada, já que é mais prudente vincular a hipossuficiência a um conceito de insuficiência em relação à situação processual concreta.

Tem-se como marca essencial da hipossuficiência a característica pessoal de cada consumidor, que deve ser auferida pelo juiz no caso concreto. Parece que foi essa a mensagem principal que o legislador quis passar, tendo em vista o art. 6º, inciso VIII do CDC que assim dispõe:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Por isso a identificação de hipossuficiência vai depender diretamente do Magistrado, já que caberá a ele examinar o caso concreto e fazendo uso de sua experiência como julgador,

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonard, p. 494, 1984.

observar a realidade da demanda judicial e assim definir se o consumidor naquele caso é hipossuficiente ou não.

A atenção do julgador não pode ignorar o pólo passivo da relação processual, a fim de que, não cause prejuízo indevido ao fornecedor que eventualmente configure numa insuficiência de condições econômicas.

Outro aspecto que há de ser levado em consideração quando da aferição da hipossuficiência é a consideração da relação processual dos sujeitos entre si, ou seja, deve ser analisado naquele caso específico qual é o grau de hipossuficiência existente entre as partes. Essa medida é importante a fim de que possa ser feita uma hierarquização valorativa voltada para a posição individual de ambos, o que resultará na distribuição mais justa do ônus da prova.

Motivo este pelo qual o conceito de consumidor hipossuficiente pode e deve ser mais usado em lides consumista coletivas. O Rio Grande do Sul já é palco de diversos litígios de consumo no qual figuram no pólo passivo os consumidores unidos.

As chamadas Ações Coletivas, que reivindicam os direitos de um grupo, são exemplos concretos da aplicabilidade da hipossuficiência não vinculada a uma única pessoa e prova cabal de que esta não é um critério pessoal, individual e intrínseco a determinada pessoa.

Partindo para o campo prático pode-se listar os argumentos que motivam a afirmação de que vulnerabilidade e hipossuficiência não se tratam da mesma coisa.

Primeiramente a hermenêutica determina que a lei não pode conter palavras inúteis⁵⁵. Sendo assim, se hipossuficiência não tiver significado diverso de vulnerabilidade, não teria sentido o legislador inserir na legislação estas duas palavras, podendo referir apenas uma. Contudo, como elas possuem significados diversos foi necessária a inclusão das duas.

Tem-se por determinação legal (art. 4º,I, CDC) que todo o consumidor é vulnerável e se vulnerável fosse igual a hipossuficiente, em todas as demandas em que existisse um consumidor existiria um hipossuficiente e, assim sendo, em todas as demandas sempre deveria ser invertido o ônus da prova. Este então seria o segundo aspecto já que estaria concretizada uma situação de injustiça e desigualdades inaceitáveis. Surgiriam inúmeras situações em que consumidores vulneráveis, mas com condições econômicas e sociais imensamente superiores ao fornecedor, se beneficiariam da inversão.

⁵⁵ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 78, 1998.

A vulnerabilidade é uma categoria jurídica de direito material, enquanto a hipossuficiência é de direito exclusivamente processual, tendo em vista a destinação específica da norma.

Assim o argumento de que o vulnerável será sempre hipossuficiente, porque é insuficiente em alguma medida, não pode ser reconhecido.

A vulnerabilidade, como referido anteriormente, tem seu caráter de universalidade e atingirá todos os consumidores. Diferente da hipossuficiência é marca pessoal, não significando que não pode abranger alguma coletividade específica de consumidores, mas jamais poderá ser generalizada como sendo uma qualidade universal de todos os consumidores.

1.4.5 Mecanismo atenuante da Vulnerabilidade

O legislador ao verificar que estava clara a situação de universalidade de vulnerabilidade dos consumidores preocupa-se em inserir na legislação mecanismos que pudessem de alguma forma atenuar essa disparidade e de determinada forma alcançar um equilíbrio na relação de consumo.

Dentre estes mecanismos, terá destaque a inversão do ônus da prova, pois é o mecanismo mais eficiente de se atenuar a vulnerabilidade.

1.4.5.1 Inversão do ônus da prova

Necessário primeiramente se faz esclarecer que o ônus probante não significa uma obrigação de provar, mas uma necessidade de provar. Existe, portanto, uma diferença entre ônus e obrigação no contexto processual.

Quando se menciona que o ônus da prova incumbe a quem alega, se quer dizer que a parte tem a possibilidade de agir conforme o comando jurídico para conseguir que sua pretensão seja atendida. Isto é, como ela tem o interesse de que seja reconhecida a verdade dos fatos que alegou, logo é sua incumbência provar suas afirmações.

A obrigação apresenta aspecto diferente, não é uma faculdade, mas uma imposição de um comportamento e não cumpri-lo gera um ilícito jurídico⁵⁶. Portanto, a parte que tem o

⁵⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, p. 94, 2000.

ônus de provar deve fazê-lo, senão em virtude de omissão pode ver sua pretensão negada por insuficiência de provas. É uma questão lógica diante de um conflito de interesses.

Essa diferenciação é importante, pois é ela que vai levar a compreensão do instituto em estudo. Contudo antes, ainda é necessária a compreensão de mais alguns elementos.

O legislador implantou um sistema de interação e complementaridade entre as normas do CDC, do CPC uma vez que os dispositivos processuais do CPC que se aplicam ao autor e ao réu, principalmente na segurança do cumprimento da garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório, são aplicáveis na tutela jurídica da relação de consumo⁵⁷.

João Batista de Almeida⁵⁸ enfoca o princípio da isonomia, dentre os princípios específicos aplicáveis a tutela do consumidor, como pilar básico que envolve essa problemática. Ele leciona que:

Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades.

É certo que, os dois pólos da relação de consumo (consumidor/fornecedor) são compostos por partes desiguais em ordem técnica e econômica, visto que o fornecedor possui, via de regra a técnica da produção que vai de acordo com seus interesses e o poder econômico superior ao consumidor. A vulnerabilidade do consumidor é patente, e a sua proteção como uma garantia é uma consequência da evolução jurídica pela qual passamos.

Por sua vez, o fornecedor (fabricante, produtor, comerciante, ou prestador de serviços) não fica refém de um sistema protecionista, pois tem sua ampla defesa assegurada, fazendo uso dos instrumentos processuais necessários para sua defesa como os dos artigos 301 e incisos, 265, IV, a, e 267, IV, todos do CPC, entre outros.

A inversão do ônus da prova como um direito básico do consumidor, e as demais normas que o protege, não ofendem de maneira alguma a isonomia das partes. Ao contrário, é um instrumento processual com vistas a impedir o desequilíbrio da relação jurídica.

A inversão do ônus da prova é um direito conferido ao consumidor para facilitar sua defesa no processo civil e somente neste. A aplicação deste direito fica a critério do juiz quando for verossímil a alegação do consumidor, ou quando este for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (art. 6º, VIII, do CDC).

⁵⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai e BONATO, Cláudio. Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor – principiologia, conceito contratos atuais. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 69, 2005.

⁵⁸ ALMEIDA, João Batista de. Proteção Jurídica do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p.45, 2006.

Vale salientar que o CDC só admite a inversão a favor do consumidor, não cabe facilitação da prova para o fornecedor, dada a vulnerabilidade reconhecida do consumidor.

Caberá ao juiz analisar em quais casos há necessidade de não se aplicar as regras do art. 333 e seguintes do CPC para poder inverter o ônus da prova em desfavor do réu.

A regra do ônus da prova insculpida no Código de Processo Civil é rígida. O juiz pode aplicar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor desde que preenchidos um dos requisitos esposados no art. 6º, VIII, do CDC com o objetivo de equilibrar a relação processual.

Se o magistrado constatar que estão presentes um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, após verificar segundo as regras de experiência que as alegações do autor são verossímeis ou que o consumidor é hipossuficiente inverterá o ônus da prova em favor do consumidor.

A norma em exame estipula que fica à critério do juiz a inversão quando estiver presente qualquer uma das duas alternativas, a verossimilhança “ou” a hipossuficiência. Essas são vistas como pressupostos de admissibilidade da inversão do ônus da prova.

Critério, não tem nada de subjetivo é aquilo que serve de comparação. A verossimilhança ou a hipossuficiência servirão como base para que o juiz decida pela inversão. “... Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova”⁵⁹.

Uma vez constatados um desses requisitos o juiz deve inverter o ônus, pois não é uma faculdade sua, é um direito do consumidor para facilitar a defesa de seus interesses. Isto não significa que sempre se terá a inversão do ônus, pois o fornecedor vai ter oportunidade de contrariar a presunção de verossimilhança e a constatação da hipossuficiência. A inversão do ônus da prova não é prevista como uma certeza, mas apenas como probabilidade ou aparência de verdade, possível de ser ilidida por prova em contrário.

No CDC estão previstas duas oportunidades em que se tem a inversão do ônus da prova, a do art. 6º, VIII, já citada, e a do art. 38 que está inserido no capítulo das práticas comerciais, determinando que o ônus da prova cabe a quem patrocinou a informação ou comunicação publicitária, ou seja ao fornecedor.

Neste último caso a previsão legal expressa que o juiz fica obrigado a aplicar a inversão, não sendo, portanto, adotada por determinação judicial sua como na hipótese do art. 6º, VIII.

⁵⁹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, p. 87, 2000.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁶⁰, um dos autores do anteprojeto, ensina que “A inversão da prova, no art. 38, vimos é ope legis, independentemente de qualquer ato do juiz. Logo, não lhe cabe sobre ela se manifestar, seja no saneador ou momento posterior”.

As práticas abusivas em sede de matéria publicitária são difíceis de serem provadas diante da difusidade dos interesses e bens protegidos. A inversão se justifica face essa dificuldade que teria o consumidor de provar o desvio da publicidade, de provar tecnicamente se a publicidade é enganosa ou abusiva, não obstante possa indicar elementos que colaborem ou até mesmo demonstrem o fato danoso.

A inversão do ônus que fica a critério do julgador, de sua convicção sobre a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do autor para facilitar a prova é a “ope judicis”. Esta última não é uma inversão legal, uma vez que não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas fica submetida ao crivo judicial.

As regras para a inversão do ônus da prova só serão aplicadas quando seus requisitos se fizerem presentes, caso contrário é a regra geral do ônus da prova que é aplicada no julgamento do processo.

A inversão do ônus da prova como uma modalidade de facilitação da defesa dos direitos do consumidor somente deve ser admitida quando uns dos seus requisitos forem satisfeitos, ou seja, a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor⁶¹.

No entender de Beatriz Catarina Dias⁶² ao tratar de princípio da verossimilhança “Por verossimilhança entende-se algo semelhante à verdade. De acordo com esse princípio, no processo civil o juiz deverá se contentar, ante as provas produzidas, em descobrir a verdade aparente”.

Ela acrescenta que deve-se ter cuidado para não relativizar demais este princípio, pois é indispensável que do processo resulte efetiva aparência de verdade material, sob pena de não ser acolhida a pretensão por insuficiência de prova - o que equivale à ausência ou insuficiência de verossimilhança.

Neste sentido Cecília Matos⁶³ aponta a verossimilhança como um patamar na escala do conhecimento. “Não mais se exige do órgão judicial a certeza sobre os fatos, contentando-se

⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

⁶¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, p. 101, 2001.

⁶² DIAS, Beatriz Catarina. A Jurisdição na Tutela Antecipada, São Paulo: Saraiiva, p. 72, 1999.

⁶³ MATOS, Cecília de. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 11, p. 54, 1994.

com o Código de Defesa do Consumidor com a comprovação do verossímil, que varia conforme o caso concreto”.

O juiz vai conceder a inversão baseado num juízo de simples verossimilhança a respeito da verdade das alegações feitas.

Para Voltaire de Lima⁶⁴:

Uma alegação torna-se verossímil quando adquire foros de veracidade, quer porque se torna aceitável diante da modalidade de relação de consumo posta em juízo, quer porque, de antemão, em sede de cognição sumária, não enseja o convencimento de que possa ser tida como descabida.

Kazuo Watanabe⁶⁵ comenta sobre a verossimilhança, afirmando que na verdade não há uma verdadeira inversão do ônus da prova, pois o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes, a menos que a outra parte demonstre o contrário.

A verossimilhança não exige a certeza da verdade, porém deve existir uma aparente verdade demonstrada nas alegações do autor, que uma vez comparadas com as regras de experiência seja capaz de ensejar a inversão.

O outro critério que deve ser analisado pelo juiz para que se possa inverter o ônus da prova é o da hipossuficiência do consumidor o que se traduz em razão da capacidade econômica e técnica do consumidor.

Conforme Cecília Matos⁶⁶ a hipossuficiência do consumidor é característica integrante da vulnerabilidade deste. É demonstrada pela diminuição de capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas no social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros.

Para Watanabe se a inversão ocorrer pelo critério de hipossuficiência do consumidor se tem uma verdadeira inversão do ônus da prova. Esclarecendo que a intenção do legislador não foi de interpretar restritivamente a hipossuficiência no sentido econômico. Senão o consumidor que fosse dotado de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda teria que assumir o ônus da prova. De acordo com seu raciocínio a hipossuficiência dispõe de outro sentido, está ligada ao domínio de conhecimento técnico especializado que desequilibra

⁶⁴ MORAES, Voltaire de Lima (Org.). Ministério Público, Direito e Sociedade. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, p. 45, 1986.

⁶⁵ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

⁶⁶ MATOS, Cecília de. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 11, p. 57, 1994.

a relação de consumo e manifesta a posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor demonstrando a hipossuficiência do consumidor.

Rizzatto⁶⁷ entende que o significado de hipossuficiência insculpido no texto legal do CDC, não é econômico. É técnico. O conceito de vulnerabilidade é que abrange a fragilidade econômica e técnica do consumidor. A hipossuficiência para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova,

tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

Ele assevera que o reconhecimento da hipossuficiência não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”, porque a questão da produção de prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. E que pode acontecer a inversão do ônus da prova em favor de consumidores economicamente poderosos caso seja feita a constatação de sua hipossuficiência técnica e de informação.

As considerações do insigne autor são valiosas, mas entendemos que quando se fala em hipossuficiência do consumidor nos aspectos econômico e técnico, se está justamente acatando o princípio da vulnerabilidade do consumidor como parte mais fraca da relação de consumo, em virtude de sua situação econômica inferior ao do fornecedor, e de seu reduzido conhecimento técnico, e, por conseguinte, na maioria das vezes todos são hipossuficientes.

Isto, no entanto, não significa que a situação econômica seja fator preponderante para a decisão da inversão do ônus da prova, mas servirá como subsídio que acrescenta os motivos para se inverter o ônus da prova não se desassociando do conhecimento técnico e informativo.

A situação econômica, muitas vezes é conseqüência de ignorância ainda maior em relação ao consumo de determinados produtos. Um cidadão que não tem condições econômicas mínimas, ou seja, sobrevive com baixa renda não deixa de ser consumidor, mas, além disso é um consumidor despreparado por sua condição social, pelo seu nível de escolaridade, ou até por ser analfabeto, o que é muito comum em nosso país. O nível de desinformação desse cidadão é ainda maior, isto é, sua capacidade técnica para discernir sobre o tipo e qualidade do produto é menor, sem falar no desconhecimento de seus direitos enquanto consumidor.

⁶⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, p. 39, 2000.

O contexto social, a distribuição de renda e as grandes diferenças socio-econômicas no Brasil definem o perfil do nosso consumidor. A condição econômica é um ponto importante a ser observado quando se vai apreciar a hipossuficiência técnica e informativa do consumidor. Isto porque face à realidade que vivenciamos a condição social e cultural, via de regra, estão atreladas direta ou indiretamente a situação econômica do consumidor.

A capacidade técnica e informativa do consumidor vai dizer de sua hipossuficiência, e sua situação econômica também poderá subsidiar a decisão do juiz, que com base nas regras de experiência irá vislumbrar ou não a possibilidade de inversão do ônus da prova.

O problema do ônus econômico da produção de certas provas, como a perícia pode ser resolvido de forma alternativa. Segundo Watanabe, o magistrado pode determinar que o consumidor economicamente hipossuficiente seja dispensado dos gastos com as provas, e em caso de impossibilidade de realização gratuita da prova que o fornecedor suportasse as despesas com as provas. Conclui que esta interpretação conduziria a uma solução menos rigorosa que a inversão do ônus da prova.

Rizzatto⁶⁸ leciona que: “Uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual”. Isso decorre de uma lógica, o ônus de provar acompanha o ônus econômico. Senão teríamos uma contradição, que se opõe a vulnerabilidade reconhecida do consumidor.

O juiz quando for analisar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor o fará segundo as regras ordinárias de experiência.

As regras de experiência são as denominadas presunções com base no que ordinariamente acontece. O juiz ao utilizar as regras ordinárias de experiência vai usar o seu prudente arbítrio e formação pessoal para observar o fato conhecido levando em consideração o que ordinariamente acontece e assim chegar a presunção da verdade.

Neste ponto Rizzatto ressalta que “É fato que a narrativa interpretativa que se faz da norma é um tanto abstrata, mas não há alternativa, porquanto o legislador se utilizou de termos vagos e imprecisos (‘regras ordinárias de experiência’). Cai-se, então, de volta no aspecto da razoabilidade e, evidentemente, do bom senso que deve ter todo juiz”.

Logo, recai no julgador a expectativa de uma interpretação justa e razoável dos fatos alegados para que se tenha a aplicabilidade da inversão do ônus da prova quando for apreciar a incidência dos requisitos da inversão.

⁶⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, p.42 2000.

O juiz, a requerimento da parte ou de ofício, analisará com base nas regras ordinárias de experiência se há incidência de um ou dos dois requisitos que possibilitem a inversão do ônus da prova proferindo sua decisão.

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre qual o momento adequado para se aplicar as regras de inversão do ônus da prova.

Watanabe⁶⁹ considera que

somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *no liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.

O autor não vê em seu posicionamento nenhuma ofensa ao princípio da ampla defesa e ao final endossa a sugestão de Cecília Matos de que

no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa⁷⁰.

Há o entendimento doutrinário contrário. João Batista de Almeida entende que o momento para o deferimento da inversão deverá ocorrer entre a propositura da ação e o despacho saneador, sob pena de prejuízo para a defesa do réu.

Rizzatto observa que a polêmica em torno do momento processual para aplicação da regra da inversão do ônus da prova se dá em razão da falta de rigorismo lógico e teleológico do sistema processual instaurado pela Lei 8.078. E se opõe ao entendimento de que o momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova é no julgamento da causa, afirmando que esse pensamento está alinhado com a distribuição legal do ônus da prova que é uma regra que exprime certeza (art. 333, CPC). O processo fora da relação de consumo não exige que o juiz faça qualquer declaração a respeito da distribuição do gravame. Basta levá-lo em consideração no momento de julgar a demanda. Não existe surpresa para as partes quanto a quem compete a produção da prova. Já a lei consumerista não expressa essa certeza, uma vez que a inversão prevista no art. 6º, VIII não é automática, fica à critério do juiz quando for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor

⁶⁹ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 50, 2000.

⁷⁰ MATOS, Cecília de. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: [s.n.], v. 11, p. 60, 1994.

Portanto, é preciso que o juiz se manifeste para se saber se o elemento verossimilhança está presente ou se a hipossuficiência do consumidor, conforme o caso concreto, foi reconhecida. Concluindo que

o momento processual mais adequado para a decisão sobre da inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento.

Voltaire de Lima Moraes não concorda que a inversão seja decretada ab initio, quando o juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não podendo precisar a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Acreditando ser imatura a decretação da inversão nessa fase do procedimento. Não concorda, também, com a decretação no momento da prolação da sentença, pois não vê a inversão processual como regra de julgamento. A inversão envolve questão incidente a ser efetivamente resolvida por ocasião da fase instrutória, sob pena de não se permitir ao fornecedor que se desincumbesse desse ônus que lhe foi judicialmente imposto, com prejuízo, inclusive para o exercício da ampla defesa.

Voltaire conclui que

o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a audiência de conciliação, o Juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, § 2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquela que recebeu o encargo de provar⁷¹.

Parece mais acertada a corrente doutrinária favorável à tese de que o momento processual mais adequado é entre a propositura da ação e o despacho saneador, sendo o melhor momento no despacho saneador. Pois, não vai existir um elemento surpresa e as partes estarão cientes através do pronunciamento do juiz a quem compete o ônus da prova.

A providência de se advertir que no momento do julgamento da ação as regras de inversão do ônus da prova podem ser aplicadas não afasta o cerceamento de defesa.

O instituto processual da inversão serve para facilitar a defesa do consumidor e por consequência onerar a defesa do fornecedor. Este último tem o direito de saber, já que não

⁷¹ MORAES, Voltaire de Lima (Org.). Ministério Público, Direito e Sociedade. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, p. 48, 1986.

existe uma certeza legal, se a incumbência do ônus da prova é sua, ou não, antes que se proceda a instrução e julgamento do processo.

A apreciação da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, como já foi examinado, não implicam num prejulgamento da lide posto que a verossimilhança é aparência da verdade, não exigindo a certeza da verdade, enquanto que a hipossuficiência é examinada através da capacidade técnica e informativa do consumidor, de suas deficiências neste campo para litigar com o fornecedor que por sua condição é detentor das técnicas.

Logo, a determinação prévia estabelecerá tão somente que o réu tem o ônus de desconstituir a aparente verdade, ou a constatação da hipossuficiência técnica do consumidor, pois a prova de uma das excludentes de responsabilidade pela reparação de danos terá que fazê-la independente de inversão.

Como se vê existe norma mais rigorosa que a inversão ope iudicis do ônus da prova, é a que adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, eximindo o consumidor de provar a culpa do fornecedor, devendo provar apenas o dano e o nexo de causalidade ente o produto/serviço e o evento danoso. A inversão é tão somente para facilitar a defesa desincumbindo o autor de provar o dano e o nexo causal.

Não há certeza quanto à aplicação da inversão do ônus da prova, uma vez que depende de requisitos a serem auferidos pelo convencimento do magistrado que irá decidir ou não pela inversão. O correto é o juiz ao decidir pela inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, fazer a prévia determinação à parte, em desfavor de quem se inverteu o ônus para que prove o fato controvertido, sob pena de nulidade se assim não se proceder por causar surpresa e cerceamento à defesa do réu.

A certeza de que o princípio da ampla defesa é assegurado é imprescindível ao desenvolvimento válido do processo. Assim, o provimento determinando a inversão do ônus da prova em favor do consumidor deve ocorrer até o despacho saneador, dando oportunidade ao réu de exercer a sua ampla defesa.

Vale salientar que de acordo com este pensamento, a decisão que determinar ou indeferir a inversão do ônus da prova é uma decisão interlocutória, em que o juiz decide uma questão incidental no processo.

A referida decisão deverá está devidamente fundamentada, sob pena de nulidade consoante o art. 93, IX, da Constituição Federal. A parte insatisfeita tem o direito de saber as razões que motivaram a decisão, até para que possa aduzir seus argumentos no recurso. E o recurso cabível para se insurgir contra decisão interlocutória é o agravo (art. 522, caput, do CPC).

Enfim, a garantia do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 é um importante instrumento para a defesa do consumidor, que busca o equilíbrio da relação processual em razão da sua vulnerabilidade.

2 MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E RELAÇÕES DE CONSUMO: O DIREITO COMPARADO

O acesso à justiça no Brasil muitas vezes fica prejudicado por uma série de fatores entre eles o assoberbamento do Poder Judiciário, por isso muitas vezes o consumidor se sente desanimado em buscar seus direitos.

Por isso, a criação de mecanismos alternativos de solução para os conflitos oriundos das relações de consumo é de extremamente necessária para garantir um acesso rápido e uma solução eficaz para o consumidor.

2.1 MECANISMO ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Compete ao direito processual a preocupação sobre as modalidades capazes de gerar a real e efetiva composição dos conflitos, inexoravelmente verificados na vida em sociedade⁷². Sendo assim, a razão inerente para a adoção de formas diversificadas de encaminhamento de controvérsias deve ser a aptidão da resposta obtida para eficientemente gerar a pacificação entre as partes.

O escopo originário do processo sempre será alcançar a pacificação, muitas vezes para atingir seu objetivo é necessário lançar mão de meios alternativos, considerando principalmente o espectro do conflito e as características dos sujeitos.

Assim cabe ao operador do direito administrar a condução do conflito de forma propícia a esclarecer os envolvidos sobre as efetivas possibilidades de compor a controvérsia por diversas formas, orientando sobre qual se configura o meio mais adequado, especialmente considerando aspectos como o custo e a celeridade na obtenção da resposta.

No contexto atual, em que se está diante de um Poder Judiciário assoberbado, não se pode pensar na utilização de meios alternativos de solução de conflitos apenas como meio paliativo de desafogar o Judiciário, mas sim como a preocupação fundamental de adoção do meio mais adequado à finalidade da pacificação.

O desenvolvimento de mecanismos alternativos de solução de conflitos é objeto de atenção inclusive das Nações Unidas, cujo Conselho Econômico e Social, na Resolução 1.999 de 28 de julho de 96, recomenda que os Estados contemplem procedimentos alternativos ao sistema judicial tradicional e estimulem políticas de mediação e justiça restaurativa. A mesma

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz (Coord.). Manual do processo de conhecimento. São Paulo: RT, p. 30, 2006.

sugestão pode ser encontrada também no Documento Técnico 319/96, editado pelo Banco Mundial, intitulado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para uma reforma”, que traz recomendações para a descentralização na administração da justiça.

O acesso à justiça é um direito constitucional que no Brasil coincide com a necessariamente com a idéia de acesso ao Poder Judiciário, contudo a inafastabilidade da prestação jurisdicional fundamentalmente não exclui outras formas de solução de conflitos. Portanto, é necessária uma releitura da garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário no sentido da utilização de meios alternativos de solucionar os conflitos.

Apresentam-se a seguir quais são os principais mecanismos alternativos de solução de conflitos que podem ser aplicados como alternativas de acesso ao Poder Judiciário.

2.2 CONCILIAÇÃO

Conciliação é uma técnica de autocomposição, na qual um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia sem, todavia, forçar a realização do pacto. O objetivo de sua atuação é alcançar um acordo que, ainda que não plenamente satisfatório, evite complicações futuras com dispêndio de tempo e dinheiro⁷³.

A conciliação pode opera-se tanto no contexto de uma demanda judicial como no âmbito de instituições privadas voltadas à resolução de controvérsias. No Brasil, a conciliação é tida como fenômeno judicial, pelo qual as partes são conduzidas por um terceiro rumo à obtenção de um acordo para que haja a extinção do processo.

No Código de Processo Civil, a conciliação tem diversas previsões: art. 125, IV⁷⁴, sendo sua tentativa uma incumbência do magistrado; art. 277⁷⁵, como primeira providência a ser intentada na audiência designada no rito sumário; art. 331⁷⁶, com a previsão da audiência

⁷³ VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática*. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001, p. 83.

⁷⁴ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

⁷⁵ Art. 277. O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro.

⁷⁶ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

preliminar antes do início da fase probatória; art. 448⁷⁷, como providência a ser tentada no início da audiência de instrução e julgamento.

Nas causas cíveis regidas pelo Código de Processo Civil (CPC), a conciliação é operada, como regra, pelo magistrado. A previsão de realizar a tentativa de conciliação entre as partes, a qualquer tempo no processo, situa-se entre os deveres do magistrado pelo art. 125, IV, do CPC.

A atividade de conciliar, no entanto não está restrita ao magistrado, podendo ser exercida por leigos, como ocorre atualmente nos Juizados Especiais Estaduais. Na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) prevê a utilização da conciliação em seu art. 22⁷⁸.

Como se pode inferir a conciliação tem grande aplicação no Brasil, já que está inserida no Código de Processo Civil e também em leis esparsas, como a do Juizados Especiais Cíveis.

2.3 MEDIAÇÃO

Mediação é a técnica pela qual uma terceira pessoa, treinada, capacitada e neutra, auxilia as pessoas em conflito no conhecimento das multifacetadas origens da controvérsia, de modo que elas, portadoras de um conhecimento ampliado, construam, por si, a composição do litígio da maneira mais satisfatória (ou menos insatisfatória possível) à sua realidade interna e externa⁷⁹.

Elemento essencial para a aplicação da mediação é a comunicação que conta com três partes essenciais: o emissor, o canal pelo qual a mensagem é transmitida e o seu receptor. Falhas podem constatar em algum ou em todos esses elementos, gerando conflitos entre os indivíduos. A função do mediador é impor regras de comunicação para que esta se realize de forma eficiente e sem ruídos, com atenção, clareza e aceitação do ponto de vista do outro⁸⁰.

Na mediação as partes são auxiliadas em sua comunicação por um facilitador do diálogo, o mediador, que busca resgatar nos envolvidos no conflito a responsabilidade pessoal de cada um, de forma que os próprios mediandos, sem qualquer indução, possam chegar a uma resposta adequada ao impasse.

A função do mediador, portanto, é aproximar as partes e fazer com que possam melhor compreender as circunstâncias da controvérsia, proporcionando alívio de pressões irracionais

⁷⁷ Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

⁷⁸ “A conciliação será conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação”.

⁷⁹ CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. *Revista do Advogado*, n. 62, p. 86, mar. 2001.

⁸⁰ VEZZULA, Juan Carlos. *Mediação*, p. 26-27

ou elementos emocionais complicadores que impeçam a visualização realista do conflito. Assim, os contendores estarão melhor preparados para proceder a uma análise mais equilibrada da situação e entabular um possível acordo⁸¹.

Existe no Brasil um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que versa sobre o tema mediação. Trata-se do Projeto de Lei 94/2002 (originalmente 4.728/98) que em seu art. 2º conceitua a mediação como sendo:

Art. 2º - Mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, e mediante remuneração, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual.

Percebe-se através das conceituações apresentadas que embora haja grande confusão entre os institutos da mediação e da conciliação estes dois são bem distintos. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a conciliação constituiria na intercessão de algum sujeito entre os litigantes para persuadi-los à autocomposição, podendo ser extra ou endoprocessual, enquanto que a mediação seria a própria conciliação, quando conduzida mediante concretas propostas de solução a serem apreciadas pelos litigantes⁸².

Os objetivos visados nos dois institutos são diversos. Ressalta Lilia Maria de Moraes Sales que a diferença fundamental entre mediação e conciliação reside no conteúdo de cada instituto:

Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação, as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes a um acordo⁸³.

Assim, tem-se que numa perspectiva mais ampla, na mediação não se revela essencial que as partes celebrem um acordo formalizado, nem que seja objeto de transação homologada em juízo. Uma mediação bem-sucedida é aquela, em que, promovida eficientemente a facilitação do diálogo pelo mediador, as partes podem retornar a comunicação de maneira adequada, passando a conduzir relações suas relações de forma consensual. Uma vez resgatados a confiança e o senso de compromisso entre as partes, podem elaborar respostas conjuntas negociadas e partir para uma nova fase da relação interpessoal.

⁸¹ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem, p. 39

⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 123.

⁸³ SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38.

Euclides de Oliveira tece palavras precisa sobre o assunto:

Contra a lógica da força, advinda de uma solução ditada por sentença judicial, e quando impotente a lógica da conciliação, advinda de acordo sem enfrentar nem prevenir suas causas mais profundas, surge a lógica da mediação, que busca o ponto de equilíbrio, mediante o auxílio de terceira pessoa, para que as próprias partes, conscientes e responsáveis, encontrem uma solução que lhes garanta condições para projeção de um futuro saudável e feliz⁸⁴.

Percebe-se assim, que a mediação é uma autocomposição, pois a solução do conflito contará com a vontade de uma ou ambas as partes que se reúnem para encontrar a saída para o conflito; é ainda bilateral, na medida em que conta com a participação de todos os envolvidos na situação controvertida.

Sendo assim, tem-se que a mediação coaduna com um modelo diferenciado de distribuição de justiça, embasado nas noções centrais de cooperação e conciliação.

2.3.1 Conceito de Mediação

A mediação é um processo extrajudicial de resolução de conflitos, no qual um terceiro, imparcial, dá assistência às pessoas em conflito, com a finalidade de que possam manter uma comunicação produtiva à procura de um acordo possível para elas.

É um processo – porque tem um desenvolvimento lógico e organizado; É extrajudicial – porque está fora do Judiciário, isto é, as partes é que escolhem o Mediador. Mas, frise-se, não colide, nem compete com o processo judicial. É mais um meio de resolução de conflitos.

Funciona a partir de um terceiro imparcial que é aquela pessoa ou aquelas pessoas que, de maneira neutra, auxiliam as partes em conflito a buscar uma solução que seja do interesse de ambas e também através da comunicação produtiva, na qual, o mediador deve levar as partes a se expressarem de forma clara. A explicitarem o conflito. O mediador abre o canal de comunicação entre as pessoas envolvidas.

Em muitos casos, tem-se observado que aquilo que ocasionou o conflito é a impossibilidade de conversar ou a errônea interpretação do que foi dito, por isso, a tarefa primeira do mediador é fazer com que as partes restabeleçam a comunicação. Que apareça o real interesse das partes. É necessário, outrossim, que o mediador faça com que as partes entendam que uma deve escutar a outra.

⁸⁴ OLIVEIRA, Euclides de. O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família. *Revista do Advogado*, n. 62, p.107, mar.2001.

A mediação objetiva sempre o acordo possível que e que esse acordo seja produtivo para as partes, isto é, que suas necessidades e interesses fiquem satisfeitos.

Essas considerações devem ser levadas à mesa de negociação na primeira reunião, quando será dito, inclusive, que o acordo dependerá essencialmente das partes, uma vez que o mediador que ali se encontra é um mero facilitador do processo, que o mediador não está ali para dar soluções prontas, está ali para auxiliá-las na busca do resultado mais produtivo para ambas.

2.3.2 Características da Mediação

A mediação é:

- **Voluntária** - Os litigantes não são obrigados a negociar, a mediar ou a fazer acordo, influenciados por alguma parte interna ou externa. As partes aderem livremente ao processo e dele podem, também, livremente sair. Não há nenhuma norma legal que obrigue qualquer das partes a aderir a um processo de mediação. Nem o mediador tem autoridade para impor uma solução às partes. O mediador tem o propósito de auxiliar na resolução do problema que trazem, mas são as partes quem devem encontrar a solução ou as soluções desse problema. Quando chegarem a um acordo que seja possível, será lavrado um termo de acordo. Se não chegarem a um acordo, estão livres para procurar outros meios de resolução de disputa que considerem apropriados.
- **Confidencial** - A confidencialidade alcança a todos que se encontram na sessão de mediação. Portanto, as partes e até os observadores, se houver, deverão guardar sigilo acerca do que ali for dito. O mediador não poderá revelar o que sucedeu nas sessões, portanto está impedido de ser citado como testemunha, caso o conflito não se resolva pela mediação e seja ajuizada uma ação. Nem, tampouco, poderá revelar confidências de uma parte, se houve sessão privada, a não ser havendo expressa autorização para fazê-lo.
- **Não adversarial** - A natureza do sistema legal leva os participantes a se tornarem adversários. Ocorre que muitas pessoas em disputa não são adversárias, e, mesmo que fossem, não estão sempre inclinadas a sê-lo. Querem resolver o problema porque entendem a importância de manter suas relações futuras. As pessoas com esta abordagem de vida escolhem a mediação.

- Mais econômica - Não só é mais econômico financeiramente, como também o é quanto ao tempo dispendido. Os processos judiciais, por serem lentos e afeitos a uma infinidade de recursos, tornam-se mais onerosos.
- A imparcialidade e a neutralidade do mediador – A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia, portanto o mediador tem de manter sua imparcialidade com relação às partes. Se uma delas entende que o mediador está sendo parcial, deve comunicar imediatamente para que o mediador mude sua maneira de agir e, se assim não ocorrer, será substituído ou a mediação será encerrada. O equilíbrio das relações entre as partes tem de ser preservado em todo o processo.

2.3.3 O Mediador

É a figura do mediador fundamental para o bom andamento do processo de mediação. Ele é o terceiro neutro, isto é, aquele (qualquer pessoa que conheça o processo de mediação) que, sem emitir juízo de valor, auxilia as partes a conversarem. Procura restabelecer o relacionamento, atuando como um catalizador, procurando potencializar o positivo do conflito.

O mediador não está interessado nos resultados, está interessado em que as partes saibam dialogar, e busquem seus interesses.

2.3.4 Mediação no Direito Estrangeiro

Há diversos mecanismos reputados pelos operadores do direito como "alternativos". Enquanto no Brasil são assim considerados a mediação, a conciliação e a arbitragem, o direito comparado é rico em exemplos de técnicas diferenciadas. Os Estados Unidos se destacam como país que conta com o maior número de mecanismos diferenciados de composição de controvérsias⁸⁵.

Nos últimos tempos, especialmente nas duas últimas décadas do Século xx, foram sendo implementadas em nosso País algumas alternativas para resoluções de conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário. Podemos citar o Decreto que regulamentou a mediação nos conflitos trabalhistas (Decreto 1.572, de 28/07/95), bem como o recente Projeto de Lei que regulamenta a atividade do mediador no processo civil.

⁸⁵ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. São Paulo: Método, p. 182, 2008.

Apesar de algumas formas alternativas de resolução de conflitos não serem novidade, nos tempos modernos, especificamente no Brasil, a solução de conflitos centralizou-se no poder do Estado, mas, com a necessidade de soluções mais rápidas e eficientes, esta situação está se modificando, surgindo uma gradativa libertação do monopólio estatal e a criação de outras formas para resolução de conflitos sem a interferência do Estado. Encontramos exemplos da utilização desses meios alternativos de conflitos em diversos países do mundo (EUA, Noruega, França, Egito, Índia etc.).

Como exemplos de resoluções de conflitos sem a interferência do Estado, tem-se a mediação pode ser utilizada até mesmo após o início de um processo judicial, notadamente com a aprovação do Projeto de Lei sobre a Mediação em trâmite perante a Câmara dos Deputados.

Como a Justiça está muito lenta, sobrecarregada de processos e as custas legais estão cada vez mais elevadas, as formas alternativas de resolução de conflitos vêm conquistando o seu espaço. Devemos entender que este não é um problema apenas gerado no Brasil, mas nos Estados Unidos e em outros países, os quais já estão implementando as soluções apontadas há vários anos.

Uma das alternativas de resolução de conflitos mais importantes é a mediação, que envolve um acordo amigável, mais rápido e com custo inferior ao dos casos que vão a julgamento.

Acreditam os defensores da mediação que este procedimento deve ser adotado não somente porque reduz o número de casos que aguardam decisões dos tribunais, mas porque possui seus próprios méritos: agilidade, economia processual, negociação, sigilo, entre outros.

A Revista Eletrônica do Escritório de Programas Internacionais de Informação do Departamento de Estado dos EUA⁸⁶ examina o processo da mediação e explica vários pontos para crescimento deste método de solução de conflitos.

No artigo, Hiram Chodosh, professor de direito e diretor do Frederick K. Cox International Law Center [Centro Internacional de Advocacia Frederick K. Cox] na Case Western Reserve University School of Law [Faculdade de Direito da Universidade Case Western Reserve], explora as várias características da mediação e a maneira pela qual ela pode ser adaptada para atender às necessidades de nações com culturas e tradições muito diferentes.

⁸⁶ A Mediação e os tribunais, vol. 4, n. 03, dezembro/99, www.usinfo.state.gov- acesso em 20/10/2009

Robert A . Goodin, presidente do Conselho de Administração do Institute for the Study and Development of Legal Systems [Instituto para o Estudo e Desenvolvimento de Sistemas Legais], traz questões específicas em seu artigo, apresentando uma visão geral da mediação. Ele analisa as características desse processo e mostra como houve a redução de processos de alto custo nos Estados Unidos, um país onde o custo na justiça vem crescendo ao passar dos anos.

Nos Estados Unidos, o setor privado, público e até mesmo os Tribunais de Justiça, estão adotando cada vez mais a mediação. Peter Steenland Jr., diretor jurídico do Office of Dispute Resolution [Escritório de Resolução de Disputas] no Departamento de Justiça dos Estados Unidos, estuda o papel da mediação no sistema federal de Tribunais de Justiça e a importância de conceitos como o da confidencialidade.

Um dos primeiros Estados a desenvolver o procedimento de mediação, no território americano, foi a Flórida, criando inclusive um código de ética para os mediadores.

Um dos colaboradores da Revista acima mencionada, Sr. David Pitts, em conclusão de seu artigo, discorre sobre um caso envolvendo a mediação: African American Farmers vs. the Department of Agriculture [Fazendeiros Negros contra o Departamento de Agricultura]. No início de 1999, a mediação foi aprovada por um juiz federal, e este foi o caso mais significativo de direitos civis nos Estados Unidos, por ter sido alvo de mediação; com ele concluíram que, em conflitos civis, para evitar batalhas judiciais prolongadas e com alto custo, este método era prático, rápido e econômico.

Na América Latina o país que tem um contexto mais atuante da mediação é a Argentina, pois há uma obrigatoriedade de, em questões patrimoniais, primeiro tentar resolvê-las através da mediação, somente não sendo exitosa, é que o Judiciário irá decidir.

A utilização e divulgação da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos está em fase de crescimento, não somente fora da justiça como também dentro do Poder Judiciário; esta é a razão que justifica a difusão de suas características e vantagens para todos aqueles que desejam conhecer o instituto da mediação.

2.4 ARBITRAGEM

A arbitragem consiste em um método de composição de controvérsias que incide na escolha das partes de um terceiro para definir o destino da controvérsia. Sua utilização se verificou longamente no direito romano, tanto no período das ações da lei quanto no período

formulário; a atividade do pretor se limitava a admitir ou não a dedução da querela em juízo. Sendo positivo seu juízo, passavam às partes a escolha do *arbiter* para definição da questão⁸⁷.

Segundo Carlos Alberto Carmona, a arbitragem constitui a técnica de solução de controvérsias pela intervenção de “uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo destinada a assumir eficácia de sentença”⁸⁸.

Na arbitragem, a decisão sobre o conflito será proferida por uma pessoa de confiança, mas equidistante em relação às partes; o árbitro, embora desprovido de poder estatal profere decisão com força vinculativa.

O Brasil possui legislação específica que trata de Arbitragem, a Lei 9.307/96, que estabelece através de seu art. 1º quais conflitos podem ser solucionados por meio da arbitragem, já que somente pode ser eleita a via arbitral para tratar de direito patrimoniais de pessoas capazes de contratar. Dispõe o art. 18 da referida Legislação que uma vez que o árbitro é validamente escolhido pelas partes é o juiz de fato e de direito da controvérsia, não ficando sua decisão sujeita a recurso ou homologação perante o Poder Judiciário.

Nosso ordenamento jurídico confere à sentença arbitral a eficácia de título executivo judicial⁸⁹. Para a realização prática de seu comando, em caso de resistência, a parte irá se valer do aparato estatal executivo.

Merece destaque que embora o árbitro não seja dotado dos poderes de coerção e execução de suas decisões é considerado equiparado ao juiz togado e aos funcionários públicos⁹⁰ devendo agir com imparcialidade, eficiência e diligência em seu mister de participar da administração da justiça⁹¹.

A caracterização da arbitragem como instituto de natureza jurisdicional pode ser explicitada pelas lições de Carlos Alberto Carmona: a função do árbitro, que recebe poderes de decisão das partes atende os escopos jurídicos, político e social do processo, encerrada a atividade de cognição quanto à matéria de fato e de direito⁹². A Lei de Arbitragem brasileira

⁸⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos Civis*. p. 74

⁸⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários à Lei 9.307/96*, p. 33.

⁸⁹ Código de Processo Civil, art. 475 – N: “São títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral”.

⁹⁰ Lei 9.307/97, 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”.

⁹¹ Lei 9.307/97, art. 13, § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

⁹² CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 34.

adotou tal posição ao prever que a decisão final do árbitro, juiz de fato e de direito⁹³, há de produzir os mesmos efeitos da sentença estatal⁹⁴.

Após oito anos de vigência da Lei da Arbitragem no Brasil a arbitragem já passou a fazer parte da realidade jurídica dos operadores do direito sendo aplicada na solução de diversos litígios.

2.4.1 Conceito de Arbitragem

Segundo Carlos Alberto Carmona⁹⁵, um dos integrantes da comissão que elaborou o anteprojeto da nova lei de arbitragem no Brasil, pode-se conceituar arbitragem como: “...uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”

2.4.2 Das Partes

Somente pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem como meio de resolver seus litígios. Assim ocorre porque o princípio da autonomia da vontade está presente, tendo em vista que às partes é dado o direito de livremente escolher ou não a instância arbitral, quando estiverem presentes direitos patrimoniais disponíveis, e regular o procedimento arbitral.

O princípio da autonomia da vontade encontra na instituição e auto-regulamentação da arbitragem plena aplicação, uma vez que as partes têm a liberdade de instituí-la ou não; de convencionar livremente com a outra parte as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, lei aplicável, escolha e número de árbitros, local da arbitragem, concessão para resolver por equidade. Enfim, estão limitadas apenas por leis imperativas e preceitos de ordem pública, que devem ser observados para garantir a validade e exequibilidade da sentença arbitral, assim para as arbitragens domésticas como para as internacionais.

⁹³ Lei 9.307/96, 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.

⁹⁴ Lei 9.307/96, art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

2.4.3 Do Árbitro

Árbitro é toda pessoa maior e capaz, que tendo a confiança das partes, é escolhida por essas para prolatar uma sentença arbitral. A escolha do árbitro é tarefa muito importante em um procedimento arbitral, uma vez que a ele estará afeita a decisão última do litígio, sentença essa que somente poderá ser atacada por via de ação de anulação e de embargos do devedor.

Existem cinco qualidades que devem estar presentes no comportamento do árbitro, no desempenho de suas funções: imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição ou confidencialidade das deliberações. Esses são os paradigmas do árbitro, devendo ser por ele perseguidos. Deve, portanto, estar centrado em princípios éticos, estando consciente dos deveres e direitos a que está sujeito enquanto exerce o mister de julgar.

O art. 13, parágrafo 6º da Lei de Arbitragem informa quem pode ser árbitro; quantos árbitros podem ser nomeados para um determinado caso; como deve ser a escolha do árbitro: se de comum acordo entre as partes ou adotando as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada; como deve ser o procedimento do árbitro e quais as diligências que deve tomar.

2.4.4 A cláusula compromissória e o compromisso Arbitral

No Brasil, dois Ministros do STJ (Resp. nº 616 - RJ, Relator Min. Gueiros Leite - Loyd Brasileiro x A. S. Ivarans Redin - DJ de 13.08.1990) já haviam manifestado o entendimento de que, “nas arbitragens internacionais e por força mesmo do Protocolo de Genebra de 1923, não há distinção de ordem prática entre os institutos da cláusula compromissória e do compromisso, aos quais são atribuídos os mesmos efeitos legais”.

Segundo Celso Barbi Filho, a cláusula arbitral ou compromissória constitui estipulação inserida em um contrato qualquer, através da qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem a solução de eventuais controvérsias surgidas na interpretação e aplicação daquele contrato. A obrigação pactuada é tipicamente de fazer, não instituindo desde logo o juízo arbitral. É de se mencionar também que a cláusula compromissória não é instituto especificamente disciplinado no direito positivo brasileiro, mas simples obrigação contratual e firmada no âmbito da autonomia volitiva dos contratantes. Já o compromisso arbitral é o acordo de vontades pelo qual as partes instituem efetivamente o juízo arbitral, indicando e delimitando o conflito, nomeando os árbitros e fixando as condições em que a arbitragem deverá se processar. O compromisso é que constitui o ato de instituição do juízo arbitral. Ele é

uma figura expressamente prevista e disciplinada em nosso ordenamento positivo, nos artigos 1.072 a 1.202, do CPC e 1.037 a 1.048, do Código Civil.

A cláusula arbitral é uma promessa que deve constar do contrato entre as partes em que, havendo controvérsia, essa será resolvida por arbitragem, É o *pactum de compromittendo*. Quando se instala o litígio, havendo a cláusula arbitral, as partes deverão firmar o compromisso arbitral. Caso uma das partes não queira aderir ao processo de arbitragem espontaneamente, a outra cabe recorrer ao juiz estatal para que esse faça cumprir a cláusula arbitral e, via de consequência, determine que as partes efetivem o compromisso arbitral. Portanto, se uma das partes recorre diretamente ao Judiciário para decisão sobre direito material e havia aceito anteriormente a arbitragem, através da cláusula arbitral, poderá o réu argüir, em sua contestação, a existência da convenção de arbitragem e solicitar a extinção do processo, nos termos dos artigos 267, VII e 301, IX, do CPC.

Segundo o art. 4º., parágrafo 2º da Lei de Arbitragem, nos contratos de adesão, cláusula compromissória somente terá eficácia caso seja o aderente quem tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou deve ele concordar, expressamente, com sua instituição. Essa concordância deve ser por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

2.5 A ARBITRAGEM DE CONSUMO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Com o desenvolvimento da produção em massa e o surgimento de consumismo desenfreado, diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar normas capazes de garantir os direitos dos consumidores, instaurando uma ordem legal atinente às relações de aquisição de produtos e prestação de serviços pautada principalmente pela boa-fé objetiva.

Contudo, numerosas reclamações de consumidores não encontrava, adequada solução na tradicional via judicial, que não respondia às necessidades de celeridade, economia e informalidade. De maneira geral, a inadequação dos mecanismos de composição de litígios produzia frustração e insegurança, refletindo de forma negativa na qualidade de vida do consumidor.

Acaloraram-se as discussões acerca do acesso a justiça e dos instrumentos capazes de tornar efetiva a observância dos novos princípios norteadores das relações de consumo. Nesse diapasão, os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, como mediação, conciliação e arbitragem, ganharam certo prestígio.

Em vários países, como Argentina, Espanha e Portugal, inauguram-se verdadeiros sistemas arbitrais institucionalizados.

2.5.1 Paraguai

A Lei Paraguaia de Defesa do Consumidor (LPDC) é a de nº1.334, e foi publicada em 27 de outubro de 1998⁹⁶. A referida lei, dispõe que os direitos reconhecidos: *“no podrán ser objetos de renuncia, transacción o limitación convencional y prevalecerán sobre cualquier norma legal, uso, costumbre, práctica o estipulación en contrario”*.

O legislador paraguaio quis dizer com isto que as normas de defesa do consumidor contidas na sua lei substantiva são de ordem pública, assim como ocorre na legislação brasileira.

Peculiaridade importante que merece destaque é o fato de que a Lei paraguaia possuir o mais completo elenco de conceitos dentre as legislações pátrias de defesa do consumidor do MERCOSUL.

Apresenta o art. 4º, da LPDC, além dos conceitos básicos de consumidor e usuário, *proveedor*, productos, serviços, e de informar quais as situações que serão tidas como relação de consumo (art. 3º, LPDC), outros mais incomuns relativos ao anunciante, aos atos de consumo, consumo sustentável, contrato de adesão e interesses coletivos.

Diferentemente do que dispõem o CBDC e a LUDC, a LPDC, por sua vez, não prevê como direito básico dos seus consumidores, nem estabelece em seu texto a obrigatoriedade do Estado de disponibilizar aos seus cidadãos organismos administrativos para a tutela de seus interesses.

Em contrapartida, prevê a existência de um Sistema Paraguaio de Defesa do Consumidor, tendo como órgão máximo responsável pela fiscalização em nível nacional do cumprimento das normas previstas na LPDC o Ministério da Indústria e Comércio, denominado de *“autoridad de aplicación”*. Em nível local, os responsáveis são os municípios, podendo atuar concorrentemente (art. 40, LPDC) com o organismo nacional.

O art. 41, da LPDC impõe ao Ministério da Indústria e Comércio algumas faculdades e atribuições na defesa dos consumidores, além de suas atribuições na defesa dos consumidores, além de suas funções específicas previstas pela Lei 904, de 1963.

⁹⁶ Veja publicação na íntegra na Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, (1999), p.247-255.

Assim como o CBDC, a LPDC trata da defesa em juízo dos direitos dos consumidores (arts 43 e 44). Disciplina a lei paraguaia que os consumidores poderão exercer juridicamente os direitos ali tutelados a título individual ou coletivo, podendo ser exercidos desta última forma, quando estejam envolvidos interesses e direitos difusos ou coletivos.

Não se vê, no entanto, qualquer referência a procedimentos administrativos com vistas ao processamento das denúncias e reclamações feitas por consumidores, com o objetivo de averiguar e, conforme o caso, punir os maus fornecedores. Restringe a lei paraguaia a atender anseio dos consumidores e de suas associações representativas por meio do Poder Judiciário, e isto ocorre até a edição do Decreto 2.533/99, que estabelece o procedimento para reclamações, com a finalidade de assegurar o fiel e eficiente cumprimento das atribuições previstas na LPDC.

Desta forma, confere-se ao Ministério de Indústria y Comercio, por meio do Decreto 2.533/99, regras para os Procedimentos Administrativos, disciplinando os processos sumários em matéria de defesa do consumidor. O referido Decreto contém as formas de atuação administrativa (como devem ser recebidas as denúncias ou reclamações, contagem de prazos e notificações) e regula, outrossim, o procedimento conciliatório e arbitral, estabelecendo as formas de sanções aos que descumprirem a legislação protetivas, bem como a punição por denúncias maliciosas e também pelo não cumprimento de acordos.

2.5.2 Espanha

A origem remota do sistema arbitral de consumo espanhol encontra-se na própria Constituição, que em seu art. 51.1 determinou aos poderes públicos a tarefa de garantir a defesa dos consumidores, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses desses agentes econômicos.⁹⁷

No sentido de dar cumprimento ao referido mandamento constitucional, inicialmente, foi criada a Lei 26, de 24.07.1984, que instituiu normas gerais garantidoras dos direitos do consumidor, bem como estabeleceu princípios norteadores das relações de consumo. Tal diploma normativo é mais comumente conhecido como Lei Geral para Defesa do Consumidor e Usuários – LGDCU.

A referida lei, em seu art. 31, expressamente determinou a criação do sistema arbitral de consumo, buscando propiciar ao consumidor um pronto e eficaz acesso à justiça.

⁹⁷ SUEIRO, Maria Rovira. El sistema arbitral de consume: la experiencia española. **Rivista Dell'Arbitrato**. [s.1], v. 9, n.3, giul./set.199,p.589.

Após o início da vigência da Lei Geral para Defesa do Consumidor e Usuários, nos idos de 1986, iniciou-se o desenvolvimento de uma “experiência piloto”, buscando conhecer as reais necessidades de funcionamento do futuro sistema arbitral de consumo e avaliar a aceitabilidade de consumidores e fornecedores em relação ao novo mecanismo extrajudicial de solução de litígios.⁹⁸

Posteriormente, a Lei 36, de 05.12.1988, que passou a disciplinar a arbitragem voluntária no país, estendeu seus efeitos expressamente às arbitragens de consumo, instituindo, inclusive, a gratuidade das mesmas, conforme elencado na sua disposição adicional primeira.⁹⁹

Finalmente, de forma específica, o sistema arbitral de consumo foi normatizado através do Rela-Decreto 636, de 03.05.1993, passando a Lei de Arbitragem Voluntária a ser utilizada apenas supletivamente.¹⁰⁰

O sistema foi instituído se articula em torno da Juntas Arbitrais de Consumo, que são órgãos responsáveis pela administração e instrumentalização dos procedimentos arbitrais entre consumidores e fornecedores.

Como bem observa Maria Rosa Gutiérrez Sanz, as Juntas Arbitrais são órgãos de caráter administrativo, ou seja, possuem natureza pública, pois se encontram situadas no seio da Administração Pública.¹⁰¹

Em verdade, na prática as referidas juntas são constituídas através de acordos bilaterais entre as Administrações Públicas locais e o Instituto Nacional de Consumo¹⁰², estando instaladas, por sua vez em diversas localidades do território espanhol.

A participação no sistema arbitral de consumo é franqueada somente a consumidores e fornecedores, pois se trata de um juízo especializado. Além disso, o sistema caracteriza-se pela unidirecionalidade, pois apenas o consumidor pode figurar como agente ativo no procedimento arbitral de consumo.¹⁰³

Todavia, mesmo diante de uma relação de consumo, algumas questões foram expressamente excluídas da via arbitral, como as definitivamente decididas por instância

⁹⁸ SUEIRO, Maria Rovira. El sistema arbitral de consumo. p. 590

⁹⁹ Cf. ESPANHA. **Ley 36**, de 05.12.1988. Ley de arbitraje. Disponível na internet: <http://www.consumo-inc.es> > Acesso em 15.01.2009

¹⁰⁰ Cf. ESPANHA **Real Decreto 636**, de 03.05.1993. Por El que se regula El sistema arbitral de consumo. Disponível na internet: <http://www.consumo-inc.es> > Acesso em 15.01.2009

¹⁰¹ SANZ, Maria Rosa Gutiérrez. Las juntas arbitrales de consumo. In: CARLO, Ignacio Quintana; NAVARRO, Angel Bonet (orgs). **El sistema arbitral de consumo**: comentários AL Real Decreto 636/1993, de 03 de mayo. Navarra: Aranzadi, 1997. P. 81-82.

¹⁰² O Instituto Nacional de Consumo é órgão autônomo vinculado ao Ministério da Saúde e Consumo, responsável pela promoção e fomento dos direitos dos consumidores.

¹⁰³ SANZ, Maria Rosa Gutiérrez. **Las juntas arbitrales de consumo**, p. 103.

judicial, as conexas a matérias em que as partes não possuam livre disposição, as em que o Ministério Público deva necessariamente intervir e as que derivem de danos físicos, psíquicos ou morte do consumidor, bem como aquelas em que haja indício de cometimento de infração penal. Noutra sentido, o sistema arbitral não apresenta qualquer limitação atinente ao valor do objeto litigioso.¹⁰⁴

A participação dos consumidores e fornecedores no sistema arbitral institucionalizado é, ainda, voluntária, devendo ambas as partes manifestar expressamente a intenção de resolver seus litígios através do juízo arbitral, utilizando para tanto, indistintamente, a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

2.5.2.1 Arbitragem de consumo na Espanha

A arbitragem de consumo é um mecanismo extrajudicial, muito eficaz, simples, gratuito, criado pelas autoridades de proteção ao consumidor nos anos oitenta, permitindo resolver facilmente os desacordos que possam surgir entre o comprador ou usuário e o vendedor ou prestador de serviços, exclusivamente para questões de consumo.

O Art. 2º do Real Decreto estabelece a finalidade do Sistema Arbitral de Consumo:

El Sistema Arbitral de Consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial.

Seu objetivo é garantir o acesso à justiça para os consumidores e promover a transparência nas relações de consumo impulsionando à resolução amigável de controvérsias. Ele está sustentado na vontade das partes de outorgar a faculdade a um Tribunal Arbitral para resolver o problema em questão.

O sistema de arbitragem é um procedimento de resolução de controvérsias que favorece os consumidores, se aceito pelos comerciantes, ou seja, é voluntário para eles. No entanto, uma vez aceito o procedimento por ambas as partes, comerciantes e consumidor, a resolução é vinculante e de cumprimento obrigatório.

O Sistema Arbitral de Consumo tem, como finalidade, atender e resolver, com carácter vinculante e executivo para ambas as partes, as queixas ou reclamações dos consumidores e usuários, em relação a seus direitos legalmente reconhecidos, tudo isso sem prejuízo da

¹⁰⁴ SUEIRO, Maria Rovira. **El sistema arbitral de consumo**. p. 605.

proteção administrativa e judicial, mas o Real Decreto regula o que não poderá ser objeto de arbitragem de consumo.

Nem todos os problemas de um consumidor podem tramitar perante o Sistema Arbitral de Consumo. Em alguns casos porque a lei não permite e em outros, porque a empresa ou em geral, o coletivo que represente confiou a resolução de reclamações a outras instituições alternativas ou, por último, porque não interessa ao consumidor.

A lei prevê uma série de circunstâncias em que não se pode recorrer à arbitragem de consumo por poder vulnerar-se outro tipo de amparo como o judicial ou o administrativo. Estas são as exceções previstas pelo Real Decreto 636/1993:

- questões sobre as que exista resolução judicial firme e definitiva;
- aquelas em que as partes não tenham poder de disposição;
- questões nas quais segundo a legislação vigente, deva intervir o Ministério Fiscal;
- nas que concorrem para danos na saúde ou de morte e quando existam indícios racionais de delito.

Têm-se como características principais do sistema *vontade*: o submetimento das partes à Arbitragem de Consumo é voluntário; *simplicidade e rapidez*: o processo arbitral tem uma duração máxima de quatro (4) meses, prorrogáveis exclusivamente por acordo das partes; *Imparcialidade*: os casos submetidos à decisão dos árbitros são tratados com total neutralidade; *equilíbrio entre as partes*: os Tribunais Arbitrais de Consumo se formam com um árbitro institucional, um árbitro representante das Associações de Consumidores e um terceiro árbitro representante das Entidades Empresarias aderidas, garantindo e preservando o equilíbrio entre as partes; *gratuidade*: o serviço é gratuito e não requer patrocínio legal obrigatório; e *resolução vinculante e executiva*: o laudo emitido pelo Tribunal Arbitral de Consumo tem autoridade de coisa julgada e é irrecorrível.

Na Espanha aplica-se o uso de um distintivo que simboliza as três partes indispensáveis e significativas da Arbitragem de Consumo: consumidores, empresários e administração. Os primeiros aderem ao sistema com a finalidade de resolver um conflito e por outro lado, a Administração faz possível o sistema, legaliza-o e o financia.

A finalidade deste distintivo é justamente para que quando um consumidor ou usuário vê um profissional, empresário ou comerciante de bens, produtos ou serviços, ostentando, no seu estabelecimento ou em sua publicidade o citado distintivo, deve entender, em primeiro lugar, que se encontra perante pessoas aderidas à Arbitragem de Consumo.

O profissional, empresário ou comerciante ao exibir em seu estabelecimento comercial, em sua publicidade o distintivo oficial, proporciona maior confiança na qualidade de seus serviços e/ou produtos aos consumidores.

Arbitragem na Espanha é tema jurídico levado a sério tanto que respeita princípios rígidos que regem e disciplinam a aplicabilidade do uso da arbitragem naquele país.

O artigo 21¹⁰⁵ da Lei de Arbitragem estabelece os princípios essenciais que devem reger todo procedimento arbitral: audiência, contradição e igualdade entre as partes, ou seja, os princípios estruturais clássicos que devem presidir toda fórmula. O artigo 10.1¹⁰⁶ do Real Decreto estipula ainda mais um, próprio da arbitragem de consumo, a gratuidade.

O princípio da audiência diz que ambas as partes podem acudir perante o Colégio Arbitral e expor oralmente ou por escrito as alegações consideradas necessárias para a melhor defesa de seus interesses, podendo apresentar documentos que estimulem importantes para apoiar suas pretensões ou oferecer, conforme o artigo 12.3 do Real Decreto. É a aplicação no âmbito da arbitragem, do princípio jurídico de nada poder ser julgado sem ser ouvido, nem condenado sem ser vencido. A observância deste princípio impõe que as citações se efetuem de forma a garantir o conhecimento delas pelas partes.

Outro princípio indispensável é o do contraditório, ou seja, a garantia ou cautela encaminhada a que as partes podem efetuar um autêntico debate, com a possibilidade de formular suas contestações ou réplicas frente às posições do contrário.

O princípio da igualdade deve conceder a cada uma das partes, ao longo do decorrer do procedimento, paralelas possibilidades de alegar e provar, sem existir nenhum desequilíbrio entre elas.

O último princípio, próprio da arbitragem de consumo, é o da gratuidade, o qual engloba diversos aspectos: custas dos árbitros, gastos do processo, custas das provas quando são praticadas de ofício, caso não sejam as partes que deverão custeá-las mas, na maioria das vezes, tais provas periciais são acordadas de ofício.

O artigo 17¹⁰⁷ do Real Decreto, com o objetivo de garantir a legalidade na aplicação do procedimento de Arbitragem de Consumo, buscando sempre atingir sua meta de solucionar celeremente os conflitos de consumo.

¹⁰⁵ “Art. 21 – El procedimiento arbitral se ajustará em todo caso a lo dispuesto em esta Ley, com sujeción a los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.”

¹⁰⁶ “Art. 10.1 – El procedimiento arbitral de consumo comenzará con la designación del Colegio Arbitral, ajustándose en todo caso a lo dispuesto en este Real Decreto, con sujeción a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad.”

¹⁰⁷ “ Art. 17.2 – La notificación, corrección y aclaración de términos, así como la anulación y ejecución de los laudos se realizará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Arbitraje.”

2.5.3 Argentina

Na Argentina, a própria Lei de Defesa do Consumidor determinou a criação de tribunais arbitrais de consumo. Artículo 59 da Ley 24.240 de 13 de outubro de 1993.

Em cumprimento ao referido mandado legislativo, através do Ministério da Economia, Obras e Serviços Públicos, foi expedido o Decreto- lei 276, de 13.03.1998, instituindo o Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo.¹⁰⁸

Este decreto delineou as principais características do sistema, delegando a normatização de seus procedimento à Secretaria de Defesa do Consumidor, responsável também pela administração, funcionamento, supervisão, controle e divulgação.

A participação dos consumidores e fornecedores nos sistema é voluntaria devendo ser indubitavelmente expressa. A adesão de consumidores é realizada somente através da pactuação da convenção de arbitragem individualizada, enquanto a adesão de fornecedores pode ser realizada através da pactuação da convenção de arbitragem diretamente com o consumido ou através da oferta pública de prévia adesão, no qual o fornecedor se compromete a solucionar eventual litígio em sede arbitral.

Os fornecedores interessados em realizar a referida oferta pública de adesão ao sistema arbitral de consumo devem se inscrever no Registro de Oferta pública, organizado nacionalmente pela Secretaria de Defesa do Consumidor. Efetivada sua inscrição, o fornecedor recebe um distintivo oficial representativo de sua previa adesão ao sistema arbitral de consumo, que pode ser exibido em seus estabelecimentos.¹⁰⁹

O procedimento adotado pelos Tribunais Arbitrais de Consumo é substancialmente o mesmo adotado pelas Juntas Arbitrais Espanholas. Caracteriza-se pela informalidade, celeridade e executividade, iniciando-se com a apresentação da reclamação do consumidor perante um tribunal arbitral.

Caso o fornecedor tenha realizado a oferta pública de adesão, o mesmo será notificado da reclamação para, posteriormente, firmar o respectivo compromisso arbitral, iniciando, em seguida, o procedimento arbitral propriamente dito.

¹⁰⁸ Cf. ARGENTINA. **Decreto-Lei 276**, de 13.03.1998. Sistema nacional de arbitraje de consume. Disponível na internet: <http://www.aaba.org.ar> Acesso em 06.02.2009.

¹⁰⁹ Cf ARGENTINA. Secretaría de defensa e de la competencia y del consumidor. Tribunales arbitrales de consumo. **Revista Temas Del Consumidor**. Buenos Aires, n. 36, dec. 200, s.p. Disponível na internet: <<http://www.meccon.gov.ar/secdef/Rev36.pdf>> Acesso em 12.03.2009

Por outro lado, caso o fornecedor não tenha previamente aderido ao sistema, será notificado da reclamação apresentada, tendo apenas cinco dias para aceitar ou rechaçar o pedido de instauração do juízo arbitral.

Caso aceito, o compromisso arbitral, será formalizado, e se iniciará o procedimento arbitral propriamente. Se rechaçado, a reclamação apresentada poderá ensejar instauração de procedimento administrativo para apuração de eventual afronta aos direitos e interesses do consumidor.

Formalizado o compromisso arbitral, as partes designam os árbitros competentes do tribunal arbitral. Os Tribunais Arbitrais de Consumo são compostos por três árbitros, sendo um institucional, representante do Estado, e outros dois setoriais, representantes das associações de consumidores e das associações empresariais, respectivamente.

O árbitro institucional, que é também o presidente do tribunal, deve ser escolhido por acordo entre as partes, dentre aqueles constantes de registro específico, organizado e administrado pela Secretaria de Defesa do Consumidor. Por sua vez os árbitros setoriais são livremente escolhidos por cada um dos litigantes, dentre aqueles constantes de registros específicos organizados também pelo mesmo órgão estatal.

Os requisitos exigidos para ser árbitro são rígidos e buscam garantir a lisura do procedimento arbitral. Os árbitros setoriais devem possuir título universitário, experiência de, no mínimo, cinco anos de efetivo exercício profissional, conhecimentos técnicos acerca dos mecanismos extrajudiciais de resolução dos litígios, bem como da legislação aplicável nas relações de consumo. O árbitro institucional deve ser advogado e servido vinculado à Secretaria de Defesa do Consumidor.

Depois de escolhidos os árbitros, é marcada audiência nos mesmos moldes do procedimento espanhol. O procedimento adotado é orientado pelos princípios da isonomia, contraditório, oralidade e sigilosidade.

Os árbitros devem julgar com fundamento na equidade podendo, todavia, fazê-lo com fundamento no direito, desde que autorizados expressamente pelas partes. Em ambos os casos, contudo não podem distanciar dos princípios norteadores das relações de consumo.

As decisões tomadas por maioria e o laudo arbitral devera ser emitido em até dez dias da realização da audiência de instrução. O laudo possui caráter vinculante e executivo, podendo ser executado perante o juízo de primeira instancia. Deve ainda ser escrito e fundamentado, estando sujeito aos recursos de nulidade e embargos declaratórios interpostos em sede judicial.

O legislador portenho determinou que qualquer laudo arbitral deve ser motivado, inovação esta importante em relação ao sistema espanhol. Inobstante o caráter sigiloso que orienta o procedimento arbitral, os árbitros podem ordenar a publicação de determinado laudo arbitral, nos meios de comunicação adequados, quando a decisão adequada se revele de interesse público.

2.5.4 Portugal

Em Portugal, a proteção do consumidor é delimitada pela Lei 24, de 31.07.1996¹¹⁰. Dentre os vários direitos atribuídos aos consumidores, destaca-se, no seu art.3º, o direito à justiça acessível e pronta.

A finalidade da lei é oferecer ao consumidor instrumentos reais para efetivar seus direitos, tendo em vista sua fragilidade perante os fornecedores de produtos e serviços. Para tanto, prestigia os mecanismos extrajudiciais de soluções de conflitos, notadamente a arbitragem.

Neste sentido, dispõe a Lei 24, em seu art. 14 que incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objetivo de dirimir litígios decorrentes das relações de consumo.

Os centros de arbitragem de consumo são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, tendo como associados, geralmente, associações de consumidores e de fornecedores. Devem requer autorização de funcionamento ao Ministério da Justiça, ao qual, em função da representatividade e da idoneidade da requerente, proferirá despacho fundamentado, especificando a natureza da arbitragem que a entidade estará autorizada a realizar.

Os centros de arbitragem são compostos por um Tribunal de Arbitragem, que promove a arbitragem propriamente dita, e por um Serviço Jurídico, que realiza triagem das reclamações, instrução dos processos e presta consulta jurídicas aos consumidores.

O procedimento instaurado nos centros de arbitragem é bastante singelo, constituído pelas fases de mediação, conciliação e arbitragem, mesclando funções administrativas e jurisdicionais. Inicia-se com a apresentação da reclamação do consumidor perante o Serviço Jurídico.

¹¹⁰ PORTUGAL. Lei 24, de 31.07.1996. Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Disponível na internet: <http://www.ic.pt> Acesso em 08.08.09.

A reclamação pode ser oral ou escrita. Contudo, adverte Mário Frota que os fornecedores não podem tomar a iniciativa da instauração dos procedimentos patrocinados pelos centros de arbitragem, que fica reservada exclusivamente ao consumidor. Tal, fato, na opinião do autor, representa uma das deficiências do sistema de resolução de controvérsias português¹¹¹.

Após a triagem da reclamação, o Serviço Jurídico faz contato o fornecedor, visando à composição do litígio através da mediação. Se não for possível obter um acordo entre as partes, estas são convidadas a comparecerem pessoalmente ao centro de arbitragem para a tentativa de conciliação, através de uma audiência especial.

Caso a conciliação seja bem sucedida, os termos do acordo serão lavrados em ata, que será posteriormente homologada pelo árbitro, conferindo-lhe valor idêntico ao da sentença judicial. Por outro lado, frustrada também a conciliação, se for o caso, proceder-se-á ao juízo arbitral.

A aceitação expressa das partes é requisito indispensável para instauração do juízo arbitral. O consumidor apenas estará vinculado ao sistema arbitral através da pactuação de compromisso individualizado, enquanto o fornecedor poderá submeter também através de oferta pública, caso em que poderá afixar em seus estabelecimentos um distintivo oficial que identifica e informa sobre a prévia adesão ao sistema de resolução extrajudicial de litígios.

O juízo arbitral é composto por apenas um árbitro, que atua em todas as arbitragens instauradas pelo centro de arbitragem, não tendo as partes, conseqüentemente, qualquer influencia na escolha do mesmo. O árbitro, antes de ter contato com os litigantes, recebe do Serviço Jurídico todos os documentos produzidos nas fases anteriores, nos quais constam a identificação das partes, a delimitação do objeto litigioso, o fundamento da pretensão do consumidor e a convenção da arbitragem.

Ao iniciar o procedimento arbitral, o consumidor apresentará sua reclamação, e posteriormente o fornecedor produzirá sua defesa. Durante todo o procedimento, serão estritamente observados os princípios da isonomia, ampla defesa e do contraditório, vigorando, essencialmente, princípio da oralidade.

Passada a fase de instrução, o árbitro emitirá sua decisão. De maneira geral, o julgamento se baseará nas normas de direito positivo, mas, mediante a autorização das partes, o árbitro poderá proferir decisão conforme equidade. O laudo arbitral estará sujeito aos

¹¹¹ FROTA, Mário. Tribunais arbitrais e litígios de consumo. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**. São Paulo, v. 2, n. 15, fev. 1998, p.64.

mesmos recursos inerentes à sentença proferida pelo tribunal da comarca, exceto no caso de as partes terem autorizado o árbitro a julgar segundo a equidade.

No que tange ao custo do procedimento arbitral, vigora, em geral, o princípio da gratuidade, sendo apenas as perícias determinadas pelo árbitro pagas pela parte vencida. Afirma-se que a gratuidade dos serviços impede o autofinanciamento dos centros de arbitragem, que dependem do repasse de verbas estatais para manutenção de suas atividades, além das verbas típicas de cada um dos seus associados.

Atualmente, autores, portugueses como Mário Frota, defendem a institucionalização de verdadeiros juízos arbitrais necessários para tratar dos litígios de consumo. Entretanto, entendemos que o juízo arbitral necessário poderia acarretar sérios danos aos direitos conquistados pelos consumidores.

Ao considerar os aspectos analisados ao longo deste capítulo, percebeu-se que a Arbitragem não é assunto novo, pois muitos países já têm uma larga experiência na utilização da arbitragem como meio de solução dos conflitos das relações de consumo.

Diante disso, fica evidente a necessidade do Brasil analisar experiências já vividas por outras nações, bem como realizar períodos de adaptação do que se deseja implantar, para alcançar o objetivo com sucesso, sem surpresas inesperadas.

Outro aspecto importante, é que o Sistema está sustentado pela vontade das partes, não colocando em risco a proteção do consumidor. No Brasil notou-se que as dúvidas quanto a Arbitragem na solução de conflitos de consumo são geradas por este fator, ou seja, não prejudicar os princípios do Código do Consumidor. Portanto, para pensar em implantá-lo, tal característica seria indispensável para um eficaz procedimento.

Conclui-se que o Sistema Arbitral de Consumo tem demonstrado altos índices de eficácia para os demais países, sendo que para vir a ser implantado no Brasil, setores representativos de interesses, tanto de consumidores, quanto de fornecedores deveriam participar do processo para alcançar um equilíbrio, sendo necessário, como na Espanha, um período de adaptação a fim de verificar todos os aspectos positivos e também negativos para uma futura aplicabilidade com sucesso.

2.6 ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO BRASIL

Após vislumbrar a aplicação da arbitragem e da mediação em outros países resta saber se estes mecanismos alternativos de solução de conflitos são aplicados no Brasil e de que forma.

Somente a partir deste estudo é que poderá se chegar à resposta sobre a aplicabilidade ou não desses meios alternativos na solução de conflitos advindos das relações de consumo.

3 A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO, SEGUNDO PREVISÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antes de se pensar em solucionar um conflito é necessário primeiramente entender o que é propriamente dito um conflito. A palavra remete a idéia de controvérsia, disputa, lide, litígio, contrataste, todas decorridas das relações interpessoais.

Para Cândido Rangel Dinamarco, o conflito, significando choque, pode ser entendido como “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo”¹¹². Todavia, transcendendo a noção de lide, o conflito pode ser considerado de forma mais ampla.

As relações interpessoais são marcadas por insatisfações (“estados psíquicos decorrentes da carência de um bem desejado”). O conflito seria a “situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não-satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos”¹¹³.

O tratamento eficiente das disputas mostra-se essencial, visto que a multiplicação do número de conflitos é uma realidade inegável e inexorável. Sua verificação decorre do crescimento da interação e da interdependência humana e organizacional. A presente sociedade, tão hiperdinâmica, requer, imperiosamente, a existência de um sistema jurídico e de métodos de resolver controvérsias que sejam igualmente ágeis, atualizados e idôneos para pacificar uma sociedade convulsionada. Sendo cada vez maior o número de transações humanas efetuadas, têm sido potenciados os conflitos que delas emergem, bem como as formas de sua solução¹¹⁴.

O inusitado e crescente aumento de transgressões jurídicas pode ser ainda creditado ao profundo desequilíbrio dos valores éticos pelo qual passa a humanidade em nossos dias, sendo praticamente impossível que os quadros judiciários acompanhem o intenso crescimento de demandas¹¹⁵.

Diante desses fatores sobleva atentar para a possível oferta de mecanismos diferenciados para compor litígios de índole eminentemente privada, de forma que os próprios

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. V. 1, p. 117.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11 ed. São Paulo: RT, 2003. P. 140-141, nota 151.

¹¹⁴ PONIEMAN, Alejandro. Advocacia: uma missão possível. In: OLIVEIRA, Ângela. Mediação: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999, p. 126.

¹¹⁵ BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. O juiz e a cultura da transgressão. Revista Jurídica, v. 267, p. 10, 2000.

contentores possam colaborar para o encontro de saídas consensuais com o intuito de reorganização de suas posições.

3.1 O ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA NO BRASIL

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como “a constituição cidadã”¹¹⁶, acolhe entre os direitos e garantias fundamentais de todo o cidadão brasileiro e estrangeiro residente no país, a defesa do consumidor.

A Carta Magna Brasileira não simplesmente estabelece que o direito do consumidor deva ser garantido, mais vai além, impõe expressamente ao próprio Estado a sua promoção:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Determina ainda a Constituição, ao Congresso Nacional, que no prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição da República, o mesmo elaborasse o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (art. 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT¹¹⁷, da CF/88)¹¹⁸.

O legislador ao criar a Constituição já vislumbra ao longe a necessidade de criação de medidas eficazes de acesso à justiça por parte dos consumidores. Já era perceptível há esse tempo a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor e sua recorrente dificuldade de acesso ao Judiciário.

Isso motivou o legislador a inserir o art. 5º, XXXII, da CF como cláusula pétrea da Lei Fundamental Brasileira, ou seja, é dispositivo imutável, não pode ser alterado nem mesmo por via de Emenda à Constituição. O objetivo do legislador, neste caso, foi o de justamente impedir inovações temerárias em assunto de crucial importância para cidadania e para o próprio Estado.

¹¹⁶ Assim denominada pelo então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Sr. Ulysses Guimarães.

¹¹⁷ ADCT – Art. 48.

“O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da Promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor”.

¹¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 39. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Por fim, o Congresso Nacional, seguindo as determinações constantes da Carta Constitucional Brasileira, elaborou o Código de Defesa do Consumidor – CDC, o qual foi promulgado em 1990, sob a forma da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O CDC veio para garantir um acesso diferenciado ao consumidor à justiça, pois ofertou privilégios aos consumidores, ao mesmo tempo em que imprimiu obrigações para os fornecedores.

O acesso do Consumidor à justiça sempre foi uma das preocupações dos legisladores desde a época em que as legislações foram elaboradas, contudo, mesmo na atualidade ainda se verifica certa dificuldade do consumidor de acesso rápido e eficaz a justiça.

3.2 AS DIRETRIZES E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS QUE AUTORIZAM A INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Ao Estado cabe prover a defesa do consumidor, não se restringindo apenas no plano administrativo podendo alcançar penalidades também no plano civil e penal. Contudo, o estudo em questão se restringe ao plano administrativo.

O art. 1º do CDC estabelece que as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, nos termos do art. 5º, inciso XXXII, 170, inc. V, da CF e art. 48 de seus ADCT.

José Geraldo Filomeno¹¹⁹ afirma que as normas de ordem pública são inderrogáveis por vontade das partes, ou seja, não se pode dispor do direito posto em questão.

Também sobre o assunto, cabe frisar o ensinamento de Nelson Nery Junior¹²⁰, que afirma que qualquer conflito resultante de temas como este, cujas normas são de ordem pública, deve ser, obrigatoriamente, examinado *ex officio* pelo julgador, não havendo, desta forma, necessidade de sua provocação por nenhuma parte interessada, uma vez que o princípio do dispositivo não tem incidência em questão desta natureza.

Outra lembrança importante trazida por este autor, diz respeito ao fato de que neste tipo de matéria não ocorre preclusão, podendo, assim, as questões de direito do consumidor serem decididas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, além da possibilidade de haver em julgamento em grau de recurso, a chamada *reformatio in pejus permitida*.

¹¹⁹ FILOMENO José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.24, 2000.

¹²⁰ JUNIOR, Nelson Nery. Recursos no processo Civil: Princípios Fundamentais Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51, 1990.

Assim, todo e qualquer delito ou prática infrativa realizados no mercado de consumo deve ter por parte o Estado brasileiro, ação ou reação, capaz de prevenir possíveis lesões aos direitos dos consumidores ou reprimir os fornecedores pela prática de atos danosos.¹²¹

Isso é o que pretende o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, no qual está explicitado dentre os princípios fundamentais da Política Nacional de Consumo: “a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados”¹²², pela “presença do Estado no mercado de consumo”¹²³, com vistas à proteção efetiva dos consumidores.

Entretanto, a natureza jurídica conferida às normas consumerista no Brasil e consubstanciadas no CDC, por si só, não trouxeram ao Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor a possibilidade efetiva de resultados positivos aos consumidores em geral.

Somente após a edição do Decreto Federal nº 2.181, de 20 março de 1997, conforme já tratado anteriormente foi que passou a ser possível a efetivação do SBDC.

Neste sentido, os arts. 4º e 5º do DF 2.181/97 conferem aos entes que atuam na tutela administrativa dos consumidores o chamado poder de polícia administrativa, externado nas ações fiscalizatórias e na possibilidade de instauração de processo administrativo para apuração de práticas infrativas contra os consumidores (art. 33 e SS. do DF. 2.181/97).

Com efeito, o art. 4º do CDC, na medida em que autoriza os órgãos da administração pública, federal, estadual e municipal, destinados à defesa do consumidor, a fiscalizar as relações de consumo e a instaurar expedientes administrativos para investigação e punição das práticas infrativas realizadas no mercado, tem como resultado garantir a defesa não simplesmente daquele consumidor prejudicado (considerado individualmente), mas a de uma coletividade de consumidores. Tudo isso, sempre se tendo em vista o princípio insculpido no CDC, do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.¹²⁴

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor prevê em seu art. 105, que trata do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que a proteção e defesa dos consumidores será exercida por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, além das entidades privadas de defesa do consumidor.

¹²¹ Assim, BITTAR, Direitos do Consumidor: código de defesa do consumidor, p. 74-76.

¹²² Vide art. 4º, inc. VI, do CBDC

¹²³ Vide art. 4º, inc. II, “c” do CBDC

¹²⁴ Vide art. 4º, inc. I, CBDC

Como instrumentos deste Sistema, o art. 5º, do CDC¹²⁵, a seu tempo, enumera aqueles com os quais contará o Poder Público (Estado) para a execução da Política Nacional de Relações de Consumo.

Dentre os órgãos públicos que atuam na defesa dos consumidores, uma vez que cabe ao Estado a manutenção da assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente estão a: Defensoria Pública e PROCONs¹²⁶, as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; as delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo (DECON's); os juizados especiais cíveis¹²⁷ (antigo juizado de pequenas causas) e varas especializadas para a solução de litígios de consumo.

É também obrigação do Estado, incentivar a criação e o desenvolvimento de associação de defesa de consumidores, como estímulo à descentralização e a facilitação do atendimento ao consumidor necessitado.

Quanto às atribuições conferidas aos órgãos de defesa do consumidor, tem-se que, cabe-lhes, no âmbito de sua jurisdição:

- I- Planejar, propor, coordenar e executar a política de proteção e defesa do consumidor;
- II- Receber, analisar, avaliar e apurar consultas e denúncias apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado ou consumidores individuais;
- III- Prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
- IV- Informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio de diferentes meios de comunicação;
- V- Solicitar a polícia judiciária a instauração de inquérito para a apuração de delito contra o consumidor, nos termos da legislação vigente;
- VI- Representar ao Ministério Público competente, para fins de adoção de medidas processuais, penais e civis, no âmbito de suas atribuições;
- VII- Levantar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;

¹²⁵ “**Art. 5º** - Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros:

- I** - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
- II** - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
- III** - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
- IV** - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
- V** - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor”.

¹²⁶ Sigla relativa aos Programas de Defesa dos Consumidores, oferecidos por órgãos públicos da administração direta, aos quais recai a responsabilidade pela tutela administrativa dos consumidores.

¹²⁷ Regulados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que está publicada na íntegra em FILOMENO, Manual de direito do consumidor, p.500-505.

- VIII- Solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar na fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de produtos e serviços;
- IX- Incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a criação de órgãos públicos estaduais e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse mesmo objetivo;
- X- Fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas na Lei nº8.078, de 1990, e em outras normas pertinentes à defesa do consumidor;

3.3 A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Política Nacional das Relações de Consumo busca essencialmente possibilitar a segurança, o equilíbrio e a harmonia das relações jurídicas de consumo, estando disciplinada no art. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor.

Art 4º - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a 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:

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 - a) por iniciativa direta;
 - b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
 - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
 - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;
- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
- IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- 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;
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Art. 5º - Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

- I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita, para o consumidor carente;
- II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
- III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
- IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
- V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

A respeito, assinala Tupinambá Nascimento¹²⁸:

a Política Nacional das Relações de Consumo, em linhas gerais, tem por finalidade harmonizar, no mercado de consumo, a participação equilibrada de fornecedores e consumidores, tornando possível a realização de uma ordem econômica mais justa, com desenvolvimento tecnológico e econômico, sem que haja preponderância da parte mais forte, que é o fornecedor. (NASCIMENTO, 1991, p. 16)

A Política Nacional das Relações de Consumo estabelece metas a serem alcançadas, através de diversas medidas realizáveis pelos agentes estatais e pelos próprios agentes econômicos, dentre as quais se destacam o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, a sua saúde e a sua segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a melhoria da sua qualidade de vida. Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor elenca inúmeros princípios que devem orientar a atuação e a concretização da Política Nacional das Relações de Consumo.

3.4 CONFLITOS DE CONSUMO

O fenômeno de consumo é essencialmente relacional, isso é, depende da interação constante entre consumidor e fornecedor de produtos e serviços. Essa interação nem sempre é harmônica, uma vez que pode existir imprevistos ao longo da execução do serviço ou durante a compra de certo produto.

Esse conflito gerado entre consumidor e fornecedor nem sempre consegue ser resolvido com a simples interpelação de uma das partes pela parte atingida. No caso do Direito do Consumidor em específico tem-se que a parte atingida, no caso o consumidor, encontra-se em posição vulnerável frente ao seu oponente.

Com base na fundamentação do princípio da vulnerabilidade o legislador editou o Código de Defesa do Consumidor, justamente para tentar equilibrar essa disparidade existente nas relações de consumo. Toda vez que se apresenta um conflito consumeirista é necessário partir da premissa básica de que o consumidor é vulnerável e deve ser tratado com diferença na relação de consumo.

Desta forma, identificar a relação de consumo é imprescindível para a delimitação do campo de incidência das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma

¹²⁸ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários ao Código do consumidor: Lei 8.078/90. Rio de Janeiro: Aide, p. 16, 1991.

vez que é exatamente esta espécie de relação jurídica o objeto do regramento instituído pelo nobre diploma normativo.

O próprio CDC delimita seu âmbito de aplicação através da utilização da técnica de conceitos legais. O legislador preferiu ele próprio definir os elementos estruturais da relação jurídica de consumo, quais sejam, consumidor, fornecedor, produto e/ou serviço. Daí, a perspectiva tradicional da relação jurídica ser suficiente para a análise das normas consumeiristas.

Tendo sido delimitados os componentes da relação de consumo e esta caracterizada pode-se partir para a utilização das normas e benefícios contidos no CDC. Existindo, portanto, um conflito que envolva uma relação de consumo ele não pode ser interpretado isoladamente, pois uma vez que existe relação de consumo deve ser aplicado o CDC.

Essa constatação não surgiu precariamente foram necessários vários anos de evolução legislativa para que hoje pudesse afirmar que todo consumidor é vulnerável e que, portanto, deve ser tratado de forma diferenciada na solução de conflitos derivados das relações de consumo.

Assim sendo se faz necessário um acompanhamento desse histórico legislativo até mesmo para justificar essa diferenciação de tratamento nas relações de consumo.

3.5 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL EM MATÉRIA CONSUMEIRISTA

A Constituição Federal trouxe em seu âmago o amparo ao consumidor expresso em seus artigos¹²⁹ não obstante, pode-se afirmar que a defesa do consumidor tem sido prevista na legislação infraconstitucional brasileira, ainda que de maneira reflexa,¹³⁰ desde os primórdios do século passado. Exemplos disso são: o Decreto nº22.626, de 7 de abril de 1933 (Lei de Usura – limitação dos juros em contratos); Decreto-Lei nº869, de 18 de novembro de 1933 (definição de crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego); Decreto-Lei nº 9.840, de 11 de setembro de 1946 (consolidação de infrações sobre crimes contra a economia popular) a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, com seu art. 4º, letra *b*, regulamentado pelo Decreto 48.456, de 30 de junho de 1960 (altera as disposições de legislação sobre crimes contra a economia popular); Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962 (autorizou a União Federal a intervir no domínio econômico); a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1972 (Lei do

¹²⁹ Vide art. 5º,XXXII; 170,V e art. 48 dos ADCT

¹³⁰ Afirmação de AMARAL, Luiz. O Código, a Política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. abr-jun.1993. p. 171, feita com relação aos casos em que a defesa do consumidor era propiciada, via legislação, de maneira indireta ou simplesmente sem este fim específico.

Crime do “Colarinho Branco” – contra o abuso do poder econômico); a Lei 7.244, de 1984 (Lei dos Juizados de Pequenas Causas), entre tantas outras normas protetivas.

Porém, somente no ano de 1985, com o advento da Lei 91.469, de 24 de julho, a instituição “defesa do consumidor” deu um passo importante no sentido de sua afirmação no Brasil. A referida Lei criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor – CNDC, órgão do Governo Federal responsável pelo estudo e apresentação de propostas de medidas, com vista à proteção dos Consumidores.

Frente às suas atribuições, mesmo que composto por eminentes juristas brasileiros, incluindo-se aqueles que trabalharam também no anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, o CNDC firmou-se apenas como órgão de assessoramento da Presidência da República, sem qualquer poder coercitivo.

O órgão acabou por ser extinto¹³¹ e substituído pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC, órgão este responsável pela coordenação da Política Nacional de Direitos do Consumidor, subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, do Ministério da Justiça.

Com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o chamado Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, proporcionou-se aos consumidores brasileiros e estrangeiros residentes no País, a tutela específica de seus interesses.

No entanto, para a firme atuação dos órgãos públicos de defesa do consumidor, faltava-lhes a regulamentação do CDC. Isto porque sem a base legal para a sua atuação, os Programas Estatais de Defesa do Consumidor – PROCONs, não tinham como aplicar as sanções administrativas previstas no próprio código, restando apenas aos consumidores a tutela jurisdicional de seus direitos, com todas as dificuldades que lhe são peculiares.

Neste sentido, foi editado pelo Governo Federal o Decreto nº 861, de 9 de julho de 1993, que tinha como objetivos principais a tipificação das condutas a serem sancionadas pelos órgãos administrativos bem como a implementação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor previsto no CDC (art. 105).

Contudo, tal decreto não cumpriu com o seu fim esperado, tendo sido criticado tanto pela falta de prescrição, no que se refere à tipificação das condutas infrativas dos fornecedores, quanto pela inconstitucionalidade constante de seu texto.

As críticas ao Decreto Federal nº 861, de 1993 se estendem. Já que se censura principalmente a forma pela qual o Governo Federal conduziu a edição do novo Decreto.

¹³¹ O CNDC foi extinto pela Lei 8.028, de 12 de abril de 1990.

Salienta Marcelo Gomes Sodré, que não houve qualquer consulta ou discussão prévia da União com os organismos e instituições de defesa do consumidor a respeito da regulamentação do CDC. O decreto editado, por conseguinte, foi editado unilateralmente pela União e imposto aos órgãos administrativos.

Somente com a edição do Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997, ainda vigente no País, que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor foi devidamente regulamentado, possibilitando-se assim que os órgãos públicos de defesa dos consumidores pudessem aplicar plenamente as sanções administrativas previstas no CDC.

Anteriormente a edição do Decreto nº 2.181, a única sanção administrativa passível de ser aplicada era a de multa. Ainda para tanto era necessário que os órgãos de defesa dos consumidores se utilizassem da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962 que autorizava a intervenção no domínio público.

Dentre os principais efeitos positivos da regulamentação do Código, pode-se citar a descentralização alcançada no Sistema vigente, como forma de abranger um maior número de cidadãos, com a criação de órgãos estatais e municipais de defesa do consumidor e imprimir aos órgãos públicos integrantes do SNDC o poder de coerção até então inexistente, e primordial para suas ações.

A inovação trazida pelo CDC que merece destaque é a previsão da possibilidade de meios alternativos para solucionar os conflitos advindos das relações de consumo. Os meios alternativos são diversos, mas nesse momento destaca-se apenas a mediação e arbitragem, uma vez que são as formas alternativas mais divulgadas e utilizadas.

3.6 ACESSO À JUSTIÇA POR MEIOS ALTERNATIVOS

A adoção de meios alternativos de composição de conflitos é uma tendência mundial que vem sendo estimulada não só em virtude dos sistemas problemas jurídicos e judiciários vigentes, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa, em que o cidadão seja protagonista da busca por meio do diálogo e do consenso.

As vantagens da adoção de tais mecanismos são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria diversas oportunidades de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal, tendo em vista a redução do número de processos em curso¹³². Além disso, tais técnicas, se administradas de maneira eficiente, podem ensejar o estabelecimento

¹³² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. São Paulo: Método, p. 201.

de uma relação saudável entre os indivíduos, compondo aquela controvérsia já instalada e prevenindo a verificação de outras demandas.

As vantagens das soluções alternativas, segundo Cândido Rangel Dinamarco, consistem principalmente em evitar as dificuldades que impedem e dificultam a tutela jurisdicional: o custo financeiro do processo, a excessiva duração dos trâmites processuais e o necessário cumprimento de formas processuais. No que tange à arbitragem, tal autor acrescenta ainda as vantagens de haver o melhor conhecimento do tema da decisão pelos árbitros especializados, o menos apego à rigidez da lei (diante da opção possível pelo juízo de equidade) e a ausência da publicidade (favorecendo a preservação da privacidade ou de segredos profissionais)¹³³.

Há de se destacar, ainda, a possibilidade de maior efetividade no cumprimento dos acordos. Destaca Joel Dias Figueira Junior, a sentença ou decisão arbitral não solucionam, no sentido de pacificação, o conflito sociológico, mas simplesmente compõem a lide processual que, por sua vez, representa apenas aquela parcela do litígio que foi levada ao conhecimento do julgador. Conclui o autor que apenas a autocomposição “apresenta-se como mecanismo hábil de solução dos conflitos, não apenas jurídicos, mas, sobretudo sociológicos, e, portanto, de efetiva pacificação social”¹³⁴

Também José Renato Nalini ressalta o aspecto extremamente válido do acordo em seu aspecto psicológico: sua configuração é capaz de inspirar nas partes a convicção de que se ajustavam espontaneamente, tendo prevalecido o bom senso, o desapego e a luta contra a intransigência e o egoísmo¹³⁵.

No tocante à manutenção do relacionamento entre as partes em uma perspectiva de futuro, os resultados são, sem dúvida, melhores quando os próprios envolvidos protagonizam sua solução do que quando um terceiro impõe uma decisão.

Desvantagens

As críticas à adoção de tais mecanismos alternativos podem ser resumidas em três: deletéria privatização da justiça (retirando do Estado, a ponto de enfranquecê-lo, uma de suas funções essenciais e naturais, a administração do sistema de justiça); falta de controle e confiabilidade dos procedimentos e das decisões (em procedimentos sem transparência e lisura); exclusão de certos cidadãos e sua rejeição ao contexto de uma justiça de segunda classe; frustração do jurisdicionando e enfraquecimento do direito e das leis¹³⁶.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v.1, p.124.

¹³⁴ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução, p. 129

¹³⁵ NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça, p. 90.

¹³⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Juizados especiais cíveis e criminais, p.40.

No que tange à privatização da justiça, há quem suspeite que o estímulo à adoção de alternativas à atividade estatal represente atitude harmonizada com correntes políticas e econômicas internacionais que, na América Latina, após privatizarem grande parte das empresas e serviços públicos, estariam agora buscando a privatização da justiça com o fito de respaldarem seus interesses¹³⁷.

Tal argumentação decorre do teor do Documento Técnico 319/96, intitulado *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*, editado pelo Banco Mundial, que traz recomendações para a descentralização na administração da justiça. Parece estreme de dúvidas que a intenção nas recomendações está ligada a interesses de mercado. Nos termos do documento, “existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e eficiência da justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos”. Afinal, “um poder judiciário eficaz e funcional é relevante ao desenvolvimento econômico”¹³⁸.

Especificamente no que concerne aos mecanismos alternativos, afirma o documento que o acesso à justiça pode ser fortalecido através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). Estes mecanismos que incluem arbitragem, mediação, conciliação e juízes de paz podem ser utilizados para minimizar a morosidade e a corrupção no sistema [...]. Visando aprimorar o acesso à justiça, os programas da reforma devem considerar tanto os MARC vinculados às Cortes quanto os MARC privados. Esta estratégia permite uma competição na resolução de conflitos e conseqüentemente a discussão sobre o monopólio do judiciário.

Mauro Cappelletti aborda algumas das críticas, problematizando qual a melhor saída para alguns pontos controvertidos: quais seriam as melhores espécies de instituições para promover os meios alternativos e quais as garantias mínimas a serem observadas na condução do conflito:

O risco, obviamente, é o de que a alternativa só proporcione uma justiça de segunda classe, porque é quase inevitável que faltem aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independências e treino de que dispõem os Juízes ordinários. E aos próprios procedimentos poderiam faltar, pelo menos em parte, as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento ordinário...¹³⁹.

¹³⁷ Tal conjectura é referida por SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de acesso à justiça, p. 170.

¹³⁸ O teor completo do documento está disponível em: <http://www.sintrajusc.org.br/banco_mundial.php> . Acesso em: 10 de maio de 2009.

¹³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, p. 89.

Para Vittorio Denti, que diverge de Mauro Cappelletti sobre o tema, o movimento em prol dos procedimentos de conciliação se destinaria a perseguir duas finalidades: em primeiro lugar, a finalidade de uma maior eficiência na predisposição de meios para a administração da justiça, mediante a submissão destas causas menores a órgãos de conciliação, com o que se subtrairia, porém, a possibilidade de estas mesmas causas poderem aspirar por um juízo de primeira classe. Em segundo lugar, vislumbra uma finalidade de privatização dos conflitos, enquanto estaria aceitando o ingresso, para esta atividade mediadora, de grupos econômicos e sociais que estão proliferando nas sociedades de capitalismo avançado.

Embora se apresentam vantagens e desvantagem ao acesso à justiça através dos meios alternativos de solução de conflitos ainda prevalecem as vantagens, pois com a utilização reiterada destes métodos tem-se observado que as vantagens realmente predominam.

Visto que é vantajoso a aplicação destes meios convém estudar mais a fundo os principais meio alternativos de solução de conflitos.

3.7 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM - MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Poder Judiciário de diversas nações hoje enfrenta “três males endêmicos” que são intrínsecos da administração da Justiça: as incertezas do Direito, a lentidão do processo e os seus altos custos.¹⁴⁰

Devido a essas variáveis, os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos estão tomando vulto no mundo moderno. Nos países desenvolvidos, como EEUU, França, Noruega, entre outros, a mediação e a arbitragem já despontam como meios necessários para que as partes envolvidas em um conflito possam resolvê-lo de maneira menos desgastante possível.

Quanto ao Brasil, o reflexo de arraigada mentalidade jurisdicionalista e a questão da possível inconstitucionalidade da lei de arbitragem - problema já superado -, tornaram o Poder Judiciário silente quanto aos meios alternativos de resolução de conflitos. Entretanto, com o surgimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com a criação das Comissões de Conciliação Prévia, através da Lei n. 9.958/2000, com a possível confirmação da constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 pelo STF e com o reconhecimento de que a mediação e a arbitragem representarão um desafogo do juízo estatal, está-se, pouco a pouco, aceitando esses novos mecanismos.

¹⁴⁰ SORIANO, Ramón. Sociología del derecho. Barcelona: Ariel, 1997, p.423.

Segundo o Professor José Luís Bolzan de Moraes¹⁴¹ pode-se dizer:

Os defensores destes mecanismos colocam a sua incorporação como condição para o funcionamento adequado da justiça, tanto no âmbito privado como no público, afinal o modo mais primitivo de resolver controvérsias não foi o judicial, este é que se tornou alternativo aos primeiros métodos, dos quais se procederá sua evolução oportunamente. Afirmam, ainda, que não objetivam a exclusão ou superação do sistema tradicional, apenas visam a sua complementação para melhor efetivação de resultados.

Corroborar-se que tais métodos chegam a resultados mais rápidos porque o terceiro neutro, seja árbitro ou mediador, pode ajudar a formar um resultado antes que o processo avance ou que se inicie.

É inegável o avanço que observamos em nosso ordenamento jurídico, quanto à elaboração de leis que visam regulamentar os meios alternativos de resolução de conflitos e tornar mais célere o fazer justiça.

Mas, para que essas leis deixem o papel e entrem na vida dos indivíduos em conflito, é necessário que as pessoas sejam informadas dos resultados que advirão com a escolha de um desses métodos e que os operadores do direito vejam esses mecanismos como remédios justos, possíveis e que irão trazer satisfação para partes e procuradores.

Para entender a implementação dessas formas alternativas de solução de conflitos será apresentada cada uma delas em separado e posteriormente buscará alcançar a conclusão sobre a aplicabilidade delas nas relações de consumo.

3.8 AS POSSIBILIDADES DE UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A passagem do décimo aniversário da Lei nº9.307, de 23.09.1996, comprova que é uma lei bem feita e aceita pela sociedade civil podendo inclusive ter uma maior aplicabilidade de setores civis que ainda a desconhecem.

A Lei da Arbitragem trás em seu corpo elementos de grande importância social que fossem aplicados com mais intensidade certamente serviriam de catalisadores de desenvolvimento social.

Contudo, a presença da arbitragem no Brasil não é recente ela pode ser identificada em nosso sistema jurídico desde a época em que o país estava submetido à colonização portuguesa.

¹⁴¹ MORAIS, José Luis Bolzan. Mediação e Arbitragem : Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

No momento contemporâneo, a arbitragem no Brasil atravessa momento de afirmação, pois existe um esforço doutrinário de larga escala para que o diploma legal regulamentador da arbitragem produza efeitos concretos e de alta intensidade na busca do seu objetivo principal, a solução dos conflitos patrimoniais por vias não judiciais.

Antes de entender a aplicabilidade da arbitragem como meio alternativo de solução dos conflitos de consumo é preciso entender o acesso à justiça segundo a sua previsão no CDC. Motivo este que se fazem necessárias as colocações seguintes.

3.9 A COMPATIBILIZAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL COM A POLÍTICA NACIONAL DE RELAÇÕES DE CONSUMO

A Política Nacional de Relações de Consumo busca essencialmente possibilitar a segurança, o equilíbrio e a harmonia das relações jurídicas de consumo, estando disciplinada no art. 4º e art. 5º do Código de Defesa do Consumidor.

A respeito, assinala Tupinambá Nascimento:

A Política Nacional das Relações de Consumo, em linhas gerais, tem por finalidade harmonizar, no mercado de consumo, a participação equilibrada de fornecedores e consumidores, tornando possível a realização de uma ordem econômica mais justa, com desenvolvimento tecnológico e econômico, sem que haja preponderância da parte mais forte, que é o fornecedor.¹⁴²

A Política Nacional das Relações de Consumo estabelece metas a serem alcançadas, através de diversas medidas realizáveis pelos agentes estatais e pelos próprios agentes econômicos, dentre os quais se destacam o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, a sua saúde e a sua segurança, a proteção de seus interesses econômicos e melhoria de sua qualidade de vida. Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor elenca inúmeros princípios que devem orientar a atuação e a concretização da Política Nacional das Relações de Consumo.

O Código de Defesa do Consumidor no inc. V, do art. 4º, incentiva a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos. O legislador ao inserir estes artigos esboçou de forma clara sua preocupação com o acesso à justiça ou acesso à jurisdição, uma vez que é fator fundamental para implementação e efetividade das normas consumeiristas.

¹⁴² NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários ao código do consumidor**: lei 8.078/90. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 16.

Leciona Antônio Herman Benjamin que “não há proteção do consumidor quando a ele não estão assegurados meios de expressão de suas demandas, necessidades e conflitos”¹⁴³

Com efeito, é necessária uma maior interação entre agentes econômicos (consumidores e fornecedores) nos processos de solução dos litígios de consumo, pois a prestação jurisdicional diretamente ofertada pelo Poder Judiciário apresenta sérios inconvenientes, notadamente a morosidade para prolação de decisão definitiva, o elevado custo do processo e, especialmente, o baixo nível de satisfação com as decisões judiciais.

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.

A implantação de um determinado mecanismo alternativo de solução de conflitos acaba por significar tão somente mais um instrumento para tutela de seus direitos, ficando sua utilização restrita à autonomia da vontade deste. Além disso, a maioria dos litígios de consumo apresenta natureza econômica, podendo ser prontamente resolvido através dos mecanismos alternativos que privilegiam o consenso, buscando satisfazer o interesse de ambas as partes conflitantes.

Sem dúvida ao criar mecanismos alternativos, privilegia-se sempre a arbitragem. Neste sentido, afirma Adriano Perácio de Paula:

a solução de conflitos em matéria de consumo nos distintos países da Comunidade Européia é atribuída tanto aos órgãos judiciais como aos denominados órgãos extrajudiciais, podendo revestir estes últimos caráter público ou privado. Atualmente, o sistema processual clássico não se apresenta como mais adequado para fazer efetivos os direitos dos consumidores e, por isso a criação de um sistema extrajudicial especificamente articulado para atender às reclamações em matéria de consumo parece a solução ideal para o problema. Portanto, não é estranho que a conciliação e a arbitragem apareçam nos países comunitários como meios ou vias mais adequadas e eficazes na hora de proteger os direitos e interesses dos consumidores¹⁴⁴.

Joaquim Carrapiço esclarece que:

O acesso dos consumidores à justiça passa por mecanismos jurisdicionais e extrajudiciais. Não tendo a idéia redutora de propor a substituição de uns pelos outros. A facilitação dos mecanismos judiciais para os consumidores é desejável, mas defendendo também que aqui seria interessante assistirmos a uma saudável concorrência entre mecanismos judiciais e extrajudiciais, de forma a que o

¹⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman. Desafios à efetivação dos direitos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 20, out./dez. 1996. p.386.

¹⁴⁴ ESTÉVEZ, José Acosta. **Tutela processual de los consumidores**. Barcelona: Bosch, 1995. p. 146 - 147

consumidor, tendo um litígio, pudesse fazer a sua opção. Estou convicto que uma saudável concorrência, se me permitem a expressão, contribuiria para o aperfeiçoamento de ambos os sistemas¹⁴⁵.

Diante de todo o exposto, pode se concluir que a utilização de meios alternativos de solução de conflitos é saudável para o consumidor e também para o sistema jurisdicional do país que o utiliza. Sendo assim, o Brasil posiciona-se ao lado dos países desenvolvidos no que tange à proteção material e instrumental do consumidor.

3.10 A APLICABILIDADE DO JUÍZO ARBITRAL

Após treze anos da edição da Lei n° 9.307/96, a arbitragem vem se firmando no Brasil como um meio eficaz de solução de litígios. Sua aceitação é tamanha nos círculos jurídicos e na comunidade empresarial que já se pode falar certamente que a Arbitragem hoje é um meio alternativo ao Judiciário.

As resistências iniciais vêm sendo ultrapassadas, com o auxílio das jurisprudências e com a ajuda do legislador. Papel importante nesse aspecto desempenhou o Supremo Tribunal Federal quando afastou as dúvidas quanto à constitucionalidade da arbitragem, sob o prisma da execução específica da obrigação contraída na cláusula compromissória.¹⁴⁶

O Superior Tribunal de Justiça vem consolidando uma linha expressiva de julgados favoráveis à arbitragem, em vários casos internos e, mais recentemente, em processos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.¹⁴⁷ A possibilidade de realização de arbitragem envolvendo sociedades de economia mista também foi aceita pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁴⁸ A Lei das Parcerias Públicos Privadas e uma modificação na Lei das Concessões afastaram de vez qualquer objeção que porventura ainda houvesse à utilização da arbitragem nestes terrenos.¹⁴⁹

¹⁴⁵ CARRAPIÇO, Joaquim. **O acesso dos consumidores à justiça.** Disponível em: http://www.ic.pt/actualidade/arb_conflict_cons/4/int_01.htm Acesso em 03.05.2009

¹⁴⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg na SE 5.206-7-Espanha. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento encerrado em 12.12.2000. *Diário da Justiça da União* – Seção I, 30.04.2004, p.29.

¹⁴⁷ Desde a entrada em vigor da Lei n°9.307/96 o Superior Tribunal de justiça já julgou algumas dezenas de casos sobre o tema e, a jurisprudência é amplamente favorável ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil, com visões modernas sobre a arbitragem dos litígios e sobretudo sobre a força e a eficácia da cláusula compromissória e da sentença arbitral, pontos centrais da legislação. A partir da edição da Emenda Constitucional n° 45/2004, a competência para o julgamento das homologações de sentenças estrangeiras – inclusive arbitrais – passou do STF para o STJ, e os casos até aqui apreciados nesta seara têm demonstrado igualmente uma clara tendência pró-arbitragem.

¹⁴⁸ A matéria foi objeto de apreciação pela 2ª Turma do STJ, no Recurso Especial n°612.439-RS, Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em 25.10.2005.

¹⁴⁹ Lei n°11.079, de 30.12.2004, art. 11, III, e Lei n° 11.196 de 21.11.2005, art.120, criando um novo artigo 23-A na Lei n°8.987/95.

Contudo, uma das poucas áreas nas quais ainda existem resistências ao uso da arbitragem é a do direito do consumidor. Existem dificuldades principalmente da ordem cultural, mas também de natureza jurídica, que impedem na prática o avanço da arbitragem para a solução de litígios originados de relações de consumo, não obstante exista a possibilidade real de aplicabilidade da arbitragem na solução destes litígios.

3.11 CONTORNOS DE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM

Como é notório, por meio de cláusulas arbitrais, as partes podem afastar do Judiciário o julgamento de eventuais controvérsias decorrentes do contrato celebrado entre elas, contudo para a aplicação da arbitragem é necessário que esteja presente a vontade das partes.

É inquestionável que as raízes da aplicação da arbitragem estão plantadas na vontade das partes. Apenas de comum acordo entre essas é possível submeter-se uma controvérsia à solução arbitral, por meio quer de uma cláusula em contrato, quer de um compromisso arbitral.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, a lei 9.037, em seu art. 3 estabelece, “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”.

Contudo, existem barreiras eventuais à transferência da cláusula compromissória que vincula a arbitragem como único meio de solucionar os conflitos, são elas: a autonomia da cláusula arbitral e natureza *intuitus personae* que devem ser observadas na hora da contratação.

Neste momento torna-se imprescindível adentrar na utilização da arbitragem no Direito do Consumidor, uma vez que ele é o foco central do estudo.

3.12 ARBITRABILIDADE DOS LITÍGIOS DE CONSUMO

Arbitrabilidade é a aptidão de um litígio de ser objeto de uma arbitragem. O legislador brasileiro optou por um critério objetivo de arbitrabilidade, ou seja, acabou por delimitar a possibilidade de utilização da arbitragem apenas para dirimir os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme disposição do art. 1 da LAarb¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Art. 1. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, leciona Joel Dias Figueira Jr:

Os contornos da lide, ou seja, a parte do conflito sociológico que será levada a conhecimento e solução do juízo arbitral encontra-se previamente definida no art. 1 da Lei 9.307/96, cingindo-se às matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis¹⁵¹.

Singelamente pode-se afirmar que os direitos patrimoniais são aqueles que possuem objeto avaliável pecuniariamente. Noutras palavras, César Fiuza afirma que os direitos patrimoniais são aqueles que possuem substrato material apreciável em dinheiro, como uma casa, um quadro etc¹⁵². Importante ressaltar que por determinação legislativa apenas os litígios que versam sobre direitos patrimoniais é que podem se utilizar da arbitragem.

Outra premissa é que o direito patrimonial tem que guarda relação com a sua disponibilidade, ou seja, com a possibilidade de ser transferido a outra pessoa, alienado ou negociado. Assim, chega-se a conclusão de que se utiliza a noção de transação para identificar um direito patrimonial disponível e, conseqüentemente, arbitrável¹⁵³.

Pode-se concluir que o caráter patrimonial e a livre disponibilidade do direito se completam e formam juntos um só critério definidor da arbitrabilidade de certo litígio.

Diante das premissas expostas acima, parece que os litígios decorrentes das relações individuais de consumo podem ser solucionados através da arbitragem. Segundo Joel Dias Figueira Jr., as relações jurídicas de consumo não trazem em seu bojo hodiernamente qualquer novidade social, política ou econômica, à medida que, ontologicamente, são idênticas às práticas verificadas no passado próximo ou remoto¹⁵⁴.

Segundo Pedro Antônio Batista Martins, os consumidores, apesar de vulneráveis, não são tratados como incapazes para livremente dispor de seus direitos e contrair obrigações pelo Código de Defesa do Consumidor, que tem por escopo primordial a proteção destes agentes econômicos¹⁵⁵.

Ressalta-se que a regulação jurídica especial concedida aos consumidores não retira de seus direitos caráter patrimonial e a disponibilidade jurídica. Corroborando nosso entendimento, leciona Adriano Perácio de Paula que “os direitos do consumidor sempre

¹⁵¹ FIGUEIRA JR, Joel Dias. Arbitragem, execução e jurisdição. 2 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, p.177, 1999.

¹⁵² FIUZA, César. Direito Civil: curso completo. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 40, 1995.

¹⁵³ SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitrabilidade. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, v. 3, n. 10, out/dez. 2000. p. 362.

¹⁵⁴ FIGUEIRA JR., Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. In: Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, n 5, 2000, Belo Horizonte, p. 14.

¹⁵⁵ MARTINS, Pedro Antônio Batista. Aspectos atinentes às disposições gerais. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 162.

foram, e continuam a ser direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de transação, portanto”. Aliás, continua o autor: “isto o CDC não alterou e nem poderia fazê-lo, pena, aí sim, de estrangular realmente todo o sistema produtivo tal como se apregou quando da entrada em vigor desse diploma legal”¹⁵⁶.

No mesmo sentido, afirma Vincenzo Vigoriti que a arbitragem é meio idôneo para tutela dos direitos do consumidor, que se apresentam formalmente contratuais apesar de possuírem características específicas que os distanciam do paradigma tradicional¹⁵⁷. Também Carlos Alberto Carmona atesta a arbitrabilidade dos litígios de consumo, afirmando:

o fato que interessa aqui frizar diz respeito à disponibilidade da relação jurídica que envolve consumidor e fornecedor de bens e serviços. Ninguém parece duvidar de que podem as partes, diante de litígio que diga respeito ao fornecimento de bens e serviços, transgredir aos respectivos direitos, o que demonstra, de modo claro, não estar excluída a possibilidade da solução arbitral¹⁵⁸.

Vários outros juristas brasileiros¹⁵⁹ defendem a possibilidade de utilização da arbitragem como meio adequado para a solução dos litígios decorrentes das relações de individuais consumo, uma vez que tais contentas versam sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Devemos também salientar que a patrimonialidade e a disponibilidade dos direitos individuais do consumidor evidenciam em diversas atividades realizadas pelos Procons e pelos Juizados Especiais. São claramente tais características que possibilitam a realização das prestigiadas mediações patrimoniais pelos Procons espalhados por todo território nacional, assim como das varias conciliações efetuadas diretamente pelos Juizados Especiais de Consumo. De fato, tais atividades só podem ser realizadas porque os conflitos individuais de consumo geralmente dizem respeito à execução e interpretação de contratos e suas cláusulas, bem como à reparação de dano material ou moral, materiais nitidamente de cunha patrimonial transigível.

Por todo o exposto, acredita-se que os litígios decorrentes das relações individuais de consumo são arbitráveis. Entretanto, parece que o mesmo não ocorre com os litígios coletivos de consumo, conforme pode ser demonstrado a seguir.

¹⁵⁶ PAULA, Adriano Perácio de. Da arbitragem nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 32, p. 55-73, out./dez. 1999.

¹⁵⁷ VIGORITI, Vincenzo. Em busca de um direito comum arbitral: notas sobre o laudo arbitral e sua impugnação. Traduzido e anotado por Carlos Alberto Carmona. Revista de processo. São Paulo, v. 23, n. 91, p. 11-26, jul./set. 1998.

¹⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 57.

¹⁵⁹ Cf. Joel Dias Figueira, Tarcisio Kroetz, Arruda Alvim, Carlos Alberto Carmona e Nelson Nery Junior.

Além dos individuais, existem interesses que extrapolam a esfera singular dos consumidores, constituindo os denominados direitos metaindividuais, que compreendem os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Estas espécies de direitos estão definidas legislativamente no parágrafo único do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor.

Os difusos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato¹⁶⁰. Os coletivos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base¹⁶¹. Por fim, os individuais homogêneos são interesses ou direitos decorrentes de origem comum¹⁶².

Pode-se afirmar que os direitos difusos e coletivos são transindividuais, pois ultrapassam a esfera da individualidade de uma única pessoa. Tais direitos também possuem caráter indivisível, pois não é possível individualizar a quota de prejuízo de cada um dos consumidores que haja intervindo na relação de consumo. Por sua vez, os direitos difusos supõem titulares indeterminados, ligados por uma mesma situação de fato, enquanto os direitos coletivos supõem como titulares pessoas determinadas ou determináveis de um grupo, categoria ou classe, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma mesma relação de consumo.

Por outro lado, os direitos individuais homogêneos não são considerados coletivos na sua essência, mas apenas na forma de sua tutela jurisdicional devido ao modo uniformizado como se exteriorizam. Segundo Hugo Nigro Mazzilli, os direitos individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos da mesma circunstância de fato¹⁶³. Os direitos individuais homogêneos possuem titulares determinados e individualizados. Além do mais, seu objeto é divisível, podendo ser satisfeito de forma individual, ou seja, a quota de prejuízo de cada consumidor é passível de determinação. Também constitui elemento desta espécie de direito uma origem comum fundada numa situação de fato compartilhada pelos integrantes da coletividade.

Paulo Furtado e Lammêgo Bulos, lecionam que nenhum litígio envolvendo quaisquer das três espécies de direitos metaindividuais pode ser submetido ‘a arbitragem, uma vez que

¹⁶⁰ CDC, art. 81, parágrafo único, inc. I

¹⁶¹ CDC, art. 81, parágrafo único, inc. II

¹⁶² CDC, art. 81, parágrafo único, inc. III

¹⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p 50.

tais direitos são indisponíveis na medida em que ultrapassam a esfera de individualidade de uma pessoa¹⁶⁴. Segundo os autores é importante observar que

a aplicação do juízo arbitral restringe-se às hipóteses de disponibilidade do direito. Numa palavra, os direitos indisponíveis, como difusos, os coletivos, os individuais homogêneos estão plenamente fora da área de abrangência da arbitragem. A lei é clara: só os disponíveis, jamais os metaindividuais, de índole indivisível, que ultrapassam a esfera particular do indivíduo¹⁶⁵.

Segundo Adriano Perácio de Paula a impossibilidade da instituição da arbitragem para solucionar litígios envolvendo tais direitos reside na questão da legitimação ativa para defesa jurisdicional dos direitos metaindividuais. Com efeito, a submissão de um litígio ao juízo arbitral é resultado da manifestação livre e consciente dos titulares dos direitos controversos. A presença da vontade dos titulares dos direitos em litígio é indispensável, constituindo essência mesma da convenção de arbitragem.

Desta forma, parece que os legitimados para a defesa dos interesses metaindividuais não podem pactuar uma convenção de arbitragem, pois falta-lhes a titularidade dos direitos controversos. Assim sendo, acredita-se que restou demonstrada a impossibilidade da utilização da arbitragem para solucionar conflitos de consumo envolvendo os direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos.

¹⁶⁴ FURTADO, Paulo; BULOS, Lammêgo. Lei da arbitragem comentada. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25.

¹⁶⁵ FURTADO, Paulo; BULOS, Lammêgo. Lei da arbitragem comentada. Op cit. p. 25

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, dentro do problema inicial apresentado, buscou respostas a melhor maneira de se tutelar os conflitos advindos das relações de consumo. Diante das formas alternativas apresentadas deu-se ênfase para a mediação e a arbitragem. Chegou-se as seguintes conclusões, que se sabe não esgotam a discussão, mas que suscitam mais argumentos à discussão.

1. A arbitragem e a mediação são formas alternativas de solução de conflitos que podem ser utilizadas para solucionar conflitos de ordem social.
2. Outros países utilizam a mediação e a arbitragem como meio de solucionar conflitos.
3. A mediação pode ser utilizada para solucionar conflitos de consumo, desde que escolhida pelas partes como meio alternativo ao judiciário.
4. O legislador brasileiro incentiva e estimula a aplicação de meios alternativos de solução de conflitos, inclusive os conflitos advindos das relações de consumo.
5. Verificou-se que a arbitragem é perfeitamente compatível com o sistema consumerista, uma vez que a efetiva prevenção e a reparação de danos patrimoniais e morais, não importando por quais meios (CDC, art. 6, VI), constitui direito básico do consumidor. Além disso, o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo constitui princípio da Política Nacional das Relações de Consumo (CDC, art. 4, V), que reflete a preocupação com o amplo acesso à justiça.
6. Entretanto, somente os litígios sobre direitos individuais do consumidor podem ser objeto de arbitragem, pois tais direitos são disponíveis e passíveis de transação, ao contrario dos direitos metaindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), cuja legitimidade para sua defesa jurisdicional não recai sobre seus titulares, mas sobre instituições elencadas em lei, que, por sua vez, não podem pactuar uma convenção de arbitragem por faltar-lhes exatamente a titularidade dos direitos controversos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **Proteção Jurídica do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda**. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou Equidade nas Relações de Consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998
- ARGENTINA. **Decreto-Lei 276**, de 13.03.1998. Sistema nacional de arbitraje de consume. Disponível na internet: < <http://www.aaba.org.ar> > Acesso em 06.02.2009.
- ARGENTINA. Secretaría de defensa e de la competencia y del consumidor. Tribunales arbitrales de consumo. **Revista Temas Del Consumidor**. Buenos Aires, n. 36, dec. 200, s.p. Disponível na internet: <[http:// www.mecon.gov.ar/secdef/Rev36.pdf](http://www.mecon.gov.ar/secdef/Rev36.pdf) > Acesso em 12.03.2009
- BAYEUX FILHO José Luiz. **O Código do Consumidor e o Direito Intertemporal**. Revista Direito do Consumidor. São Paulo: Editora RT, nº5, 1993.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do Consumidor**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BONATO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de conflitos e legislação brasileira**, cit. No Projeto de Lei
- BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro 1988. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 39. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÁCERES, Florival. **História geral.** 3ª ed. São Paulo: Moderna, 1988.

CANCLINI, Nestór García. **Consumidores e Cidadãos – Conflitos Multiculturais da Globalização.** Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça.** Revista de Processo, RT-SP, nº 74, ano 19, abril-junho/94.

_____. **Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas.** Revista de Processo, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, p. 127/143.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo: comentários à Lei 9.307/96.** São Paulo: Malheiros, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. Mediação e lei. **Revista do Advogado**, n. 62, p. 86, mar. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. “O direito do consumidor no limiar do século XXI”. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº35, julho/set. 2000.

CHEVALLIER Jacques. **O Estado Pós-Moderno.** Tradução Marçal Justen Filho. Editora Fórum, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder.** São Paulo: Saraiva, 1982.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. **A proteção do Consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 1974.

CUNHA, Alberto Pereira da. “O contrato de adesão no código de defesa do consumidor”, **Relações de consumo no direito brasileiro.** São Paulo: Método, 2001.

DALLARI, **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

DIAS, Beatriz Catarina. **A Jurisdição na Tutela Antecipada.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2002. v.1.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Conflitos de Norma**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

DONATO Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor – conceito e extensão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ESPAÑA **Real Decreto 636**, de 03.05.1993. Por El que se regula El sistema arbitral de consumo. Disponível na internet: <http://www.consumo-inc.es> > Acesso em 15.01.2009.

ESPAÑA. **Ley 36**, de 05.12.1988. Ley de arbitraje. Disponível na internet: <http://www.consumo-inc.es> > Acesso em 15.01.2009.

ESPAÑA. **Sistema Arbitral de Consumo – Balance de La Experiencia 1993/1994**, Madrid, edição Instituto Nacional Del Consumo. 1994.

ESPÑÉS, Luis Moisset. TINTI, Guillermo P. Consideraciones sobre El Consumo e El Decreto Del Consumidor. Ver. Facultad de Derecho y Ciencias, Córdoba, v. 2, 1999

Fábio Cheim Jorge (Revista Direito do Consumidor, “Responsabilidade Civil por Danos Difusos e Coletivos Sob a Ótica do Consumidor”. Editora RT, jan. – mar. 1996, v. 17.

FERRARI, Zuleica Seabra. **Defesa do Consumidor**. São Paulo: Edições Loyola, 1981.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Destinos dos Contratos”, **Revista do Advogado**, abr/jun 1992, AASP, ano III, n.9.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2. Ed. São Paulo: RT, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

FILOMENO José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Aspectos problemáticos na utilização da arbitragem privada na solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – comentários à Lei de Arbitragem. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nadia de (Org.). **O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FROTA, Mário. Tribunais arbitrais e litígios de consumo. **Revista da Associação Paulista do Ministério Público**. São Paulo, v. 2, n. 15, fev. 1998.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação**. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GÔNGORA, Cláudia. **O Direito do consumidor e o Mercosul , Relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Método, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonard, 1984.

_____. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HEERDT, Paulo. “Os Contratos de Adesão no Código de Defesa do Consumidor”, **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed RT., abr/jun 1993, vol.6.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2007.

JUNIOR, Nelson Nery. **Recursos no processo Civil**: Princípios Fundamentais Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LORENZETTI, Ricardo Luís. La relación de consumo: conceptualización dogmática em base AL derecho Del mercosur. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 21, jan./mar. 1997.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988.

MATOS, Cecília de. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: [s.n.], v. 11, 1994.

MELLO, Sônia Maria Vieira de. **O Direito do Consumidor na Era da Globalização: a descoberta da cidadania**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai e BONATO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor** – principiologia, conceito contratos atuais. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005

_____. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade**. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

MORAES, Voltaire de Lima (Org.). **Ministério Público, Direito e Sociedade**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1986.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: RT, 1994.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Comentários ao Código do consumidor**: Lei 8.078/90. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Euclides de. **O percurso entre o conflito e a sentença nas questões de família**. *Revista do Advogado*, n. 62, p.107, mar.2001.

PORTUGAL. **Lei 24**, de 31.07.1996. **Estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores**. Disponível na internet: <http://www.ic.pt> Acesso em 08.08.09.

Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v. 30, (1999)

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANZ, Maria Rosa Gutiérrez. Las juntas arbitrales de consumo. *In*: CARLO, Ignacio Quintana; NAVARRO, Angel Bonet (orgs). **El sistema arbitral de consumo**: comentários AL Real Decreto 636/1993, de 03 de mayo. Navarra: Aranzadi, 1997. P. 81-82.

SIDOU, J. M. Othon. **Proteção ao Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de acesso à justiça: fundamentos para uma teoria geral. **Revista Processo e Constituição da Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 1, dez. 2004.

SUEIRO, Maria Rovira. El sistema arbitral de consume: la experiencia española. **Rivista Dell'Arbitrato**. [s.1], v. 9, n.3, giul./set.199.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação**: teoria e pratica. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.