

Mediação e arbitragem nas relações de consumo

20/01/2021



Refletir sobre a pertinência dos institutos da mediação e da

arbitragem nas relações de consumo implica considerar, sim, a história da defesa do consumidor, ao mesmo tempo em que não se pode deixar de olhar o presente e pensar o futuro. Pensar a proteção do consumidor requer um olhar honesto à realidade brasileira à qual, nem sempre, o direito comparado lhe pode ser útil.

Começando pela história, é fato que o Direito do Consumidor, inaugurado pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, já contava com a atuação de guerreiros que, junto aos poucos Procons à época existentes, em uma interpretação teleológica das normas então vigentes, trabalhavam para realização da composição das partes em conflito já identificados como de consumo. Na década de 70 e 80 já era notável o poderio do detentor do poder econômico nas relações de consumo, sobretudo ditando as regras e práticas que se proliferavam por meio da produção em massa e da difusão dos contratos de adesão.

Nessa fase, algo ainda não definido com a etiqueta da mediação, nascia por meio do esforço dos ainda precários órgãos que tentavam demonstrar ao fornecedor a importância do consumidor satisfeito nos seus negócios, e ao consumidor, o seu direito à satisfação pelo produto ou serviço escolhido em razão da publicidade, principal chamariz para o consumo. A chama deste trabalho já era mantida pelo princípio da boa fé objetiva consagrado, posteriormente, com ênfase, no CDC.

Sob esse contexto nasceu o CDC após a árdua, mas vitoriosa, luta da sociedade de consumo, organizada pelos Procons, Ministério Público, OAB, dentre outras respeitadas entidades que atuaram bravamente junto ao Poder Constituinte e, depois, ao Congresso Nacional.

Um farol de forte intensidade a iluminar o CDC é o princípio da boa fé objetiva, a ser considerado em todas as práticas de consumo, também prestigiado pelo legislador no Código Civil.

A conclusão de trabalhos realizados pelo consultor do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, prof. Napoleão Casado Filho, sob a contratação da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor — Senacon[1] —, apresentou proposta de alteração ao Decreto nº 8.573 de 19.11.2015, que dispõe sobre a plataforma Consumidor.gov., sistema alternativo de solução de conflitos de consumo para ali incluir, como métodos alternativos de solução de conflitos, a mediação e a arbitragem naquele âmbito, como medida de eficácia no plano de desjudicialização brasileiro.[2]

Sob o argumento do interesse da sociedade em alternativas mais eficientes que fomentem a prevenção e a solução célere dos conflitos advindos das relações de consumo, o estudo foi direcionado a incluir na plataforma digital Consumidor.gov, um sistema multiportas (multi doors) para, além da porta dos Procons, considerar a mediação e a arbitragem nas relações de consumo, apesar do veto ao § 3º do artigo 4º, da Lei. 9.307, de 23.09.1996, que dispõe sobre a arbitragem, na alteração almejada pela Lei 13.129, de 26.05.2015, que a modificou. Deixa ao consumidor a opção pela porta que “melhor lhe convier”, ou por várias delas ao mesmo tempo, incentivando o uso da mediação e da arbitragem custeada pelo fornecedor, o que não nos parece pertinente.

O exame deste tema deve considerar que a Lei nº 13.140 de 26.06.2015 consagrou a mediação como meio de solução de controvérsias nas relações privadas, entre sujeitos iguais, prestigiando a autocomposição nas relações públicas. No âmbito judicial, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ buscou o aperfeiçoamento da mediação por meio da Resolução CNJ 125/2010. Para Tania Almeida, “a mediação privilegia a desconstrução do conflito e a consequente restauração da convivência pacífica entre as pessoas”. [3]

Pois bem. A mediação, como atividade técnica exercida por um terceiro imparcial, e sem poder decisório, implica especialmente, nos termos da lei, a oralidade, a informalidade, a busca do consenso e a boa fé. Verifica-se, aqui, nos termos do artigo 2º da norma, que uma das características que compromete, de certa forma, o exercício da atividade da mediação pelos Procons, *interna corporis*, é mesmo a questão da imparcialidade, pois estes órgãos têm a sua marca indelével na defesa dos consumidores, isto é, defender o sujeito vulnerável. No mais, em que pese hoje se reconhecer que a atividade dos Procons está pautada na conciliação e não propriamente na mediação, é fato que à parte a questão do olhar mais protetivo à defesa do consumidor, os órgãos vêm atuando com alicerces firmes, e sem qualquer retrocesso, sob as bandeiras da oralidade, informalidade, eis estarem destituídos do poder de jurisdição, sempre na busca do consenso e com base na boa fé, em perfeita harmonia com os princípios da mediação.

Toda e qualquer iniciativa com o viés de se lançar uma política pública de defesa do consumidor, deve considerar este contexto, pois é de grande valia a atividade dos Procons como um verdadeiro termômetro da mais fiel aferição da temperatura daquilo que realmente ocorre entre os protagonistas das relações de consumo. Ainda, parecem ser os órgãos mais preparados a mapear o alcance da lei sobre a conscientização de fornecedores e consumidores no que se refere ao controle de resultados dos casos extrajudiciais.

Parece estranho enfraquecer a conciliação realizada pelos Procons pela mediação patrocinada pelo próprio Poder Executivo, precisamente por um órgão que tem como principal objetivo a proteção e a defesa do consumidor.

No tocante à arbitragem o CDC, em seu artigo 51, inciso VII, estabelece serem nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem. Vê-se, portanto, que o legislador pátrio, desde a origem do Direito do Consumidor, foi incisivo à restrição da utilização desta cláusula.

Cabe salientar que a arbitragem tratada no §3º do artigo 4º da Lei 9307/96 foi vetada, justamente porque a defesa do consumidor é política pública, nos termos do artigo 5º, inciso XXXII da CF e, como tal, medidas contrárias ou em possível colisão com suas diretrizes não devem prosperar.

O referido dispositivo previa que nas relações de consumo estabelecidas por meio contrato de adesão, a cláusula compromissória só teria eficácia se o aderente tivesse a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição. Ocorre que o consumidor, ente absolutamente vulnerável ao assinar o contrato de adesão, senão hipervulnerável, se consideramos determinadas circunstâncias, como a do idoso ou do doente, por exemplo, fica à mercê dos ditames impostos pelo fornecedor por meio de contratos desta natureza. A cláusula contratual, por si só, não é válida no contrato de consumo, o que torna sem sentido a tentativa de validá-la por meio de um subterfúgio que não tem a força de impingir poder ao consumidor para decidir com a devida clareza sobre assunto tão polêmico, e sobre um sistema desconhecido, por ele, na sua essência. Quem serão os árbitros? Quem está à altura do Poder Judiciário para decidir sobre a sua questão patrimonial?

Em que pese a importância e a utilidade da arbitragem no sistema jurídico, o fato é que as relações de consumo contam ainda, infelizmente, com considerável desequilíbrio na sua balança, o que foi, com sensatez, considerado pela Presidência da República após oitiva do Ministério da Justiça que, por meio da SENACON, que tem a atribuição de defender o consumidor, manifestou-se contrariamente à vigência no dispositivo. Assim que, em absoluta harmonia com o sistema brasileiro, vetou o dispositivo sob o fundamento de que a regra alteraria o sistema da arbitragem em contratos de adesão e autorizaria de forma ampla a arbitragem nas relações de consumo *sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar, também, no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador da proteção do consumidor.* [4]

Assim é que a conclusão do estudo encomendado pela SENACON vai de encontro aos princípios constitucionais da defesa do consumidor, portanto não se coadunando com o direito vigente.

As razões da proibição normativa vigente talvez sejam desconhecidas pelo consultor, que ao enfatizar a utilização da arbitragem nos EUA e na Espanha, e recomendá-la para o Brasil, desconsiderou a diferença de fatores culturais entre o Brasil e os países da Comunidade



Europeia, o que pode ser facilmente identificado por meio de índices como o de Desenvolvimento Humano – IDH, por exemplo, o que por si só já coloca em dúvida a conclusão de que estes meios possam vir a facilitar o acesso do brasileiro à uma solução justa às suas demandas.

As decisões do STJ,^[5] que conduzem a questão para uma conclusão aparentemente diferente desta aqui sustentada examina condição específica da parte pela ausência da hipossuficiência daquele que, no caso, tinha condição de optar pela arbitragem, o que não significa o endosso à utilização de cláusula genérica como conclui o estudo do consultor do PNUD.

A mediação e a arbitragem contribuem, é verdade, com a diminuição da judicialização no Brasil. Mas no âmbito das relações de consumo, é preciso considerar que algo precede a tais institutos: a força do Poder Executivo, em suas esferas municipal, estadual e federal, nos procedimentos de educação de consumidores e fornecedores, princípio, aliás, consagrado no inciso IV do artigo 4º do CDC, e nos seus desdobramentos por meio dos processos conciliatórios que vem sendo realizados ao longo das últimas décadas.

A utilização do meio mais fácil e que parece deva ser estimulado e aparelhado é o método da conciliação viabilizada pelo Procon local. Mas a arbitragem a ser realizada por profissional custeado pelo fornecedor implica “julgamento” e este não é, efetivamente, o caminho prestigiado pela observação do princípio da boa fé, vetor para o qual devem ser conduzidos os trabalhos de educação dos participantes das relações de consumo. A lei dá instrumentos suficientes à defesa do consumidor. O desenvolvimento de uma política pública de defesa do consumidor, neste milênio, deve colocar a lente sobre a reconstrução e a restauração das relações entre consumidores e fornecedores, e não em mais investimento à disputa judicial ou extrajudicial.

Sobre o assunto não é demais mencionar os desdobramentos positivos da atuação dos órgãos de defesa do consumidor junto aos SACs, após a vigência do Decreto nº 6.523, de 31.07.2008 que regulou, especialmente, esta atividade no que se refere aos serviços regulados. A interface do consumidor junto aos órgãos de defesa do consumidor e os SACs, sempre com base na boa fé, vem trazendo resultados positivos, com mais de 80% das demandas resolvidas^[6], devendo, nesta particularidade, investir a SENACON. É importante dar-se ênfase à melhoria da qualidade da relação entre consumidores e fornecedores, e não exatamente ao estímulo da disputa a ser dirigida a um mediador ou árbitro remunerado pelo fornecedor e estabelecer multas para o consumidor em caso de detecção de condutas abusivas, como se pretende. Também seria oportuno que a SENACON investisse na melhoria da integração dos dados com os Procons; na ampliação de Procons à ferramenta Consumidor.gov; no monitoramento das empresas mais reclamadas e na ampliação do diálogo com os representantes das entidades do SNDC e na realização de audiências públicas.

Nesse diapasão, entendemos que o tema desperta controvérsias e as propostas apresentadas pelo consultor não nos parecem pertinentes. Sugerimos que haja um amplo debate com todos os atores envolvidos: Poder Público, empresas e consumidores, na construção de um Sistema Nacional de Defesa do Consumidor com políticas públicas gerais eficazes, pautadas na ética, voltadas especialmente à defesa e proteção dos consumidores ao lado de programas de

conscientização de fornecedores.

O investimento na mediação, ao lado e paripasso aos procedimentos conciliatórios, sim, é aceitável. Tais institutos parecem ser um caminho do almejado equilíbrio nas relações de consumo.

A pergunta que sempre fica para reflexão é: Por que temer o fornecedor que eu mesma escolhi? Por que desgastar a relação com aquele que me escolheu? É sobre a busca destas respostas que acreditamos, deva a SENACON refletir, antes de tentar dar ênfase à criação de mais um sistema de disputa, vitórias e sucumbências.

A ênfase ao diálogo, à educação de consumidores e fornecedores, e ao respeito mútuo, parece ser a solução para a população que não tem mais força para litigar, parecendo ser esta, portanto, a melhor direção a ser seguida pela Secretaria Nacional do Consumidor.

[1] Órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, responsável pela coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor nos termos do disposto nos artigos 105 e 106 do Código de Defesa do Consumidor,

[2] Nos termos do edital, BRA/11/008, Termo de Referência Código: Edital 01/2020, publicado no D.O.U. de, coube ao consultor, em apertada síntese, verificar a viabilidade de se utilizar, no Brasil, no âmbito do Direito do Consumidor, a mediação e a arbitragem como métodos alternativos na solução de reclamações de consumo e a sua inserção na plataforma digital, consumidor.gov.

[3] ALMEIDA. Tania. Mediação e Conciliação: Dois Paradigmas Distintos, Duas Práticas Diversas. Disponível em <https://mediare.com.br/mediacao-e-conciliacao-dois-paradigmas-distintos-duas-praticas-diversas/> Acesso em 11.01.2021.

[4] Segundo Mensagem 162, de 26.05.2015, do Presidente da República, publicada no DOU de 27.05.2015.

[5] REsp nº 1.742.547, julgado em 18.06.2019; REsp 1.169.841, julgado em 14.11.2012; REsp 1.189.050, julgado em 14.03. 2016.

[6] Segundo dados do Sindec e Consumidor.gov. www.justica.gov.br acesso em 06.01.2021

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jan-20/garantias-consumo-mediacao-arbitragem-relacoes-consumo/>