

Métodos extrajudiciais de solução de conflito: uma análise da aplicação da justiça privada ao litígio de consumo

*Filipe de Araújo Vieira**

Resumo: Parte-se da observação da própria dinâmica da vida em sociedade. Nela os indivíduos estabelecem e firmam novos laços contratuais, ao tempo em que se desfazem de outros tantos seja pelo cumprimento das obrigações avençadas, seja pela rediscussão das cláusulas. Boa parte destas relações acontecem no ambiente do mercado de consumo, que se destacam quantitativa e qualitativamente, em números oficiais, que indicam o poder judiciário trabalhando próximo aos seus limites operacionais, e preocupante passivo processual. Nesta esteira, ganham espaço na doutrina os estudos sobre o uso da justiça privada como método alternativo de solução de conflitos. Contudo, a relação de consumo é marcada por se estabelecer entre particulares desiguais, notadamente pelo reconhecimento legal da vulnerabilidade do consumidor, que chega a ser hipossuficiente em algumas situações. Analisam-se, no presente estudo, então, os argumentos, fundamentos e dados estatísticos, quanto a relação entre particulares desiguais – em que um tem o domínio técnico, jurídico e socioeconômico sobre o outro – poder ocorrer por meio da justiça privada, sem a presença ou sem o necessário acompanhamento do Estado.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Procon. Juizado. Solução de Conflitos. Justiça Privada Mediação. Arbitragem.

1. APRESENTAÇÃO

Aos particulares, a lei brasileira reconhece e assegura uma série de liberdades, prerrogativas e direitos que, conjuntamente, dão azo e aplicação ao princípio da *Livre Iniciativa*. Então, desde que não se trate de flagrante desrespeito à lei, aos princípios e fundamentos republicanos,

*. Advogado. Especialista em Direito do consumidor. Mestrando em Direito. Ex-superintendente do Procon/BA e ex-Presidente da Associação Brasileira de Procons – PRO-CONSBRASIL. Ex-membro do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDIC).

ou que não afronte à dignidade da pessoa humana, um cidadão poderá exercer qualquer tipo de atividade econômica ou desenvolver livremente qualquer dos atos da vida civil.

Existe um universo vastíssimo dentre estes possíveis atos da vida civil, que se perfazem entre as pessoas físicas e as pessoas jurídicas. Por isso, mesmo o Direito sendo uno, convém os recortes entre o Direito Público, quando envolve a figura do Estado, e o Direito Privado – que interessa mais ao presente estudo –, voltado à análise das interações havidas entre os particulares, notadamente as relações entre o consumidor e uma empresa que forneça um produto ou preste algum serviço, mediante remuneração.

Não obstante, face as tantas relações privadas que acontecem no dia a dia, é razoável que existam, também, as desavenças, as discussões e os questionamentos sobre as cláusulas, os termos e as obrigações instituídas em contrato. Para tanto, o caminho mais natural dos litigantes seria a busca pela segurança de um posicionamento intermediado pelo Poder Judiciário.

Com isso, no alto das suas complexidades e poder de solução dos litígios, o Judiciário acertou por bem em dividir-se, através dos seus órgãos jurisdicionais, qualificando a entrega dos seus resultados à população. Destarte, para as causas mais céleres e de menor complexidade criaram-se os Juizados Especiais, através da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, proporcionando uma das maiores transformações de real acessibilidade à Justiça.

O surgimento dos Juizados Especiais foi tão representativo, que as demandas neste novo instituto aumentaram rápida e geometricamente. Isto porque – malgrado cuidem-se de ser causas de menor complexidade e de menor valor envolvido – a volumetria processual dos juizados guardaram consigo imenso potencial de concentrar demandas repetitivas, similares ou ainda, com eventual identificação de litigantes habituais.

Acumulam-se as discussões, nos ambientes acadêmicos e fóruns de discussões da ciência do Direito, em busca das possíveis formas de aumentar a eficiência do Judiciário, ou alternativas para assegurar *“a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”* (Constituição Federal, at. 5º, LXXVIII)

Dentre as opções postas à mesa – e que são repercutidas nas bancas das universidades, nos gabinetes de gestores públicos e nos corredores

dos órgãos jurisdicionais – aparecem a sugestão do uso ou das plataformas digitais de solução de conflitos (*Online Dispute Resolutions – ODR*), ou das câmaras de mediação ou, ainda, dos escritórios de arbitragem. Por traço comum, estas soluções alternativas seriam oriundas das formas de exercício da justiça privada.

Na universalidade de relações entre particulares, no entanto, esta resposta não nos parece poder ser dada de forma imediata ou linear para todos as relações entre particulares. A despeito de reconhecer uso da justiça privada no ordenamento, nosso estudo dedicará atenção específica à análise da sua aplicação às relações de consumo.

Fomentando as razões que conduziram o estudioso a desenvolver este trabalho, questiona-se: estes métodos seriam aplicáveis as relações de consumo firmadas entre um particular e uma empresa que venda um produto ou forneça um serviço? Quais as limitações na aplicação de elementos da justiça privada às relações de consumo? Em que medida a justiça privada pode ser aplicada de modo equânime numa relação marcada pelo desequilíbrio entre a partes? De que forma, e até que ponto, o Estado pode agir?

É sabido que a busca de solução entre os particulares litigantes, via de regra, é possível a qualquer tempo e por qualquer meio lícito, inclusive incentivada em forma de conciliação pelo Código de Processo Civil. A arbitragem, por exemplo, é largamente utilizada em causas de alta complexidade no âmbito empresarial, ou, também, em discussões mais discretas e sigilosas do direito de família. Observe-se que ambas têm como traço comum o sigilo do objeto.

No presente estudo, buscou-se conduzir a análise, por meio do desenvolvimento do raciocínio interpretativo e lógico-dedutivo a partir da leitura do comando normativo, para além do mero texto positivado, alcançando-se as justificativas e mensagens de vetos quando da oportunidade da promulgação do texto legal. Por necessário, socorremo-nos, também, dos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, bem como da coleta e apuração dos dados, dos gráficos e das informações disponibilizadas após estudos governamentais, institucionais, da academia e, ainda, da sociedade civil, conforme pormenorizado nas referências bibliográficas.

Portanto, o presente estudo não tem a pretensão de esgotar a matéria nem finalizar as discussões, mas, em verdade, procura trazer algumas reflexões que recaiam sobre a aplicação de elementos da justiça privada às relações de consumo.

2. PROBLEMATIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: A CRIAÇÃO DE UM NOVO RAMO DO DIREITO

Considerando as diversas formas de interação entre particulares e o recorte pretendido no presente estudo, mister o apontamento dos traços que delineiam as relações de consumo, que tem base legal na Constituição Federal e na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC).

Na linha didática que já traçada anteriormente, quanto a distinção clássica entre o Direito Público e o Direito Privado, o Direito do Consumidor posiciona-se na interseção destes, vez que cuida da relação entre particulares (fornecedor e consumidor), cujas normas, porém, são de *Ordem Pública* e de *Interesse Social*. A força destas normas de defesa do consumidor, tem raízes constitucionais mais profundas, nos dispositivos que determinam ser dever do Estado proteger o consumidor, por ser ele reconhecidamente o vulnerável das relações de consumo.

Na lição de Claudia Lima Marques, a primeira qualidade advém da natureza das normas do CDC, que instituem direitos privados indisponíveis e passíveis de serem reconhecidas de ofício por todas as autoridades públicas, no exercício do seu múnus público. Qualifica-se, também, por ser de interesse social, ao permitir a proteção coletiva dos interesses dos consumidores, prevalecendo ao particular, ou balizando os atos de todos os indivíduos que lhes devam observância. (MARQUES. 2016)

Neste diapasão, convém a menção ao quanto disposto também no art. 170 da Constituição, que coloca em mesmo nível de relevância para a ordem econômica a defesa do consumidor e a livre iniciativa. Pela relação indispensável entre consumidor e fornecedor, devem ser aplicadas, especificamente, as regras consumeristas.

2.2. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR: O RECONHECIMENTO DA DESIGUALDADE ENTRE AS PARTES NUMA RELAÇÃO DE CONSUMO

O primeiro documento formal em que se reconheceu, ao cidadão estadunidense, a qualidade de Consumidor, foi a Carta do então Presidente dos Estados Unidos da América, John Kennedy, dirigida ao congresso americano, datada de 15 de março de 1962. Dada a relevância histórica, a data é utilizada para comemorar o *Dia Mundial do Consumidor*.

A carta ressaltava quatro direitos básicos ao consumidor, em face das empresas fornecedoras: i) *direito à vida à saúde* (preservada também a sua segurança); ii) *direito a informação* (clara, precisa e adequada); iii) *direito a escolha* (livre e sem fatores mercadológicos de limitação); iv) *direito a ser ouvido* (em participação direta na formulação de políticas públicas).

Tais direitos, desde o seu nascedouro, encontrariam justificativa e fundamento exatamente no reconhecimento da desigualdade existente entre as partes envolvidas. O efetivo exercício da justiça teria como pressuposto a compensação, por via da proteção legal, da distância havida entre as condições do consumidor e do fornecedor.

No ordenamento jurídico brasileiro, ao cuidar dos princípios que norteiam as relações de consumo, esta compensação normativa esta patente no art. 4, I da Lei nº 8.087/90, quando dispõe sobre o "*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*".

O convite feito ao leitor é que observe o fato deste princípio ter núcleo dispositivo no verbete *reconhecimento* da condição vulnerabilidade. Isso significa dizer que a vulnerabilidade do consumidor não seria uma circunstância a ser discutida quanto a existir ou não. Seria, em verdade, uma premissa necessária ao restabelecimento do equilíbrio, da igualdade e da harmonização dos interesses na relação de consumo.

A igualdade é uma das grandes metanarrativas da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de "diferente" e "privilegiador" nestes novos direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material. No caso do Código de Defesa do Consumidor, asseguram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais. (MARQUES. 2014)

Em tom igualmente clássico, a vulnerabilidade do consumidor encontrava abrigo na doutrina de Fábio Konder Comparatto, segundo o qual "*o consumidor, certamente, é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, consumidor é, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários*". (COMPARATTO. 1974)

Há o reconhecimento comum de quatro traços distintos no que toca a vulnerabilidade do consumidor. A *vulnerabilidade técnica* consiste no reconhecimento de que um consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço posto no mercado, de modo que seria facilmente iludido no momento da contratação quanto as suas características, sua qualidade ou mesmo sobre sua funcionalidade.

A *vulnerabilidade jurídica* seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, das normas que incidem sobre o fornecimento do produto ou serviço, bem como dos efetivos direitos que assistem ao consumidor ou dos meios como se defender. Acrescente-se outros direitos pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia.

Nesta mesma linha, a *vulnerabilidade fática ou socioeconômica*, lida como consequência da vulnerabilidade real diante do parceiro contratual (consumidor), seja em decorrência do poderio econômico do fornecedor, da sua capacidade de sobreviver financeiramente a uma contenda e de ser proprietário dos meios econômicos de produção do bem comercializado. Ou, ainda, decorrente de eventual posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, via contrato, uma posição de superioridade.

Por fim, há de se falar na *vulnerabilidade informacional*, como o mais novo ponto de fragilidade associado ao consumidor, vez que aquilo que também o caracteriza é justamente o seu déficit de informação. Embora possa parecer desdobramento da vulnerabilidade técnica, a informacional vai além. Constitui-se, por exemplo, não necessariamente apenas pela falta da informação, mas pelo seu excesso, pelas fontes variadas, pela incapacidade de conferir sua veracidade, pelas abordagens enviesadas, manipuladas e tendenciosas, pelas publicidades carregadas de pseudo realismo, em tom de definição última, e no mais das vezes desnecessárias.

Neste caso, o potencial de prejudicialidade da informação de baixa aderência, cresce de forma exponencial com o uso da internet, meio pelo qual a informação vem ainda mais rápido e em maior volume, inviabilizando sua checagem. Daí porque a vulnerabilidade informativa não deixa de representar hoje, o maior fator de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* dos fornecedores, os quais, mais do que experts, são os únicos e verdadeiramente detentores da informação. (MARQUES. 2014)

Temos, pois, que a relação de consumo é fortemente marcada pelo desequilíbrio entre as partes envolvidas, de modo que não haveria entre elas uma paridade. O mais próximo que se chega da harmonização dos interesses dos envolvidos na relação de consumo – como predetermina, também, o próprio CDC em linha de princípios – se faz por meio da aplicação da legislação protetiva ao consumidor, bem como pela presença próxima do Estado, a quem instituído o dever de proteger o consumidor.

2.3. QUANTITATIVO DE DEMANDAS DE CONSUMO NO ÂMBITO JURISDICIONAL E NO ADMINISTRATIVO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no exercício das suas finalidades coordena e desenvolve ações voltadas à governança do poder judiciário, com fim último de promover a eficiência da estrutura jurisdicional. Destarte, periodicamente, divulga os levantamentos e quantitativos de processos em trâmite no país. No presente estudo, analisou-se a publicação *Justiça em Números 2020*, bem como os seus sintéticos, como o material mais atual disponível.

No caso do direito do consumidor – objeto do recorte do presente estudo, o mencionado relatório aponta como assunto mais demandado a “*responsabilidade do fornecedor*” que, envolvendo pedidos indenizatórios e de reparação por danos sofridos, somam 1.554.088 (hum milhão, quinhentos e cinquenta e quatro mil e oitenta e oito) de processos.

O quantitativo processual, deve ser analisado sob a lente dos custos da máquina pública. Através da publicação *Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais* o CNJ, apontou o seguinte levantamento:

Os valores mínimos das custas iniciais variam de R\$ 5,32, na Justiça Federal, a R\$ 556,94, no TJMT. Nove tribunais estaduais possuem custas mínimas menores que R\$ 100,00. São eles: o TJAL (R\$ 5,45), o TJAM (R\$ 10,50), o TJDFT (R\$ 33,37), o TJCE (R\$ 43,72), o TJTO (R\$ 74,00), o TJRJ (R\$ 83,29), o TJMA (R\$ 84,00), o TJBA (R\$ 90,00) e o TJRO (R\$ 93,94). A Justiça Federal apresenta custas iniciais mínimas superiores a R\$ 100,00. Por outro lado, assim como o STJ e o STF, cinco Tribunais de Justiça possuem custas mínimas superiores a R\$ 300,00. São eles, além do TJMT: o TJGO (R\$ 336,393), o TJPR (R\$ 348,64), o TJMG (R\$ 391,66) e o TJMS (R\$ 431,55).

Juntamente com as custas judiciais, fica colacionada a valoração dos atos praticados pelos profissionais do direito, considerando os honorários advocatícios incidentes, acrescidos por gastos com eventual equipe de jurídico interno mantida no corpo de funcionários das próprias empresas. Embora seja muito mais complexo, esta metodologia de cálculo vale para análise do processo administrativo e seus custos, respeitadas as regionalidades e localidades do âmbito geográfico em que um Procon funcione.

No âmbito administrativo, ao seu turno, os dados oficiais que dimensionem a volumetria de registros de reclamações podem ser levantados junto à Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que gerencia e administra o *Sistema*

Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC). Este sistema informatizado, é alimentado por 26 Procons estaduais, o do Distrito Federal e por mais 609 Procons Municipais, entre capitais e interioranos. Como vários destes Procons contam com mais de uma unidade, a Secretaria Nacional do Consumidor estima que sistema abrange 946 unidades de atendimento, distribuídas por 735 cidades brasileiras.

Em 2020 – sob impacto da pandemia do novo coronavírus (covid-19) que dificultou a realização do atendimento presencial a consumidores em diversos órgãos de defesa do consumidor – foram realizados 2.068.156 (dois milhões e sessenta e oito mil e cento e cinquenta e seis) atendimentos pelos Procons, com média mensal de 172 mil consumidores demandantes.

Vale, por oportuno, o registro de que a Promotoria de Defesa do Consumidor de Belo Horizonte, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), em conjunto com a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), realizou estudo quantitativo e qualitativo sobre as demandas de consumo, que resultou no *Diagnóstico Nacional do Consumidor – Vítima de conduta abusiva durante a pandemia*.

De acordo com os dados aferidos na pesquisa – que ouviu 2.000 pessoas nas 27 unidades federativas do Brasil e que possui 95% de nível de confiança – a quantidade de consumidores que procuram a empresa infratora, por pelo menos quatro vezes para tentar resolver o problema amigavelmente, chega a alcançar 90% dos casos. Dentre os consumidores que não procuram a empresa para tentar resolver a demanda, 43,8% justifica que não procurou a empresa por entender que não valeria o aborrecimento e/ou desgaste.

Face a leitura e a significância destes números, parte da discussão sugere haver no Brasil a *cultura da litigiosidade*. Contudo, outra parte dos estudiosos entendem existir, em verdade a mácula de *litigantes habituais* que, na relação de consumo, corresponderia às grandes empresas, recorrentemente demandadas pelos consumidores. A habitualidade surgiria por via de consequência de erros sistêmicos seja no processo produtivo, seja no processo de relacionamento com o cliente, seja pelo comportamento desidioso face aos problemas havidos na relação de consumo.

Inquieta-se o estudioso em novos questionamentos: se os consumidores fossem de fato respeitados em seus direitos, haveria tanta litigiosidade no Judiciário? Resolver na origem, não seria mais eficiente, produtiva, efetivo ou econômico, que focar na consequência indesejada da judicialização?

Aprioristicamente, a análise sugere que, uma vez que a demanda não seja solucionada espontânea ou amistosamente pela empresa, aos cidadãos prejudicados restaria apenas a busca satisfação do seu direito por intermédio dos órgãos de defesa do consumidor e do judiciário. Logo, talvez não haja a cultura do litígio, mas, em verdade a cultura do desrespeito ao direito do consumidor, cujos custos de solução no primeiro contato seriam infinitamente menores se comprados com os altos gastos de um litígio.

3. MÉTODOS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS CONSUMO

3.1. REDE ESTRUTURADA DOS PROCON

Um PROCON (acrônimo surgido da abreviação de Programa de Defesa do Consumidor), via de regra compõe a estrutura do poder executivo integrando a administração direta ou mesmo a indireta, na forma de institutos ou autarquias. No que toca as diretrizes para o funcionamento de um órgão desta natureza e finalidade, o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Tal sistema é coordenado pela a Secretaria Nacional do Consumidor, a quem cabe, também, incentivar a criação de órgãos públicos estaduais e municipais de defesa do consumidor.

Uma vez criado, na forma da lei local específica, competirá ao Procon, todas as atribuições elencadas no art. 4º do referido diploma legal. Dentre estas atribuições destacam-se as de planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política pública local/regional de proteção e defesa do consumidor. Como atividades finalísticas, cabe aos Procons dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas; fiscalizar as relações de consumo, notadamente quanto as demandas coletivas praticadas no mercado, e; educar consumidores e fornecedores, em vista de promover a harmonização dos interesses dos partícipes da relação de consumo.

Ato contínuo, a leitura do art. 5º do mesmo Decreto confere aos Procons, também, poderes e atribuições para apurar e punir infrações à legislação das relações de consumo. Assim atuam por força do *Poder de Polícia*, conferido única e tão somente a órgãos do poder público, sendo, pois, de natureza indelegável, para disciplinar direito, interesse ou liberdade, além de regular a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público.

Esse poder permite aos Procons a chance de, ao final do devido processo legal administrativo com ampla defesa e contraditório, sancionar os fornecedores por falhas na relação de consumo. Não obstante, lançando mão de ferramentas e canais de atendimento articulados junto às próprias empresas, os Procons sempre buscam a conciliação mais célere e em melhores termos para as partes envolvidas em uma contenda consumerista.

Esta rede de atendimento instalada e em funcionamento nas cinco regiões do país, foi responsável, segundo dados oficiais da SENACON, por manter um índice de solução médio na casa de 74,8% das demandas que chegaram para atendimento nos Procons. Ainda segundo o órgão federal, este índice aumentar a depender do recorte didático que seja aplicado.

Neste mesmo sentido, vale retomar a análise do *Diagnóstico Nacional do Consumidor – Vítima de conduta abusiva durante a pandemia*, obtido do MPMG, para pontuar que (dentre os consumidores que não tiveram a sua reclamação atendida espontaneamente pela empresa, e precisaram recorrer a um órgão de proteção e defesa do consumidor) 73,2% procuraram os Procons, para conciliar uma solução.

Tem-se, ainda, o Decreto nº 7.963/2013, que instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania, cuja abordagem também toma, por um dos seus fundamentos basilares, promover o fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), "*fortalecimento da atuação dos Procons na proteção dos direitos dos consumidores*" (art. 7º, III).

Tanto a praticidade quanto a economicidade, por meio do presente estudo, recomendam a conciliação nos Procons como um caminho mais adequado para a solução em etapa anterior ao ajuizamento de uma ação nos juizados ou tribunais. Destarte, os custos e desgastes podem ser reduzidos significativamente se for melhor aproveitada a capacidade instalada dos Procons e a sua inerente vocação conciliatória.

3.2. RESOLUÇÃO DE DISPUTAS PELA MEDIAÇÃO VIRTUAL: O USO DAS PLATAFORMAS ODR

Avançadas para os meios virtuais, as relações institucionais, as interpessoais e mesmo os novos hábitos do cidadão, levaram consigo nesta mesma direção os conflitos e contendas, bem como, também, as tentativas de conciliação. Eis que começam a surgir as plataformas digitais de solução de conflito, ou ODR – *Online Dispute Resolutions*.

No entendimento da *Associação Brasileira de Lawtech e Legaltech* (AB2L), por uso da tecnologia das ODR, seria possível solucionar conflitos fora do Poder Estatal. Argumentam que em tempos de pandemia e distanciamento social, esse tipo de solução à distância teria se tornado a única opção viável. Independente da tecnologia escolhida, para além da mediação, a ODR se caracterizaria por também englobar o processo de negociação e arbitragem.

Esta Associação explica que uma ODR poderia ser realizada de forma síncrona, geralmente usando mensagens instantâneas, chats ou videoconferências. Poderia, também, ser realizada de forma assíncrona, modo pelo qual não é exigida a presença simultânea das partes, podendo chegar a ocorrer por troca de mensagens eletrônicas como e-mail, com prazo imediato e dilatado de resposta. Ou seja, a principal diferença entre ambas seria a rapidez com que a comunicação ocorre, e a fluidez de uma negociação em tempo real ou diferido.

Aqueles que defendem o seu uso, tendem a enumerar as supostas vantagens que a sistemática ofereceria. Dentre as principais delas, ressalta-se que uma ODR oportunizaria maior flexibilidade no agendamento e na condução do litígio, podendo ser conduzido com grande agilidade e objetividade quanto fosse oportuno. Para além de uma suposta redução de custos processuais, apontam os favoráveis que, as partes que optassem pelo uso de uma ODR para discutir, por exemplo, questões familiares poderiam fazê-lo de forma mais reservada e mais discreta. Outro mercado recorrente no uso de métodos de resolução online de disputas, seria o setor empresarial, marcadamente pelo aspecto sigiloso e confidencial dos dados comerciais ali transacionados entre particulares.

Em verdade, assistiria razão àqueles que se opõem ao uso das ODR na relação de consumo, quando argumentam os riscos que elas podem representar ao consumidor vulnerável e ao próprio exercício da efetiva justiça entre os seus assistidos. Afinal, se esta ferramenta presta um serviço de intermediação de solução de conflitos, ela precisa ter fonte de receita, fato este que, por si só, já daria uma forte conotação comercial ao exercício destas “empresas”.

Exemplo bastante corrente desta prática, verifica-se no setor de transporte aéreo de passageiros. É possível de se verificar por meio de uma simples consulta a um buscador de conteúdo na internet – como o Google – com a frase “*startup reclamação por atraso ou cancelamento de*

voo”¹. Serão necessários apenas 0,58 (cinquenta e oito centésimos de segundo) de segundo, para o resultado apontar a existência de 38.000 (trinta e oito mil) sites indicados a supostamente ajudá-lo.

As mensagens ao leitor são as mais assertivas (e preocupantes) possíveis. Alguns sites que aparecem nos resultados principais, já aparecem sob a alcunha “Anúncio”, naturalmente patrocinados, e com mensagens de certeza – do tipo “Tenha o seu caso analisado gratuitamente e receba R\$1.000,00 em 48 horas por seu problema de consumidor² – não só quanto ao ganho da causa, mas também de percepção de indenização por danos morais ou morais, por parte dos consumidores reclamantes.

Sem entrar no mérito das discussões sobre captação de clientes e eventuais desenlaces para com o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, temos a mercantilização da solução de uma lide, a falsa mensagem de certeza indenizatória e o real do estímulo ao enfrentamento que pode conduzir, ao fim, à própria judicialização que esta ferramenta deveria ajudar a evitar. Isso ocorreria desta forma, pelo fato das administradoras de ODR serem, na verdade empresas, que ofertam um serviço no mercado e atuam tendo interesses próprios na condução das suas tarefas, qual seja a busca por remuneração pelo serviço prestado

O cenário seria diferente, porém, se esta mediação virtual fosse feita por entidade técnica, desinteressada, especializada na área de atuação, com poder legítimo sobre as partes e atuando sem a remuneração direta ou vinculada a taxa ou percentual de sucesso.

Isso é exatamente o que se observa do desempenho, resultado e relevância das realizações e conciliações alcançadas pelo uso da plataforma digital, oficial do governo federal www.consumidor.gov.br, mantida e monitorada de perto pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

-
1. Google. Busca realizada pelo critério “*startup reclamação por atraso ou cancelamento de voo*”. Disponível em <https://www.google.com.br/search?q=startup+reclama%C3%A7%C3%A3+por+atraso+ou+cancelamento+de+voo&biw=1396&bih=656&ei=XQ7MYJCUNJ-v5OUP0t2puAY&oq=startup+reclama%C3%A7%C3%A3+por+atraso+ou+cancelamento+de+voo&gs_lcp=Cgnd3Mtd2l6EAM6BwgAEec-QsANQ4KUBWka-AWDU1gFoAXACeACAAaQBiAGHCplBAzAuOZgBAKABAoBB2d3cy13aXrIAQjAAQE&scient=gws-wiz&ved=0ahUKEWjQtt6xmQDxAhWf7kGHdJuCmc-Q4dUDCA4&uact=5>. Último Acesso em 12/08/2021.
 2. Mensagem de capa na *home* da LiberFly. Disponível em: <<https://www.liberfly.com.br/>>. Último Acesso em 12/08/2021.

De acordo com a multicitada publicação da SENACON, *Consumidor em Números 2020*, neste ano, registraram-se 1.196.627 (hum milhão, cento e noventa e seis mil, seiscentos e vinte e sete) reclamações finalizadas, em face de um total de 358 (trezentos e cinquenta e oito) empresas credenciadas para uso da plataforma, adequadas aos seus termos e condições. Nesta linha, o periódico indica que 78% das reclamações registradas na plataforma www.consumidor.gov.br são solucionadas pelas empresas participantes, cujas respostas eram apresentadas no prazo médio de 08 (oito) dias.

Em consonância com a formatação de trabalho desta plataforma governamental, podem ser repercutidas estas mesmas características e poder de solução por meio das ferramentas e canais de atendimento síncrono ou assíncrono mantidos por órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDIC), como as defensorias, promotorias e – mesmo não sendo órgão de defesa do consumidor – convém a menção aos canais de atendimento e solução mantidos pelas agências reguladoras.

3.3. O EXERCÍCIO DA JUSTIÇA PRIVADA: O USO DA ARBITRAGEM NA RELAÇÃO DE CONSUMO

A Arbitragem tem como seu principal marco legal a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, pela qual as pessoas capazes de contratar poderiam valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Para tanto, às partes interessadas seria assegurada a liberdade de submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Por sua vez, a cláusula compromissória – que deve ser estipulada por escrito, no próprio contrato ou em documento apartado – é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a um contrato existente entre elas. Pressupõe-se, no caso, a paridade e o equilíbrio de forças entre os contratantes, de modo haja a discussão e que não seja o caso de uma parte impor o uso deste método à outra.

Considerando o comando legal, convém observar que lançar mão da arbitragem, pressupõe que seja uma escolha livre das partes, em buscar a justiça privada ao invés da justiça convencional para busca da solução de um conflito. Esta escolha só seria livre e de plena valia, se pautada na consciência de como funciona a arbitragem, dos fins a que se presta, das consequências decorrentes desta escolha, e, ainda, dos

direitos dos quais pode se estar desistindo, ao se optar por fazer uso da arbitragem privada.

Mister, neste ponto, recuperar a informação de que é princípio fundamental das relações de consumo, nos termos do Art. 4º, I, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, fator este que o coloca em condição de desigualdade face ao fornecedor. Logo, o uso destes elementos em análise *prima facie*, já nos permitira entender que a arbitragem não poderia ser aplicada nas relações de consumo, vez que não há a paridade entre os polos da relação, nem teria livre escolha do método sem a imposição ou inclinação preferencial da parte poderosa, no caso, o fornecedor.

Vale mais uma vez a técnica do diálogo das fontes para identificar pontos sensíveis entre a legislação da arbitragem e a legislação consumerista, aqui mais especificamente nos referindo à inserção de eventual cláusula compromissória nos *Contratos de Adesão*.

No que toca à lei e Arbitragem (art. 4º, § 2º), entende-se que a referida cláusula só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. Ao seu turno a lei protetiva do consumidor entende que a inserção de a inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato, cuja interpretação deva ser feita sempre da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 c/c art. 54, § 1º, do CDC)

Este detalhe da cláusula compromissória em contratos de adesão é de tal ordem relevante, que deu causa e justificativa ao veto presidencial à Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterava a Lei nº 9.307/1996, no que tocou a pretensa redação do art. 4, § 3º. Importante, neste passo, as razões deste veto, na forma da Mensagem nº 162, de 26 de maio de 2015, com a seguintes razões, *in litteris*:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, 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 de proteção do consumidor.

Em tom ainda mais específico, um estudioso da matéria não poderia olvidar-se do quanto disposto no art. 51, VII do CDC, que considera nula de pleno direito a cláusula contratual que determinem a utilização compulsória de arbitragem.

Sobre isso, aqueles que entendem ser possível a aplicação da arbitragem na relação de consumo, buscam força no posicionamento da Min. Nancy Andrighi, convindo a análise do julgado no REsp nº 1.742.547, por meio do qual a eminente relatora entendeu que o art. 51, VII, do CDC limitaria o uso da arbitragem na relação de consumo se imposto de forma prévia e compulsória no momento da celebração do contrato. Aduziu que na conjunção de duas condicionantes quanto ao surgimento posterior de um litígio e havendo consenso entre as partes, com especial a aquiescência do consumidor, seria possível a aplicação do procedimento arbitral.

Ou seja, segundo a ministra seria possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição.

No entanto, embora este julgado possa guardar suas particularidades, a aplicabilidade da arbitragem não pode se limitar apenas à análise da manifestação de vontade das partes. Há de ser objeto de estudo, também, o levantamento das dificuldades para implementação da arbitragem de consumo.

Além da relação de consumo ser formada por desiguais e por manifestações de vontade de patamares diferentes, o estudioso deve dedicar atenção ao fato de que o processo arbitral é marcado pelo sigilo de conteúdo, ao tempo que a defesa do consumidor é matéria de ordem pública, interesse social e fundado em cláusula pétrea para instituir obrigação do Estado em promovê-la. O risco aqui exposto é o de se formarem paralelamente de um lado as jurisprudências do estado juiz, na análise das causas e no trato público dos processos e, de outro, um histórico desconhecido de formas de julgamento ou de entendimentos

Consideremos, de um lado, a existência e trabalho histórico dos órgãos de defesa do consumidor já existentes e vinculados ao Estado, adstritos às obrigações decorrentes da função social, dos deveres de proteção e às diretrizes das políticas públicas de defesa do cidadão. De outro passo, consideremos a possibilidade de a empresa criar as suas próprias câmaras arbitrais, para julgamento dos processos em que a empresa esta-

ria como ré ou como demanda no órgão público, mas que, agora, poderia ser processada e responder mais rápida e convenientemente no âmbito da câmara que ela mesmo contratou.

Gera temor em todo consumerista, imaginar que esteja sendo criada mais uma etapa na sucessão de tentativas infrutíferas de solução que, por sua vez, poderia inviabilizar ou fazer perder todo proveito útil das etapas anteriores, como, *v.g.*, refletir no atendimento dos Procons.

Dado que tratamos de partes desiguais na relação de consumo, adoção da arbitragem pode diminuir a proteção dos hipervulneráveis e hiposuficientes, em razão da ausência de voluntariedade, pois esses podem vir a aderir à arbitragem, sem saber que a decisão é vinculante, sigilosa e que o processo é financiado pelos fornecedores. Acrescente-se que em face destes mesmos vulneráveis tende a haver a enorme dificuldade de assegurar que o consumidor compreenda exatamente todos os impactos ao optar pela arbitragem.

4. CONCLUSÃO

É sabido que as divergências e os litígios estarão sempre presentes no cotidiano de qualquer cidadão, principalmente considerando o volume de relações de consumo que acontecem naturalmente, ao longo de um dia. Neste mesmo ritmo, aumentam-se os números de processos ajuizados, e do passivo pendente de julgamento no Judiciário.

Que o problema do aumento de demandas judiciais deva ser enfrentado, não há dúvidas. Questionáveis, porém, são algumas frágeis sugestões de como solver a situação de suposto excesso de judicialização – notadamente de causa de consumo –, que indicariam o uso de alguns métodos alternativos de solução de conflitos, típicos da justiça privada.

A mediação – em especial as resoluções virtuais de conflito (ODR, na sigla em inglês) – seria relativamente adaptável às especificidades da relação entre particulares, consumidor e fornecedor, desde tomasse por premissa a sua realização ou monitoramento necessário por parte de órgãos públicos. Seria o caso da interveniência realizada pelos Procons, pelas defensorias públicas, pelas promotorias de defesa do consumidor, bem como por agências reguladoras em discussões que tocassem ao seu setor específico.

O consumidor não tem técnica, nem poder econômico nem mesmo o substrato jurídico para discutir uma cláusula contratual com uma empresa. Porém, seria de se avaliar a implementação das ODR na iniciativa privada, condicionando-as ao controle e monitoramento da Ouvidoria da própria empresa. Isto porque, mesmo integrando o corpo estrutural

da empresa, uma ouvidoria por vocação, dedica-se a cuidar sob a melhor óptica da defesa do consumidor.

A mediação e a arbitragem, em especial, são métodos já em certo grau tradicionais e recorrentes em alguns ramos do Direito. Pelo conteúdo estudado e pelos dados e argumentos trazidos à mesa, nos pareceram de maior força e solidez as falas contrárias à aplicação desta modalidade de justiça privada às relações de consumo.

Com a devida *vênia* dos que defendam a Arbitragem em outros ramos do direito, o presente estudo não encontrou elementos que subsidiassem a defesa deste método quanto a sua aplicação na relação de consumo. Ao seu turno, os argumentos sustentam que a tentativa de implementação seria, em verdade, pejorativa a defesa do consumidor vulnerável. Este traço específico, marcante e inafastável do consumidor, não permitiria que ele pudesse estar em nível de igualdade com o fornecedor para subscrever uma cláusula compromissória pela arbitragem. Inatingível nem no início da negociação, nem na eventualidade do surgimento de uma contenda.

Entendemos como válido, e também bastante factível, o uso da rede já existente de órgãos públicos de defesa do consumidor, articulados em modo de sistema nacional que tem alta capacidade de resposta positiva e conciliatória. Haveria, então, um grande potencial a ser explorado por meio destes órgãos que – resolvendo efetivamente e em etapa extrajudicial – contribuiriam, ainda, para a desjudicialização que tanto se deseja, ofertando justiça acessível, a baixos custos e primando pela harmonização das relações de consumo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. **Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

_____. **Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre Arbitragem.

_____. **Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997**. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Federal nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

AB2L – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECH E LEGALTECH. **ODR: uma experiência positiva em soluções de conflitos em meio a pandemia**. Disponível em: <<https://>

ab2l.org.br/odr-uma-experiencia-positiva-em-solucoes-de-conflitos-em-meio-a-pandemia/>. Último acesso em 12 de agosto de 2021.

Conselho Nacional de Justiça. **Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais**. Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf>. Último acesso em 12 de agosto de 2021.

_____. **Relatório Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: 2020. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Último acesso em 12 de agosto de 2021.

COMPARATTO, Fábio Konder. **A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 13, or. 15/16, ano XIII, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FILOMENO, José Geraldo Brito, ET AL. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10ª Vol. I, rev. atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MPMG. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Diagnóstico Nacional do Consumidor – Víctima de conduta abusiva durante a pandemia**. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/diagnostico-nacional-traca-nova-perspectiva-do-perfil-habitos-e-comportamento-do-consumidor-em-tempos-de-pandemia.htm>>. Último acesso em 12 de agosto de 2021.

_____. BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. **Manual de Direito do Consumidor**. 7ª ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito Do Consumidor**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial (REsp nº 1742547 / MG (2018/0121028-6))**, autuado em 23/05/2018. Terceira turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi.

WADA, Ricardo Morishita. **A proteção do consumidor contra as práticas comerciais abusivas no código de defesa do consumidor: novo ensaio para sistematização e aplicação do direito do consumidor**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.

_____. **Da tutela administrativa do consumidor em tempos de pandemia da Covid-19**. São Paulo. Revista da Magistratura de São Paulo. 2021.