

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *SRTICTO SENSU* EM DIREITO**

GABRIELA CARMONA FREIRIA

**ARBITRAGEM E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO
PLÁSTICO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

CURITIBA

2021

GABRIELA CARMONA FREIRIA

**ARBITRAGEM E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO
PLÁSTICO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico, em Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Orientadora: Professora Doutora Andreza Cristina Baggio

CURITIBA

2021

GABRIELA CARMONA FREIRIA

**ARBITRAGEM E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO
PLÁSTICO SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico, em Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito, no Centro Universitário Internacional (UNINTER), pela Banca Examinadora formada pelos professores:

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Andreza Cristina Baggio
PPGD-UNINTER/PR – Orientadora e Presidente

Prof. Dr. Antônio Carlos Efig
PPGD-PUC/PR

Prof. Dr. Rodigo Xavier Leonardo
PPGD-UFPR/PR

Curitiba, 14 de setembro de 2021.

“A menos que modifiquemos à nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

(Albert Einstein)

Aos meus pais, MÔNICA e PIO JR., pelo amor, incentivo e apoio incondicional na elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus.

A minha querida orientadora, Professora Andreza Cristina Baggio, pelo incentivo, auxílio, discussões sobre o andamento e normatização desse tema e por ter acreditado em mim.

Aos meus pais, Mônica e Pio Jr., meus eternos amores e espelhos da vida, por toda a paciência, força, espontaneidade e alegria na troca de informações sobre o tema e principalmente pelo apoio interminável em meus estudos e nas horas difíceis, sempre presentes ao meu lado com um gesto de carinho ou uma palavra de motivação.

Ao meu querido tio, amigo e padrinho Nailor Marques Júnior, pelas inúmeras conversas, apoio, conselhos e incansável paciência, quando tudo parecia desmoronar, realmente fizeram a diferença.

Aos mestres, Alexandre Coutinho Pagliarini, Daniel Ferreira, Doacir Gonçalves de Quadros e Rui Carlo Dissenha, agradeço por todo ensinamento ao longo dos estudos, disponibilidade para discussões, compartilhamento de materiais de estudo, auxílio nas metas, apoio em momentos de dificuldade e incentivo em momentos de luta; sem eles e a minha orientadora, nada disso seria possível.

A Fernanda Menezes Calixto, minha sócia, que esteve ao meu lado durante essa trajetória, tendo que dividir a minha atenção com aulas, confecção de slides, apresentações, bancas de qualificações, palestras, entre tantas outras coisas e que nem por um minuto me abandonou ou deixou de me incentivar.

A Marisa Paludo, o meu muito obrigada! Ela é a responsável por configurar todos os meus trabalhos, incluindo a minha dissertação. Uma profissional ímpar, de trabalho impecável, que nunca me deixou desamparada, por mais atrasada que eu estivesse, portanto, não poderia deixar de ressaltar a minha gratidão para esse anjo na terra.

Por fim, sou eternamente grata a todos que de alguma maneira fizeram parte da minha trajetória acadêmica, compartilhando comigo informações e experiências.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O CONSUMIDOR E O ACESSO À JUSTIÇA.....	13
1.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA.....	13
1.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O ACESSO À JUSTIÇA.....	22
1.2.1 O Código de Defesa do Consumidor.....	26
1.3 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL.....	32
1.3.1 Direito do Consumidor como Direito Fundamental.....	42
2 ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	44
2.1 A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS.....	44
2.1.1 O que é Arbitragem.....	54
2.1.2 Possibilidade Arbitragem.....	55
2.1.2.1 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva na legislação brasileira.....	56
2.1.3 Impossibilidade Arbitragem.....	57
2.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO OU CONTRATO?....	59
2.2.1 Corrente Privatista.....	60
2.2.2 Corrente Publicista.....	64
2.2.3 Corrente Eclética.....	66
2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL.....	67
2.3.1 Arbitragem até o Brasil Monárquico.....	68
2.3.2 Arbitragem até o Brasil Republicano.....	70
2.4 A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS DE CONSUMO NO BRASIL.....	73
2.4.1 Aparente Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem.....	76
2.4.2 Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos.....	82
3 RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE COMO RELAÇÃO DE CONSUMO E A ARBITRAGEM.....	87
3.1 DIREITO À SAÚDE.....	87
3.1.1 Natureza Jurídica da Relação entre Médico e Paciente.....	90
3.1.2 A Relação de Consumo entre o Médico e o Paciente.....	94

3.2 DA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA	98
3.2.1 Da Responsabilidade do Cirurgião Plástico.....	101
3.3 ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE MÉDICO E PACIENTE	106
3.4 ARBITRAGEM NA RELAÇÃO ENTRE O CIRURGIÃO PLÁSTICO E O PACIENTE CONSUMIDOR COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO	111
3.5 EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA EM ARBITRAGEM.....	116
3.5.1 Arbitragem em Disputas por Erro Médico: Estados Unidos	119
3.5.2 Arbitragem em Disputas por Erro Médico: Coréia do Sul	121
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	123
REFERÊNCIAS	127

RESUMO

A arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos que ainda briga por maior adesão dos operadores do Direito quando estes necessitam decidir qual é a forma mais eficiente de se fazer justiça, visto que a prioridade é fornecida, em regra, ao já conhecido processo judicial. A arbitragem está disposta na Lei nº 9.307/96 e pelo ano em que entrou em vigência é plausível compreender que não se trata de um sistema novo, apesar da sua pouca utilização diante do número de ajuizamento de demandas frente ao Poder Judiciário. O presente trabalho possui como pertinência, demonstrar o cabimento e a ampliação da utilização do procedimento arbitral na solução típica de desentendimentos que assegurem o direito constitucional à saúde visto que o sistema processual tem saturado o Poder Judiciário com uma inundação de processos em boa parte fruto do fenômeno direito médico e judicialização da saúde. Para alcançar o objetivo proposto, estudar-se-á a legislação arbitral vigente e a doutrina pátria, visando entender quais são as demandas que podem ser submetidas ao sistema arbitral. Uma vez limitado o objeto aceito como passível de ser resolvido pelo instituto arbitral, analisar-se-á quais as áreas da saúde que podem a ele ser submetidas e em quais condições e casos, procurando levar em consideração a massificação do ordenamento jurídico e a necessidade em se garantir um resultado mais rápido, menos oneroso e mais próximo do que o paciente de fato almeja.

Palavras-chave: Direito médico; Relação de consumo; Arbitragem; Possibilidade.

ABSTRACT

Arbitration is an alternative method of conflict resolution that still fights for greater adherence by law practitioners when they need to decide what is the most efficient way to do justice, as priority is, as a rule, given to the already known judicial process. Arbitration is provided for in Law No. 9,307/96 and for the year in which it came into force, it is plausible to understand that this is not a new system, despite its little use given the number of claims filed before the Judiciary. The present work has the pertinence of demonstrating the appropriateness and expansion of the use of arbitration proceedings in the typical solution of disagreements that ensure the constitutional right to health, since the procedural system has saturated the Judiciary Power with a flood of cases, largely the result of phenomenon, medical law and the judicialization of health. To achieve the proposed objective, the current arbitration legislation and the national doctrine will be studied, aiming to understand the demands that can be submitted to the arbitration system. Once the object accepted as capable of being resolved by the arbitration institute is limited, it will be analyzed which areas of health may be subject to it and under what conditions and cases, seeking to take into account the massification of the legal system and the need in guaranteeing a result that is faster, less costly and closer to what the patient actually wants.

Keywords: Medical law; Consumer relationship; Arbitration; Possibility.

INTRODUÇÃO

O direito do consumidor representa um dos assuntos mais em destaque no mundo atual. A razão dessa importância é consequência é resultado da sociedade contemporânea, ou seja, decorrência da forma como ela se apresenta organizada: produção e consumo em grande escala, uso seguido de robustas estratégias de marketing, mundialização do comércio e das finanças, aumento do crédito, entre outros.

Desse modo, o consumidor passou a ser a imagem central e de extrema relevância, visto que ele é o responsável pela compra e utilização dos serviços, que dizer, ele é quem faz com que o mercado global siga em movimentação, deixando ativa a economia dos países.

Porém, em que pese o consumidor ocupe uma função de destaque, ele e o fornecedor, não estão do mesmo patamar, uma vez que o fornecedor possui em tese, prioridade técnica, financeira e jurídica.

A questão do acesso à Justiça assume importante papel nesse contexto, haja vista que propõe uma igualdade de oportunidades para as partes no decorrer da demanda, assegurando-lhes todos os mecanismos necessários para a defesa apropriada dos seus direitos. Isso vem de maneira oposta ao favorecimento dos fornecedores, passando a beneficiar de modo direto os consumidores. A ideia seria deduzir que o fornecedor teria sucesso na demanda, visto que usualmente possui a sua disposição todos os métodos para esse fim. Porém, a ideia de acesso à Justiça chegou para acabar com essa presunção, pois, busca a extinção do desnivelamento entre os envolvidos.

O presente estudo possui como objetivo realizar uma breve análise sobre o acesso à justiça, o Código de Defesa do Consumidor e sobre métodos alternativos, para resolução dos conflitos.

Uma das discussões em destaque nos últimos anos dentro do processo civil brasileiro é a morosidade do Judiciário. A Emenda Constitucional nº 45/04 assegurou a todos, na esfera judicial e administrativa, a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). É uma segurança constitucional, isto é, calcada em um nível de alta relevância dentro do cenário social e jurídico brasileiro.

Nota-se que o processo jurisdicional brasileiro não se encontra eficaz, não consegue oferecer justiça em tempo considerável. Um dos problemas iniciais é a falta de estrutura e funcionários. Aponta-se que existe um erro na busca ininterrupta pelas modificações processuais com fundamento somente na letra da lei. A principal mudança que precisa ocorrer é um aperfeiçoamento na gestão da justiça brasileira, com um maior número de funcionários, melhora na estrutura e uma execução administrativa mais eficaz.

Desse modo, a procura por métodos alternativos é uma das prováveis soluções frente à falta de mudança na situação do Poder Judiciário. O Estado, se tornou o responsável pela tutela da resolução de conflitos, assumiu essa função com a faculdade de proporcioná-lo com competência. Quando esta não é atingida, necessita intermediar e facilitar a solução por meio de mecanismos privados.

Isso porque, além dos prejuízos financeiros ocasionados pela lentidão, existe também a questão psicológica que fica abalada. O consumidor é prejudicado pelo fornecedor e também por quem seria o responsável por cuidar da sua proteção, evitando que mais prejuízos sejam suportados. O Estado na sua função de pacificador social causa ainda mais danos a população, incorrendo em um sentimento de injustiça, impunidade e desamparo.

Por isso, neste trabalho, o foco foi a procura por um método alternativo de solucionar controvérsias de consumo que fosse célere, eficaz e mais vantajoso aos consumidores prejudicados. Nesse sentido analisou-se a crise do Poder Judiciário e o acesso à justiça, seguido da arbitragem como método de solução, a qual consiste em um processo alternativo extremamente semelhante ao processo jurisdicional. Nele existe a presença de um árbitro ou colégio arbitral, geralmente definido pelas partes, que vai solucionar o conflito emitindo um laudo ou sentença arbitral e assim como acontece com a sentença emitida pelo juiz, possui plena eficácia de coisa julgada e vincula as partes.

Dada a relevância dos métodos alternativos para a solução de conflitos, diante da sobrecarga do Poder Judiciário, analisar-se-á a utilização da arbitragem pelos profissionais do Direito, no que tange as questões que envolvam saúde, ou seja, que envolvam o direito médico.

Assim, estudar-se-á o cabimento e a utilização da arbitragem nesse âmbito, especificamente no que se refere a cirurgia plástica, por ser considerada uma atividade fim. Para tanto, iniciar-se-á discorrendo sobre o consumidor e o acesso à justiça,

perpassando pela crise do Poder Judiciário, juntamente com o direito constitucional de acesso à justiça. Em seguida, adentrar-se-á na verificação do procedimento arbitral para assegurar os direitos dos consumidores, delimitando qual é a classe de direitos que possuem permissão da legislação e que podem ser assegurados por esse meio, verificando o alcance dos direitos relativos ao direito médico. Por fim, levantar-se-ão alguns aspectos positivos no que tange a sua utilização no caso entre médico (cirurgião plástico) e paciente.

O direito constitucional de acesso à justiça é um direito fundamental que, se não assegurado, traz a derrocada da própria sociedade. E enquanto as medidas de políticas públicas na área da saúde forem limitadas e sem eficácia para atender dignamente a população brasileira, assim como estiver sobrecarregado o Judiciário, existirão demandas a se ampliar no tempo pedindo a ajuda dos métodos disponíveis de resolução de conflitos e dentre eles a arbitragem.

1 O CONSUMIDOR E O ACESSO À JUSTIÇA

O presente capítulo versará sobre o consumidor e o acesso à justiça, com a finalidade de discutir direitos e instrumentos processuais aptos a assegurar ao consumidor um verdadeiro e efetivo acesso à Justiça.

A seguir, serão elencados os fundamentos constitucionais do consumidor, que tem como intuito assegurar a proteção do mesmo, dando-lhe, acima de tudo oportunidade de litigar nas mesmas circunstâncias dos fornecedores.

No mais, serão analisados mecanismos que permitem a desjudicialização do Poder Judiciário.

1.1 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O Poder Judiciário encontra-se atualmente em um cenário de crise, em que o número de demandas em trâmite está sobrecarregando os tribunais, o que dificulta a prestação jurisdicional, que é responsabilidade do Estado. O crescimento no número de demandas no ordenamento jurídico pátrio é fruto de inúmeras razões como a inconstância jurídica das normas que aparentam não acompanhar o progresso da humanidade, assim como a falta de organização por parte do Poder Público, no entendimento de se dedicar as políticas públicas para se assegurar o acesso efetivo à justiça. Consequentemente, os tribunais estão ficando atolados de demandas que poderiam ser decididas de outras formas distintas da via judicial.¹

Resta claro que a quantidade de funcionários da Justiça no Brasil se apresenta insuficiente para responder às necessidades da população, já que o número de demandas judiciais possui um grande índice de aumento, isto é, cada vez mais os sujeitos recorrem ao Poder Judiciário com a intenção de obter a resolução dos seus litígios. Em específico a Justiça no Brasil segundo o ex-presidente da OAB/SP “de cada 10 processos nas prateleiras do Judiciário, apenas

¹ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Morosidade: crise do Judiciário ou crise do Estado? **Revista Consultor Jurídico**, 29 ago. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-29/morosidade_crise_judiciario_ou_crise_estado> Acesso em: 31 jun. 2020.

três são julgados no ano, significando que a taxa de congestionamento da Justiça, em todos os ramos, é de 70%”.²

O conceito de que o Estado, na imagem do Juiz de Direito, é incumbido por julgar e decidir os processos judiciais dos cidadãos é decorrência de um costume da judicialização. Anteriormente – entre 1.728 e 1.686 a.C –, a solução de conflitos era estabelecida de acordo com a tradição e cultura de cada região, sem a intervenção do Estado.

Em um cenário histórico, é possível perceber que os conflitos fazem parte das relações humanas e a forma que tais conflitos de interesses são resolvidos progrediu com o passar do tempo, levando em consideração a cultura de cada povo e os seus costumes. Analisa-se que anteriormente prevalecia a Lei de Talião simbolizada pela famosa frase “olho por olho, dente por dente”, isto é, o mais forte imputa a sua vontade ao mais fraco, o que causava um sentimento de injustiça e insegurança aos cidadãos.³

Diante do exposto, o judiciário brasileiro vem passando por uma crise de credibilidade, como resultado da excessiva burocracia e da prestação de resoluções morosas e ineficazes que apresentam ao jurisdicionado. Tal circunstância gera graves violações aos direitos previstos na CF/88.

A ineficiência do sistema judicial no Brasil⁴, confirma a necessidade de modificações na maneira de abordagem do conflito, com o intuito de alcançar maior efetividade na solução dos impasses, assunto esse que será tratado mais adiante.

Entre os diversos fatores que restringem o acesso à justiça no Brasil é possível mencionar: a morosidade da decisão judicial – conforme dito acima, o elevado custo da prestação jurisdicional, inumeráveis processos, falta de estrutura, falta de funcionários, de defensores públicos, de juízes, de promotores, entre outros. Juntamente com a falta de informação e desconhecimento dos próprios direitos por parte dos sujeitos. Nesta seara, Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁵ sinalizam como

² D'URSO, Luiz Flávio Borges. Crise no poder judiciário. **Jornal DCI**, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/113>> Acesso em: 31 jun. 2020.

³ SILVA, Luzia Gomes da. A evolução dos direitos humanos. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 6 ago. 2021. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34507/a-evolucao-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 31 jun. 2020.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. 238p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 13 jun 2021. p. 30-60.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 15-29.

principais entraves do acesso à justiça a serem derrotados os de natureza temporal, econômica e psicológica.

Os problemas de caráter temporal são deliberados pela lentidão da prestação judiciária em virtude da morosidade da demanda. O retardar na finalização dos processos é um contexto difícil que engloba de forma direta a efetivação e aplicabilidade do direito de acesso à justiça, bem como a confiabilidade do fornecimento jurisdicional do Poder Judiciário. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth é sistematicamente comprovado que “na maioria dos países as partes esperam por uma solução judicial por, não menos que, dois ou três anos para que se tenha uma decisão que seja exequível.”⁶

O correto é que, à parte, ao procurar a tutela do Estado por meio do Poder Judiciário não espere que lhe seja garantido apenas o direito teórico ou a averiguação subjetiva da validade de seu direito. Sua ideia é obter na prestação jurisdicional, a maior celeridade possível, tendo uma decisão judicial que finalize a situação por inteiro. E no caso de a pretensão não ser satisfativa só existe um caminho possível para satisfazer a sede de justiça do demandante: a execução de medidas de autoridade para confirmar o inadimplemento, intervindo de maneira coercitiva na esfera patrimonial do sujeito que não cumpriu com a devida prestação.⁷

Algumas dificuldades existentes, relacionadas aos empecilhos institucionais, como a falta de juízes e de assessores, ou em decorrência da complexidade do sistema processual, que permite a interposição de inumeráveis recursos, ocasionam em um Judiciário lento.⁸

A crise do Poder Judiciário e o acesso à justiça não estão somente ligados ao problema da morosidade. Outra dificuldade apontada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁹ e visíveis na realidade do Brasil é o alto custo que existe para manter uma demanda. Os indivíduos mais humildes são os que mais sofrem com esse ônus. Uma ação gera diversos gastos, seja por causa de altos valores cobrados pelos patronos, ou mesmo, pelo pagamento de custas, somando-se a isso o problema dos recursos, que devido aos seus altos valores acaba por reverter o Estado

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 20.

⁷ *Idem.*

⁸ MARANGUAPE, Aísla Lanne Vasconcelos; MARANGUAPE, Fânila Edmer Vasconcelos; VASCONSELOS, Dennis Fagner. A morosidade do âmbito judiciário. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 199, 1 ago. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-morosidade-no-ambito-judiciario/>> Acesso em: 31 jun. 2020.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 21.

Democrático de Direito novamente em um Estado Liberal. Para Mauro Cappelletti¹⁰ o acesso à justiça é tão dispendioso que os custos da ação acabam por não compensar o valor da causa almejado.

Os cidadãos mais afortunados enfrentam com menor impasse o elevado custo imposto para ter o devido acesso à justiça. Nesse sentido lecionam Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

Essas pessoas têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mão de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa.¹¹

À vista disso, o acesso à justiça deixou de ser uma limitação de acesso aos tribunais, auferindo o significado de “ordem jurídica justa”.¹² Tornou-se uma condição essencial de validade e eficiência de um sistema jurídico, que objetiva garantir direitos, baseado em aspectos igualitários de direito e justiça, inclinado a sanar os conflitos de maneira célere, efetiva e adequada. Passou, assim, o acesso à justiça a se conciliar com o princípio da eficiência administrativa¹³, e a se considerar como o mais essencial dos direitos fundamentais.¹⁴

O entendimento jurídico-político do acesso à justiça desde o advento do Estado Social de Direito – também chamado Estado do Bem-Estar, responsável por buscar a igualdade. O direito do acesso à justiça – diz respeito ao direito de cada indivíduo, sozinho ou como parte da coletividade, possui ao exercício da jurisdição sobre deliberada pretensão de direito material. Tal direito, não se limita ao direito de provocá-la, mas compreende também a consubstancialização das garantias processuais pelo direito de defesa, que não deve ser prejudicado por obstáculos não plausíveis, como o custo e a morosidade processual. O direito ao acesso à justiça abrangendo toda a atividade jurídica, como a formação de normas, sua aplicação e

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 22.

¹¹ *Ibidem*, p. 21.

¹² WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁴ CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo ministério público - uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006. p. 36.

interpretação, a tutela jurisdicional se constitui “um bem comum aos indivíduos” e se junta como um valor e pressuposto próprio à dignidade da pessoa humana.¹⁵

Na visão de Hans Kelsen, a diretriz correta dentro da teoria do direito material, frequentemente chamada de racionalista:

É aquela cujos representantes, procuram deduzir da razão as normas de um direito justo. Eles admitem que estas normas são imanentes a razão ou, o que dá no mesmo, que a razão, como autoridade normativa, como legisladora, prescreve aos homens conduta reta, isto é, a conduta justa. Este direito é o natural, porque é o racional.¹⁶

Contudo, a realidade social é o principal fator na caracterização do direito de acesso à justiça. Esta realidade indica causas políticas, culturais, econômicas e sociais que refletem, indiretamente e diretamente, na execução do direito, intervindo na formação e conservação de um cenário de exclusões e diferenças.

Existe uma indistinta exigência no amplo mundo em que o direito atua, a saber, que todas as pessoas devem ser tratadas da mesma maneira. A igualdade como um valor social requer o reconhecimento por meio de informações e orientações que concedem o pleno entendimento da existência de um direito.

A CF/88 em seu artigo 5º afirma que “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”, assim sendo, os procuradores e as partes necessitam ser dignos de tratamento igualitário e, dessa forma, devem usufruir das mesmas possibilidades de fazer ter validade em juízo as suas razões. Além disso, o artigo 3º da CF/88 dispõe sobre os objetivos fundamentais.¹⁷

Desse modo, todos têm de ser tratados de forma igualitária, sendo imunes a preconceitos, sejam eles de natureza social, econômica ou ética. A CF/88 prevê de forma expressa direitos e garantias fundamentais inerentes a toda população,

¹⁵ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57.

¹⁶ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martes, 2003. p. 85.

¹⁷ Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II- garantir o desenvolvimento nacional;

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988).

contudo, ao prever tais direitos, o legislador gerou certa esperança no jurisdicionado no que tange a efetivação dos direitos fundamentais.

O direito de acesso à justiça é decorrente de um movimento que preserva a efetivação dos direitos e garantias fundamentais próprias da população. Esta movimentação possuía a finalidade de assegurar que todos os sujeitos possuam acesso à justiça de maneira igualitária, afirmando-se assim a efetivação dos seus direitos individuais e sociais, como aduzem Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.¹⁸

No Brasil, a efetivação do Estado Democrático de direito objetiva garantir o acesso à justiça pertencente a todos os cidadãos, conforme disposto na CF/88 em seu artigo 5º, inciso XXXV. Tal direito fundamental possui a finalidade que assegurar que todo cidadão seja protegido pela justiça de forma igualitária, distanciando-se da ideia de que o mais forte imputa a sua vontade ao mais fraco.

Ao asseverar o acesso à justiça a toda população o Estado se viu obrigado a colocar à disposição a tutela jurisdicional se utilizando de instrumentos que permitam o acesso dos indivíduos à justiça, logo, concedeu a solução de conflitos ao Poder Judiciário através da aplicação do direito objetivo a cada caso concreto.¹⁹

A tutela jurisdicional efetiva, no Estado Democrático de Direito, não é somente uma garantia em si, é também um direito fundamental, cuja eficiência é necessária para assegurar, o respeito à dignidade da pessoa humana.²⁰

Nos ensinamentos de Leonardo Greco, os processos de constitucionalização e internacionalização dos direitos fundamentais, criados na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supremas de Direitos Humanos, apresentam o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, lapidado nas denominadas garantias fundamentais do processo.²¹

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 11-13.

¹⁹ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 41.

²⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: _____. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 228.

²¹ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 229.

Isto é, no que tange aos métodos de acesso à justiça, em vista dos novos compromissos assumidos pelos processualistas modernos, surge a preocupação da oferta de um processo de garantia. Nessa perspectiva, o processo digno será aquele que viabilizar um jeito de garantia mínima a toda população, tendo em vista a intensiva busca por resultados justos, pressupõe o oferecimento de um meio íntegro.

Além disso, a equidade de oportunidades consentira a valorização de uma demanda baseada na conversa humana, em contradição ao processo autoritário, de resultados a qualquer custo. Por essa razão que os limites impostos pelas garantias precisam ser considerados quando existir excessos no que tange a busca por resultados, sob o risco de se alcançar apenas um processo estatístico.

É sabido, que os direitos fundamentais seriam repartidos em dois grandes grupos, quais sejam: os direitos a prestações e os direitos de defesa. Os direitos a prestações, ou direitos sociais, seriam aqueles tipificados no uso da atividade prestacional do Estado. Já o direito de defesa, ou direitos de liberdade, significariam aqueles caracterizados pela proteção do cidadão em face do Estado, precisando de uma privação para seu pleno gozo.²²

As garantias processuais, como tutela jurisdicional efetiva, formam-se direitos positivos, que consistem em prestações positivas do Estado²³, ressaltando-se que seu lado defensivo não pode ser ignorado.

Além da proteção, a efetividade constitui a tendência moderna da flexibilização das técnicas e do sistema processual para a concessão de um processo mais humanitário e com qualidade de decisões.²⁴

De acordo com Carlos Henrique Ramos: “O direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito a técnica processual adequada (norma processual); instituição de procedimento capaz de viabilizar a participação; e a própria resposta jurisdicional”.²⁵ Diante do exposto, o que se pretende é o maior grau de efetividade respeitando-se o conteúdo mínimo das garantias fundamentais do processo. Isto é, o processo justo nada mais é que aquele formado de acordo com as garantias constitucionais processuais.

²² RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 185.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 49.

²⁵ RAMOS, Carlos Henrique. *Op. cit.*, p. 39.

O mencionado conjunto de garantias está presente no que se define como devido processo legal, previstos nas Emendas 5^a e 14^a da Constituição Americana, ou como processo justo, encontrado na Convenção Europeia de Direitos Humanos, além do artigo 111 da Constituição italiana. Além do mais, no Brasil, essas garantias estão consagradas na Constituição, no artigo 5^o, incisos XXXV, LIV e LV, que prevê as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.²⁶

Ante o exposto, cumpre aclarar que o “conteúdo mínimo” dessas garantias descreve com precisão a ideia de uniformidade de conteúdo, visando definir padrões para sua proteção, uma vez que a eficácia dos direitos fundamentais depende da máxima proteção e a menor restrição possível. A ideia de jurisdição é definida como função pacificadora e soberana do Estado de solucionar os conflitos intersubjetivos, decidindo, por meio dos juízes, as pretensões e impondo suas decisões. Uma vez considerado monopólio estatal o exercício da jurisdição, é indispensável a necessidade de garantir a todos os sujeitos o acesso ao Poder Judiciário.

O acesso à justiça é o direito de qualquer indivíduo de dirigir-se ao Judiciário e esperar dele um pronunciamento sobre as exigências apresentadas. Além de permitir a obtenção da tutela de um direito, o acesso à justiça abarca também o direito de defesa e de influência na atividade jurisdicional por aquele em face do qual ela foi instigada.²⁷ Isto quer dizer que, não basta garantir o direito de levar processos ao conhecimento do Judiciário, mas tem que existir garantia do alcance efetivo da ordem jurídica justa.

Considerando que o Estado intervém nas relações entre os sujeitos e a necessidade de preservar os direitos fundamentais dos jurisdicionados, limites foram exigidos à atuação daquele. Deste modo, a garantia de acesso à justiça não exaure em si mesma, é essencial o devido processo legal, ou seja, necessita de um conjunto de outras garantias e de oportunidades estipuladas em lei venham acompanhadas dela para ser usada de limite ao exercício do poder pelo juiz.²⁸

Sobre o devido processo legal, determina no inciso LIV, do artigo 5^o, da Constituição, resultam, ainda, os princípios do contraditório e da ampla defesa, e o direito a uma tutela jurisdicional legítima, possibilitando, portanto, na garantia de

²⁶ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 228.

²⁷ *Ibidem*, p. 229.

²⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 374-375.

acesso à justiça, qual seja, adequada, eficaz e célere. Segundo Fredie Didier Jr., o devido processo legal pressupõe efetivo, em que se concretize o direito material reivindicado.²⁹ Já Cândido Rangel Dinamarco leciona a efetividade como aptidão a pacificar as insatisfações, de acordo com os critérios de justiça e analisando-se os princípios e garantias constitucionais e processuais.³⁰

Nessa linha de raciocínio, é de elevada importância a consciência da necessidade de se fazer da demanda um método efetivo para a realização da justiça por parte dos órgãos jurisdicionais. Contudo, para conquistar o objetivo de tutela do direito material, desempenhando, deste modo, o rito previsto em lei, a demanda depara-se com certos empecilhos à sua efetividade.

Um dos maiores problemas à efetividade da tutela jurisdicional, como já dito anteriormente, é a morosidade do Poder Judiciário, tanto no que diz respeito à emanção das medidas judiciais quanto ao seu cumprimento, adicionado ao elevado valor do ingresso em juízo. Consoante a eficiência do resultado, as decisões necessitam ser tempestivas para que o processo cumpra sua incumbência institucional.³¹

Além disso, Leonardo Greco confirma que, o acesso à justiça possui ainda outros tipos de impasses: os obstáculos econômicos; empecilhos geográficos e; embaraços burocráticos.³²

Isto posto, constata-se que, para o verdadeiro alcance da efetividade do processo, é essencial a citação de mecanismos que possibilitem que as diversas garantias fundamentais e preceitos, constitucionalizados ou não, sejam realizados de forma plena, proporcionando, desse modo, a todo indivíduo, o efetivo acesso à suposta inatingível justiça, tais como os métodos alternativos de solução dos conflitos, para a obtenção de um ordenamento jurídico, justo e de qualidade.

²⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 23. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 1. p. 40.

³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade...** *Op. cit.*, p. 375.

³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997. p. 63.

³² GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 197-223.

1.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O ACESSO À JUSTIÇA

Da expressão “acesso à justiça” é possível extrair diversos significados, já que está diretamente ligada ao contexto sócio-histórico a que se relaciona. Desse modo, somente é plausível compreender seus diversos conceitos na medida em que se analisam as características próprias de cada sociedade.³³

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à Justiça constitui o mais simples dos direitos humanos e é requisito indispensável de um sistema jurídico que se intitula igualitário e moderno, que busque não apenas listar os direitos dos cidadãos, mas também garantir eles.³⁴

No século XX, com o desdobramento da industrialização, da comunicação, das tecnologias de informação e comunicação, constatou-se que a lesividade aos direitos não se limitava ao plano individual. Pelo contrário, foi neste cenário que ficou solidificado que a difusão cultural e atividade econômica, construídas em larga escala, atingiam toda a sociedade, visto que a vulnerabilidade era entendida como característica inerente a todo sujeito nas relações de trabalho e consumo. A partir daí, o acesso à justiça passou a fazer parte do papel interventor do Estado, compelido a assegurar os emergentes direitos da sociedade, assim como os direitos individuais já existentes.³⁵

De outra forma, ficou evidente que não seria mais possível associar a justiça à igualdade garantida nas leis internas. Os regimes nazista e fascista demonstraram que é possível relacionar a violação aos direitos humanos nos preceitos jurídicos internos, os quais subentendiam a igualdade somente entre indivíduos da mesma ideologia política, classe social e etnia, à medida que não disponibilizavam métodos constitucionais propícios para a verdadeira tutela jurídica. Neste segmento, aduz Ricardo Castilho³⁶ que, em momento anterior da busca pelo acesso à jurisdição, estaria à procura pelo acesso à tutela jurisdicional de uma forma justa. Afinal, para

³³ Todo e qualquer conceito de “justiça” representa um juízo de valor, apresentando como finalidade uma eficácia retórica (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Ideologia*. In: **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 660-666).

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 12.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 159.

³⁶ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 12.

que o direito fosse aplicado de forma discriminatória e injusta, o mais adequado seria dificultar o acesso à justiça.³⁷

À vista disso, o acesso à justiça deixou de ser uma limitação de acesso aos tribunais, auferindo o significado de “ordem jurídica justa”.³⁸ Tornou-se uma condição essencial de validade e eficiência de um sistema jurídico que objetiva garantir direitos, baseado em aspectos igualitários de direito e justiça, inclinado a sanar os conflitos de maneira célere, efetiva e adequada. Passou, assim, a se conciliar com o princípio da eficiência administrativa³⁹, e a se considerar como o mais essencial dos direitos fundamentais.⁴⁰

O entendimento jurídico-político do acesso à justiça desde o advento do Estado Social, portanto, diz respeito ao direito de cada indivíduo, sozinho ou como parte da coletividade, possui ao exercício da jurisdição sobre deliberada pretensão de direito material, o qual não se limita ao direito de provocá-la, mas compreende também a consubstancialização das garantias processuais pelo direito de defesa, que não deve ser prejudicado por obstáculos não plausíveis, como o custo processual e a morosidade. Abrangendo toda a atividade jurídica, como a formação de normas, sua aplicação e interpretação, a tutela jurisdicional se constitui “um bem comum aos indivíduos”⁴¹ e se junta como um valor e pressuposto próprio à dignidade da pessoa humana.

Na atualidade, observa-se, assim, que o acesso à justiça é um fato complexo, cujos legisladores estão preocupados com as condições econômicas, culturais e sociais predominantes na sociedade e não simplesmente com a dimensão metodológica da tramitação processual⁴², buscando não apenas promover a igualdade formal à tutela jurisdicional, mas também, e especialmente, a igualdade material. Desse modo, o acesso à justiça, apresenta-se, de maneira intrínseca diretamente vinculada aos direitos fundamentais do indivíduo.

³⁷ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 129.

³⁸ *Ibidem*, p. 128.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; LUDWIG, Guilherme Guimarães. Entre o acesso à justiça e a “dependência química” do judiciário: a conciliação prévia como resgate da cidadania. **Revista Síntese**, São Paulo, ano XII, v. 12, n. 71, p. 7-33, maio/jun. 2011.

⁴⁰ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 36.

⁴¹ CICHOCKI NETO, José. *Op. cit.*, p. 57.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12.ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 170.

A proclamação da Constituição Federal do Brasil de 1988 delineou a transição de um regime conhecido como militar e autoritário, que se instalou no país entre 1964 e 1985, para um sistema de governo denominado de civil. Nesta lógica, a atividade de acesso à justiça que se instaurou no território nacional a partir do ano de 1980, e que obteve proteção nos dispositivos constitucionais, teve apoio no próprio processo de abertura política, o qual procurou reconquistar o significado de cidadania dos brasileiros, assim como garantir os direitos até então esquecidos e limitados.

Nesse cenário, o legislador originário manifestou-se, no início da Constituição, a nítida vontade de fixar no âmbito nacional um Estado Democrático de Direito, designado a garantir os direitos individuais e sociais, a equidade e a justiça como valores superiores da sociedade brasileira. Determinou, assim, no 1º artigo da CF/88, a dignidade e cidadania da pessoa humana como elementos da República Federativa do Brasil.

O acesso à justiça, em vista disso, foi construído à categoria do princípio e garantia constitucional, sendo conhecido, em uma primeira oportunidade, por meio do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, cuja estipulação encontrou amparo no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88.⁴³

A legislação vigente, por meio desse princípio, relaciona o acesso à justiça a uma categoria de jurisdição denominada de heterocompositiva. Isto é, ao aparecer um desentendimento na sociedade, as partes descontentes têm que pedir ajuda ao Poder Judiciário, com o intuito deste apresentar qual o melhor entendimento dos mecanismos legais em vigência para o deslinde da questão em discussão e, por conseguinte, determinar uma decisão oponível aos envolvidos. O Poder Judiciário executa, assim, significativo papel no Estado de Direito, já que se torna encarregado direto pela paz social e harmonia.

De acordo com Paulo de Tarso Brandão⁴⁴, a resolução de conflitos através do Poder Judiciário está diretamente ligada à ideia de jurisdição e, desse modo, toda vez que o indivíduo tiver a prestação judicial negada, terá sofrido imperiosamente

⁴³ Artigo 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: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL. **Constituição Federal**, 1988).

⁴⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e Acesso à Justiça. In: ROSA, Alexandre Moraes da. (Org.). **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. São José: Conceito Editorial, 2006. p. 17.

uma ofensa ao direito fundamental do acesso à justiça. Conseqüentemente, a solidificação deste direito pela via judiciária transforma-se uma “promessa-síntese”⁴⁵ da competência instrumental alusiva às garantias processuais. Sobre o assunto:

A elevação de inúmeros princípios processuais e a inscrição de diversos instrumentos, na ordem constitucional, constitui manifestação inequívoca, no sentido de uma opção política pela realização de uma atividade jurisdicional justa. Assim, conformam-se à garantia do acesso os princípios do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV); o contraditório e a ampla defesa (inc. LV); o Juiz natural (inc. LIII); a assistência jurídica integral e gratuita aos que necessitarem de tutela jurisdicional (inc. LXXIV); e os instrumentos processuais constitucionais do mandado de segurança, individual [inc. LXI] e coletivo [inc. LXX], do habeas corpus [inc. LXVII], do habeas data [inc. LXXII], o mandado de injunção [inc. LXXI], a ação popular [inc. LXXIII], além de outros direitos e garantias acolhidos por tratados internacionais que o Brasil faz parte.⁴⁶

É imprescindível perceber também, assim como faz José Renato Nalini⁴⁷, que o princípio da inafastabilidade (sinônimo de acesso à justiça) manifesta não apenas o simples direito ao acesso aos tribunais pátrios, mas a proteção universal de que o Poder Judiciário estaria aberto à defesa de qualquer sujeito que sofre ou encontre-se na ameaça de sofrer prejuízo a um direito, seja contra poderes públicos, seja contra particulares. O cenário processual construído na Constituição Federal de 1988, portanto, renova em relação aos textos constitucionais pregressos que também o assegurava.⁴⁸ Nela, a via judicial não se relaciona somente com a defesa jurídica dos direitos individuais, mas também dos direitos elencados como transindividuais.

Nesta sequência, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) contemporânea amplia o sentido de competência da jurisdição brasileira, sob a qual reflete a preocupação com os direitos fundamentais do indivíduo. Nos ensinamentos de Castilho⁴⁹, isto acarreta em significativa redução da ineficácia instrumental do processo e, conseqüentemente, uma consubstanciação material ao acesso à justiça, de modo que novos mecanismos são apresentados pelo ordenamento jurídico para

⁴⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Op. cit.*, p. 109.; LUDWIG Guilherme Guimarães. *Op. cit.*, p. 7-33.

⁴⁶ CICHOCKI NETO, José. *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁷ NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 61-69, set./dez.1997.

⁴⁸ Referência às Constituições de 1946 (art. 141, §4º), de 1967 (art. 150, §4º) e a Emenda Constitucional nº 1 (art. 153, §4º).

⁴⁹ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 36.

materializar da forma correta a tutela dos conflitos aptos a desafogar o Judiciário, entre os quais os direitos outrora não tutelados coletivamente.

Menciona-se, por exemplo, a disposição constitucional acerca do direito do consumidor, elencado no artigo 5º, inciso XXXII. Pela primeira vez no Brasil, a defesa do consumidor adquire *status* de garantia constitucional e fundamental, figurando-se como conteúdo de interesse social e ordem pública. À vista disso, a ordem jurídica brasileira passa a assegurar uma maior segurança jurídica nas relações de consumo, uma vez que busca igualar os indivíduos destas relações, determinando deveres e direitos anteriormente banidos.⁵⁰

1.2.1 O Código de Defesa do Consumidor

Neste seguimento, foi sancionada no Brasil a Lei nº 8.078/1990, intitulada Código de Defesa do Consumidor (CDC). Nela, o legislador renova o sistema legal brasileiro ao viabilizar a criação da defesa de direitos transindividuais, individuais homogêneos e difusos.⁵¹

Esse novo panorama, caracterizado pela vulnerabilidade do consumidor, conforme dito anteriormente, não deixaria de influenciar o direito, que logo tratou de criar uma disciplina jurídica autônoma: o direito do consumidor, consumado no Código de Defesa do Consumidor.

A vulnerabilidade é característica intrínseca ao consumidor⁵², é premissa que se tem em qualquer relação de consumo⁵³ e que tem por fim amparar a desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, diante da invulnerabilidade – técnica, jurídica, fática e informacional – daquele face a este.

Nas palavras de Paulo Valério Dal Pai Moraes, a vulnerabilidade é, a propósito, “a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do

⁵⁰ BATISTI, Leonir. **Direito do consumidor para o Mercosul**: enfoque jurídico e econômico dos Blocos de Integração. Curitiba: Juruá, 2009. p. 181.

⁵¹ CASTILHO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 36.

⁵² “De acordo com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, ele é considerado a parte mais fraca da relação de consumo, porque não tem condições fáticas, técnicas, jurídicas, econômicas ou de informações para discutir com o conteúdo do contrato e dispor sobre as cláusulas contratuais” (KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [E-book]).

⁵³ É traço comum a todos eles, sejam “ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos” (BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 300)

Consumidor [...] 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”.⁵⁴

A presunção absoluta do estado de vulnerabilidade é justificada por Andreza Cristina Baggio que discorre que “é o desencontro de forças, a desigualdade econômica ou de conhecimentos técnicos entre o consumidor e o fornecedor que explicam essa ideia [...]”⁵⁵, que se faz presente e alicerça todo o Código de Defesa do Consumidor: É fato que o consumidor sofre incessantemente as pressões do mercado, seja porque é induzido a consumir, seja porque consome e em algumas situações não se dá conta de que pode estar realizando uma contratação sem acesso a informações suficientes, sem o conhecimento dos riscos nela envolvidos. A ideia de vulnerabilidade está associada à debilidade de um dos agentes das relações de mercado, no caso, o consumidor, e para o Código de Defesa do Consumidor aquela se presume em qualquer relação de consumo, sendo inclusive esta presunção absoluta.⁵⁶

Como princípio, a vulnerabilidade substancia a ideia de que os consumidores podem confiar⁵⁷ nos integrantes da relação de consumo, o que ocorre, entretanto, é que, atualmente, especialmente diante da massificação do uso do comércio eletrônico, o parâmetro de confiança mudou: “essa confiança vem subsidiada em uma plataforma, muitas vezes, abstratas, em liquidez moldada por pontes de

⁵⁴ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 10.

⁵⁵ BAGGIO, Andreza Cristina. **Sociedade de consumo e o direito do consumidor construído a partir da teoria da confiança**. 216 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1868> Acesso em: 10 dez. 2020. p. 32.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Andreza Cristina Baggio discorre que “a proteção da confiança pelo Código de Defesa do Consumidor, estudo que se propõe neste trabalho, propicia o reequilíbrio nas relações contratuais de consumo, e se materializa pelos princípios que as norteiam, pela boa-fé e função social do contrato, bem como pela importância dos deveres anexos de informação, transparência, cooperação. É possível dizer que o Código de Defesa do Consumidor, protege legítimas expectativas nos negócios jurídicos de consumo, tutela interesses sociais e não apenas a manifestação da vontade. [...] A confiança da qual aqui se trata, é a crença de boa-fé, geradora de expectativas legítimas, necessária ao consumidor vulnerável para atuar em uma relação de consumo, e que nasce do comportamento ou das informações prestadas pelo fornecedor. Quem participa de um negócio jurídico, buscando com ele criar uma situação jurídica específica, o faz porque precisa dessa relação, porque ela lhe trará alguma satisfação ou utilidade. Analisando sob este aspecto uma relação contratual de consumo, é fácil compreender que a confiança merece proteção tanto pela crença do consumidor na existência do que é prometido pelo fornecedor, quanto pela satisfação de necessidades que aquela contratação lhe trará” (*Ibibem*, p. 75-76).

ciberespaços percorrendo a rede mundial”.⁵⁸

Antônio Carlos Efig e Fábio Henrique Fernandez de Campos acrescentam que na era atual – a qual denominam de ultramoderna – a vulnerabilidade chega a se expandir, ao passo que as relações viabilizadas pela tecnologia são concebidas como vitais:

[...] a vulnerabilidade se expande na medida em que o mercado se sustenta estimulando o supérfluo das aquisições fluidas contemporâneas, onde consumidor se tornou um ser em interação com a sociedade de consumismo, com seus riscos, onde estar perto fisicamente não significa proximidade do outro, mesmo tempo em que estar longe pode virtualmente significar estar perto e dessas relações liquidadas dependa a aquisição de novas funcionalidades tecnológicas a serem almeçadas e tidas como imprescindíveis de serem adquiridas pelo ser se tornar um ser na sociedade.⁵⁹

Ainda no que tange a conceituação da vulnerabilidade, atribui-se, cada vez mais, a ideia de um discurso, que destaca, aliás, uma política em favor de pessoas vulneráveis, não obstante a isso, a vulnerabilidade se desenha como meio de ação para interpretação e aplicação de normas jurídicas.⁶⁰ E é neste sentido que merece atenção o fato de em alguns casos perceber-se uma diferenciada vulnerabilidade a que se sujeitam alguns consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi sancionado em 11 de setembro de 1990 (Lei nº 8.078)⁶¹ por expressa definição constitucional, vale mencionar, o constituinte de 1988, no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que o Congresso Nacional, em no máximo de cento e oitenta dias posterior a promulgação da CF/88, o desenvolvesse.

Destaca-se que, mesmo antes do Código ser elaborado, a CF/88 já tinha fixado a defesa do consumidor como uma garantia fundamental e um direito (artigo 5º, inciso XXXII da CF) de todos, cabendo ao Estado a realização da defesa. Da

⁵⁸ EFING, Antônio Carlos; CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. A vulnerabilidade do consumidor em era de ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, ano 27, p. 149-165, jan./fev. 2018. p. 151.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Tradução de Vinícius Aquini e Káren Rock Danilevicz Bertoncello. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 85, p. 15-23, jan./fev. 2013. p. 19.

⁶¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

mesma forma, já tinha introduzido a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da ordem econômica, no inciso V, do artigo 170 da CF.

Isso confirma que à época da elaboração da CF/88 já existia uma grande preocupação com o cenário jurídico do consumidor, uma vez que este assumiu relevante papel no cenário atual, qualificado pela profunda atividade econômica.

É por isso, que o artigo 1º do CDC afirma que as normas de preservação da defesa do consumidor, são de ordem pública, cogentes e de relevância social. Isso quer dizer que as normas desse código são cogentes, isto é, não são renunciáveis.

O Código de Defesa do Consumidor identifica a vulnerabilidade no seu tratamento com o fornecedor e por isso é mediado por algumas garantias e princípios que buscam proteger o consumidor de possíveis abusos por parte do fornecedor, assim como viabilizar a defesa de seus direitos. São eles: princípio da vulnerabilidade do consumidor; princípio da transparência nas relações de consumo; princípio da informação e; princípio da segurança.

Com o surgimento da era da globalização, da informação, das finanças, da produção e do consumo, as relações entre os sujeitos, passou a crescer cada vez mais, cabendo, então, ao Estado, agir de modo a assegurar a garantia e defesa dessas relações pessoais, principalmente no que diz respeito ao consumidor, e isso está previsto na CF/88 como um direito fundamental.

Nisto, o Código de Defesa do Consumidor enumera alguns direitos que tem por objetivo garantir, aos consumidores, real e efetivo acesso à justiça, bem como, a facilitação da defesa de seus direitos.

O CDC renovou ao estipular que a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, bem como das vítimas pode ser exercida em juízo individual ou coletivo (artigo 81, *caput*, do CDC), regularizando as hipóteses nas quais a defesa coletiva será capaz de ser exercida. É exatamente o que ocorre com a publicidade abusiva difundida pela imprensa, que alcança um considerável grupo de pessoas. Levando em consideração que os detentores de direitos difusos e coletivos são bastante consideráveis, evita-se, com essas ações, a incorporação de todos eles como parte no mesmo processo.

O Código de defesa do consumidor faz alusão, à assistência jurídica, gratuita e integral ao consumidor necessitado (artigo 5º, inciso I, do CDC), como ferramenta para a execução da chamada Política Nacional Das Relações de Consumo. A norma tem como intuito garantir ao consumidor carente o seu direito de ação e, desse

modo, permitir-lhe o acesso à uma ordem jurídica adequada por meio de um processo efetivo e justo.

De mais a mais, a título de exemplo, pode-se mencionar os incisos V, VII e VIII, do artigo 6º do CDC, que tratam do acesso à justiça e a inversão do ônus da prova em prol do consumidor; o artigo 28 do CDC, versa sobre a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade; o artigo 47 do CDC, aduz que a interpretação dos contratos precisa ser feita da forma mais favorável ao consumidor; o artigo 83 do CDC, é o responsável pela possibilidade do ajuizamento de todas as espécies de ações; e os artigos 12 e 14 do CDC, discorrem sobre a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores nos casos de danos provocados aos consumidores.

O artigo 6º, inciso VII do CDC estipula, de forma expressa, que é direito básico do consumidor o acesso aos órgãos administrativos e judiciários com o intuito de prevenção ou reparação de danos (sejam individuais, coletivos, difusos, patrimoniais ou morais) e a proteção administrativa, técnica e jurídica (corroborando, nesse caso, com o disposto no artigo 5º, inciso I do CDC). As previsões do inciso, portanto, apresentam a intenção enfática do legislador de que o consumidor não deixe de possuir uma tutela jurisdicional real e efetiva.

O artigo 47 do CDC é taxativo ao determinar que os contratos de consumo precisam ser interpretados da forma mais favorável ao consumidor, já que este é notoriamente mais fraco. O instrumento é reflexo imediato do princípio constitucional da isonomia – fundamenta-se na máxima de que os desiguais precisam ser tratados desigualmente na medida exata de sua desigualdade – já que possibilita ao consumidor um jeito de sanar a sua desvantagem em relação ao fornecedor.

Já o artigo 83 do CDC oportuniza que sejam ajuizados todas os tipos de ações possíveis para que se possa defender, dignamente e efetivamente, os interesses e direitos dos consumidores.

O artigo 6º, inciso VIII é um dos mecanismos de maior relevância do Código de Defesa do Consumidor. Ele aborda a inversão do ônus da prova a favor do consumidor e representa um poderoso instrumento de acesso à justiça, visto que procura recompensar a desigualdade existente nas relações de consumo, entre consumidor e fornecedor. O próprio artigo 51, inciso VI do CDC, inclusive, considera nula de pleno direito cláusulas contratuais que estipulem a inversão do ônus da prova em detrimento do consumidor.

A explicação consiste no fato de que, em diversas situações, é extremamente difícil ou quase improvável ao consumidor conseguir fazer prova do seu direito, seja porque a prova não está em sua posse, mas sim do fornecedor ou mesmo porque o consumidor é considerado inexperiente no assunto.

Assim leciona Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

O preceito é importante porque um dos instrumentos mais comuns usados em juízo para negar os direitos subjetivos é invocar as regras sobre a prova, para exigir formalidades, impor restrições à sua apuração, criar critérios de valoração, etc., tudo com o fim de obstaculizar a aplicação da norma que consagra o direito material. Ademais, pode ser impossível ou muito difícil ao consumidor fazer a prova do fato, mas inversamente fácil ao fornecedor, daí porque deve recair sobre este, que dispõe de condições para esclarecer os fatos, o dever de prová-los.⁶²

Percebe-se então, que os pressupostos para a inversão do ônus da prova do CDC, são distintos daqueles previstos no artigo 373 do Código de Processo Civil. Isso porque, ao se falar de inversão do ônus da prova no CDC existem duas formas de inversão, a *ope judicis* e a *ope legis*.

Por *ope judicis* se entende que é aquela que ocorre por determinação judicial, ou seja, ela precisa da participação do juiz, que deve apreciar os requisitos e deferir a inversão do ônus da prova, o magistrado possui participação ativa para dizer se é caso ou não de inversão por razão do preenchimento dos requisitos – verossimilhança e hipossuficiência. Desse modo, por ser matéria de ordem pública, poderá ser aplicada a inversão do ônus da prova de ofício ou a requerimento da parte, sempre que verificada a verossimilhança ou a hipossuficiente do consumidor segundo as regras ordinárias de experiência.

Outra forma de aplicação da inversão do ônus da prova é a *ope legis* bem diferente da *ope judicis*, que decorre do comportamento do juiz. A inversão *ope legis* decorre da própria lei, isto é, ela independe do caso concreto e da atuação do juiz. A lei já estabelece que será invertido o ônus da prova, estes casos estão previstos nos artigos 12, §3º, 14, §3º e 38 do CDC. Assim, no caso da *ope judicis* o CDC já previamente determina quem deve ser o responsável por essas provas.

Nota-se, assim, que o CDC foi elaborado em consonância com o novo panorama do acesso à Justiça, ou seja, com aquela concepção mais vasta de que o

⁶² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 16, out./dez. 1995. p. 8.

Estado deve ser o garantidor do acesso e o processo deve ser utilizado como instrumento por ele, em busca de resultados mais efetivos e justos. Não fosse isso, o consumidor não possuiria condições de litigar no mesmo nível do fornecedor.

No que tange as relações de consumo, sendo o consumidor a parte mais frágil, a lógica seria entender que o fornecedor sempre obteria êxito nas lides, justamente por possuir todos os meios para esse fim.

Entretanto, o novo panorama do acesso à justiça vem com a intenção de abolir essa presunção, fazendo com que os litigantes “ludem” em igualdade, com equivalência de “armas”, por consequência, obtenham resultados mais efetivos e justos.

O próprio CDC já vem permeando através desse novo enfoque, prevendo direitos e mecanismos instrumentais que buscam proteger o consumidor dos abusos do fornecedor, bem como a facilitação da defesa de seus direitos, tendo como destaque a inversão do ônus da prova.

Porém, o que se vê atualmente é que toda essa construção da doutrina, tem ficado apenas “no papel”. Persiste um nítido desinteresse do governo em possibilitar medidas para colocar em prática todo o ideal do acesso. As barreiras são diversas: pobreza da grande maioria da população, burocracia, formalidades exorbitantes ainda existentes, lentidão processual, entre outras.

É necessário que o Estado cumpra com o seu papel, pois afinal, o acesso à justiça é um direito fundamental consagrado na CF/88 e cabe ao Estado o dever de garanti-lo. Diante de todo o exposto, o acesso à justiça não é sinônimo de acesso ao judiciário.

1.3 A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL

Um dos mais importantes vínculos existentes na economia é o vínculo de consumo. Tal relação possui elevado destaque também no judiciário, desse modo existe uma legislação própria com o intuito de defender as relações de consumo propiciando total proteção ao consumidor, que é considerado a parte mais frágil da relação. Esta parte do Direito progrediu com o tempo até se transformar em parte fundamental da legislação, sobre esta questão Rafael Alencar Xavier explica:

A evolução do Direito do Consumidor deu-se com o aumento das indústrias, com a introdução da robótica e da informática ocorrida durante a Revolução Industrial. Em consequência desse momento histórico, tivemos o crescimento das relações de consumo. A princípio, os negócios eram realizados interpessoalmente, onde os fornecedores (produtores) mantinham uma ligação contratual direta e imediata com seus consumidores, que compravam mercadorias específicas, àquelas destinadas à sua sobrevivência. Com o advento da industrialização, conjugada com a produção em larga escala, fizeram aumentar o volume de negócios, que passaram a ser pluripessoais e difusos. Esse período ficou conhecido como 'movimento consumerista'. Atualmente não é diferente. Desenvolvemos nossa legislação para atenderem aos anseios da população. Vivemos em uma comunidade consumerista, e por isso que devemos estar sempre atentos aos nossos direitos e deveres. Em razão do aumento da oferta e demanda de produtos e serviços, notadamente tivemos uma ampliação exorbitante das relações negociais. Começamos, então, a observar a necessidade da criação de institutos que fossem capazes de dirimir conflitos advindos dos atos negociais ocorridos entre consumidores e fornecedores. Principiou-se, então, o surgimento de pequenas organizações direcionadas para a solução de conflitos nas relações de consumo. A partir deste momento, buscou-se resguardar os interesses das pessoas mais vulneráveis na transação comercial, e ao mesmo tempo defender os direitos da parte inversa na relação negocial, que é denominado de empresário (reclamado). A proteção e defesa do consumidor tiveram acento na Constituição da República de 1988, não sendo ponderada em Constituições anteriores. Em suas prescrições podemos notar a determinação da competência do Estado em promover, na forma prevista em Lei, a defesa do consumidor.⁶³

A partir do instante em que os povos se estruturaram em sociedade, a ideia de comércio surgiu, assim desde o início da sociedade verificam-se as relações comerciais, que de início tinham como base a boa-fé e a confiança.⁶⁴ Esta é a concepção apresentada por Eliane de Andrade Rodrigues:

O desenvolvimento da sociedade faz aprimorar o comércio, transformando uma sociedade em que o comércio era realizado para subsistência para um comércio de consumidores. A atividade econômica mantém profunda ligação com a estrutura jurídica do sistema, vez que compete à Lei situar o homem, a empresa e a sociedade diante do poder político e da natureza, definindo seus direitos e suas responsabilidades e também fixando as balizas dentro das quais poderá ser exercida a liberdade de ação de cada um dos agentes da atividade econômica.⁶⁵

⁶³ XAVIER, Rafael Alencar. **Direitos do fornecedor**: equilíbrio na relação de consumo. Ceará: Ministério Público, 2016. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/Doutrinapublicacao.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2020. p. 1-2.

⁶⁴ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. A proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional: as garantias consumeristas. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 172, ano XXI, maio 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/a-protecao-ao-consumidor-como-direitofundamental-constitucional-as-garantias-consumeristas/>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁶⁵ RODRIGUES, Eliane de Andrade. Crimes contra as relações de consumo: uma consequência da falta de fiscalização do poder público sob a análise do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 14, n. 1, 2009. Doi: 10.5020/2317-2150.2009.v14n1p27. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/821>>. Acesso em: 6 jun. 2020. p. 1-2.

As relações de comércio existem desde a antiguidade em função da vontade da sociedade de se estruturar financeiramente, pois os sujeitos necessitavam de algumas mercadorias que outros dispunham e vice-versa, deste modo se estabelecendo o comércio e os negócios fundados de início em troca, posteriormente em dinheiro. Sobre o assunto:

A Revolução Industrial, já na segunda metade do século XVIII, com o surgimento das fábricas e a produção e comercialização de bens em larga escala foi tornando as relações comerciais cada vez mais complexas. Inseriu-se uma série de intermediários entre o fabricante e o adquirente final do produto. A prestação de serviços também se aperfeiçoou e a publicidade foi se tornando cada vez mais ostensiva, com vistas a convencer as pessoas a consumir e a contratar, influenciando, assim, na mudança de hábitos da sociedade. Seria o início da denominada sociedade de consumo. Neste mesmo período surgem as ideias do liberalismo econômico, cujo principal pensador foi o escocês Adam Smith, para quem o Estado não deveria intervir nas relações econômicas, mas deixar que o próprio mercado ditasse suas regras. Acontece que com o passar do tempo, o poder econômico e organizacional dos detentores dos meios de produção foi pouco a pouco sufocando os consumidores, os quais, vulneráveis, passaram a sofrer inúmeros prejuízos com a inserção no mercado de bens e serviços de péssima qualidade, que colocavam em risco a saúde, a dignidade e as próprias vidas das pessoas. Verifica-se grande desenvolvimento da atividade econômica, especialmente nas relações de consumo, atingidas pela globalização.⁶⁶

Isto posto, viu-se a urgência de fomentar a guarida nas relações de consumo, colocando-a a encargo do Estado. Destarte, a intromissão do Estado na economia, visava arrumar distorções e propiciar a proporcionalidade nas relações de comércio.

As relações de consumo são guiadas pelo CDC, o qual se destina a executar nos moldes da CF/88 a defesa e proteção do consumidor, que é de interesse social e ordem pública – artigo 1º do CDC.

O bem consumível, configura as relações de consumo, portanto, se existe quem presta e quem consome o bem, há o consumo e, assim, ao se definir um vínculo entre quem presta e quem consome, persiste uma relação que deve ser guiada tendo por fundamento os encargos e direitos de todos os envolvidos, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.⁶⁷ O CDC em seu artigo 4º leciona sobre a política nacional das relações de consumo.⁶⁸

⁶⁶ RODRIGUES, Eliane de Andrade. *Op. cit.*, p. 2.

⁶⁷ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 2.

⁶⁸ Artigo 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

A passagem do Estado Liberal para o Social possibilita analisar os efeitos jurídicos e sociais no que diz respeito aos direitos coletivos e sociais, dando ao Estado o dever de salvaguardar o indivíduo podendo desse modo, interferir e normalizar a ordem econômica, mormente nas relações de consumo e mercado.⁶⁹

Isto acarretou, portanto, no surgimento de inúmeras leis buscando regularizar as relações de consumo e econômicas. Desse modo, se deu o início da proteção do sujeito, tendo em vista a sua fragilidade diante do mercado. Os regulamentos protetivos se destinam a assegurar uma existência respeitável aos consumidores.

À vista disso, o cuidado garantido ao consumidor encarrega-se de importante posição nos fundamentos da República ao passo que se caracteriza como um Estado Democrático de Direito com dever social.

Deste jeito, a segurança do consumidor é direito constitucional que fornece a regulamentação das relações de consumo e econômicas, assim como a normatização do ordenamento jurídico pátrio.

Uma das bases da União é a economia. O modelo utilizado pelo Brasil é o capitalismo disponibilizando liberdade ao particular. Sobre o assunto:

Em primeiro lugar que dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate da declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).⁷⁰

Portanto, no arquétipo econômico persistem, elementos que ratificam a atividade estatal na economia, através do direito público. Tanto os valores sociais do trabalho quanto a ordem econômica são de vasta relevância para o Estado e necessitam ser preservados. Pela ordem econômica é possível garantir uma existência respeitável a todos por intermédio dos preceitos da justiça social.⁷¹

⁶⁹ PINHEIRO, Camila; CORDEIRO, Débora Simone Bezerra. Proteção ao consumidor como garantia fundamental constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31519/protecao-ao-consumidor-como-garantia-fundamental-constitucional>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁷⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 720.

⁷¹ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 2.

Garantir uma existência digna a todos os sujeitos é disposição constitucional de tal forma que as normas infraconstitucionais se baseiam nesse importante princípio republicano.⁷²

Por dignidade entende-se que:

Assume a mais pronunciada relevância, visto compreender todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial – com o programa de proteção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa – dessa política pública maior – tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.⁷³

Salienta-se que a justiça social, é promovida por intermédio da consubstanciação da dignidade da pessoa humana decorrente de inúmeros fatores primordiais para as noções do Estado, são eles: ordem econômica, dignidade, respeito e valores sociais do trabalho.⁷⁴

A CF/88 descreve o dever do Estado de tratar de forma igualitária a todos e, por consequência propiciar a defesa do consumidor nos termos da lei. Para isso, criou-se o CDC com o intuito de propiciar a proteção à vontade exteriorizada do consumidor, que é a parte mais vulnerável da relação de consumo. É razoável através do CDC preservar a vontade do consumidor por meio de manutenção do harmonia econômico-financeira, tendo como apoio a teoria do negócio jurídico.⁷⁵

Até a chegada da CF/88 o consumidor não tinha tanta relevância na legislação brasileira. Porém, a CF/88 viabilizou garantias fundamentais ao consumidor, conforme prevê o artigo 24, inciso V da CF/88 e o artigo 170, inciso V da CF/88.

Em frente dessas estipulações, percebe-se que com o passar dos anos as relações de consumo passaram a ter grande relevância para o ordenamento jurídico pátrio, visto que é a base da ordem econômica, despesa de proteção estatal. Sobre o assunto, Vital Moreira, explica que:

⁷² FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 2.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 177.

⁷⁴ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 3.

⁷⁵ *Idem*.

[...] - em um primeiro sentido, 'ordem econômica' é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato; – em um segundo sentido, 'ordem econômica' é expressão que designa o conjunto de todas as normas(ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza(jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo(no sentido sociológico) da ação econômica; – em um terceiro sentido, 'ordem econômica' significa ordem jurídica da economia.⁷⁶

Conforme Carlos Maximiliano:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica. [...] As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social.⁷⁷

À vista disso, as relações de consumo são baseadas de boa-fé, confiança, direitos e obrigações para todos os integrantes da relação. As normativas estabelecidas pelo legislador voltam-se a consubstancializar os direitos fundamentais da relação de consumo.⁷⁸

Cabe ao Estado buscar por soluções que atendam comerciantes e clientes, incorrendo em relações de consumo regulares. O CDC no artigo 2º traz a imagem do consumidor.⁷⁹

Já o artigo 3º apresenta a figura do fornecedor e os meios que constituem sua função.⁸⁰

⁷⁶ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Centelha: Coimbra, 1973. p. 69-70.

⁷⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 157.

⁷⁸ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 2.

⁷⁹ Artigo 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

⁸⁰ Artigo 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

O CDC não prevê o significado da relação de consumo. Ele trata apenas dos elementos que compõem esta relação, que é constituída por elementos objetivos e subjetivos. Os componentes, por outro lado, são aqueles que delimitam a relação de consumo que nada mais é do que uma relação jurídica.⁸¹ Para Clarice Teixeira Paiva, os elementos de consumo são:

[...] a) Elementos subjetivos: o credor, o devedor e o consensualismo que deve existir entre eles como uma convergência de vontades para que o acordo seja pactuado sem vícios e sem prejuízo de igualdade entre os sujeitos envolvidos; b) Elementos objetivos: o negócio celebrado entre as partes, como um instrumento para a concretização e formalização do vínculo jurídico, e o bem, seja móvel, imóvel, corpóreo ou incorpóreo, objeto mediato da relação jurídica.⁸²

Fornecedor e consumidor são, desta forma, elementos subjetivos. Serviços e produtos são elencados como elementos objetivos. Dessa forma, ambos são itens que servem de estrutura da relação de consumo. Sem estes itens não subsiste relação de consumo. O CDC estabelece no artigo 4º que a atuação do Estado é indispensável na defesa e proteção do consumidor.⁸³

⁸¹ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 3.

⁸² PAIVA, Clarisse Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. Teresina, **Revista Jus Navigandi**, ano 20, n. 4401, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34128>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁸³ Artigo 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: 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 (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

Para a aplicação da Política Nacional das Relações de Consumo o CDC estipula alguns procedimentos.⁸⁴

Além disso, está estabelecido neste artigo a relevância da informação e educação do consumidor, com o intuito de beneficiar a relação consumerista de informações importantes evitando danos ao consumidor. Tal determinação consta no artigo 6º do CDC.⁸⁵

Cumprindo ainda aclarar que por ser considerada a parte mais vulnerável da relação de consumo o consumidor adquire por força de lei proteção do Estado. Sobre o assunto Cláudia Lima Marques explica que:

[...] necessitamos de uma lei que tente prevenir o superendividamento dos consumidores e preveja algum “tratamento” ou remédios caso o consumidor (e sua família, pois acaba sempre sendo um problema familiar) caia em superendividamento.⁸⁶

O CDC em seus incisos, VI, VII e VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor expõem mais alguns dos direitos do consumidor que corroboram com o disposto acima.⁸⁷

⁸⁴ Artigo 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 (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

⁸⁵ Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34.

⁸⁷ Artigo 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; 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 experiências (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

Isto posto, o sujeito detém acesso a órgãos administrativos e judiciários para precaver e reparar danos oriundos das relações de consumo. Ademais, é direito do consumidor precaução e indenização dos danos morais e patrimoniais, individuais, coletivos e difusos derivados dos impasses nas relações de consumo. Nesta sequência, foi concebida a Política Nacional das Relações de Consumo, na finalidade de garantir respeito e proteção aos consumidores – artigo 4º, *caput* do CDC.⁸⁸

O Código Civil conduz as relações entre os particulares. No que tange aos contratos, no CC fica estipulado que critério de grande relevância para uma relação sólida entre banco e cliente, tal estipulação se encontra no artigo 422 do CC: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.⁸⁹

Tais disposições sobre boa-fé e probidade são fundamentais para a materialização de uma relação contratual sólida e segura. A aplicação do Código de Processo Civil possui natureza preventiva, e desse modo administra as relações de consumo visando evitar danos à parte mais frágil da relação, o cliente.

É incontestável que, no Brasil, o cuidado com os direitos dos consumidores – e o Direito do Consumidor de um modo geral – é classificado como relativamente recente. Esta compreensão é integralmente justificável, uma vez que o ingresso do Código de Defesa do Consumidor na legislação se deu somente em 1990. Todavia, é evidente que os fundamentos de proteção das relações de consumo e da garantia de uma segurança aos consumidores, quando observadas sob a ótica da história mundial, não são totalmente novas.

Desse modo, as relações de consumo perduram desde os primórdios da humanidade. Sempre existiu quem fornecesse e quem comprasse aquilo que era produzido. Mesmo que as relações de consumo da antiguidade não tenham semelhança alguma, com as atuais, a relação de consumo se manteve por séculos, estando presentes até hoje.

O suporte do modelo comercial é o mesmo, um indivíduo produz algo que outra pessoa queira ou necessite. Esta relação era fundada em trocas de coisas, os sujeitos trocavam seus objetos e exerciam seu comércio. Com o passar dos anos, a

⁸⁸ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 3.

⁸⁹ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

maneira de fazer comércio se transformou substancialmente, empresas começaram a produzir para vender, os clientes somente conseguiriam adquirir algum artefato mediante dinheiro, moeda habitual.

O progresso da indústria fez com que várias empresas aparecessem e dessa forma, foi aparecendo também a essencialidade de garantir ao cliente formas para lhe assegurar que não fosse prejudicado a obter algum serviço ou produto. É nessa parte da história que iniciam os surgimentos dos mecanismos jurídicos designados a proporcionar proteção ao cliente deixando a encargo do Estado a implementação de diretrizes para regular as relações de consumo, conforme preconiza a CF/88 e a baseado nesta surgiu o CDC, o instrumento legal próprio para definir as obrigações dos fornecedores e direitos dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor foi estabelecido com fundamentos nos princípios constitucionais que integram as bases da República Federativa do Brasil. Entre estes princípios estão a igualdade material e formal, os valores sociais do trabalho, justiça social, dignidade da pessoa humana e ordem econômica. Todos estes princípios regulamentam as relações de consumo, com o intuito de evitar prejuízos ao cliente que não tem como se prevenir de prováveis danos a não ser que seja a partir da tutela estadual.⁹⁰

De fato, a definição do significado de direitos fundamentais não é algo simples. De qualquer modo e sem qualquer intensão de esgotar a discussão, compartilha-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet⁹¹, segundo o qual os direitos fundamentais são apontados como o “resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos”, expondo o “núcleo substancial” da ordem legal, detendo, tal qual já mencionado, a direta relação com a própria dignidade.

⁹⁰ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. *Op. cit.*, p. 2.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 58.

1.3.1 Direito do Consumidor como Direito Fundamental

Conforme elucida Cibele Gralha Mateus⁹², ao se promover ao *status* de direito fundamental, está-se, na verdade, a identificar que deliberado direito, pela ótica da formalidade, foi considerado explicitamente como tal por ser essencial a aprovada ordem jurídica. Já pela perspectiva da materialidade, implica concluir que deliberado direito é tido como primordial na ordem constitucional, não por ser escrito, mas por sua essência versar sobre componentes elementares do texto constitucional e de incorporar questões relacionadas à organização vital da sociedade e do Estado.

Nessa perspectiva, dentre os inúmeros temas que foram apontados pela CF/88 como necessários – e, conseqüentemente, dignos de *status* de direito fundamental – se encontra, necessariamente, o direito de defesa consumidor, taxativamente introduzido na CF/88 (artigo 5º, inciso XXXII).

Daí ser indiscutível declarar que, no Brasil, atualmente, a proteção do cliente espelha um direito da mais alta teoria sobre os valores morais. A corroborar esta afirmação, mencionáveis Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin: “Efetivamente, no Brasil de hoje, a proteção do consumidor é um valor constitucionalmente fundamental (Wetsystem), é um direito fundamental [...]”⁹³; conforme Bruno Miragem “[...] o direito do consumidor, enquanto direito subjetivo, tem sede constitucional e caracteriza-se ontologicamente como direito humano fundamental [...]”⁹⁴; para Cláudia Lima Marques: “a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor”⁹⁵; e, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni: “não há dúvida de que o direito do consumidor constitui um direito fundamental”.⁹⁶

⁹² MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas**: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97-132.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 58.

⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Introdução ao direito...** 2009. *Op. cit.*, p. 124.

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A conformação do processo e o controle jurisdicional a partir do dever estatal de proteção do consumidor. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coords.). **Estudos de direito do consumidor**: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 2.

Não obstante, é possível verificar que a fundamentalidade do direito alusivo à proteção do consumidor é de simples assimilação e entendimento, tanto material quanto formalmente falando. Aclara-se isso, pois, a fundamentalidade formal é evidente, tendo em vista explícita composição do texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXII). De outro modo, a sua materialidade, de acordo com Bruno Miragem⁹⁷, decorre da proximidade entre a proteção do consumidor e o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que esta procura, ao final, operar uma necessidade humana substancial, notadamente presente na sociedade contemporânea, qual seja, a ânsia de consumir. Observa-se que o aludido autor lembra que “a rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras”⁹⁸, o que manifesta a natureza atemporal e universal da questão.

Na verdade, foi exatamente em virtude dessa necessidade substancial, de que toda a comunidade partilha, que o Direito do Consumidor nasceu, buscando tutelar essas relações jurídicas. Além do mais, não seria cristalino que a CF/88, ao ratificar a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV), que por si só é indubitavelmente geradora de consumo, se esquecesse, mormente na já instituída sociedade capitalista de consumo atual, de proteger os indivíduos mais vulneráveis.

Em resumo, não há brecha para se discutir a fundamentalidade do direito (de defesa) do consumidor. Não apenas existe a sua nítida inclusão no artigo 5º da CF/88, como seu propósito se encontra claramente em equilíbrio com os princípios e valores constitucionais. Daí ser indiscutível que a defesa do consumidor, ao menos no Brasil, é considerada um direito fundamental.

Perante o exposto, para proteger os direitos do consumidor, o Estado, possui o dever de assegurar a defesa do consumidor através de políticas públicas e acesso à órgãos característicos que possam solucionar os problemas derivados da relação de consumo. A defesa ao consumidor, possui grande valor para a comunidade atual, onde a comercialização ocorre a todo instante e, especialmente, a partir das novas maneiras de fazer negócio, que pode ser praticado em razão da tecnologia, por meio de plataformas digitais. Por serem as relações comerciais de grande relevância para o mundo, o Estado necessita administrar e regular promovendo mecanismos legais de defesa à relação.

⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 60.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 62.

2 ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O presente capítulo tratará da importância do instituto de arbitragem em nossos dias, em que pese ela seja milenar.

Existe toda uma política favorável à sua aplicação, podendo ser ela *ad hoc* ou institucional. Em suma, o importante é evadir-se do judiciário, que está emperrado e pouco aparelhado para solucionar todas as desavenças existentes.

Assim, necessário se faz cessar essa concepção paternalista conferida ao Estado, de que tudo é ele que precisa decidir.

2.1 A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

Nem todos os confrontos se transformam em ações judiciais. São inúmeros os motivos que podem impedir a modificação de uma desavença em uma disputa litigiosa. De início, ambos os sujeitos podem não reconhecer o conflito. Ainda, pode ser revelado, porém não formalizado, pois não incomoda a parte adversa que acaba por se conformar. No mais, poderá resolver de forma direta com a parte adversa, sem a necessária intervenção de um terceiro.⁹⁹

Todavia, quando as discussões são pontualmente assumidas implicando na interferência de uma instância para pacificação, passam a ser denominadas de conflitos. Desde logo, inúmeras questões surgem, como qual é o meio mais apropriado para a solução do caso concreto.¹⁰⁰

Desse modo, quando o assunto é métodos alternativos de resolução de conflitos é preciso compreender o sentido de alternativo: meios substitutivos (por deficiência do judiciário), concorrentes (por fazerem parte do mesmo mercado de conflitos) ou contingentes (por resolverem os conflitos sociais “estranhos” aos tribunais) do Judiciário.¹⁰¹

⁹⁹ FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobre endividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 65, p. 107-128, 2003.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 107-128.

¹⁰¹ *Idem*.

Conforme Fernanda Tartuce os métodos alternativos de resolução de conflitos são métodos distintos no que tange ao tratamento do litígio, sendo possibilidades diversas da solução judicial.¹⁰²

Ante o exposto é possível verificar que o Judiciário não possui as condições necessárias para atender a todas as demandas com velocidade e eficiência, motivo pelo qual, outros métodos alternativos têm que ser explorados. O acesso ao Poder Judiciário, necessita ser visto como uma cláusula de reserva.¹⁰³

Frente a crise do Poder Judiciário e das dificuldades ao acesso à justiça, os estudiosos processualistas procuraram novos métodos de resolução dos conflitos, que fossem menos formais, mais velozes e mais baratos. Com o advento dos métodos alternativos de resolução, ocorreu um progresso significativo do acesso à justiça. Conforme lecionam Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos Araujo Cintra:

[...] os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. [...] constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a de legalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não-jurispcionais (juízo de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).¹⁰⁴

No mesmo sentido entende Luiz Antunes Caetano:

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito.¹⁰⁵

Além do mais, os mecanismos para resolver a crise no Poder Judiciário são analisados em duas modalidades, denominadas de jurisdicional e extrajudicial. Na extrajudicial, a não formalização das discussões são suportadas nos semelhantes jurisdicionais, como métodos diferenciados do processo proporcionando evitá-lo, o que traz formas de soluções por meio de instrumentos legitimados de mediação.

¹⁰² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 179.

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 185.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33.

¹⁰⁵ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 104.

Na modalidade extrajudicial, destacam-se a Conciliação, Mediação, meios autocompositivos de resolução de conflitos, não se assemelham a modalidade judicial, por possibilitarem o diálogo entre as partes para que busquem juntas uma solução, sem a necessidade de intervenção estatal.¹⁰⁶

O que se busca é a não formalização por meio do desenvolvimento de procedimentos processuais pertinentes, desde que eles possibilitem conseguir um procedimento mais célere, simples, barato, de acesso fácil, imediato, capacitado, cabível para resolver com maestria tipos particulares de litígios.¹⁰⁷

Tais métodos alternativos são mecanismos consensuais que funcionam como uma forma alternativa ao tribunal e implicam no intermédio de um terceiro neutro face o desentendimento.¹⁰⁸

Os métodos alternativos de resolução de conflito que mais se ressaltam são a mediação, conciliação e arbitragem.

Aclara-se que a doutrina realiza a diferenciação entre mediação e conciliação. Por conciliação se entende aquela que precisa de um terceiro neutro, que apresente saídas para a obtenção de um acordo, de modo na mediação, não ocorre a apresentação de saídas, o mediador apenas incentiva a comunicação entre as partes.

Embora ambos os meios alternativos sejam autocompositivos, na conciliação não é concentrado o incentivo de comunicação das partes, ou seja, não possui o interesse de que ambos voltem a se relacionar, diferente da mediação.¹⁰⁹

Além do mais, o debate da conciliação é fundado apenas no conflito relatado no começo da demanda, o que define a assistência em uma pauta objetiva. Já mediação, possui um cuidado com a estrutura do relacionamento, indo mais afundo na solução dos problemas, acarretando em uma pauta subjetiva, pois busca a desconstrução do litígio e atendimento para todos os indivíduos.¹¹⁰

Cabe a conciliação o reconhecimento dos deveres do passado e pela revisão recente das complicações, priorizando por resoluções disciplinares e reparadoras.

¹⁰⁶ FARINELLI, Alisson Henrique do Prado; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo código de processo civil (PLS 166/2010). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 284-285, 2011.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 284-285.

¹⁰⁸ FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobre endividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 65, p. 107-128, 2003.

¹⁰⁹ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para solução de conflitos familiares. In: _____. **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-179.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 160-179.

Enquanto a mediação, se atenta para uma visão futura, protegendo as relações, de modo que permaneçam conservadas. Na conciliação impera o princípio da publicidade, já na mediação o princípio da confidencialidade.¹¹¹

Na conciliação, permanece a postura heterocompositiva, por parte dos patronos que buscam uma resolução rápida para o seu cliente. Ao passo que para a mediação é imprescindível uma mudança de comportamento, para os patronos e para as partes, visto que os mediadores é quem detêm a voz para resolução do litígio, é ele que possui o poder decisório, sendo o procurador apenas um assessor na hora de escolher o mediador ou um consultor, para explanar as predileções do cliente.¹¹²

Seguindo os ensinamentos de Tânia Almeida, Kazuo Watanabe compreende que na mediação o terceiro neutro é o responsável por fornecer as condições essenciais para que as partes alcancem uma saída, sem oferecer uma solução. Para ele, na conciliação, o terceiro neutro se intromete, como também recomenda saídas para a resolução do litígio.¹¹³

O CNJ entende que é competência do Poder Judiciário estipular políticas públicas, capazes de fornecer satisfatório procedimento aos impasses jurídicos, que acontecem em grande proporção na comunidade e aumentam a cada dia, de modo a organizar, na esfera nacional, não apenas as atividades realizadas nas demandas judiciais, assim como por meio de métodos alternativos de resolução de conflitos, tendo preferência os consensuais, como por exemplo, a conciliação e mediação – Resolução nº 125/2010.

Da redação da resolução, é possível extrair que:

[...] a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça.¹¹⁴

¹¹¹ ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). **Revista Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**, out. 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_artigo%20tania.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020. p. 7-8.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. **Série Cadernos do CEJ**, v. 22, p. 43-48, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 28 jun. 2020.

¹¹⁴ BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>> Acesso em: 28 jun. 2020.

A Resolução nº 125/2010 tem como propósito dar efetividade da garantia constitucional de acesso à justiça, buscando atingir uma ordem jurídica legítima. Assim, cabe ao Poder Judiciário fornecer procedimento adequado para as resoluções de controvérsias, proporcionando métodos diferenciados de resolução de conflitos no molde consensual para serem aprofundados.

Em 2016, ocorreu uma modificação na Resolução nº 125/2010, onde a mudança aduz que o objetivo do Poder Judiciário é garantir a todos a resolução de suas controvérsias, analisando cada caso em particular, cabendo ao Judiciário, fornece métodos diversos de resolução de conflitos, em particular os consensuais, como a conciliação e mediação, além de assistência e orientação a população (Resolução nº 125/2010, artigo 1º, parágrafo único).

Desde o surgimento da Resolução nº 125/2010, ocorreu uma acentuada modificação no pensamento dos agentes do direito no que tange a solução de controvérsias por métodos que não sejam judiciais. Tais resultados são visíveis com a promulgação da Lei de Mediação e o Código de Processo Civil de 2015. Ambas regem de modo acentuado os métodos de resolução de conflitos.¹¹⁵

A desjudicialização apresenta um assíduo tema em discussão no Judiciário nas últimas décadas. A procura pelas denominadas maneiras novas de solução de controvérsias foi erguida à categoria de política pública. Relevantes modificações legislativas fortificam essa transformação de padrão, dirigida pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução nº 125/2010, que consumou na publicação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, os dois do ano de 2015.¹¹⁶

Incentivos para essa transformação saíram dos relatórios Justiça em Números, divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça desde 2004. Com base nessa que se tornou a fundamental fonte do levantamento de dados do Poder Judiciário é que se consegue projetar o contexto dos processos judiciais no Brasil. Nesse cenário, as discussões de consumo apareceram como um dos principais vilões da superlotação de ações judiciais no país. Apenas no ano de 2016 foram aferidos mais de 4 milhões de recentes casos em Direito do Consumidor. Diminuir o

¹¹⁵ MESQUITA, Andréa. **Lei da mediação e novo CPC reforçam acerto da resolução 125 do CNJ**, nov. 2015. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/261394780/lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

¹¹⁶ RAMOS, Fabiana D'Andrea. Garantias do consumo: a desjudicialização favorece a proteção do consumidor? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-17/garantias-consumo-desjudicializacao-favorece-protacao-consumidor>>. Acesso em: 27 jun. 2020. p. 1.

elevado número de ações se tornou uma prioridade, e a procura por diferentes maneiras de resoluções de conflitos (diversos da via judicial) mostrou-se como o método favorito para esse fim.¹¹⁷

Foi nesse raciocínio que a Secretaria Nacional do Consumidor instituiu no ano de 2014 a plataforma consumidor.gov.br, que se mostra como um serviço público para resolução alternativa de conflitos de consumo. Através da plataforma, o cliente poderá realizar sua reclamação e conversar de modo direto com as empresas participantes.¹¹⁸

Exteriorizada como um método de “mediação online”, a plataforma foi divulgada por todo Brasil em coligação com os tribunais federais e estaduais e tem auxiliado a desafogar o Poder Judiciário.

O incentivo à cidadania oportunizado pela legalização de novos direitos resultou em um elevado número de processos para exame do Poder Judiciário, o qual não vem sendo capaz de solucionar a tutela do direito material em tempo aceitável. Por essa razão, desde 1990, o Estado brasileiro procurou incentivar as modalidades alternativas de resolução de conflitos, viabilizando às partes ordenarem seus conflitos fora da esfera jurisdicional do Estado.¹¹⁹

A Lei nº 9.307/96 foi formulada pelo legislativo com o intuito de inserir o juízo arbitral no Brasil. Em conformidade com os seus preceitos, a arbitragem é concedida aos indivíduos que pretendem resolver conflitos derivados de direitos patrimoniais à disposição, optando pelo afastamento do Poder Judiciária para a resolução do confronto. Este é solucionado pela interferência de um ou mais árbitros, definidos em conjunto pelas partes, cuja deliberação dá base para a sentença arbitral, a qual precisa ser emitida em, no máximo, seis meses, possuindo validade de sentença judicial, no caso título executivo, tendo como característica a não possibilidade de recurso.

Na atualidade, nota-se a abertura de Câmaras de Arbitragem em diferentes partes do Brasil e a progressiva incorporação da cláusula de arbitragem nos contratos que abrangem direitos patrimoniais disponíveis, principalmente os

¹¹⁷ RAMOS, Fabiana D’Andrea. *Op. cit.*, p. 2.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ A vigente pesquisa não visa esgotar o rol de leis e exercícios desenvolvidos pelo Poder Judiciário com a intenção de proporcionar uma solução diferente aos confrontos nascidos no cerne da sociedade brasileira. Discorre sobre aquelas que tiveram maior repetição no meio processual e que explanam o panorama então definido.

associados à construção e comércio civil. De acordo com Adevanir Tura¹²⁰, isso está relacionado às vantagens que essa ferramenta possui quando contrastada com a via judiciária entre as quais é possível mencionar: celeridade; confidencialidade entre as partes e árbitro; especialização específica do julgador para determinada matéria; confiança, visto que compete aos indivíduos escolher o árbitro.

A abertura do Poder Judiciário também recaiu em leis antigas que nem são mais aplicadas para o deslinde ágil e funcional dos conflitos. Nesse âmbito, a Lei nº 10.931/04, deu lugar a Lei nº 6.015/73, que formulou procedimento administrativo de reparação de registros de imóveis, onde cabe ao próprio oficial do Registro de Imóveis realizar a alteração, ficando restrito ao Poder Judiciário apenas as situações em que não ocorrer acordo entre as partes ou existir iminente lesão a direito de propriedade de alguma das partes.

No mesmo sentido, a Lei nº 11.441/07, foi convertida no artigo 1.124-A do CC, que permite a esfera notarial a resolução de casos de inventário; partilha; divórcio e separação consensuais. Nela, fica deliberado que realização pode ocorrer em qualquer tabelionato do Brasil, sendo dispensável a realização de audiência, o que apresenta um ponto benéfico ao acesso à justiça no ordenamento pátrio.¹²¹

Além disso, a Lei nº 13.467/17 (Consolidação das Leis do Trabalho), na reforma trabalhista, passou a admitir a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem, nas demandas individuais de empregados (art. 507-A da CLT), uma vez que nos dissídios coletivos a arbitragem já era admitida de acordo com o artigo 114, §1º da CF/88.

A utilização da arbitragem no direito do trabalho, individual e coletivo, objetiva um dos fundamentos presentes no preâmbulo da CF/88, que nada mais é do que a solução pacífica das controversas.

Diante do progresso das organizações judiciais nasceu a urgência de novos métodos para solucionar as desavenças do Estado Moderno, que tem constantemente fracassado em sua obrigação conciliadora.

Nesse seguimento, por desjudicialização, entendeu-se, de início, a modificação da legislação que lutava com o formalismo processual, buscando a resolução de um conflito sem a intervenção do Poder Judiciário. De acordo com

¹²⁰ TURA, Adevanir. **Arbitragem nacional e internacional**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012. p. 50.

¹²¹ QUEIROGA, Onaldo Rocha de. **Desjudicialização dos litígios**: lei nº 11.441/2007 e emenda constitucional 66/2010. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Antônio Carlos de Araújo Cintra *et al.*, a “desformalização enquanto tendência processual, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade”.¹²²

A desjudicialização constitui-se no afastamento da competência do Judiciário, com o seu deslocamento para a instância administrativa. Dessa forma, em que pese exista a viabilidade de solução de controvérsias de forma jurídica, uma vez estipulados pelas partes, os métodos alternativos, estes devem prevalecer.¹²³ Quanto a desjudicialização, Daniela Olímpio de Oliveira leciona que:

A desjudicialização está mais afeita a uma situação – o movimento de retirada de procedimentos que antes eram típicos da função judicial, sendo agora absorvidos por outras instâncias não judiciais. Em verdade, pode-se manter a coexistência dos meios, ou não. Têm-se, assim, procedimentos que são mesmo excluídos da apreciação judicial, e outros que passam a ser assumidos também pela processualidade administrativa ou cartorária.¹²⁴

O mecanismo da desjudicialização traduz-se, na diminuição da intermediação judicial em determinadas matérias, que passam a ser apreciadas pelos entes administrativos. Imperioso se faz diferenciar as formas de desjudicialização. Quando se fala em desjudicialização, o primeiro pensamento é o deslocamento de definidas atividades jurídicas a outros órgãos, o que não é apropriado.

De início, é preciso deixar claro que a desjudicialização não é uma estrada sem retorno, nem configura um método apto a pôr fim na atividade judiciária. Pelo contrário, andam juntas. À vista disso, necessitam de uma adequada administração do Poder Judiciário, uma vez que visa assegurar o controle externo da justiça sobre as ações exercidas pelos agentes no desempenho de suas funções. Esse procedimento de transição (desjudicialização) de serviços para os cartórios extrajudiciais que antigamente só eram realizados pelo judiciário, tem por finalidade oferecer celeridade e a colaboração para a diminuição da crescente da pressão sobre os tribunais, que estão cada mais atolados.

Para que a desjudicialização funcione, imperioso se faz afastar o judiciário de demandas com menor complexidade. Desse modo, se evitaria a intervenção do Poder Judiciário em casos que não são fundamentais. As leis processuais precisam

¹²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 33.

¹²³ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 163.

¹²⁴ *Idem*.

ser apropriadas para essa realidade. A informalização da justiça quer dizer aprimorar métodos consensuais de resolução de conflitos em espaços comunitários. Desse modo, aumenta a desjudicialização, ou seja, o reconhecimento de meios não formais de resolução de conflitos.

À vista disso, recentemente (julho de 2021) o Código de Defesa do Consumidor, sofreu alterações, de modo que no artigo 51 do diploma legal em comento, foi incluso o inciso XVII que versa sobre a abusividade das cláusulas que limitam o acesso à justiça ou condicionem o acesso à justiça.¹²⁵ Ou seja, o inciso XVII deixa cada vez mais claro que os métodos alternativos de solução de conflitos, como por exemplo, a arbitragem, não impedem o acesso ao judiciário. Pelo contrário, como os métodos alternativos tratam-se de uma opção, eles não afastam do jurisdicionado a tutela do Estado, sendo uma escolha fundamentada na autonomia de vontade das partes.

Imperioso deixar claro que, não existindo mais o interesse no julgamento pelos métodos alternativos, em especial pela via da arbitragem, tema do presente estudo, renunciando as partes a cláusula compromissória poderá a qualquer momento buscar a solução do litígio pela via Estatal. Logo, resta evidente a ausência da inafastabilidade da jurisdição estatal quando as partes convencionam a resolução através da arbitragem. Portanto:

A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral.¹²⁶

Assim sendo, o princípio da autonomia da vontade é quem guia e dá incentivos a lei de arbitragem e aos métodos alternativos de solução de conflitos, apresentando uma conotação constitucional que não afronta o poder jurisdicional do estado. Sobre o assunto Rodrigo Xavier Leonardo leciona que parece ser impossível

¹²⁵ Artigo 51º. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**, 1990).

¹²⁶ GAMA, Alessandro Pereira. Arbitragem: violação à inafastabilidade do controle jurisdicional? **Migalhas**, 10 dez. 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/98911/arbitragem--violacao-a-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional>> Acesso em: 10 ago. 2021.

admitir, hoje, a inviabilidade de qualquer acesso ao conteúdo do procedimento arbitral pelas partes, isso seria negar o fato de que ela faz surgir uma relação especial entre as partes, a saber, uma relação de mútua cooperação.¹²⁷

O CNJ incentiva a conciliação judicial em escala nacional. Assim, em 2006, foi instaurada a Semana Nacional da Conciliação, evento realizado todos os anos, para que os tribunais indiquem demandas que possuam possibilidade de composição amigável e busquem solucionar o conflito por meio desse método, o que, por efeito auxilia na redução dos processos no judiciário.

A desjudicialização das demandas é uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta uma forma de incentivar a teoria do processo judicial no Brasil, de modo que busca retirar os trâmites judiciais de alguns processos que podem ser deliberados de maneira consensual.

Nesse viés, um dos casos que pode ser deliberado de forma consensual e que será analisado mais adiante de forma aprofundada, são os casos do paciente-consumidor e o médico cirurgião plástico. Isso porque, a responsabilidade civil do médico cirurgião embelezador, somente será exonerada quando o fim prometido for atingido. Em não sendo o caso, o mesmo pode ser responsável civilmente pelos danos ocasionados, ao passo que, nesta hipótese, assumiu obrigação de resultado.

À vista disso, desjudicializar os casos de cirurgia estética malsucedidas, onde os pacientes não se encontram doentes, mas buscam o direito à indenização é uma forma do paciente-consumidor receber o que almeja, de uma forma mais célere, mais barata e menos desgastante.

Isto posto, a desjudicialização no país necessita ser melhor analisada, estudada e adaptada ao sistema jurídico brasileiro. Deve ser visualizada como a primordial maneira de tornar o exercício jurisdicional mais rápido e afastar o fardo de processos do judiciário ou separá-las de acordo com o grau de dificuldade. Sem mencionar a pretensão da sociedade para o acesso à justiça e por mais cooperação dos sujeitos nas questões que os rodeiam, diante do ceticismo dos cidadãos nas esferas judiciais.

¹²⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à professora Vera Fradera**. Porto Alegre: Ljus, 2013 (prelo), na versão cedida pelo autor, p. 34.

2.1.1 O que é Arbitragem

Em relação aos primeiros momentos de instituição da arbitragem José Luiz Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler lecionam:

Primeiramente a arbitragem foi prevista pelas Ordenações Filipinas, e a partir disto, o Código Comercial Brasileiro de 1850 estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia. Entretanto, o Regulamento 737, de 1850, primeiro diploma processual codificado, restringiu tal obrigatoriedade estritamente às causas comerciais. Mesmo assim, surgiram inúmeras críticas a este caráter compulsório. Diante dessa posição, apareceu a Lei 1.350, de 1866, que revogou tais dispositivos, e o Código Civil de 1916, que reduziu a arbitragem a mero compromisso. Os Códigos de Processo Civil de 39 e 73 também dispuseram da mesma forma, o que garantiu ao instituto uma versão facultativa em vigor até o advento da lei.¹²⁸

Com a Constituição de 1946, consagrou-se pela primeira vez o princípio da ubiquidade de jurisdição, e a partir de então o mesmo foi reiterado nas subsequentes: Constituição de 67, na Emenda Constitucional de 69, e finalmente na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXV.¹²⁹

No plano internacional, assistiu-se um crescimento vertiginoso e diferenciado das relações comerciais externas impulsionadas pela globalização econômica que contribuiu para revestir de importância os juízos arbitrais. Estes acompanharam, de perto e de igual maneira, o desenvolvimento e incremento nas relações entre Estados e entre particulares, o que inevitavelmente repercutiu na formação de tratados na área internacional, bem como novas codificações no que se refere à arbitragem entre particulares no âmbito interno de cada país. A integração do Brasil neste contexto se deu a partir da assinatura do Protocolo de Genebra em 1923, que foi ratificado e internalizado no Brasil e da Convenção do Panamá, de 1975, à qual foi aderida em 1996.¹³⁰

Analisando aspectos da história da arbitragem, passa-se a compreender o que de fato é a arbitragem. A arbitragem consiste no julgamento do litígio por terceiro imparcial, escolhido pelas partes. É, tal qual a jurisdição, espécie de

¹²⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 214.

¹²⁹ COSTA E SILVA, Alberto Vasconcellos da. Juízo Arbitral obrigatório e sua inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 185-188, 1920.

¹³⁰ *Idem*.

heterocomposição de conflitos, que se desenvolve mediante trâmites mais simplificados e menos formais do que o processo jurisdicional.¹³¹

A arbitragem somente pode ser convencionada por pessoas maiores e capazes e com relação a direitos disponíveis. Não é compulsória, mas opção que poderá ou não ser utilizada pelas partes, a critério delas. No âmbito trabalhista, a arbitragem possui *status* constitucional (artigo 114, § 2º, da CF/88, com a redação dada pela EC 45/04).¹³²

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. A primeira é aquela em que os árbitros seguem as regras dispostas no ordenamento jurídico para solucionar o litígio. Na segunda, por outro lado, podem os árbitros se afastar das regras de direito para buscar a solução que considerar mais justa.¹³³

Sendo assim, a arbitragem é utilizada como um método alternativo na solução de conflitos, sendo um método extrajudicial em que as partes submetem questões litigiosas existentes ou futuras ao crivo de um árbitro ou de um tribunal arbitral. Importante considerar que nem todas as matérias podem ser submetidas a um juízo arbitral. Em geral, somente questões patrimoniais são admitidas.

2.1.2 Possibilidade Arbitragem

Atualmente, a arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307/96, sendo que este dispositivo legal manteve a equiparação da jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, conforme pode ser observado no artigo 18.¹³⁴

Dito isso, a solução de conflitos de consumo pode ocorrer por meio de arbitragem. O Código de Defesa do Consumidor veda apenas a utilização compulsória da arbitragem, o que não obsta o consumidor de eleger o procedimento arbitral como via adequada para resolver eventuais conflitos surgidos frente ao fornecedor. Isso porque, a lei de arbitragem possui como característica a autonomia

¹³¹ DONIZETTI, Elpídio. Entenda o conceito de arbitragem. **Migalhas**, 17 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317064/entenda-o-conceito-de-arbitragem>>. Acesso em: 11 ago. 2021. p. 1.

¹³² *Idem*.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ Artigo 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 (BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 11 fev. 2020).

da vontade das partes, ou seja, existe a liberdade dos contratantes em estabelecer a forma pela qual o litígio será solucionado. Essa liberdade diz respeito ao procedimento que será adotado pelos árbitros e ao direito material que será aplicado.

Assim, o CDC, não proíbe a utilização da arbitragem, contudo, ela somente pode ocorrer desde que o consumidor expresse a sua vontade em utilizar-se dela e desde que trate de direitos patrimoniais.

2.1.2.1 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva na legislação brasileira

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio definem arbitrabilidade da seguinte forma:

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição - aplicação da lei ao caso concreto - é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.¹³⁵

A legislação brasileira, no que tange à arbitrabilidade subjetiva, enunciou que podem se utilizar da arbitragem as pessoas capazes. A Lei nº 9.307/96 no artigo 1º estabeleceu quem são as pessoas que poderão se valer da arbitragem. Na mesma linha, o artigo 851 do Código Civil aduz que “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Já a arbitrabilidade objetiva se restringe às questões passíveis de transação, ou seja, relativas a direitos patrimoniais disponíveis. O artigo 852 do Código Civil estipula que é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras questões que não tenham caráter estritamente patrimonial, isto é, o CC enumerou as questões insusceptíveis de solução pela via arbitral. O artigo 853 do CC faz remissão à lei de arbitragem, devendo-se aplicar,

¹³⁵ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: _____. **Direito internacional privado – parte especial**: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

portanto, o seu artigo 1º combinado com as restrições elencadas pelo artigo 852 do Código Civil.

Analisa-se que a legislação brasileira sobre arbitragem não menciona nada sobre a capacidade do Estado brasileiro se submeter à arbitragem. A omissão pode ser uma justificativa pelo fato da legislação comentada pertencer ao direito privado. Além disso, à arbitralidade subjetiva, possui como pressuposto necessário o princípio da legalidade, de modo que compete a Administração fazer somente aquilo que não é vedado por lei, assim como, somente pode fazer aquilo que é permitido por lei. Ou seja, não é suficiente que não exista lei impedindo, imperioso se faz a existência de lei expressamente autorizando a prática da arbitragem.

No que se refere à arbitabilidade objetiva, não é pacífica a natureza dos direitos envolvidos nos contratos realizados pela Administração Pública. Contudo, se admite a existência de contratos firmados pela Administração envolvendo direito patrimonial disponível, defendendo-se a utilização da arbitragem nesses casos, em conformidade com o artigo 1ª da lei de arbitragem. Todavia, a falta de clareza da legislação, aliada à falta de uniformidade na doutrina, vêm levando o tema cada vez mais aos tribunais, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial. Todavia, a jurisprudência ainda tem se mostrado confusa e não uniforme.

2.1.3 Impossibilidade Arbitragem

Conforme visto alhures, o artigo 852 do Código Civil estipula que é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras questões que não tenham caráter estritamente patrimonial, isto é, o CC enumerou as questões insusceptíveis de solução pela via arbitral.

Aclara-se que a mediação e a conciliação são métodos consensuais que alcançam a própria resolução de conflitos. A arbitragem é um método consensual pela escolha do procedimento.¹³⁶ O reconhecimento jurídico de pedido e o negócio jurídico processual visam, respectivamente, resolver o conflito rapidamente pelo

¹³⁶ Artigo 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 11 fev. 2020).

reconhecimento da pretensão pelo réu em face do autor e a adaptação do procedimento ou de atos, poderes, faculdades ou deveres processuais às peculiaridades do caso concreto. Em todas essas medidas consensuais, é viável a participação do poder público. A falsa ideia da indisponibilidade do direito, no entanto, é um empecilho à aplicação desses institutos e procedimentos a esses atores.¹³⁷

Direitos indisponíveis são aqueles inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis ou não transacionáveis.¹³⁸ Como se vê, o caráter indisponível do direito admite vários conceitos e facetas. Não é definido por apenas um critério. O direito é inalienável quando não pode ser transferido por ato entre vivos ou *mortis causa*. Em regra, os direitos patrimoniais são transmissíveis. No entanto, a patrimonialidade, por si só, não é capaz de atribuir a disponibilidade do direito. Basta observar que, em regra, os bens públicos são inalienáveis, sendo somente alienáveis os dominicais ou dominiais.¹³⁹

O direito intransmissível é aquele que não pode ter a titularidade transferida. É o que ocorre, por exemplo, com os direitos da personalidade em geral.¹⁴⁰ O direito irrenunciável é aquele que o titular não pode eliminar.¹⁴¹ Os direitos não transacionáveis são aqueles que impedem concessões mútuas entre as partes de uma relação jurídica.¹⁴²

Contudo, a indisponibilidade do direito não significa impossibilidade de composição. A autocomposição significa uma possibilidade de voluntariedade relacionada a algum dos elementos de uma relação jurídica.¹⁴³ As relações jurídicas

¹³⁷ COSTA FILHO, Venceslau Tavares; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima. Uma reflexão sobre a autocomposição e indisponibilidade dos direitos do Estado. **Revista Consultor Jurídico**, 13 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-13/reflexao-autocomposicao-direitos-estado>> Acesso em: 10 jul. 2021.

¹³⁸ MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Revista de Processo**, v. 122, p. 1-13, abr./2005. p. 4.

¹³⁹ Artigo 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei (BRASIL. **Código Civil**, 2002).

¹⁴⁰ Artigo 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (BRASIL. **Código Civil**, 2002).

¹⁴¹ CUPIS, Adriano de. I diritti della personalità. Tradução para o português de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 52.

¹⁴² Artigo 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas (BRASIL. **Código Civil**, 2002).

¹⁴³ O Enunciado 135 do FPPC foi categórico nesse sentido ao prever que “a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual” (FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis. Florianópolis, 24, 25 e 26 março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2021).

são compostas por cinco elementos: sujeito, objeto, fato jurídico, vínculo jurídico e garantia.¹⁴⁴ Isso fica claro em relação a direitos indisponíveis ligados ao Direito Civil, como ocorre com a relação de alimentos em que existe indisponibilidade, mas é possível a composição em relação ao valor da prestação.¹⁴⁵

O grande problema é que a ausência de compreensão sobre a possibilidade e utilidade de soluções consensuais para o poder público faz com que se criem empecilhos para a sua utilização nos próprios atos normativos que o autorizam. Isso decorre da ausência de conhecimento ou má compreensão entre os conceitos “indisponibilidade do interesse público” e “autocomposição”. A indisponibilidade do direito não significa a impossibilidade de autocomposição, mas pode gerar obstáculos à sua implementação concreta por falta de precisão conceitual e barreiras injustificadas criadas pela própria legislação. Não se quer afirmar que atos de controle não possam ser empregados. Evidentemente, eles deverão estar presentes, mas a adoção indiscriminada da homologação judicial e da oitiva do Ministério Público para alguns casos, como por exemplo, é um elemento de dificuldade que não se coaduna com o objetivo da legislação processual civil.¹⁴⁶

Isso porque, ao se observar que o Poder Público está presente em mais da metade de todos os processos que tramitam no Brasil, conclui-se que, sem a sua participação e uma mudança de postura, os objetivos nunca serão alcançados.¹⁴⁷

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM: JURISDIÇÃO OU CONTRATO?

Por natureza jurídica se entende o fenômeno de compreensão teórica dos institutos jurídicos, tem-se que da “afinidade que um instituto jurídico guarda para

¹⁴⁴ “As relações jurídicas apresentam cinco elementos, os sujeitos, os objetos, o fato jurídico que as gera, o vínculo do sujeito com os demais sujeitos, que sempre deve ser analisado em aspecto quantitativo e qualitativo para diferenciar as relações e situações jurídicas, que nada mais são do que feixes de relações jurídicas com grupos de sujeitos de direito heterogêneos e a garantia”. (PENTEADO, Luciano de Camargo. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis – breves notas à luz do pensamento tomista. **Revista de Direito Privado**, v. 51, p.1-20, jul./set. 2012. p. 10-11).

¹⁴⁵ COSTA FILHO, Venceslau Tavares; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima. *Op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Confrontar também com FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda Pública. **Revista de Processo**, v. 280, p. 353-375, jun. 2018.

com uma grande categoria jurídica por diversos pontos estruturais, de modo a nela poder ter ingresso classificatório”.¹⁴⁸

Dessa forma, a natureza jurídica reflete a expressão da matéria, levando em regra os seus elementos constitutivos.

Os doutrinadores, afirmam que são três as correntes existentes capazes de explicar a natureza jurídica da arbitragem. De um lado temos a Teoria Privatista (contratual), de outro a Publicista (jurisdicional), e, ainda existe, o entendimento no sentido de que a natureza jurídica é Eclética (híbrida), fazendo uma junção entre a Teoria Privatista e a Teoria Publicista.

2.2.1 Corrente Privatista

Imperioso se faz evadir-se do judiciário, motivo pelo qual, a lei não obriga que os sujeitos de direito sempre recorram aos juízos e tribunais, criados pelo Estado. Em certos casos, é possível que as pessoas deleguem esse encargo a terceiros por elas livremente escolhidos.

A esses terceiros é dado o nome de árbitros, e o juízo que se instala é o juízo arbitral. É um juízo diferenciado. O juízo arbitral é a instância que nasce dos árbitros escolhidos por meio de um compromisso entre pessoas aptas de contratar e que estão em conflito. Ninguém pode ser compelido a aceitar um juízo arbitral, contudo, todos são obrigados a vir à justiça comum, sob as penas de revelia.

É um instrumento válido e altamente prestante para resolver problemas comerciais e industriais, bem como, consumeristas. Os árbitros serão conhecedores das matérias em litígio. Este juízo é um substituto da jurisdição do Estado. Os interesses, mesmo opostos, podem acomodar-se amigavelmente, como se dá com a conciliação, e com a transação. Podem as partes, em vez de ingressarem em juízo, concordarem em nomear terceiros, que tanto pode ser uma pessoa física como, colegiado, que acerte as relações entre elas, como, faria o juiz. É o juízo arbitral.

Por um critério negativo, é acertado dizer que podem ser objeto do juízo arbitral todas as questões não reservadas à jurisdição estatal. As coisas fora do comércio não podem ser, por isso, objeto de juízo arbitral, por igual, os direitos indisponíveis. Excluem-se do juízo arbitral as questões de Estado, e de direito de família, bem como, as questões de alimento. Não

¹⁴⁸ SIDOU, Jose Maria Othon. **Dicionário jurídico** 11. ed. São Paulo: Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Forense, 2016. p. 569.

podem ser objeto de juízo arbitral as pretensões desprovidas de ação, como as dívidas de jogo, a obrigação natural.¹⁴⁹

Evidente que o debate acerca da natureza jurídica da arbitragem não é novo, e é profundamente interessante. Os doutrinadores debatem em dois pontos básicos: tem a arbitragem natureza contratual ou jurisdicional?

A arbitragem é uma forma heterocompositiva de conflito de interesses. Refere-se a um meio de solução de litígios que, historicamente, teria aparecido antes mesmo da jurisdição estatal, visto que, as partes integrantes de um litígio buscavam um terceiro, geralmente, um vizinho ou uma pessoa respeitada na sociedade em que viviam, para solucionarem a lide, que respeitava a determinação do árbitro. Por seu turno, a jurisdição somente teve a sua suntuosidade com o fortalecimento do poder estatal, uma vez que a aplicação da norma se efetivasse, independentemente de prévio acordo entre as partes.

A arbitragem representa o procedimento estabelecido através de um acordo de vontade das partes, expressando a vontade dos mesmos em designar um ou mais árbitros, com a finalidade de solucionar as controvérsias surgidas entre elas, desde que versem sobre questões em que lhes é permitido transigir, obrigando-se a aceitar de boa-fé a decisão proferida.¹⁵⁰

Desse modo, é possível concluir que o elemento vontade é fundamental para se estabelecer uma arbitragem. As partes conflitantes precisam querer submeter o objeto do litígio ao julgamento de um árbitro, ou de um conjunto de árbitros. Em síntese, os sujeitos de direito definem o procedimento a ser seguido, ou conferem essa faculdade ao árbitro, ou a uma instituição. É essencial o acordo entre as partes, o qual, aparece, em princípio, como componente substancial da arbitragem.

Dessa forma, é certo que não é apenas o poder público, através de seus órgãos judiciais, o único capaz de solucionar os conflitos que, por ventura, existam entre os membros da comunidade. Estes têm a possibilidade de destinar essa tarefa a terceiros, por vontade própria.

Os adeptos a esta teoria, consentem que a arbitragem possui a sua origem em um contrato, logo, as partes acordam que determinada demanda existente, ou

¹⁴⁹ MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 116.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 117.

que porventura vier a existir, será decidida por intermédio de uma terceira pessoa, ou instituição indicada pelos envolvidos.

Sobre o assunto Francesco Carnelutti afirma que:

A nota distintiva da arbitragem e do processo é a falta de poder judicial daquele. Pois o árbitro não tem poder coercitivo em relação às partes, e a terceiros, e também lhe é vedado conceder medidas cautelares, e até mesmo requerê-las ao juiz togado. Cabe às partes fazê-lo, é o que reza o art. 818 do Código de Processo Civil Italiano. Outro ponto de exclusão da arbitragem como jurisdição é o fato de que estes não integram a organização estatal.¹⁵¹

Dentre os privatistas merece destaque, Giuseppe Chiovenda:

No juízo arbitral não se encontram presentes os poderes jurisdicionais praticados pelo juiz togado. O condicionamento da exequibilidade da sentença arbitral à sua prévia homologação pelo Poder Judiciário é prova mais do que suficiente de que ele não tem poder jurisdicional, recebendo a autoridade do Estado só após este ato. No juízo arbitral um julgamento só se aperfeiçoa quando recebe a força e a autoridade do Estado.¹⁵²

Tem-se necessário nesse momento, realizar à distinção existente entre as duas formas possíveis de submissão de um litígio à decisão arbitral, que são conhecidas como compromisso e cláusula compromissória.¹⁵³

O poder jurisdicional não compete somente ao Estado; em determinados assuntos, é possível que as partes escolham uma ou mais pessoas, assim como, uma instituição, para proceder à conciliação do litígio existente, sendo que este juízo é escolhido através de compromisso. Isto é, este é o ato pelo qual as partes

¹⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1973. p. 120.

¹⁵² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. Campinas, Bookseller, 2009. p. 82.

¹⁵³ “Conforme o exposto, no direito brasileiro faz-se a distinção nítida entre cláusula compromissória e compromisso. A adoção, portanto, de uma cláusula compromissória, que viesse a prever litígio futuro, teria pouca ou nenhuma eficácia. Mas poder-se-ia discutir se daí resultaria ou não uma obrigação de fazer, considerando-se a cláusula compromissória como uma espécie de contrato preliminar à realização do compromisso. Se, depois, uma das partes entendesse de não submeter ao juízo Arbitral, previsto na cláusula compromissória, a controvérsia teria infringido obrigação de fazer, e seria, para logo, obrigada a indenizar. Há, porém, um óbice de natureza prática: como se poderia mensurar o prejuízo decorrente da não-submissão de uma controvérsia ao juízo Arbitral e sim ao juízo comum? Em princípio, não se poderia visualizar, salvo as custas e as despesas processuais, que poderiam ser maiores na justiça comum, nenhum prejuízo. Mesmo que se entenda que a cláusula compromissória possa ser construída em contrato preliminar à realização de um futuro compromisso, ainda assim, não teria aplicação prática, pois da lesão da obrigação de fazer não resultaria nenhum dano” (SILVA, Clóvis V. do Couto e. O juízo Arbitral no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 98, p. 139-150, abr./jun. 1988. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181785>>. Acesso em: 20 jul. 2021).

capacidades de contratar recorrem aos árbitros, constituindo-o por meio de documento escrito, para que este solucione o conflito existente, definindo um juízo para tanto. As partes esperam a sentença arbitral que servirá como o juízo normativo para uma conduta futura.

Prescreve Alfredo Buzaid que

O instituto do compromisso está intimamente ligado ao do juízo arbitral, porque é um 'meio' em relação a um 'fim'. Não deve, porém, ser confundido com 'certas cláusulas compromissórias', que as partes inserem nos contratos, cujo conteúdo é indeterminado, não só em relação ao objeto, mas principalmente quanto aos árbitros, cujos nomes, sobrenomes e domicílio devem figurar no ato de celebração do compromisso (Código Civil, art. 1039). Semelhantes cláusulas são desprovidas de eficácia para o fim de excepcionar o Juízo comum, impedindo o conhecimento das matérias que lhe é submetida a julgamento.¹⁵⁴

As partes, ao firmarem o compromisso, têm por finalidade a instituição do juízo arbitral. Este, pode ser judicial ou extrajudicial, contudo, o seu escopo é resolver pendências judiciais, ou conflitos de interesses ainda não adstritos ao Poder Judiciário.¹⁵⁵

O compromisso arbitral está disposto nos artigos 9º a 12º, da Lei nº 9.307/96, sendo que o artigo 10º estipula que o compromisso apresentará, sob pena de nulidade, não somente a identificação dos árbitros (artigo 10, inciso II), assim como, o objeto da demanda, com todos os seus critérios (artigo 10, inciso III).

A cláusula compromissória é tida como uma simples promessa de submeter à arbitragem as divergências iminentes e futuras, que porventura decorram do contrato.

Nesta cláusula, se encontra a promessa de que as desavenças existentes entre os contratantes vão ser submetidas ao juízo arbitral.

O que define a cláusula compromissória é a eventualidade do litígio. Ela objetiva a confecção do compromisso arbitral.

Todos os autores são acordes em proclamar o compromisso como um negócio jurídico, que é o instrumento por meio do qual as partes declaram sua vontade de instruir um mecanismo privado de solução de litígios. Logo, se obrigam a respeitar e cumprir o decidido através de um contrato. Para melhor elucidar, é interessante apontar a diferença essencial entre a cláusula compromissória e o compromisso. Abstrai-se da noção de ambos que a cláusula compromissória tem por objeto um litígio eventual, que

¹⁵⁴ BUZOID, Alfredo. Do juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, v. 47, n. 271, p. 7-13, maio 1958. p. 9.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 10.

poderá ou não se realizar; por sua vez, o compromisso tem por objeto um litígio atual, imediato. Este é um contrato definitivo, perfeito e acabado, e aquela, apenas um contrato preliminar, através do qual as partes prometem efetuar contrato definitivo de compromisso, na hipótese de surgirem conflitos a serem dirimidos.¹⁵⁶

Tanto no compromisso, quanto na cláusula compromissória é notável e presente a autonomia da vontade. Visto que as partes são livres para acordarem, de forma que não interfiram na ordem pública e nem violem legislação positiva.

2.2.2 Corrente Publicista

Esta corrente se contrapõe à corrente privatista. A corrente publicista enxerga na arbitragem um caráter público, visto que dá ensejo ao seu aspecto processual designado no contrato de compromisso, o qual encerra a jurisdição ordinária, ressaltando a identidade entre a sentença arbitral e a sentença judicial. Aquela, expressa pelo árbitro, e esta proferida pelo juiz togado.

Para os seguidores desta corrente, o centro de gravitação da arbitragem está na sentença arbitral. Ressaltam que este possui características de julgamento judiciário, pois o árbitro tem toda autoridade para julgar o caso que lhe foi atribuído. É uma autoridade similar à do juiz, bem como à sua decisão. Tanto este como aquele possuem a mesma jurisdição, que seria a autoridade para declarar o direito. Só que a fonte de que emana este poder é diferente. No caso do juiz, é atribuída pela Comunidade, através da nossa Carta Magna; por sua vez, ao árbitro é o compromisso, conforme a vontade das partes.¹⁵⁷

Para os publicistas, o compromisso não passa de uma espécie de contrato especial do direito público, estabelecendo normas de processo. Fixado o acordo entre as partes de constituírem um juízo arbitral por meio do compromisso, desperta a jurisdição dos árbitros, e nasce o caráter dominante da arbitragem, que é jurisdicional.

Não se pode negar que, no exato momento em que o árbitro é escolhido pelas partes, a este é conferido o poder de decidir, ou seja, as partes precisam atender a solução por ele deliberada. Ele aplica a norma a determinado caso concreto. Ocorre a substituição da vontade das partes pela do árbitro, que profere e

¹⁵⁶ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 126.

condensa a vontade da lei. Sendo assim, é possível indicar os três escopos do processo: o jurídico, o público e o social, restando nítido que as funções do árbitro preenchem os escopos mencionados alhures. Isto é, seu encargo não seria diverso a de um juiz togado.

O árbitro julga e decido através da sentença arbitral, sendo que não mais necessita sua homologação pelo juiz togado para ter força executiva. Foi um avanço que a nova lei de arbitragem trouxe.

No que concerne à atividade, entendemos que ambos, árbitro e juiz togado, conhecem as questões de fato e de direito, que são deduzidas no processo, objetivando o fim do conflito através do *veredictum*.¹⁵⁸

Aclara-se que:

A dificuldade de enquadramento da arbitragem no conceito da jurisdição esbarraria na ausência de poder dos árbitros. Mas a objeção em questões partiria de uma definição incompleta de força para qualificar o poder jurisdicional. Trata-se, assim, de verificar até que ponto o conceito de jurisdição estaria vinculado à coerção, que pode ser facilmente encontrada na execução e na tutela cautelar. No chamado processo declaratório, a força (poder) do Estado é visível de forma mais tênue: o juiz declara qual a norma incidente sobre uma dada relação jurídica e cessa aí sua atividade. A decisão tomada pelo juiz vincula as partes, que não a podem ignorar, sendo impossível a propositura de nova demanda acerca da mesma matéria, eis que os efeitos da sentença tendem à imutabilidade.¹⁵⁹

Esse episódio se repete na arbitragem, já que, assim que o árbitro for acometido pelo poder de decidir, este também transitará pelos mesmos caminhos transitados pelo juiz togado, e estatal; tudo resulta do sistema positivo utilizado. No Brasil, antes da promulgação da Lei nº 9.307/96, era indispensável a homologação estatal, para que surtisse entre as partes e seus sucessores os efeitos, conforme disposto no artigo 1.097 do Código de Processo Civil de 1916. Contudo, o artigo 31 da Lei nº 9.307/96, dispensa este quesito, qual seja: a homologação da sentença arbitral por um juiz togado. Existem países, com a França, a Bélgica, Portugal, Espanha, Áustria e Argentina, onde não é necessário a homologação da sentença arbitral declaratória, que transpassa os mesmos efeitos da sentença declaratória estatal.¹⁶⁰

¹⁵⁸ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 130.

¹⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1993. p. 34.

¹⁶⁰ *Idem*.

A propensão do direito contemporâneo é extinguir a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz togado. Posto isto, o êxito da sentença arbitral não mais necessitaria deste ato formal e dificultoso da celeridade do processo arbitral.

Se alguém nomeia um árbitro é porque confia na sua competência e seriedade. Descabido seria remeter a sentença arbitral a um juiz togado homologá-la, aspirando verificar se a sentença corresponde a todos os requisitos exigidos por lei, para somente então conceder-lhe força executiva. Todavia, as partes podem recorrer ao judiciário para requerer a nulidade da sentença arbitral, que não contempla os requisitos impostos pela lei. A título exemplificativo, caso o árbitro não possua autorização expressa para julgar por equidade, e acaba fazendo. Logo, é inquestionável que esta sentença arbitral é nula, visto que não levou em consideração a vontade das partes.

Com o advento da Lei nº 9.307/96, a parte vencida está compelida a cumprir a determinação do árbitro, se a sentença arbitral levou em consideração todas as formalidades legais, uma vez que não existe mais a necessidade de homologação pelo juiz togado. O artigo 31 da lei de arbitragem de 1996 aduz que, caso a sentença arbitral for condenatória, ela consiste em título executivo.

Com efeito, não se pode negar a origem contratual da arbitragem, mas que, funcionalmente, imprime um caráter jurisdicional. Este caráter é indiscutível na função do árbitro.

2.2.3 Corrente Eclética

Na visão de José M. Chillón Medina¹⁶¹ deve abstrai-se que a origem da autoridade jurisdicional dos árbitros provém da vontade das partes. Aí está assinalado o princípio da autonomia da vontade, discernindo-o daquele juiz, que deriva da comunidade organizada, o qual é estipulado pela Constituição. A Carta Magna é que estabelece a autoridade do juiz para anunciar o direito. Por seu turno, o árbitro alcança essa mesma jurisdição, não da comunidade, mas das próprias partes.

¹⁶¹ MEDINA, José M. Chillón; MERCHÁN, José F. Merino. **Tratado de arbitragem privado interno e internacional**. Madrid: Civitas, 1978. p. 99.

À vista disso, é possível concluir que para Medina, existe uma equivalência entre a sentença arbitral e a sentença judiciária, qual seja: as duas decorrem de pessoas, que estão aptas a declarar o direito sobre deliberada relação jurídica controvertida. E, de acordo com a visão contratualista da arbitragem, a convenção arbitral é a fundação de uma pirâmide, cujo topo é a sentença arbitral, formando ambos, juntamente com todos os atos do esquema, um complexo inseparável. A sentença arbitral serve para completar e integralizar a convenção arbitral.¹⁶²

Logo, a sentença arbitral constitui o propósito da arbitragem, e o árbitro adquire jurisdição similar à do juiz, ou seja, ele possui a mesma autoridade para compor a lide, por meio da aplicação de normas jurídicas, ou por equidade. Posto isto, não se pode negar que a arbitragem também é uma atividade complementar do Estado, onde está presente o caráter publicista, que se manifesta da finalidade da arbitragem, que é a composição de controvérsia, que afeta a Ordem Pública.

À vista disso, José Carlos de Magalhães conclui:

Pode-se dizer, portanto, que a arbitragem repousa, em seu nascedouro, na vontade livre das partes, que optam por sistema privado de solução de litígio, renunciando à solução judiciária e às ações judiciais a que tenham direito. Os árbitros, adquirindo jurisdição, passam a desenvolver atividade similar, senão igual, à do juiz, e, assim, pública, no sentido de que deverão restabelecer a ordem pública, afetada pela controvérsia que será, por eles, composta, pelo laudo.¹⁶³

Dessa forma, não se pode negar o caráter contratual da arbitragem na sua origem e, a posteriori, com o juízo arbitral atinge caráter jurisdicional.

2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL

Oportuno averiguar o progresso legislativo da arbitragem no Brasil, o momento em que este instituto passou a incorporar o direito material e o direito processual. O presente estudo verificará em qual momento este juízo passou a ser obrigatório no Brasil, e partir de quando se tornou facultativo. Ainda que concisamente.

¹⁶² MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p.135.

¹⁶³ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 105.

2.3.1 Arbitragem até o Brasil Monárquico

O instituto da arbitragem não é recente no Brasil, haja vista que é reconhecido desde os tempos da colonização portuguesa. O Código Filipino datado de 1603, juntamente com as leis extravagantes continuaram a vigorar no país, no que tange à parte processual, após a proclamação da Independência do Brasil até a publicação do Regulamento nº 737, de 1850.¹⁶⁴

Todavia para o processo civil permanecia em vigor o Livro Terceiro das Ordenações Filipinas, até a publicação do Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890. No entanto, as deliberações relativas aos processos especiais e da jurisdição graciosa permaneceram em vigor mesmo após este Decreto.¹⁶⁵

A primeira Constituição brasileira, Constituição do Império, de 24 de março de 1824, em seu artigo 160, possuía a seguinte disposição jurídica: “nas causas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”.¹⁶⁶

Indo em frente, adveio o Código Comercial – Lei nº 556 de 1850 e o Regulamento nº 737 de 1850: o juízo arbitral obrigatório.

Mesmo antes do Código Comercial brasileiro de 1850, já existia a previsão institucional obrigatória do juízo arbitral nas questões concernentes a contratos de locações de serviços e seguros, por meio das leis datadas de 1837 e 1831.¹⁶⁷

No ano de 1850, com a publicação do Código Comercial brasileiro, a arbitragem era obrigatória para todos os litígios comerciais, elencados no artigo 2º do Título Único do Código. Porém, com a vigência do Decreto-lei nº 1.608, de 1939, este Título deixou de vigorar.¹⁶⁸

O Regulamento 737, de 25.11.1850, que regulava o processo de solução de litígios entre comerciantes, veio regular apenas “a ordem do juízo no processo comercial”. Sendo que foram extensivas ao processo as causas cíveis as disposições daquele regulamento através do Decreto 763, de 19.09.1890, o que provocou a unificação das causas cíveis e comerciais em um único Código.

¹⁶⁴ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 150.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ *Idem.*

O artigo 411 e seguintes do Regulamento 737 de 1850, previa o juízo arbitral e normas de caráter processual, bem como, condições para a aplicação das regras de direito material, as quais estavam previstas no nosso Código Comercial.¹⁶⁹

O Código Comercial de 1850 contemplava o juízo arbitral obrigatório, em inúmeros dispositivos, como por exemplo, artigos 245, 294, 348, 783 e 856.¹⁷⁰

Indo em frente, será tratada a Lei nº 1.350 de 1866 e o Decreto nº 3.900 de 1867: arbitragem facultativa. Conforme dito alhures, a arbitragem obrigatória, denominada como necessária no Regulamento nº 737, de 1850, em contraposição à voluntária, foi abolida pela Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866. Com o Decreto nº 3.900, de 1867, a jurisdição arbitral comercial passou por nova regulamentação, que pôs em cumprimento a abolição do juízo arbitral obrigatório.

É digno de destaque o artigo 9º do Decreto nº 3.900, visto que este determinava que uma cláusula arbitral sobre lides futuras somente tinha valor de promessa, o que acabou por influenciar na evolução da doutrina nesta matéria.¹⁷¹

Essa influência é nítida tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Desta maneira,

[...] essa decisão, de junho de 1962, confirmou orientação traçada anteriormente pelo mesmo Tribunal, em setembro de 1937, que, ao fazer breve análise do tratamento da cláusula Arbitral no Brasil, lembra que já o Decreto 3.900 de 26.06.1967, considera-a promessa de firmar compromisso.¹⁷²

Dessa forma, estabeleceu-se o regime da pluralidade de leis objetivas, levando em consideração o princípio da autonomia estatal.

¹⁶⁹ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 151.

¹⁷⁰ Artigo 245. Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Artigo 294. Todas as questões sociais que se suscitarem entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral (BRASIL. **Código Comercial**. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça 1º de Julho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020).

¹⁷¹ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 151.

¹⁷² MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 10.

2.3.2 Arbitragem até o Brasil Republicano

A Constituição de 1891 e o Código de Processo Estadual – Lei nº 2.421 de 1930, estabeleceu o denominado regime de pluralidade de leis objetivas; diante do princípio da autonomia estatal, com a publicação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 24 de fevereiro de 1891.

Nesse contexto, foi outorgado aos poderes locais competência privativa para legislar sobre Direito Processual.

Por conta de tal medida, o Regulamento nº 737 teve maior duração em alguns Estados-membros do que em outros. O Código de Processo estadual do Estado de São Paulo passou a valer com a publicação da Lei nº 2.241 de 14 de janeiro de 1930.¹⁷³

Com a chegada da Constituição de 1934 no artigo 5º, XIX, “a”, desenvolveu-se a ideia de que o melhor, a nível de política legislativa, era a federalização das leis do processo, visando incentivar o sentimento de unidade nacional.¹⁷⁴

Contudo, o artigo 16, XVI, “a”, da nova Carta Constitucional de 1937, deixou isto inconcebível, já que foi instituído através do Código de Processo Civil por meio do Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.¹⁷⁵

Com fundamento no artigo 18º, letra “g”, da Carta de 1937, os Estados também podiam legislar sobre “processo judicial e extrajudicial”, nos seguintes termos:

Independente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria para cumprir-lhe as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal ou, em não havendo lei federal e até que esta os regule, sobre os seguintes assuntos:
g) processo judicial ou extrajudicial.

Ademais, no que tange à arbitragem comercial, existe uma disposição específica a ela, na Constituição de 16 de julho de 1934, artigo 5º, inciso XIX, letra “c”.¹⁷⁶

¹⁷³ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 152.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 153.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ Compete privativamente à União [...] XIX – legislar sobre: c) normas fundamentais de direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 11 fev. 2020).

Insta ressaltar que o termo “arbitragem comercial” surgiu pela primeira vez em um texto constitucional de 1934. Em que pese não se encontre nenhuma instrução significativa nas Constituições de 1946 de 1967, na Emenda Constitucional 1/1969 e na Carta de 1988, que vieram na sequência, mantiveram a competência dos tribunais inquestionável.¹⁷⁷

O Código Civil brasileiro, de 1916, regulamentou o juízo arbitral voluntário, nos artigos 1.037 a 1.048. A base jurídica decisiva para se firmar um contrato de arbitragem encontrava amparo no Código Civil de 1916; atualmente é na lei de arbitragem brasileira de 1996. Todavia, o Código Civil foi deficitário no que tange à cláusula compromissória, visto que não lhe concedeu caráter de instituidora do juízo arbitral. Essa falha do legislador de 1916 ocasionou na falta de interesse pela prática da arbitragem, pois era inequívoca a dificuldade de as partes litigantes firmarem acordo destinado a eliminar o litígio existente. Desse jeito, não se desenvolveu o hábito pela prática da arbitragem no Brasil.¹⁷⁸

A Lei nº 9.307/96, no artigo 44, aboliu os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil brasileiro de 1916. Avançando, o Código de Processo Civil de 1973 e 2015 mantiveram a mesma tradição legislativa, seguindo os entendimentos do Código Civil e Código de Processo Civil de 1939, que foi o primeiro a regulamentar o processo arbitral de maneira uniforme, e a legitimar os conceitos concebidos pelo Código Civil.¹⁷⁹

Tanto o Código de Processo Civil de 1973 e 2015 quanto o Código de Processo Civil de 1939 estipularam uma relação de dependência entre o instituto da arbitragem e o judiciário. O Código de 1973 foi um pouco mais moderado – seguindo a mesma linha o Código de 2015, dado que a falta de homologação da sentença arbitral não incorria em nulidade, ao passo que o Código de 1939 apontava sua apresentação obrigatória ao judiciário, sob pena de nulidade.

O Código de Processo Civil de 1973 não só estabeleceu regras importantes para o instituto da arbitragem, como também introduziu outras modalidades benéficas à expansão do uso da arbitragem.

Assim, o art. 267, inc. VII, do referido diploma legal, prevê que o processo judicial se extingue pela convenção arbitral.

Outro fator positivo, que o Código de Processo Civil de 1973 acrescentou ao instituto da arbitragem, foi ter eliminado o disposto no art. 1.031 do Código

¹⁷⁷ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ *Idem.*

de Processo Civil de 1939, que vedava a indicação de estrangeiros pra a função de árbitro.

Previu ainda, o Código de Processo Civil de 1973, a suspensão do processo judicial iniciado por uma parte, que se obrigou a submeter o litígio à solução arbitral, e, ainda, a possibilidade de estabelecer a cláusula de execução da sentença arbitral 'sem recurso', e de fixar pena para o caso de infração dessa cláusula.¹⁸⁰

A isonomia é uma forte peça concedida ao árbitro para exercer justiça, e um dos pontos fortes do Código de Processo Civil de 1973 foi possibilitar aos árbitros o julgamento por equidade, fora das formas e regras de Direito.

O Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não fizeram menção à cláusula compromissória e nem à convenção arbitral. Tratavam somente do compromisso, visto sob a ótica do Direito Interno. Todavia, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações para a arbitragem no Brasil.¹⁸¹ A normatização da arbitragem no Brasil figurava no Código Civil, que se objetivava a regular os aspectos substantivos da arbitragem, ao passo que o Código de Processo Civil regulava os aspectos de natureza processual.

O artigo 41 da Lei nº 9.307/96 modifica a redação do Código de Processo Civil. Dessa forma, os artigos 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil receberam nova redação.¹⁸²

Estabelece o artigo 42 da lei de arbitragem que o artigo 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso.¹⁸³

O artigo 44 da Lei nº 9.307/96 revogou os artigos 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Atualmente, é a Lei nº 9.307/96 que fixa todos os aspectos da arbitragem, que será examinada posteriormente. A Constituição Federal de 1988 vigente aumentou o nível constitucional da arbitragem nas questões trabalhistas. No que se refere ao campo do Direito do Trabalho, ocorreu uma grande inovação, o fato de a

¹⁸⁰ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 155.

¹⁸¹ ROCHA, Pedro Cavalcanti. Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15). **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 49, p. 1-11, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.10.PDF> Acesso em: 5 ago. 2021.

¹⁸² Artigo 267. [...] VII – pela convenção de arbitragem. Artigo 301. [...] IX – convenção de arbitragem. Art. 584. [...] III – a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação (BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015).

¹⁸³ Artigo 520. [...] VI – julgar procedente o pedido de instrução de arbitragem (BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015).

Constituição Federal ter incluído de forma expressa a arbitragem no rol das formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho.¹⁸⁴

Isto significa, que o instituto da arbitragem ganhou *status* constitucional. Reconhecida está sua importância como meio alternativo de solução de conflito.

2.4 A ARBITRAGEM NOS CONFLITOS DE CONSUMO NO BRASIL

Até o presente momento foi analisada a relevância do instituto de arbitragem na atualidade, em que pese ela seja milenar. Ou seja, foi verificado a sua estrutura e funcionamento.

E se pode observar que, na maioria dos países de primeiro mundo, a arbitragem está demasiadamente desenvolvida, sendo bastante utilizada para solucionar os mais diversos tipos de demandas.¹⁸⁵

Persiste toda uma política favorável à sua aplicação, podendo ser ela *ad hoc* ou institucional. Em suma, o importante é fugir do judiciário, que está emperrado e pouco aparelhado para solucionar todas as desavenças existentes.

Resta evidente que a sociedade está percebendo que persiste uma série de demandas, que ficam à margem do Poder Judiciário; não se aplica a lei, nem se busca a justiça.

Trata-se da litigiosidade contida, e isto é mau, pois é uma espécie de câncer, que vai se alastrando por todos os órgãos do corpo do paciente, levando-o à morte. Analogicamente falando, a sociedade tem que acabar com esse câncer, e a arbitragem é um excelente remédio para exterminá-lo.¹⁸⁶

Dessa forma, necessário se faz cessar essa concepção paternalista conferida ao Estado, de que tudo é ele que precisa decidir. Compete a sociedade partilhar com o Estado a busca por soluções para problemas que a afetam. Imperioso se faz erigir uma nova sociedade, mais consciente de seu poder-dever participativo, despertando-a do seu sono catedrático.

¹⁸⁴ Compete à Justiça do Trabalho [...] §1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros (BRASIL. **Constituição Federal**, 1988).

¹⁸⁵ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 157.

¹⁸⁶ *Idem*.

Com a massificação da economia, novos conflitos de interesse surgiram; de um lado, os produtores, almejando o máximo de lucro, e do outro, os consumidores, preocupados com a qualidade e preço baixo. De fato, é um tanto quanto difícil harmonizar essa relação. Mas compete a nós, estudiosos do direito, buscar os meios adequados para solucionar os litígios oriundos da relação de consumo

Este é um problema que afeta a todos nós enquanto membros da sociedade, pois todos somos consumidores em potencial. Inclusive, o próprio fornecedor, e mesmo o Estado, encontram-se, muitas vezes, na posição de consumidor.¹⁸⁷

Não subsiste dúvida quanto a importância e a complexidade da relação de consumo. Os problemas dela provenientes são inúmeros e diversificados, que o Poder Judiciário não está, de fato, aparelhado para atender a todas as demandas de maneira satisfatória. Na verdade, estas disputas de consumo possuem, em sua grande maioria, o consumidor, que é a parte mais frágil nesta relação, como o lesado. E este se sente fraco e impotente perante ao fornecedor.

Esta é a realidade, visto que o fornecedor desfruta, geralmente, de uma excelente equipe jurídica, sempre em alerta para sua defesa, enquanto que o consumidor deverá valer-se da ajuda de um advogado, que, muitas vezes, pede um valor maior do qual ele está buscando ser ressarcido, geralmente, não pode nem arcar com tamanha despesa, e com a agravante de ter que recolher as custas processuais, isto quando não é dispensado, sem mencionar a morosidade do judiciário.¹⁸⁸

Com efeito, todas essas condições são desanimadoras, e o próprio consumidor lesado acaba por deixar de lado o seu direito de recompensar-se pelos danos sofridos. Evidente que esse tipo de demanda, em sua grande maioria, está limitado a valores de pequena monta, fato este que assiste para a deserção da causa.

À vista disso, não é justo que os consumidores, sejam, praticamente, obrigados a abandonar os seus direitos, haja vista tantas barreiras existentes, assim como, não é correta a afirmação de que, por serem valores pequenos em questão, não possui importância o fato de ficarem sem solução, e que não se justifica invocar ao judiciário, movimentar toda a máquina judiciária, em virtude do pouco valor em julgamento.

¹⁸⁷ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 158.

¹⁸⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizado de pequenas causas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 335.

Percebe-se que o valor econômico, em sendo este ínfimo, pode ser um fator excludente da busca pela defesa do direito frente ao judiciário, devido aos motivos mencionados alhures, mas não de se buscar a justiça por meio do ressarcimento do dano causado por outros métodos. É aí que adentra a arbitragem para preencher esta lacuna. Compreende-se que esta forma extrajudicial de solucionar as demandas de consumo é salutar.¹⁸⁹ E complementa referido autor que

[...] pequenos litígios oriundos de uma relação de consumo devem ser solucionados através da arbitragem de consumo. O que, para muitos, dentro de uma escala de valor objetivo, pode não significar nada, para outros, representa muito. Para melhor compreensão do que estamos querendo expressar, formularemos o seguinte exemplo. Imaginemos o servente de pedreiro que veio do Nordeste e se encontra trabalhando em uma obra em São Paulo. Suponhamos que esse trabalhador adquira um radinho de pilha, companheiro inseparável do solitário nordestino. O rádio apresenta-se com defeito. O comprador procura o comerciante que lhe vendeu, e este nem toma conhecimento da queixa do adquirente do rádio, mandando-o procurar os seus direitos. É evidente que este sente acuado, perdido, esperançoso nesta selva de pedra, e acaba deixando de lado sua pretensão.¹⁹⁰

Não é justo deixar ele desamparado, pura e simplesmente, por se tratar de um simples radinho de pilha. Ocorre que o significado desse bem e o esforço despendido para adquiri-lo não podem ser ignorados. Por isso, este consumidor lesado não pode ser deixado de lado pela Justiça devido ao baixo valor do conteúdo. A sociedade não pode ficar indiferente a tais fatos.

O mesmo ocorre nos casos de erro médico do cirurgião plástico – adiante será analisada a relação médico-paciente –, principalmente os seus efeitos na esfera da responsabilidade civil. Até mesmo porque, a preocupação do ordenamento jurídico com a tutela da pessoa humana, tem sido cada vez maior, diante da autonomia do paciente. Tratando-se de uma relação predominantemente existencial, cujo centro de interesse é a dignidade da pessoa humana.

¹⁸⁹ CALAIS-AULOY, Jean. Acesso eficaz à Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 5, p. 354.

¹⁹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, p. 333.

2.4.1 Aparente Conflito entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem

O instituto da arbitragem é regulamentado pela Lei nº 9.307/96¹⁹¹ com as atualizações introduzidas pela Lei nº 13.129/15¹⁹². Apesar de o referido instituto ser regulado por Lei própria, o novo Código de Processo Civil¹⁹³ tem aplicação subsidiária nas relações instauradas pela arbitragem, fortalecendo assim, a sua inserção no mundo jurídico como título de jurisdição na solução extrajudicial de conflitos. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal protegem os interesses fundamentais da relação de consumo.

No Brasil, a arbitragem foi regulamentada por meio da Lei nº 9.307/96 – conforme visto anteriormente –, que possibilitou as partes interessadas se submeterem a solução de seus litígios ao juízo arbitral através da convenção de arbitragem.

No cenário atual, onde existe um acúmulo demasiado de processos em trâmite no Poder Judiciário, se revela fundamental a busca por meios alternativos de soluções de conflitos.

Contudo, os litígios envolvendo relações de consumo possuem particularidades e se caracterizam pela vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor adotou normas protetivas para esse sujeito. Nesse diapasão, por ter demonstrado ser um procedimento seguro e eficiente, a arbitragem vem sendo aplicada em diversas áreas do direito. Não obstante sejam muitas as vantagens advindas de sua utilização, a ampliação de sua aplicabilidade tem gerado algumas polêmicas, sobretudo, no direito consumerista.

Verifica-se que não há proibição expressa e legal sobre o exercício da arbitragem nas relações individuais de consumo, pelo contrário, o artigo 4º, V do Código de Defesa do Consumidor prevê e incentiva a criação e utilização de mecanismos alternativos de solução de conflito. A grande discussão surge quando

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁹² BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 maio 2015. **Lei de Arbitragem - alterada**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁹³ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

se verifica que o legislador incluiu no rol das chamadas cláusulas abusivas as que determinam a utilização compulsória da arbitragem.

Apesar das restrições colocadas pela doutrina consumerista (José Geraldo Brito Filomeno); acerca da arbitrabilidade dos litígios individuais de consumo, outra parte da doutrina (Hélder Fábio Cabral Barbosa; Nelson Nery Júnior e José Geraldo Brito Filomeno) defende a adoção do procedimento e adverte que não sendo instituído compulsoriamente e desde que observados os requisitos legais e os princípios insculpidos na norma consumerista, seria possível a utilização do procedimento.

Diante desses postulados, a questão que se coloca é saber se o procedimento arbitral deve ou não ser utilizado para solucionar conflitos decorrentes das relações individuais de consumo, haja vista as disposições contidas nos artigos 51, inciso VII, da Lei nº 9.307/96 e artigo 4º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, sobretudo, em razão da principiologia do Código mencionado.

Imperioso, ainda, destacar, que em um mundo altamente globalizado, onde o sucesso das relações interpessoais depende do bom aproveitamento do tempo, imprescindível uma análise crítica a respeito dos novos contornos das relações de consumo, principalmente no que tange a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de adesão, em especial, os contratos de consumo.

É de suma relevância apontar o alto fluxo de processos que o judiciário pátrio tem enfrentado e sua morosidade na solução do litígio, a arbitragem mostra-se como um meio mais célere de resolução de conflitos e de custo mais baixo para as partes. Sua aplicação, embora ainda tímida dentro do nosso ordenamento, provocaria o “desafogamento” do judiciário brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países.

Isso porque, levando em consideração a cultura do litígio no Brasil, qualquer problema, parte da população acaba por procurar o Poder Judiciário para a solução do conflito. É o que exemplifica o relatório anual do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019 onde foram propostas mais de 28 milhões de ações em todo território nacional.¹⁹⁴ Além disso, o alto número de demandas propostas diariamente, acaba por tornar o judiciário mais moroso e quanto maior o número de processos,

¹⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. 238p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 13 jun 2021. p. 30-60.

será necessária mais mão de obra e conseqüentemente mais gasto de dinheiro público.

Tal afirmação, está presente no Relatório Justiça em Números disponibilizado pelo CNJ.¹⁹⁵ Analisando os anos de 2017 e 2019, é possível concluir que o Poder Judiciário teve um aumento nos gastos em todas as unidades do território nacional no importe de R\$ 9.311.323.286,00.¹⁹⁶

Assim, necessário se faz a utilização de métodos alternativos de conflitos, desinstitucionalizando as relações pessoais, desmistificando assim, o papel do juiz.

O ordenamento brasileiro avançou ao permitir a arbitragem como um meio de solucionar conflitos. Há de se ressaltar que o poder judiciário e a arbitragem são coexistentes e não excluem a possibilidade um do outro.

Oportuno destacar que o tema se encontra em evidência, em virtude da recente publicação da Lei nº 13.129/15, que reformou a Lei de arbitragem e trouxe novos elementos para a discussão sobre o tema em comento.

De toda sorte, acredita-se que a disciplina selecionada – a possibilidade de utilização da lei de arbitragem nas relações de consumo – possui vínculo evidente com o objeto da pesquisa, mesmo porque o objetivo do legislador não é prejudicar o consumidor com a inclusão da cláusula, mas sim oferecer a possibilidade de um meio alternativo de solução de um possível litígio na relação consumerista.

Além disso, se faz necessário quebrar certos paradigmas, e é nesse contexto, que prioriza o dinamismo nas relações, que a arbitragem surge como uma forma alternativa de solucionar conflitos.

A evolução da arbitragem traz à tona a necessidade de se estabelecer limites para a utilização de seus benefícios, mais especificamente aqueles que dizem respeito a possibilidade de aplicação desse instituto como meio de solucionar litígio nas relações consumeristas, a forma de inclusão da cláusula nas relações de consumo, haja vista que a doutrina diverge quanto essa possibilidade. Alguns autores afirmam que a mencionada lei da arbitragem não encontra respaldo no Código de Defesa do Consumidor, restando à cláusula compromissória abusiva e em desacordo com os ditames do referido código. Outros, aduzem que é possível

¹⁹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. 238p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 13 jun 2021. p. 30-60.

¹⁹⁶ Aclara-se que os relatórios disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça se referem sempre ao ano anterior publicado.

oferecer a arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos no âmbito consumerista.

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), é relevante na medida em que dispõe sobre arbitragem no Brasil, bem como é a lei que permite que as partes estabeleçam um meio alternativo para a solução do conflito, evitando a morosidade e eventual insegurança do Poder Judiciário. Além disso, ao firmar o contrato, as partes podem estabelecer a chamada cláusula compromissória que é a convenção pela qual estas se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir do referido contrato, contudo, as partes interessadas devem se submeter a referida lei.

Já a reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/15) é pertinente, uma vez que apresenta as reformas da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

Seguindo, o Código de Defesa do Consumidor, se torna importante na medida em que ao tratar da Política Nacional das relações de consumo, incentiva a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo. Portanto, é inegável que o Código de Defesa do Consumidor optou por estimular meios alternativos de solução de conflitos, para que não houvesse a necessidade de que todos os conflitos envolvendo fornecedores e consumidores fossem solucionados pelo Poder Judiciário.

Com a rapidez com que as relações de consumo acontecem, importante desenvolver um meio alternativo de solução de litígios célere e eficaz, que atenda às necessidades do consumidor, que se apresente como fator positivo em relação ao custo/benefício da demanda. Foi pensando nisso que o legislador positivou a arbitragem como meio extrajudicial de solução de controvérsias.

Sobre o assunto Andreza Cristina Baggio¹⁹⁷ entende que não se pode negar que a dinâmica processual, tem passado nos últimos anos por significativas mudanças em seu vértice estrutural. O direito não é estanque, pelo contrário, como a própria sociedade encontra-se em contínua marcha de evolução, assim também o ordenamento jurídico precisa responder, ou espelhar, a necessidade do conjunto de transformações da vida em sociedade.

O instituto da arbitragem encontra vários entraves para a sua efetiva aplicação no Brasil, visto que o uso da cláusula compromissória em contratos de

¹⁹⁷ BAGGIO, Andreza Cristina; DUARTE, Simara Carvalho; KUTEN, Carlos Eduardo. Sociedade de massas e jurisdição: o processo civil em transformação e o StareDecisis. **Ius Gentium**, v. 9, n. 5, Edição Extra, p. 70-91, 2014. DOI: <https://doi.org/10.21880/ius%20gentium.v9i5.148>.

consumo não é pacífico. Alguns doutrinadores (José Geraldo Brito Filomeno) insistem em considerá-la abusiva, e por isso inconstitucional. Sua aparente inconstitucionalidade compromete o desenvolvimento da arbitragem nas relações consumeristas.

Para Carlos Alberto Carmona¹⁹⁸ essa barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão com o objetivo de impedir sua “banalização, através da inclusão da cláusula, indiscriminadamente, em condições gerais de negócios, normalmente impressas e às quais o contratante adere em bloco”.

Seguindo a mesma linha, Cláudia Lima Marques¹⁹⁹, aduz que seria uma desvantagem para o consumidor a possibilidade de se retirar a demanda das mãos do Judiciário, substituindo-os por árbitros indicados e geralmente pagos pelos próprios fornecedores.

Embora os doutrinadores levantem preocupações, não se pode dizer que a arbitragem é inadequada às relações de consumo.

Sendo assim, a possibilidade pela convenção de arbitragem nas relações jurídicas contratuais esbarra em algumas limitações impostas pela legislação pátria, dentre as limitações está a sua proibição nas relações de consumo, quando imposta pelo fornecedor.

Segundo a Ministra Fátima Nancy Andrichi²⁰⁰, embora a lei de Arbitragem tenha surgido com várias modificações “o grande desafio hoje é incentivar a implementação de um sistema de solução de controvérsias envolvendo questões de consumo, que reconheça a condição de hipossuficiência do consumidor e lhe assegure uma solução segura, breve e eficiente”.

A respeito do assunto, em seu artigo – a lei de Arbitragem aplicada às relações de consumo, Hélder Fábio Cabral Barbosa²⁰¹ afirma que a norma que institui o Código de Defesa do Consumidor cumpre o seu papel na defesa do

¹⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo**: um comentário à 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 361.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 635.

²⁰⁰ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.3, n.9, p. 13-21, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

²⁰¹ BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A lei de arbitragem aplicada às relações de consumo. **DireitoNet**, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5999/A-lei-de-arbitragem-aplicada-as-relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

consumidor, tendo a Lei nº 8.078/90 sido feliz em suas considerações, uma vez que não exclui a arbitragem como forma para resolução de litígios provenientes das relações de consumo, mas simplesmente afastou a instituição de uma arbitragem maliciosa e indesejada pelo consumidor. A arbitragem não se choca nem deve se chocar com a proteção que a lei confere ao consumidor, mas deve ser recebida como forma eficaz de resolução de conflitos, facilitando o contato entre os litigantes e oportunizando uma solução rápida e razoável para ambas as partes.

Dito isso, se pode concluir que os dispositivos são complementares, visto que a lei de arbitragem apresenta a forma correta para o uso da cláusula compromissória não ser considerada compulsória nos contratos. Os dispositivos permanecem, devendo ser analisados conjuntamente, sendo assim, não se excluem como parte da doutrina defende.

Portanto, a arbitragem é um meio extrajudicial, mas revestido de função jurisdicional, de solução de conflitos, a qual tem se mostrado rápida e eficaz, principalmente pela liberdade das partes em convencionar o próprio árbitro que solucionará o conflito, as regras de procedimento, e o critério de julgamento, fazendo com que as partes se sintam mais seguras.

Neste aspecto Nelson Nery Júnior destaca que “o juízo arbitral é importante fator de composição de litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua Constituição pelas partes do contrato de consumo”.²⁰² Seguindo tal entendimento, José Filomeno entende que haveria a possibilidade de adoção do juízo arbitral “desde que tais instrumentos alternativos para a solução de conflitos de relações de consumo contassem com representantes ou árbitros de confiança dos consumidores”.²⁰³

Diante do exposto, a arbitragem assegura os direitos do consumidor, não é porque se faz arbitragem que se deixa de lado o processo ou que alguma estrutura será ferida. Pelo contrário, o que se busca com arbitragem é um instrumento de facilitação da justiça, rápido e eficaz, principalmente pela liberdade das partes em convencionar o próprio árbitro que solucionará o conflito, as regras de procedimento, e o critério de julgamento, fazendo com que ambos os polos se sintam mais seguros.

²⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 421.

²⁰³ *Idem.*

Neste sentido, José Celso Martins explicita que:

O procedimento arbitral deve ser visto como uma ampliação do acesso à justiça para a solução das questões relacionadas ao direito de consumo. O que limita sua utilização é o desconhecimento das empresas e dos consumidores de como poderão valer-se do instituto e consequentemente quais as suas reais vantagens.²⁰⁴

Isso porque, o mundo moderno trouxe dinamismo nas relações sociais. Os litígios são criados a todo instante, dado que as interações entre os indivíduos ocorrem de maior monte. Ou seja, se não for criada uma forma eficaz de solução destas controvérsias, o congestionamento do judiciário se tornará cada vez mais problemático.

2.4.2 Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos

Frente a ineficiência do Estado em tutelar os interesses do consumidor lesado, uma solução alternativa indicada pela doutrina é a arbitragem, mecanismo pouco utilizado no Brasil. Realmente, a instituição de métodos alternativos de solução de conflitos pode ser uma solução plausível frente a caótica situação do judiciário brasileiro.

Eduardo Antônio Klausner explica de maneira sucinta e clara os principais aspectos que positivam a promoção da arbitragem na solução de litígios relativos a consumidores e fornecedores:

Diante da experiência internacional bem sucedida, verifica-se que a arbitragem como meio alternativo para a solução de lides decorrentes de contratos de consumo é viável e recomendável, em especial diante de um aparato judiciário estatal insuficiente e oneroso, bastando que o Estado participe efetivamente na instituição destes organismos, regulando-os e fiscalizando-os, permitindo o acesso do consumidor a mais esta opção, sempre atento as especificidades dos seus direitos, e sem privá-lo de preferir a jurisdição estatal.²⁰⁵

²⁰⁴ MARTINS, José Celso. A arbitragem e as relações de consumo. **TASP - Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo**, São Paulo, 15 set. 2011. Disponível em: <<https://www.arbitragem.com.br/index.php/artigos/arbitragem-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-consumo>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

²⁰⁵ KLAUSNER, Eduardo Antônio. A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6564>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

Verifica-se que a experiência internacional é positiva, sem mencionar que Eduardo Antônio Klausner aduz que o Estado deve participar de forma efetiva na instituição e possibilitar o acesso do consumidor a essa opção, sem privá-lo, contudo, do acesso ao judiciário.

Logo, não significa que o consumidor apenas terá a opção do procedimento arbitral, retirando a competência estatal para dirimir esse tipo de litígio, mas assim fornecer-lhe a possibilidade de utilização de um procedimento mais simplificado e célere, além do que pode vir a ser mais barato, diante da dispensa de assistência de advogado.

Os Juizados Especiais Cíveis, criados pela Lei nº 9.099/95 já traziam a previsão da instituição do procedimento arbitral caso a conciliação das partes não acontecesse. De início, na audiência de conciliação é alertado às partes que a opção pelo procedimento da referida lei importará na renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido no art.3º (que é de quarenta salários mínimos), salvo na hipótese de conciliação. Percebe-se que é uma medida criada para incentivar a conciliação das partes, uma vez que pode levar a um acordo com valores maiores. Conforme afirmado, se a conciliação for infrutífera, antes de adentrar ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, as partes poderão fazer a opção pela arbitragem.

Diferentemente do que ocorre normalmente quando ela é instituída mediante cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, no Juizado ela é estabelecida apenas com a escolha do árbitro pelas partes, que deverá ser um dos juizes leigos, os quais são recrutados dentre advogados com mais de cinco anos de experiência. O árbitro escolhido conduzirá o processo com os mesmos critérios que o juiz, ou seja, terá “liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica” (art.5º). Além disso, pode decidir por equidade. O laudo será apresentado ao término da instrução ou nos 5 (cinco) dias subsequentes, sendo homologado pelo juiz por sentença irrecorrível (assim como ocorre no procedimento da arbitragem previsto pela Lei nº 9.307/96, em que a sentença arbitral é irrecorrível). Entende-se, então, que a escolha do árbitro pelas partes equipara-se ao compromisso arbitral.²⁰⁶

Um dos motivos do esparso desenvolvimento da arbitragem no Brasil é o fato de que com a chegada da Lei nº 9.307/96 a cláusula arbitral precisava de subsequente compromisso arbitral para que fosse considerada válida. Não bastava apenas a sua instituição. Além do mais, existia a exigência legal de que o laudo arbitral confeccionado fosse homologado judicialmente no intuito de que operasse os mesmos efeitos da sentença judicial.

²⁰⁶ RIBEIRO, Rodrigo dos Santos; BRITO, Cristiano Gomes de. **A utilização da arbitragem na solução de controvérsias de consumo**. Dissertação (Mestrado) 2009. Disponível em: <file:///D:/MESTRADO/Orienta%C3%A7%C3%A3o/Materiais%20de%20apoio/14788-Texto%20do%20artigo-64319-1-10-20120529.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

De acordo com o artigo 515 do Código de Processo Civil, as duas exigências mencionadas acima, não mais existem, haja vista que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial. No mais, com as mudanças realizadas a arbitragem pode ser instituída por meio de cláusula em um contrato, a denominada cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral, não persistindo a necessidade de que a primeira seja complementada pelo segundo.

Antes das modificações em comento, a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário era tida como entrave a utilização deste método alternativo de solução de conflito, pois impedia que o procedimento fosse rápido conforme o desejado.

Imperioso se faz que o próprio judiciário invista na promoção da arbitragem, de modo que deve o Estado criar um órgão governamental de fiscalização dos tribunais arbitrais e dos próprios árbitros, visando conquistar a confiança dos cidadãos.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, no Capítulo que versa sobre Política Nacional de Relações de Consumo abrange um princípio de promoção de métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo, artigo 4º, inciso V do dispositivo legal em comento.

Todavia, como boa parte das relações de consumo se fundamentam nos contratos de adesão, a previsão do artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor traz a dúvida no que tange à possibilidade de utilização da arbitragem. O presente artigo descreve como abusiva a cláusula contratual que prevê a determinação da utilização compulsória da arbitragem. Porém, o artigo 4º, §2º do Código de Defesa do Consumidor apresenta o seguinte entendimento:

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

Nasceu a incerteza, então, ocorreu uma revogação do disposto no Código de Defesa do Consumidor. Inúmeras correntes doutrinárias surgiram para deixar claro o assunto. Entre os diversos doutrinadores que tratam do tema, Eduardo Antônio Klausner é o que apresenta as mais profusas posições. São elas:

A primeira posição é a que defende que é complementarmente proibida a utilização da arbitragem na solução de conflitos de consumo, pois entendem que esta cláusula estaria sido colocada no contrato de forma abusiva.²⁰⁷

Uma segunda corrente entende ser possível a instituição da arbitragem, isso porque a previsão do art.4º da Lei “Marco Maciel”, por ser uma norma específica que disciplina o procedimento arbitral, derogou a previsão do CDC, haja vista que o art.4º, § 2º (...) contém expressa disposição aplicável aos contratos de consumo, quase sempre de adesão, sendo perfeitamente viável estipular-se a arbitragem como meio de solução de eventual controvérsia surgida do contrato, tanto previamente, no momento em que as partes firmam o contrato por meio da cláusula compromissória, atendida as exigências do parágrafo, como posteriormente ao surgimento do litígio por meio de convenção arbitral. E caso o consumidor resista a instituição do juízo arbitral, poderia a ele ser arrastado em razão do art. 7º. da citada lei. Frisam ainda que a disposição do parágrafo em comento institui um regime formal específico para melhor acautelar os interesses da parte fraca nas relações de consumo.²⁰⁸

No que tange à informação de que caso o consumidor recuse à instituição da arbitragem ele poderia ser compelido em razão do artigo 7º da referida lei, esse é um dos motivos que refletem à aversão à instituição da arbitragem na resolução de conflitos de consumo. É a questão da posição de desvantagem do consumidor e da necessidade de sua proteção.

A terceira corrente defende a necessidade de anuência do consumidor. Sendo assim, a cláusula compromissória seria válida, mas estaria suspensa até o ato do consumidor que demonstre claramente a sua concordância com a instituição do procedimento.²⁰⁹

Para a quarta posição doutrinária, a vedação do art.51, IV do CDC ainda está em voga, mas somente para os contratos de adesão: “quando o consumidor houver negociado livremente as cláusulas do contrato, não haverá restrição para a estipulação de cláusula compromissória”.²¹⁰

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

[...] afirmam que o dispositivo da Lei 8.078/90, em comento, encontra-se em vigor, e em seus termos só existe impedimento à arbitragem compulsória, conseqüentemente não há restrição para que o consumidor, após a deflagração do litígio, de livre e espontânea vontade decida submeter o conflito a um órgão arbitral devidamente capacitado a julgar sua questão.²¹¹

²⁰⁷ RIBEIRO, Rodrigo dos Santos; BRITO, Cristiano Gomes de. *Op. cit.*

²⁰⁸ *Idem.*

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Op. cit.*, p. 2.

Aclara ainda que:

Esta interpretação afina-se tanto a legislação pertinente, como adequa-se aos princípios de proteção ao consumidor, pois a ele caberá a decisão de escolher a jurisdição privada ou estatal, tornando-se a cláusula compromissória estipulação em seu favor a ampliar o acesso à justiça. Como bem salienta Pedro Batista Martins, a proteção ao consumidor tem por escopo alçá-lo a uma posição onde efetivamente possa livremente negociar, e não o transformar em incapaz para tratar de seus negócios. Neste sentido também se coloca a quase integralidade das legislações estrangeiras regedoras da matéria.²¹²

Nada obstante, em que pese seja um entendimento digno de consideração, o mais moderno e correto entendimento é o que admite a possibilidade de instituição da arbitragem até nos contratos de adesão, sem imposição de posterior validação. Isso desde que os requisitos do artigo 4º, §2º do Código de Defesa do Consumidor sejam respeitados, quais sejam: que o sujeito tome iniciativa de instruir ou assente de forma expressa com a instituição, “por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

²¹² KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Op. cit.*, p. 2.

3 RELAÇÃO ENTRE MÉDICO E PACIENTE COMO RELAÇÃO DE CONSUMO E A ARBITRAGEM

Este capítulo objetiva discutir sobre a responsabilidade civil médica, bem como analisar a possibilidade de utilização da arbitragem na relação médico-paciente, isso porque se verifica uma grande evolução histórica da responsabilidade civil médica, de penalidades corporais à responsabilização patrimonial, com requisitos indispensáveis para configurar a responsabilidade médica.

Na sequência, diante da frustrada entrega da prestação jurisdicional, se faz necessária a utilização de mecanismos alternativos ao Judiciário para sanar os conflitos, como a arbitragem, de modo a facilitar o acesso à justiça.

No final, para alcançar o objetivo proposto, analisar-se-á a legislação arbitral vigente e a doutrina pátria, buscando entender quais são os tipos de litígios que podem ser submetidos ao sistema da arbitragem envolvendo direitos atinentes à saúde, buscando sopesar vantagens e desvantagens da escolha deste tipo de procedimento para a defesa de tão importante direito.

3.1 DIREITO À SAÚDE

A saúde, em tese, não é um bem apreciável monetariamente. Apenas sabe mensurar e realmente dar valor à saúde aquele sujeito que se vê privado dela por determinado tempo. E quando a nota fragilizada, constata o quanto é um bem inviolável de se precificar. A saúde, assim, não é considerada um bem patrimonial, assim como não se afigura como disponível. Desse modo, em um primeiro momento, se diria que a arbitragem não tem cabimento para a sua defesa, o que não é verdade.

O caráter não patrimonial estabelecido pela lei de arbitragem possui amparo no artigo 852 do Código Civil que assim compreende: “é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

Apesar da saúde ser um bem de cunho não-patrimonial, defender o direito à mesma pode abranger principalmente direitos patrimoniais e a saúde somente aparecer como causa profundo do conflito. Garante-se o direito à saúde por vezes

defendendo-a diretamente. Em outras situações, todavia, defender a saúde incorre em defesa indireta, especificamente quando a relação principal em debate é obrigacional e contratual, diga-se econômica.²¹³

A pura análise dos conceitos de bem patrimonial e indisponibilidade de um bem jurídico já não bastam para se verificar o cabimento da arbitragem. A saúde é indiscutivelmente bem não-patrimonial e indisponível, porém as relações contratuais entre médicos e pacientes, entre planos de saúde e beneficiários, entre hospitais e usuários, dentre outras, estabelecem contraprestação ao serviço de saúde e esta relação contratual-obrigacional se traduz pecuniariamente.

Assim é que não se poderá discutir em arbitragem a transação do direito à saúde propriamente dito, não sendo possível discutir, por exemplo, a extensão da autonomia de um paciente em decidir sua terapia, mas se permitirá, entretanto, a discussão da não cobertura de algum procedimento médico por parte das operadoras suplementares de saúde haja vista o conteúdo econômico aí explícito. Em ambos os casos se resguarda o direito à saúde: no primeiro caso de forma imediata e no segundo de forma mediata.²¹⁴

Sobre outro vértice imperioso ressaltar também que submeter à arbitragem a verificação da adequação da técnica médica utilizada pelos profissionais da saúde e analisar o ato médico praticado é matéria além do permissivo dado pela legislação arbitral pois a declaração da regularidade do ato não possui natureza patrimonial. Todavia, se constata a ilicitude do procedimento médico utilizado, o que gera o dever de indenizar, pode o pedido de reparação ser analisado pelas instituições arbitrais visto que o pedido será de caráter patrimonial.²¹⁵ No mesmo sentido:

Ninguém pode transacionar, abrindo mão do seu direito à honra, que é um direito da personalidade. Todavia, a afronta à honra da pessoa gera o direito de receber indenização por danos morais. Assim, diante da afronta ao seu direito, nada obsta que, através de compromisso arbitral com o ofensor, o valor da reparação seja arbitrado nos termos da Lei 9.307/96. Nesse contexto, o árbitro não pode decidir se a pessoa tem ou não o direito à honra, vez que este direito é indisponível. Todavia, nada obsta que decida acerca do fato que enseja a afronta ao direito à honra e quanto à liquidação dessa afronta.²¹⁶

²¹³ BOTTEON, Lissandra Christine. Arbitragem e direito à saúde: possibilidade e eficácia de uso do método arbitral para garantir o direito constitucional à saúde. **Acesso à Justiça II**, p. 257-275, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c20bb2d9a50d5ac1>>. Acesso em: 30 jul. 2021. p. 270.

²¹⁴ *Idem*.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 271.

²¹⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28-29.

À vista disso, entre os confrontos que circundam o direito à saúde, se pode compreender que, na linha de argumentação do autor mencionado alhures, aqueles conflitos que debatem de forma direta à saúde, de um modo geral deparam com a proibição na Lei nº 9.307/96 enquanto aquelas demandas que possuam como foco secundário a saúde, desfrutem da possibilidade de resolução do litígio, pela arbitragem.

Envolvem decisão direta sobre a saúde conflitos que envolvam a decisão sobre transfusão de sangue em pacientes adeptos da religião testemunha de Jeová, decisões sobre abortos de anencéfalos, decisões sobre a autonomia do paciente, procedimentos decisivos no fim da vida como a ortotanásia e a distanásia, bem como a discussão sobre o direito de acesso aos dados do prontuário. Tais questões envolvem decisões personalíssimas com impacto direto sobre a saúde física e psicológica dos envolvidos e, muitas vezes sobre o direito à própria vida. Como direitos pessoais que são e investidos do caráter da indisponibilidade, não podem ser solucionados por meio da arbitragem.

Em contrapartida, litígios que envolvam a discussão indireta do direito à saúde e tenham pedidos de natureza indenizatória e, portanto, de cunho patrimonial, podem ser submetidos à arbitragem. É assim que conflitos originados de contratos entre operadoras de saúde e usuários tais como aqueles em que há negativa de cobertura de procedimento médico ou discussão sobre reajuste de mensalidade em razão de alteração de faixa etária podem ser submetidos ao procedimento arbitral. Assim também com relação aos conflitos em que se aponta erro médico ou ausência do direito de informação com franco prejuízo para o paciente e conseqüente surgimento de direito e pedido de reparação.²¹⁷

É de suma relevância delimitar de qual maneira a saúde está em análise porquanto o objeto da arbitragem estabelecido em lei admite apenas, como dito alhures, a análise de direitos patrimoniais disponíveis. Nada veda que um conflito de natureza patrimonial disponível seja instaurado na instância arbitral e durante a demanda nasça uma controvérsia de ordem não patrimonial. Quando isso vier a ocorrer a demanda deve ser suspensa e encaminhada ao Poder Judiciário para somente depois de uma decisão judicial se retomar o andamento da arbitragem.²¹⁸

Imperioso deixar claro que boa parte, no caso, a grande maioria dos contratos de prestação de serviços de saúde são denominados de contratos de adesão e contratos de relação de consumo. E o Código de Defesa do Consumidor leciona

²¹⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 28-29.

²¹⁸ Artigo 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem (BRASIL. **Lei de Arbitragem**, Lei nº 9.306, 1996).

sobre a nulidade da cláusula que institua de forma compulsória a arbitragem. Dessa forma, não se pode fixar cláusula arbitral na enorme generalidade dos contratos que tratam da saúde, sendo possível apenas firmar o compromisso posteriormente ao conflito.²¹⁹

É plausível que a arbitragem seja utilizada para resolver conflitos decorrentes desses contratos, porém, se impõe que a decisão sobre a utilização desse método alternativo de resolução de conflito seja convencionada por meio de compromisso arbitral, ou seja, que se faça formalmente essa convenção depois do surgimento da controvérsia e não do documento contratual.

Scanove Júnior, nesse seguimento é explícito ao destacar quais são os requisitos de admissão da arbitragem, nos casos de contrato de adesão:

Com efeito, a Lei 9.307/1996 determina que, nos contratos de adesão, a arbitragem somente é admitida se: a) Tratar-se de compromisso arbitral (aquela convenção de arbitragem que surge depois de instaurado o conflito entre as partes) b) Tratando-se de cláusula arbitral (contemporânea ao contrato ou em ato posterior, mas anterior à existência de qualquer conflito entre as partes, mediante a qual se obrigam a submeter futuros conflitos à solução arbitral), se b.1) não se tratar de contrato de consumo – vez que neste é nula, como visto, a cláusula contratual.²²⁰

Como se pode verificar, a arbitragem não visa dirimir toda e qualquer controvérsia que envolva os direitos relativos à saúde, restando evidente que os conflitos eminentemente bioéticos acabam por prejudicar a utilização do método arbitral.

3.1.1 Natureza Jurídica da Relação entre Médico e Paciente

No direito brasileiro, o debate quanto a natureza da relação médico-paciente sucedeu da regulação da responsabilidade médica em dispositivo localizado no artigo 1.545 do Código Civil de 1916, motivo pelo qual se questionava se a relação médico-paciente era contratual ou extracontratual.

²¹⁹ Artigo 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, 1990).

²²⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 37.

Contudo, a natureza jurídica de uma relação não deve possuir como base o simples enquadramento legal da matéria, mas sim a essência do ato, pelo que não basta estar no capítulo relativo à responsabilidade extracontratual para distanciar o caráter contratual da relação.

O Código Civil de 2002, deixou de tratar da responsabilidade do médico, no mesmo capítulo em que o Código Civil de 1916, deixando de dar importância a tal classificação, alocando-a para o artigo 951.

Sendo assim é da natureza da relação médico-paciente o caráter contratual, contudo, em algumas circunstâncias o dever de assistência médica pode não se originar em um vínculo contratual.

Hildegard Taggesell Giostri aborda nove situações em que se exclui o caráter contratual do vínculo:

i) serviços prestados de forma espontânea, sem intervenção da vontade do paciente, pois o médico atende alguém em situação de emergência; ii) atendimento médico a incapaz de fato, sem poder comunicar-se com representante legal a fim de obter a devida autorização; iii) atividade desenvolvida contra a vontade do paciente; iv) serviços médicos requeridos por pessoa distante do paciente; v) quando o ato médico configurar delito penal doloso; vi) quando o contrato celebrado entre médico e paciente for nulo ou anulável; vii) atendimento por intermédio do serviço público custeado pelo Estado; viii) herdeiros que em nome próprio pleiteiam indenização por ato médico, o que configuraria responsabilidade extracontratual em relação a esses terceiros; ix) vítimas fora da órbita do contrato.²²¹

O contrato médico pode ser escrito, verbal ou tácito – no caso de atendimento em pronto-socorro), e se configura por ser bilateral, *intuitu personae*, contínuo, oneroso ou gratuito, aleatório.²²²

No que tange à natureza jurídica dessa relação contratual, se seria contrato típico ou *sui generis*²²³, a doutrina ainda não possui um consenso. Há quem lecionem que o contrato entre médico e paciente se assemelha a um mandato, contrato de locação de serviços, multiforme ou inominado.

A responsabilidade resultante do contrato médico tradicionalmente vem sendo classificada em duas categorias levando em consideração o seu objeto, que são:

²²¹ GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico**: à luz da jurisprudência comentada. 2. ed. 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008. p. 235.

²²² *Idem*.

²²³ *Idem*.

obrigação de meio e de resultado, em que pese essa distinção venha sofrendo um abrandamento.

Na obrigação de meio a prestação se limita ao exercício de uma atividade diligente e prudente em benefício do credor, não se espera um resultado, pois configura adimplemento o mero empenhar-se, a presteza, eficiência, zelo com o emprego da técnica que a atividade e o resultado que se pretende exigir. Na obrigação de resultado, por sua vez, o objeto do contrato é o alcance da prestação pactuada, ou seja, um determinado fim, sob pena de configurar inadimplemento. Não basta a presteza, diligência na execução, é necessário a entrega do resultado prometido.

A preocupação doutrinária em definir a obrigação assumida pelo médico como contratual de meio ou resultado ocorria em razão do aferimento do dever do profissional de indenizar por eventuais danos decorrentes de sua conduta e o ônus da prova.

Se a obrigação fosse de meio caberia ao paciente provar que o médico agiu com culpa, do contrário o médico que teria o dever processual de provar que não agiu com culpa, pois basta demonstrar que o resultado esperado não fora atingido para nascer o dever de indenizar.²²⁴

Para Sérgio Cavalieri Filho:

Em ambos os casos, a responsabilidade é subjetiva, mas na obrigação de resultado a culpa é presumida, o que não foi afetado com o Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleceu exceção à regra de responsabilidade objetiva por ele consagrada (art. 14, § 4º).

Tem prevalecido na doutrina e jurisprudência que a obrigação do médico é de meio, já que não é seu dever a cura de determinada doença, restituir a saúde a um paciente, mas tão somente de agir de forma ética, zelar pela saúde de seu paciente, informá-lo de todo o tratamento, riscos, utilizar todos os meios, técnicas e avanços tecnológicos. Os deveres impostos aos profissionais da área médica nem sempre são de resultado.

No entanto, para alguns procedimentos a obrigação seria de resultado como cirurgia estética, realização de exames laboratoriais, e de raio-X.²²⁵

Mais relevante do que definir a relação médico-paciente como contratual ou extracontratual, obrigação de meio ou resultado, é se a relação é considerada patrimonial ou existencial. Isso porque, essa diferenciação interfere na tutela estatal, no tratamento diferenciado, já que na relação existencial o alvo é a pessoa humana, sua dignidade, juntamente com o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Nas relações patrimoniais ocorre sua funcionalização em razão da pessoa, porém na

²²⁴ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A relação médico-paciente e a responsabilidade pelo dever de informar. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 4 a 7 nov. 2009. **Anais...** CONPEDI, São Paulo, p. 1461-1490, 2009. Disponível em: <<http://www.francesconilemos.com.br/pdf/A-RELACAO-MEDICO-PACIENTE-E-A-RESPONSABILIDADE-PELO-DEVER-DE-INFORMAR.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2021. p. 1464.

²²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 60.

existencial a tutela da pessoa faz parte também de sua estrutura, merecendo, por isso, maior proteção do ordenamento jurídico.²²⁶

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, determina, atualmente, uma diferenciação entre as relações jurídicas existenciais e as patrimoniais.

O princípio da dignidade humana passa a configurar em todas as relações jurídicas, não apenas nas existenciais, que mencionam diretamente os chamados direitos de personalidade, contudo também a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, refletindo de forma direta na dogmática da responsabilidade civil.

A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, encontra amparo nos ensinamentos da professora Maria Celina Bodin de Moraes, dos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial e da solidariedade social.²²⁷ Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa, regulam a atividade econômica privada, o regime contratual regulado pelo Código civil.

O direito contratual tradicional, os dogmas romanistas, os princípios clássicos da autonomia de vontade, obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), relatividade dos contratos, tornaram-se insuficientes para reger as novas relações contratuais sofrendo mitigação pelos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico do contrato, da função social.

O ordenamento jurídico passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com a efetivação do princípio da igualdade, não simplesmente formal, decorrente da Revolução Francesa, mas substancial, frente as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável.

A preocupação volta-se para a pessoa, e não para mero sujeito de direito, por isso a tutela através de normas protetivas de alguns vulneráveis como os consumidores, a mulher, as crianças e adolescentes, o inquilino, etc.²²⁸

Dessa forma, se verifica que a primazia dos valores existenciais sobre os patrimoniais, estando estes funcionalizados pelos primeiros.

Não obstante, é difícil, na prática, fazer a separação do que seria uma relação patrimonial ou existencial. Isto porque muitas vezes observamos que os valores existenciais e os patrimoniais estão em uma única situação subjetiva, ou seja, os interesses se entrelaçam. É o caso, por exemplo, da

²²⁶ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Op. cit.*, p. 1464.

²²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

²²⁸ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Op. cit.*, p. 1465.

pessoa que reclama judicialmente o aumento abusivo da mensalidade do plano de saúde: estão presentes os interesses patrimonial e existencial (integridade psicofísica).

Um critério a ser utilizado para amenizar os questionamentos, tendo em vista a diversidade de relações que são mistas e albergam muitas vezes mais de um tipo de bem jurídico, é o da preponderância dos interesses em jogo. Tudo visando assegurar, torna-se a enfatizar, a prioridade da pessoa humana sobre os bens materiais.²²⁹

O contrato médico, seja ele oneroso ou gratuito, precisa ser visto como uma relação predominantemente existencial uma vez que a pessoa humana é o seu principal objetivo, zelando por sua saúde, assim como, por sua integridade psicofísica.

O paciente é a parte mais indefesa na relação e tem recebido especial atenção por parte do Estado que não apenas deve assegurar a saúde, direito fundamental – artigo 6º, 196 e 197 da Constituição Federal –, assim como editar normas de proteção e regulação.

O contrato médico além de prevalecer ao caráter existencial, se enquadra, em regra, como contrato de consumo o que acarreta na incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.2 A Relação de Consumo entre o Médico e o Paciente

A relação contratual onerosa entre médico-paciente, em regra, se define como relação jurídica de consumo, uma vez que a presença da figura do fornecedor de serviços, médico, e do consumidor-paciente – artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. O paciente-consumidor é a parte mais débil da relação e precisa de maior proteção do ordenamento jurídico.²³⁰

O artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, prevê como dever do Estado, e não mera faculdade, a defesa do consumidor, que além de ser um direito fundamental – conforme visto anteriormente, constitui princípio da ordem econômica – artigo 170, V, da Constituição Federal. O artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias estipulou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor em prazo

²²⁹ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Op. cit.*, p. 1465.

²³⁰ *Ibidem*, p. 1466.

determinando frente a relevância desse diploma para o ordenamento jurídico pátrio.²³¹

Desde a revolução industrial (século XIX), o fordismo (século XX), que despersonalizaram veemente as relações com os clientes, a sociedade foi passando por novas transformações políticas, econômicas e sociais.²³²

A sociedade de consumo, caracterizada pela oferta de número crescente de produtos e serviços, domínio do crédito e do marketing, a dificuldade de acesso à justiça, dentre outros motivos, impôs a necessidade da intervenção estatal através de normas jurídicas de consumo efetivas e capazes de dirimir conflitos, mormente superar a vulnerabilidade do consumidor.

Foi nesse período, conhecido como século dos novos direitos, que do velho tronco do Direito Civil brotaram novos ramos, ou disciplinas como direito ambiental, biodireito, direito espacial, direito da comunicação, direitos humanos, direito do consumidor e outros. Todos para atender, através de princípios próprios, as novas necessidades da sociedade.

O arcabouço jurídico até então existente consubstanciado na ideia de centralidade do Código Civil de 1916, capaz de regular todas as relações privadas e garantir certeza do direito através da unificação do sistema, não acompanhou as transformações sociais e econômicas acarretando um descompasso entre o fato social e jurídico.²³³

Por esses motivos, fundamental a elaboração de normas para assegurar a tutela do consumidor, principalmente nesse século em que a sociedade está cada vez mais globalizada, influenciada pelo comércio eletrônico e pela procura por mais segurança, assim como transparência nas relações.

A legislação consumerista tem como *ratio*, justamente, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado. Todavia, a aplicação dessa legislação protetiva deve se dar de forma a abranger os verdadeiros vulneráveis, os que demandam um tratamento diferenciado do ordenamento jurídico, sob pena de esvaziar o espírito da lei, o que também se tornou um desafio para os juristas e aplicadores do direito.

O consumidor é sujeito constitucionalmente identificado como “diferente”, sujeito de direitos especiais face sua vulnerabilidade frente ao fornecedor de serviços e produtos que detém o controle dos meios de produção, domínio técnico e científico. E, por isso, sua tutela ganha cunho constitucional, ocupando uma posição relevante dentro do ordenamento jurídico.

O CDC confere aos seus destinatários alguns benefícios como: inversão do ônus da prova, foro privilegiado, prazos decadenciais e prescricionais diferenciados, nulidade de pleno direito de determinadas cláusulas contratuais consideradas abusivas quando há desigualdade na relação, banco de dados, tutela coletiva, facilidade no acesso à justiça, etc.²³⁴

²³¹ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Op. cit.*, p. 1466.

²³² *Idem.*

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Ibidem*, p. 1467.

Os princípios basilares na defesa do consumidor e, portanto, da criação de uma lei protetiva, são: dignidade da pessoa humana, igualdade substancial e vulnerabilidade. A proteção constitucional do consumidor será, todavia, o princípio limitador da autonomia da vontade das partes, o que se dará utilizando as normas do sistema de maneira coerente. Dito isso, para uma melhor elucidação do Código de Defesa do Consumidor à medicina é necessário compreender dois conceitos: consumidor e fornecedor de serviços – artigos 2º e 3º do CDC.

Além disso, entra nessa relação a remuneração, que é o que ocasiona a obrigação e a responsabilização do profissional diante de eventuais danos provocados ao consumidor. O paciente é consumidor, visto que aproveita de forma direta os conhecimentos do profissional da área médica, que é recompensado pela prestação do serviço. Assim sendo, a relação médico-paciente é uma relação de consumo.

À vista disso, os serviços médicos se introduzem, no mercado de consumo. Por isso, a atividade médica é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

O contrato firmado entre o médico e o paciente se submete, todavia, aos princípios da boa-fé objetiva, equilíbrio, equidade, função social, devendo ser levado em consideração os direitos básicos do consumidor-paciente.

O risco e inerente à atividade médica e por ser a pessoa humana o alvo do contrato, sua saúde, a própria vida, ganha extrema importância a necessidade do profissional prestar informações ao seu paciente, mormente quanto aos riscos do tratamento, da doença, as vantagens e desvantagens da hospitalização, as diversas técnicas que podem ser utilizadas, os custos, revelar o diagnóstico e prognóstico. E isso deve ser feito de acordo com a capacidade deste em compreender e assimilar as informações.²³⁵

A relação entre médico-paciente é fundamentada, sobretudo, na confiança, sobrevivendo justamente do princípio da boa-fé objetiva essa obrigação do médico de informar. Juntamente a isso, está a necessidade do paciente externalizar o seu consentimento no que tange às práticas a serem utilizadas, nos termos do artigo 56 do Código de Ética Médica. E não basta a anuência meramente formal do paciente, a mesma deve ser livre e esclarecida, visto que deve refletir o exercício real da autonomia.

²³⁵ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Op. cit.*, p. 1469.

No ordenamento brasileiro o consentimento informado é previsto de forma expressa na Resolução CNS nº 196/96 e 251/97, e em outras resoluções específicas que abarcam também as diretrizes internacionais.

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº 196/96 prevê os princípios que orientam a bioética e exige o respeito à autonomia do ser humano, elegendo o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) como instrumento de manutenção dessa autonomia; exige ponderação entre riscos e benefícios atuais e potenciais, individuais e coletivos, e o comprometimento máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos (beneficência), sempre se evitando o mal (não-maleficência) e diz ser importante a relevância social da pesquisa e a minimização dos ônus para os sujeitos vulneráveis, demonstrando acolhida ao princípio da justiça.²³⁶

Concerne-se o consentimento livre e esclarecido, conseqüentemente, de uma deliberação voluntária, realizada por sujeito autônomo e capaz, depois de um processo informativo e deliberativo, buscando à aceitação de um tratamento típico ou experimentação, tendo noção da natureza do mesmo, dos seus riscos e conseqüências.

Ainda, o consentimento deve ser anterior ou simultâneo à intervenção médica e seu cumprimento ou descumprimento de forma defeituoso pode ocasionar na responsabilidade civil do médico.

Aclara-se que inexistente uma maneira pré-determinada para o consentimento, porém no geral é por escrito, podendo, todavia, ser verbal.

Quando o consentimento for documentado e registrado, pode o profissional provar a efetiva obtenção do assentimento do enfermo – fato que também poderá redundar em conseqüências gravosas, no âmbito da responsabilidade civil.

Se o médico age sem atender à autonomia privada do paciente, arcará sozinho com todo o ônus de sua intervenção. Isso porque ao consentir com o tratamento sugerido, o paciente está apenas autorizando a aplicação dos meios indicados, mantendo o direito de exigir que o profissional tenha diligência. No âmbito biomédico, a exigência de consentimento informado se coaduna com a proteção integral da pessoa, propugnada pela ordem jurídica constitucional.²³⁷

Por conseqüência, o consentimento informado é fundamental na apuração da responsabilidade do fornecedor, pois, em que pese alguns médicos, em princípio, não respondem pelos riscos decorrentes da atividade que exercem, podem em

²³⁶ PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Op. cit.*, p. 1476.

²³⁷ *Idem.*

determinadas situações – conforme comentado alhures – responder pela inobservância do dever de informar o paciente dos efeitos do tratamento.

3.2 DA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA

Aclara-se que cirurgia estética é diferente de intervenção cirúrgica reparadora. De acordo com Miguel Kfouri Neto, para compreender o que é cirurgia estética, assim como a sua finalidade curativa, é necessário que se entenda o conceito de saúde não somente como um bem estar físico, mas também psíquico e social, podendo a cirurgia estética, por vezes, ser a solução para tais problemas.²³⁸

Nesse contexto, indubitosa é a feição curativa de que se pode revestir a cirurgia estética. Enfermidade não é apenas o processo patológico de degeneração orgânica ou física. Existe uma variada gama de moléstias mentais e de perturbações psíquicas. A cirurgia estética pode atenuar ou eliminar totalmente um mal-estar, não físico, mas psíquico ou moral.²³⁹

Na cirurgia plástica estética, o paciente almeja a melhora de sua aparência, ou seja, a correção de algo que considera uma imperfeição física. Miguel Kfouri Neto distingue a “cirurgia de carácter estritamente estético” da “cirurgia estética *lato sensu*”. Na primeira, o autor sustenta que:

O paciente pretende se tornar ainda mais formoso, considerando um padrão ideal de beleza; assim, o médico se obriga a alcançar determinado resultado, tendo em vista que o paciente torna-se exposto a riscos graves - é o caso do paciente que tem a intenção de tornar seu nariz, que de forma alguma destoa da harmonia de suas feições, ainda mais perfeito.²⁴⁰

Na segunda, explica que o paciente pretende:

Corrigir pequena imperfeição da natureza que lhe causa mal-estar psíquico; nesse contexto, o médico não estaria sujeito a uma obrigação de resultado, devendo o médico observar o dever de prudência normalmente exigido - é o caso do paciente que possui um nariz aquilino, de linhas irregulares, pretendendo corrigir tal distorção.²⁴¹

²³⁸ KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 165-166.

²³⁹ *Idem*.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 169.

²⁴¹ *Idem*.

Assim sendo, de acordo com a classificação acima mencionada, na cirurgia estética *lato sensu* existe uma obrigação de meio. Todavia, resta analisar a cirurgia de caráter exclusivamente estético, com o intuito de determinar o que é a obrigação de resultado, bem como quais são as suas consequências no que tange ao ônus da prova.

Na obrigação de resultado, impõe-se ao profissional o dever de atingir um determinado fim, uma vez que o paciente contrata o serviço médico com o objetivo de alcançar um resultado estético, de acordo com um padrão de beleza subjetivo.²⁴² Genival Veloso de França aponta que,

Majoritariamente, a cirurgia estética é compreendida como obrigação de resultado, devendo o médico estar empenhado em proporcionar o fim pretendido e, se não tiver condições de suceder, não deve realizar a cirurgia. Portanto, se não houver sucesso na cirurgia, isto é, a não obtenção do resultado prometido, há a inadimplência da obrigação por parte do devedor.²⁴³

Na mesma linha é o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves, visto que ninguém se submete a uma intervenção cirúrgica unicamente estética se não for para obter um determinado resultado:

Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória.²⁴⁴

No que diz respeito a essa classificação, imperioso se faz que se tenha muito cuidado, tendo em vista que, ao delimitar a cirurgia unicamente estética como uma obrigação de resultado, existirá repercussões no ônus da prova. Desse modo, em se tratando de uma obrigação de resultado, persistirá a presunção de culpa, com a consequente inversão do ônus da prova, competindo à vítima demonstrar, além da existência da relação contratual, o caso do médico não ter alcançado o resultado conforme estipulado, sendo o suficiente para acarretar no descumprimento do contrato. Ao profissional, contudo, compete se eximir da responsabilidade por meio

²⁴² CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **latrogenia e erro médico**: sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 132-134.

²⁴³ KFOURI NETO, Miguel. *Op. cit.*, p. 169.

²⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil . 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263.

da demonstração de caso fortuito ou outra excludente que seja apta de afastar o nexo causal.²⁴⁵ Miguel Kfouri Neto leciona que:

A responsabilidade do cirurgião plástico, profissional liberal, é subjetiva - mas a ele se aplicam as consequências da responsabilidade objetiva, no momento em que se estabelece a inversão do ônus da prova e somente se admite exoneração do dever de indenizar se o cirurgião plástico, em intervenções de natureza estética, prova a ocorrência de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, ou outra circunstância que elimine o nexo de causalidade.²⁴⁶

Em relação à culpa presumida, trata-se de uma presunção *juris tantum*, isto é, que permite prova em contrário. Tal presunção é decorrente de uma previsão legal ou jurisprudencial, visando a facilitação da prova da culpa e do ato ilícito para a vítima. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “para livrar-se da presunção de culpa, o causador da lesão patrimonial ou moral é que terá de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito”²⁴⁷. Confirma Sérgio Cavalieri Filho que, ao médico, competirá “elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afastar o seu dever de indenizar”.²⁴⁸

Aclara-se, porém, que, no campo médico, o enquadramento de um determinado procedimento, como obrigação de meio ou de resultado, precisa ser definido conforme o progresso dos mecanismos e das técnicas em dado momento. José D’Amico Bauab compreende ser irrefutável o entendimento de que “a cirurgia estética enseja obrigação de resultado”.²⁴⁹

Genival Veloso de França reforça essa colocação:

É que o sucesso é o único resultado almejado, e aí está o que diferencia estas intervenções dos outros ramos da cirurgia, os quais estão alicerçados no interesse imediato de, muitas vezes, salvar uma vida. Chega-se à conclusão de que jamais poderá haver fracasso naquelas operações.²⁵⁰

²⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.

²⁴⁶ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado - responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 237.

²⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 321.

²⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 446.

²⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 102-103.

²⁵⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 338.

Isto posto, Nehemias Domingos de Melo, defende que o paciente que objetiva unicamente o embelezamento em uma cirurgia custeia tal procedimento fundamentado em uma questão de vida humana e, por isso, envolve uma obrigação de resultado, submetendo-se, contudo, com mais rigor às normas protetivas do consumidor.²⁵¹

À vista disso, conclui-se que o médico cirurgião plástico estético, assume uma obrigação de resultado e que, por versar sobre uma hipótese em que a culpa é presumida, terá o ônus de comprovar que não agiu com culpa.

3.2.1 Da Responsabilidade do Cirurgião Plástico

Para adentrar ao presente tema imperioso resgatar o que foi visto em momento anterior, ou seja: “para alguns procedimentos a obrigação seria de resultado como cirurgia estética, realização de exames laboratoriais, e de raio-X”.²⁵²

Via de regra, o médico assume uma obrigação de meio, visto que as ações e reações do corpo humano não são previsíveis e são incertas. Na obrigação de meio, o profissional da medicina promete utilizar seus conhecimentos, meios técnicos para a aquisição de um resultado, sem, todavia, se responsabilizar por ele.

Deste modo, a responsabilidade do médico, como profissional liberal, será averiguada por meio de apuração de culpa, conforme disposto no artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, visto que o objeto do contrato firmado com o paciente não é a cura em si assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um fornecimento de cuidados necessários e em consonância com a boa prática profissional médica na busca pela cura.

Não obstante, em deliberadas situações, o médico passa a ter uma obrigação de resultado, isto é, apenas existe isenção da obrigação quando o fim anunciado é atingido.

São aquelas nas quais o paciente transaciona com um profissional da área médica para efetuar um tratamento do qual precisa, com perspectiva de atingir determinado resultado. É o que acontece nas cirurgias estéticas ou plásticas.

²⁵¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 140.

²⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 60.

A obrigação assumida pelos cirurgiões plásticos é, igualmente, como foi dito, de resultado. Os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia plástica, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituída a própria razão de ser contratado, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia malsucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. O cirurgião plástico assume obrigação de resultado porque o seu trabalho é, em geral, de natureza estética.²⁵³

Desse modo, nos casos de cirurgias estéticas, se a promessa realizada ao paciente quando da contratação não for atingida, o médico pode vir a ser responsabilizado civilmente pelos danos ocasionados, de modo que, nesta hipótese, assumiu dever de resultado.²⁵⁴

Aclara-se que o fato de a obrigação ser de resultado, não torna objetiva a responsabilidade do médico. Isto é, ela permanece subjetiva, contudo, é transferida ao médico a incumbência de provar que o não sucesso da cirurgia decorreu de fatores externos.²⁵⁵

Em conclusão, no caso de insucesso na cirurgia estética, por se tratar de obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do médico que a realizou, cabendo-lhe elidir essa presunção mediante prova da ocorrência de fator imponderável capaz de afetar o seu dever de indenizar.²⁵⁶

Desta maneira, compete ao médico exemplificar de maneira inequívoca, a razão provável para o desvio do resultado desejado.

Outro fato de extrema importância que pode reduzir a responsabilidade do médico cirurgião plástico é a comprovação de que este arcou com o dever de infirmar os riscos de qualquer resultado não satisfatório, por exemplo, nos casos de cicatriz, assimetrias e queiloide.²⁵⁷ Nesses casos, é evidente que cada indivíduo possui um tipo de cicatrização, sendo algumas mais inclinadas para o resultado indesejado.

²⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações** - vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 192.

²⁵⁴ MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de. BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico no tratamento embelezador. **Migalhas**, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338598/responsabilidade-civil-do-medico-cirurgiao-plastico-no-tratamento-embelezador>. Acesso em: 31 jul. 2021. p. 4.

²⁵⁵ *Idem*.

²⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 370.

²⁵⁷ MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de. BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. *Op. cit.*, p. 4.

No mais, o cirurgião plástico, assim como nas demais especialidades médicas, além da obrigação principal, possui obrigações anexas, como por exemplo, o dever de prestar informações corretas e claras para seu paciente sobre os riscos e prevenções da intervenção médica, bem como das possíveis consequências do tratamento. Caso seja comprovado o não cumprimento deste dever, fica configurado o inadimplemento desta obrigação anexa, surgindo o dever de indenizar.

O dever de informação do médico ocorre desde o primeiro contato com o paciente até quando for necessário. O médico cirurgião plástico tem o compromisso de avisar, alertar, prevenir, indicar, aconselhar, lembrar, advertir, além de avaliar os riscos da cirurgia, sopesando as expectativas psíquicas do paciente, fazendo-se relação com o possível resultado que será obtido com a cirurgia. Assim, o cumprimento deste dever serve para alertar o paciente para que não haja decepção e descontentamento com o resultado, eis que já era esperado.²⁵⁸

Neste seguimento, conforme visto em momento anterior, a relação entre o médico e o paciente está sujeita as disposições do Código de Defesa do Consumidor, e o direito à informação está disposto no artigo 6º, inciso III do mesmo diploma legal: “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação corre de qualidade, características, composição, qualidade e preço, bem cimo sobre os riscos que apresentem”.

Ainda, tal entendimento encontra amparo no artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor que dispõe o seguinte:

Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão risco à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a respeito.

Destarte, a obrigatoriedade do prestador de serviços (cirurgião plástico) em oferecer informações plenas e adequadas ao consumidor (paciente) é significativa para que seja estabelecida igualdade substancial entre eles, isto porque o consumidor não detém as informações técnicas e científicas dos serviços prestados.²⁵⁹

Importante evidenciar que, no que tange ao dever de informação, a jurisprudência caminha no sentido de que o simples fato de o termo de consentimento alertar sobre a possibilidade de um resultado adverso, como

²⁵⁸ MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de. BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. *Op. cit.*, p. 4.

²⁵⁹ *Idem.*

cicatrizes e assimetrias, não significa que a paciente concorde com o mau resultado.²⁶⁰

Nesse seguimento, o Desembargador Relator Dr. Francisco Loureiro aduziu que:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Erro médico. Cirurgia plástica estética. Obrigação de resultado. Nexos causal entre a cirurgia e a deformidade apresentada pela paciente. Prova produzida nos autos comprova de forma suficiente o resultado insatisfatório, a despeito da conclusão do laudo pericial pelo emprego da boa técnica. Obrigação de resultado que não torna a responsabilidade objetiva, mas inverte o ônus da prova, cabendo ao médico justificar as razões de eventual insucesso da intervenção. Réu que não se desincumbiu do ônus de demonstrar a razão do resultado parcialmente insatisfatório da cirurgia. Dever de indenizar a paciente. Inequivoca existência de danos morais. Circunstâncias do caso concreto recomendam que a indenização seja fixada no montante de R\$ 10.000,00, que cumprem a função ressarcitória e preventiva. Danos estéticos igualmente verificados, a serem ressarcidos na quantia de R\$5.000,00. Danos materiais, que não podem abranger a totalidade dos valores pagos pela paciente, uma vez que o resultado foi parcialmente alcançado. Ação parcialmente procedente. Recurso provido em parte.²⁶¹

No caso em comento, a conclusão do laudo pericial no sentido de que teria sido empregada boa técnica na realização do procedimento cirúrgico não foi adotada pela turma julgadora, que reformou a sentença, condenando o médico em sede recursal ao pagamento de indenização, uma vez que o resultado final da intervenção cirúrgica teria modificado para pior os seios da autora.

Nessa ocasião, se tratando de obrigação de resultado, ainda que de forma técnica a cirurgia tenha seguido o procedimento adequado, o resultado estético deve estar em consonância com o objetivo desejado. Nesse ponto, o Desembargador entendeu que "o dano estético não é necessariamente inerente ao próprio procedimento, de sorte que competia ao réu demonstrar que o resultado insatisfatório se deu em virtude de fatos outros que não a própria cirurgia".²⁶²

Infere-se, portanto, que não basta o médico demonstrar que o resultado da cirurgia pode ter decorrido de fatores relativos a condições próprias do organismo do paciente ou, ainda, que teria atuado com a diligência necessária. É necessário que o profissional demonstre a razão pela qual o resultado não foi obtido.

²⁶⁰ MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de. BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. *Op. cit.*, p. 4.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1001610-86.2015.8.26.0510. Relator Desembargador Francisco Loureiro. **Lex**: jurisprudência do TJ/SP, publicação no DJe em 26 out. 2020.

²⁶² *Idem*.

Nos casos em que averiguada a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em razão do dano experimentado, deve-se aferir a extensão deste dano, para se chegar ao valor da indenização material, moral e eventualmente estética.

Explica-se. No que tange ao dano material, se as queixas do paciente não estiverem relacionadas com a atuação médica, ou seja, se forem alheias ao procedimento cirúrgico, não se mostra razoável a devolução de todo o valor pago no procedimento, eis que se obteve um parcial benefício com a realização da cirurgia estética. Neste caso, o valor pago será devolvido com juros e correção monetária em montante correspondente à parte da cirurgia que o resultado desejado não foi alcançado.

Na esfera moral, deve-se levar em consideração as funções ressarcitória e punitiva da obrigação. E, sopesados tais fatores, o quantum indenizatório será arbitrado em montante correspondente ao comumente estabelecido pelo órgão julgador em casos análogos. Por isso, é de suma importância a análise jurisprudencial para que seja elaborada uma boa defesa pelo casuístico contratado pelo profissional da área médica.²⁶³

Ademais, e não menos importante, analisar-se-á sobre a indenização por dano estético.

O dano estético deve preencher alguns requisitos para que possa ser cumulado com o pedido de indenização por danos morais. Enquanto o dano moral é psíquico, o dano estético se caracteriza por uma deformação humana externa ou interna. O dano estético, portanto, deixa marca corporal no paciente, causa dor no seu íntimo e gera sofrimento social no lesado perante as demais pessoas.²⁶⁴

Não disciplina o Código Civil a possibilidade de indenização do dano estético. Após alguma oscilação, o Superior Tribunal de Justiça acabou por admitir a indenização independente do dano estético, cumulada com a indenização por danos morais, sob o argumento de que uma situação é a alteração morfológica que agride a visão, provoca desagrado e repulsa de terceiros e outra situação é o sofrimento da vítima em razão dessa repulsa. Possível, assim, a cumulação das indenizações.²⁶⁵

A questão foi objeto da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, de seguinte teor: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.²⁶⁶

Desse jeito, as normas de prudência demonstram que compete ao médico providenciar a bateria de exames pertinentes ao aperfeiçoamento do diagnóstico e, por consequência, conforme já abordado, presta e ofereça as informações

²⁶³ MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de. BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. *Op. cit.*, p. 4.

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). Recurso Especial nº 65.393/RJ. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Lex**: jurisprudência do STJ, publicação no DJ em 18 dez. 1995, p. 44580.

²⁶⁶ BRASIL. **Súmula 387**, 2ª seção, j. 26 ago. 2009, publicação no DJe 01 set. 2009.

necessárias e claras ao paciente, de acordo com o seu conhecimento técnico e no estudo dos exames previamente realizados.²⁶⁷

É dever do profissional manter o cliente informado, sobretudo, de seu quadro de saúde atual e das prováveis alterações advindas da cirurgia, bem como as cautelas necessárias que deverão ser adotadas antes, durante e depois do procedimento cirúrgico.

Assim, no âmbito processual compete ao médico comprovar que prestou ao cliente informações cristalinas e suficientes, sempre em linguagem acessível e não técnica e, sobretudo, prévias a respeito do risco e contraindicações do procedimento médico-cirúrgico, sob pena de violar o dever de prestar informação e afrontar as normas éticas inerentes à profissão médica.²⁶⁸

Além disso, não se pode esquecer da importância de o paciente assinar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), antes da intervenção cirúrgica, a fim de eximir o médico de responder por danos morais pela sua não apresentação ou para instruir defesa caso ocorra qualquer alegação de erro médico.

Portanto, no caso das obrigações de resultado, basta que o paciente demonstre, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma. Competindo ao médico, demonstrar que o infortúnio da cirurgia sucedeu por motivos alheios.

3.3 ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE MÉDICO E PACIENTE

A Lei nº 9.307/96 é a norma que ratificou a arbitragem como alternativa ao Poder Judiciário para a solução de conflitos e que vem legitimar todo o procedimento arbitral. A lei em comento não apresenta definição direta e necessita do instituto. Pode-se verificar, entretanto, através do artigo 3º e 9º da lei, que se cuida de forma alternativa para resolver conflitos.²⁶⁹

²⁶⁷ BRASIL. **Súmula 387**, *Op. cit.*, 2009.

²⁶⁸ MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de.; BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. *Op. cit.*, p. 4.

²⁶⁹ Artigo 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Artigo 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (BRASIL. **Lei de Arbitragem**. Lei nº 9.307, 1996).

Na visão de Francisco Maia Neto, arbitragem é:

Mecanismo pelo qual a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis é feita sem a intervenção do Poder Judiciário, sendo solucionada por árbitros escolhidos entre pessoas da confiança das partes, usualmente com conhecimento na matéria objeto da controvérsia, com sigilo, rapidez e eficiência.²⁷⁰

Luiz Antonio Scanove Júnior elabora o seguinte conceito:

A arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral.²⁷¹

E ainda Venosa: pelo instituto, pessoas plenamente capazes podem atribuir a decisão de suas pendências e controvérsias à decisão de árbitros por elas escolhidos, furtando-se assim de recorrer diretamente ao Poder Judiciário.²⁷²

A arbitragem é, dessa maneira, outra forma que não a judicial, definido pelo sigilo, duração definida, celeridade, especialização técnica, economia e caráter privado, disponibilizado por lei os sujeitos envolvidos em um conflito, fornecendo-lhes a opção de definir o julgador ou julgadores (árbitros) que vão ser os responsáveis por solucionar a controvérsia a eles submetida.

Em que pese ser de origem muito anterior ao uso dos mecanismos judiciais, o que se vê presentemente, entretanto, é o uso maciço da máquina judiciária, marginalizando a arbitragem no decorrer da história e sendo enfatizado o processualismo comum no ensino jurídico.²⁷³

Na Antiguidade, até mesmo Aristóteles se inclinava ao uso preponderante da arbitragem: 'O filósofo estagirita Aristóteles afirma que é melhor preferir uma arbitragem que uma lide no tribunal; de fato o árbitro guarda a equidade, o juiz a lei; e a arbitragem foi inventada exatamente por isso, para dar força à equidade'.²⁷⁴

²⁷⁰ MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem, a justiça alternativa**. Belo Horizonte: F.Maia Neto, 2002. p. 23.

²⁷¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 19.

²⁷² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 565.

²⁷³ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 262.

²⁷⁴ ZAPPALA, Francesco. Memória histórica da arbitragem. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 101-132, jan./jun. 2011. p. 106.

A precedência da arbitragem à maneira estatal foi pesquisa do aludido autor:

A arbitragem é, cronologicamente, anterior às formas estatais de administração judiciária. Submeter o conflito a outra pessoa aceitando, antecipada e obrigatoriamente, o veredicto foi uma prática anterior à organização judiciária estatal. Em seguida, o aperfeiçoamento do Judiciário, entendido como atividade essencial para distribuir a justiça mediante um sistema permanente de origem pública como se conhece na atualidade.²⁷⁵

A arbitragem teria nascido antes da chegada de Cristo, iniciada na Grécia e utilizada para solucionar os problemas das tribos naquele tempo.

A fórmula da arbitragem surgiu na antiga cultura grega por volta de 1520 a.C. nos conselhos da liga dos povos e cidades vizinhas a Atenas, denominado arbitragem de anfizionia, entre cujos objetivos se encontrava o de resolver os conflitos entre os diversos grupos étnicos da parte de doze anciões representantes das diversas tribos.²⁷⁶

Após um enorme desenvolvimento a partir do Direito Romano e a partir daí sendo de utilização cada vez mais habitual, culminou por ter seu ápice após a segunda metade do século XX e início do século XXI porquanto o renascimento econômico pós-guerra e o industrialismo estimularam as relações entre os povos.²⁷⁷

A atipicidade cada vez mais frequente dos contratos, a globalização e a propensão de uma integração internacional do direito foram elementos preponderantes para a proliferação do uso da arbitragem, principalmente no âmbito internacional cuja prática atualmente, para dirimir controvérsias empresariais derivadas de contratos vultosos tem sido usada em larga escala pelo mundo.²⁷⁸

No mundo atual, onde mais do que nunca, se vê o sobrecarregamento da máquina judiciária e demandas de todos os tipos, necessário se faz valorizar os meios extrajudiciais de solução de conflitos como autentica estratégia jurídica.

Ante o caos judicial, demandando esforços sobre-humanos dos operadores do Direito envolvidos, o que se ressalte, não se confunde com falta de justiça, mas sim a um desgaste físico e psíquico profundo de todos, mister buscar alternativas que acabam por ser verdadeiras estratégias que possibilitem a fuga do embaraço judicial hodierno e tragam proposições mais eficazes.

A busca de uma estratégia pede reflexão, exige pesquisa dos meios e recursos existentes, análise dos benefícios e eventuais prejuízos e riscos

²⁷⁵ ZAPPALA, Francesco. *Op. cit.*, p. 106.

²⁷⁶ *Idem.*

²⁷⁷ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 263.

²⁷⁸ *Idem.*

inerentes à medida estudada para que assim, após se juntar essas ferramentas, com planejamento se possa escolher a mais precisa e adequada.²⁷⁹

Assim sendo, por estratégia, pode ser entender que a: “arte de aplicar com eficácia os recursos de que se dispõe ou de explorar as condições favoráveis de que porventura se desfrute visando ao alcance de determinados objetivos”.²⁸⁰

O ordenamento jurídico pátrio oferece inúmeros recursos extrajudiciais para os operadores do Direito, dentre os quais se pode mencionar a mediação, conciliação e arbitragem, mas que, todavia, não são muito utilizados, mesmo que se reconheça a ascendência de uso no decorrer dos tempos.

Refletir a maneira de resolução de conflitos via processo judicial é a palavra central do momento, visando dar uma nova visão a esse quadro. Dando ênfase a essa demora do sistema de Direito vigente, leciona Gabrich que “no Brasil, com raríssimas exceções, o Direito continua sendo encarado, compreendido, utilizado e ensinado da mesma forma como ocorria no século XIX”.²⁸¹

E sobre a paralisação do judiciário, prossegue na mesma linha de raciocínio: “muito pouco, quase nada, se fala ou se ensina (inclusive nos cursos de pós-graduação) a respeito da razão de ser do Direito, da felicidade da maioria, dos meios extrajudiciais de mediação, da arbitragem e de solução de conflitos”.²⁸²

A arbitragem é meio legítima de pacificação social e sua utilização guarda benefícios ímpares aos litigantes. Utilizar-se da arbitragem é se valer de um pensamento estratégico, priorizando formas menos custosas, burocráticas e ‘arrastadas’ de efetivação da justiça. Multinacionais e grandes empresas já se servem, atualmente, da cláusula arbitral em seus contratos e a tendência é que isto cresça cada vez mais, uma vez que já são bem mais numerosas as instituições arbitrais espalhas pelo Brasil e podem ser escolhidas através do site do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (www.conima.org.br).²⁸³

A ideia conservadora da utilização do processo judicial como principal fonte para a solução de controvérsias deve ser repensando. Isso porque, “o processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar

²⁷⁹ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 263.

²⁸⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 1.261.

²⁸¹ GABRICH, Frederico de Andrade (Coord.). **Análise estratégica do direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC – Faculdade de Ciências Humanas, 2010. p. 12.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 264.

conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei”²⁸⁴, analisa-se que a referida indispensabilidade resta hoje reposicionada ante o advento dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

O instrumento processual comum passa a ser visto como ferramenta em um segundo plano, mesmo porque este sistema visa remediar algo que já deu errado. E que assim contrasta com a finalidade do Direito que é a busca da preservação da felicidade de forma a mantê-la, preservá-la e não a resgatá-la.²⁸⁵

Dentre as modificações cruciais no Direito para que o pensamento estratégico predomine:

[...] é fundamental reconhecer o caráter supletivo, subsidiário e verdadeiramente instrumental das disciplinas processuais e do processo (especialmente o judicial), para se atribuir a devida e fundamental importância especialmente aos mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos, tais como a mediação e a arbitragem.²⁸⁶

A reestruturação do pensamento tradicional para o pensar estratégico também é assunto da denominada Teoria Jurídica Crítica ou Pensamento crítico, doutrina que almeja uma visão jurídica mais democrática, antidogmática e pluralista do Direito. Os partidários também pregam o neoconservadorismo ao processo-judicial:

[...] as expressões 'teoria jurídica crítica', 'crítica jurídica' ou 'pensamento crítico' no Direito, usadas indistintamente ao longo da obra, deverão ser entendidas como o profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica.²⁸⁷

A utilização desse pensamento visa alcançar maneiras diferenciadas de resolução de conflitos e de pensar o Direito se equipara a um processo estratégico e nessa percepção é aduzido por esses teóricos:

²⁸⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 277.

²⁸⁵ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 265.

²⁸⁶ GABRICH, Frederico de Andrade (Coord.). *Op. cit.*, p. 17.

²⁸⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15-16.

[...] o 'pensamento jurídico crítico' pretende repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de 'esclarecimento', 'autoconsciência', 'emancipação' e 'transformação' da realidade social.²⁸⁸

Com os auxílios elencados é que se levanta que o mecanismo arbitral não é apenas um simples caminho ao Poder Judiciário na resolução de conflitos, mas muito além disso, é tida como uma ferramenta estratégica de satisfação aos jurisdicionados.

3.4 ARBITRAGEM NA RELAÇÃO ENTRE O CIRURGIÃO PLÁSTICO E O PACIENTE CONSUMIDOR COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

A proteção aos direitos constitucionais básicos, entre eles o direito à saúde é que viabiliza e aumenta as possibilidades de realização do sujeito de direitos. Dificilmente o Direito estará cooperando para a felicidade do ser humano se não analisá-las.

Nessa seara é que a Constituição Federal faz referência ao direito à saúde no seu artigo 196²⁸⁹, incluindo este como fator de crescimento sustentável do equilíbrio da sociedade, colocando-o no título VIII do mesmo diploma legal e, contudo, como fundamental da ordem social.

A importância pública da saúde está fixada no artigo 197²⁹⁰ e seguintes da CF/88 onde o Estado passa a ser o garantidor primário desse bem, deixando tal proteção em segundo plano, a terceiros da ordem privada.

Cumpra, todavia, para averiguar o cabimento da arbitragem na proteção do direito à saúde, compreender a abrangência da palavra.

²⁸⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 17.

²⁸⁹ Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL. **Constituição Federal**, 1988).

²⁹⁰ Artigo 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL. **Constituição Federal**, 1988).

É um direito fundamental, não há dúvidas. Mas o próprio termo saúde deve ser esclarecido. Deve ser percebido com ampliação de consciência, compreendendo-a, pois, de forma holística, integral.

E nesse sentido é que o artigo 196 deve ser complementado, podendo ser a saúde melhor expressa como o conjunto de valores protegidos na integração dos caputs dos artigos 5º e 6º da CF/88. Saúde é então, por assim dizer, o somatório contido nesses dispositivos, ou seja: ter assegurado o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e a assistência nos momentos de desamparo.

Desequilíbrios em quaisquer dos direitos mencionados acima desorganizam mais ou menos o sistema emocional dos indivíduos que expurgam esses sentimentos através de somatizações que acabam por se manifestar, ora ou outra, no corpo físico. É a saúde holisticamente compreendida.

Trabalhar as infinitas possibilidades de conflitos perturbadores do direito à saúde, advindas de uma concepção integral da mesma, ultrapassa os objetivos do trabalho. Até mesmo porque o Direito se especializa em ramos diferentes para que os problemas do cotidiano humano nas diversas áreas (e que influenciam e prejudicam a saúde) possam ter seus 'remédios' e doutrinas específicos. Por isto os diferentes ramos jurídicos: Direito Civil, Direito Penal, Direito Tributário, etc.²⁹¹

Elencar os problemas que possuem relação com o direito à saúde pressupõe a compreensão do que está inserido nessa especialidade jurídica. Aclara-se que o direito à saúde possui uma ampla e variada extensão, de modo que alcança matérias de Direito Público e de Direito Privado, contudo apresentando sempre um ponto tangencial com a saúde e que, todavia, merece total proteção por este ramo especializado do Direito.

O direito à saúde é um direito particular que se relaciona, por vezes, ao indivíduo naquilo que ele tem de mais pessoal e, por outras, à organização social no que ela tem mais essencial. Abrange diversos tipos de problemas pois envolve não somente a específica reivindicação do direito idealizado de estar em boa saúde, mas também a questões como a do desenvolvimento de ameaças ao meio ambiente, a tentação ao eugenismo científico, aos quadros econômicos, a tudo, enfim, que tem impacto na saúde. O direito à saúde, assim, é cada vez mais difícil de identificar e limitar.²⁹²

Como se analisa, os problemas possíveis de surgirem quando o assunto contempla o direito à saúde podem ser de inúmeras ordens, podendo possuir conteúdo puramente econômico quando se debate, por exemplo, o valor do reajuste de uma mensalidade destinada a uma operadora de planos de saúde, assim como de ordem ética como a tomada de decisões por médicos e pacientes.

²⁹¹ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 267.

²⁹² *Le droit à la santé est un droit particulier qui se rapporte à la fois à l'individu en ce qu'il a de plus personnel et à l'organisation sociale en ce qu'elle a de plus essentiel* (LAUDE, Anne; TABUTEAU, Didier; MATHIEU, Bertrand. **Droit de la Santé**. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007. p. 2).

Um desses pilares relacionados à saúde é o da bioética social e que possui conteúdo exclusivo:

A responsabilidade estatal pelas questões sociais, as políticas de saúde, a organização dos sistemas de saúde, a priorização, alocação e redistribuição de recursos humanos, materiais e financeiros, assim como a acessibilidade a serviços de saúde, os direitos dos pacientes, a participação popular e o controle social são questões éticas fundamentadas pelo princípio da justiça distributiva e inseridas na seara da bioética social.²⁹³

Como se pode perceber, assegurar o direito à saúde pode significar precaver e reparar inúmeras controvérsias, mas que, de algum modo, impactam esse direito e, dessa forma, merecem a devida atenção dessa área jurídica.

O fato é que a Lei nº 9.307/96 delimita a natureza dos direitos passíveis de serem garantidos e questionados pela esfera arbitral e, contudo, conclui-se que não são todas as discussões que envolvem o direito à saúde que se tornam aptas de serem sujeitadas a esse sistema, merecendo exposição.

A Constituição da República dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV acerca do direito do cidadão em ter amplo acesso à justiça, preconizando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E respaldado no mesmo dispositivo está o instituto arbitral, permitindo uma alternativa de solução de conflitos e garantindo a acessibilidade à justiça como direito fundamental. Entretanto, se por um lado constata-se que a arbitragem vem instrumentalizar o acesso à justiça, por outro se verifica que a lei que a institui e a regula, restringe o seu objeto, permitindo o uso da arbitragem apenas na discussão de direitos específicos, quais sejam, aqueles que envolvem somente direitos patrimoniais disponíveis.²⁹⁴

O que seriam esses direitos? Os direitos relativos à saúde se enquadrariam nessa proposta?

Por bem patrimonial, se entende que “é designação de caráter genérico dada a toda sorte de direito que assegure o gozo ou fruição de um bem patrimonial, ou seja, uma riqueza ou qualquer bem, apreciável monetariamente.”²⁹⁵

E quanto ao conceito de disponibilidade, assevera:

Na linguagem jurídica, disponível, de dispor (latim *disponere*), quer exprimir tudo de que se possa dispor livremente. E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar alienados, porque se encontrem livres e desembaraçados e

²⁹³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 172.

²⁹⁴ BOTTEON, Lissandra Christine. *Op. cit.*, p. 268.

²⁹⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Glúcia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 474.

porque pode o alienante dispor deles a seu bel-prazer, visto ter capacidade jurídica e estar na livre administração dos mesmos bens.²⁹⁶

Por todo exposto, se verifica que podem ser solucionados pela arbitragem, quaisquer disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, direitos que tenham valor econômico e que possam ser comercializados ou transacionados livremente por seus titulares.

Scanove Júnior reafirma quanto aos direitos patrimoniais indisponíveis:

Entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que encontram sua origem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade. Os direitos não patrimoniais, por seu turno, são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar, entre outros com a mesma natureza. [...] A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação.²⁹⁷

Esclarecidos os termos, questiona-se: estariam os direitos relativos à saúde definidos na categoria dos direitos patrimoniais disponíveis?

A arbitragem é cabível na defesa dos direitos relativos à saúde. Importante, todavia, verificar caso a caso de que maneira esse direito está sendo prejudicado. A lei de arbitragem possibilita que se discuta somente nessa esfera direitos patrimoniais disponíveis.

À vista disso, quando o pedido principal se resumir a um pedido de indenização ou pedidos de caráter econômico, se visualiza o encaixe desse instituto. Sendo exatamente o que ocorre no caso do cirurgião plástico que possui obrigação de resultado, visto que não sendo alcançado o desfecho pretendido, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória.²⁹⁸

Isso porque, a arbitragem busca assegurar os direitos do consumidor, não é porque se faz arbitragem que se deixa de lado o processo ou que alguma estrutura será ferida. Pelo contrário, o que se busca com arbitragem é um instrumento de facilitação da justiça, rápido e eficaz, principalmente pela liberdade das partes em convencionar o próprio árbitro que solucionará o conflito, as regras de procedimento,

²⁹⁶ SILVA, De Plácido e. *Op. cit.*, p. 481.

²⁹⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 24.

²⁹⁸ *Idem.*

e o critério de julgamento, fazendo com que ambos os polos se sintam mais seguros e tenham uma decisão o mais próximo possível da sua realidade.²⁹⁹

A efetividade da arbitragem no presente caso (médico cirurgião plástico – paciente), merece toda atenção, visto que com o aumento da utilização do instituto, os direitos fundamentais à saúde, à dignidade e à própria vida estarão sendo cada vez mais valorizados e assegurados e assim sendo verdadeiramente assegurados os direitos constantes na Constituição Federal.

Assim, levando em consideração a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico no tratamento embelezador, é imprescindível deixar claro que a arbitragem é viável nos casos em que a natureza da cirurgia estética tenha obrigação de resultado, de modo que nesses casos é possível aferir os efeitos patrimoniais envolvidos no caso de erro médico.³⁰⁰

Em conclusão, no caso de não existir sucesso na cirurgia plástica, por se tratar de obrigação de resultado, existirá a presunção de culpa do médico que a realizou, competindo ao mesmo demonstrar de forma inequívoca, qual o motivo para o desvio do resultado desejado.³⁰¹

Dito isso, conforme visto alhures, compete ao médico o compromisso de avisar, alertar, prevenir, indicar, aconselhar, lembrar, além de avaliar os riscos da cirurgia, sopesando as expectativas do paciente. De modo que, em caso de divergência entre o médico e o paciente, poderá ser utilizada a arbitragem, já que para o deslinde do presente caso basta a análise se o profissional utilizou a técnica correta ou não no procedimento; se o resultado estético está de acordo com o objetivo almejado; a razão pela qual o resultado não foi obtido.

Por fim, averiguada pelo árbitro a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em razão do dano sofrido, deve-se aferir a extensão deste dano, para se chegar ao valor da indenização do paciente e conseqüentemente solucionar a presente demanda de forma célere, menos custosa, com flexibilidade do procedimento e especialização dos árbitros. Porém, tal procedimento somente será possível, desde que previamente informado ao consumidor-paciente e ainda deve esse concordar com o seu uso, devendo ser respeitado todos os ditames da

²⁹⁹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Op. cit.*, p. 25.

³⁰⁰ *Idem.*

³⁰¹ *Ibidem*, p. 26.

convenção de arbitragem na relação de consumo, para que a mesma seja totalmente válida e eficaz, de acordo com o REsp. nº 1.189.050.³⁰²

3.5 EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA EM ARBITRAGEM

Conforme visto no presente estudo, a arbitragem é viável na defesa dos direitos relativos à saúde. Assim sendo, como forma de primeira escolha em composição alternativa de conflitos na esfera do Direito Médico ao redor do mundo, a arbitragem possibilita aos contratantes a garantia que seus eventuais litígios sejam resolvidos por pessoas (árbitros) com conhecimento na matéria objetivo da lide, com sigilo, agilidade e eficiência, de modo que este terceiro imparcial deverá decidir a controvérsia, através de um sentença arbitral, escrita, que possui a mesma eficácia de uma sentença judicial, podendo, inclusive, ser executada de judicialmente, caso a parte vencida não a cumpra de modo voluntário.³⁰³

Os países estrangeiros por meio da implantação de centros de arbitragem de conflitos de consumo, perceberam que a problemática do acesso à justiça, é uma questão de extrema relevância, não podendo ser analisado, pura e simplesmente, nos moderados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não deve o acesso à justiça estar apenas vinculado à instituição estatal. A probabilidade do acesso à justiça é algo extremamente mais abrangente, isto é, trata-se de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, gerando-se situações para que sejam ressarcidos todos aqueles que se sentirem lesados, apesar de classe ou condição social.

Os órgãos que serão analisados vêm demonstrando plena eficiência, e é indiscutível que estes centros de arbitragem correspondem a uma necessidade natural e prioritária para a parte mais frágil da relação de consumo, que é o consumidor. Não se pode negar que a arbitragem é benéfica também para os profissionais, que acabam vendo o litígio concluído de forma mais rápida, com custo

³⁰² ALBUQUERQUE FILHO, Clóvis Antunes Carneiro de. A arbitragem no Direito brasileiro pela Lei nº 9.307/96. Comentários. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2629>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

³⁰³ O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que “só terá eficácia a cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto” (REsp 1.189.050).

reduzido e com menos litigiosidade, haja vista que a justiça material se justapõe aos aspectos formais.

Jean Calais-Auloy leciona que a dificuldade de acesso à justiça por parte dos consumidores é grande.³⁰⁴ O autor, aduz que em uma pesquisa realizada na França, na década de oitenta, onde 91% dos consumidores acham que a justiça é deveras complicada; sendo que 90% informaram que a justiça é muito lenta, 84% a qualificaram como extremamente aleatória e, ao final, 80% a consideraram muito cara.³⁰⁵

Inegável que a estrutura do judiciário assusta um pouco. Para os juízes togados, em sua grande maioria, a verdade é o que está na lei.

Ocorre que está é uma postura errada. É mister que se saiba ouvir e viver dentro da realidade social de seu país, para então adequar o texto legal à realidade que se apresenta. Jamais eles deveriam ser menos aplicadores da lei, mas, sim, deveriam buscar na justiça acima da lei.

O judiciário assusta a sociedade pelas injustiças que comete com frequência. É inadmissível que o Poder Judiciário, representado pelo juiz togado, condene um reles ladrão de galinha, que rouba para comer, e atribua penas ínfimas aos crimes do “colarinho branco”; ou, ainda, “permita” a prescrição destes tipos de crime, como ocorreu com alguns crimes atribuídos ao político Paulo Maluf, em pleno Século XXI. O engraçado é que esta mesma juíza que cuidava deste caso, estava envolvida com a venda de sentenças.

O que nós sentimos é que o povo está desacreditado da Justiça, e evita ao máximo recorrer a ela, pois sente-se receoso, uma vez que corre o risco de ser injustiçado na busca pela justiça, pois os escândalos envolvendo juízes corruptos é frequente e comum ser divulgado na mídia brasileira, fora os que são abafados.³⁰⁶

Apointa, ainda, Jean Calais-Auloy, a lentidão do judiciário como outro ponto que acaba por levar os consumidores a não agirem.³⁰⁷ De fato, é custoso esperar o desdobrar de um processo na justiça comum, sendo esse, mais um motivo para que os consumidores não recorram ao judiciário.

É importante saber que esses problemas apontados também são uma realidade dos países de primeiro mundo, e não apenas presentes nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento. Todos, em uníssono, sentem o problema do alto custo para demandar em juízo e sua lentidão.³⁰⁸

³⁰⁴ CALAIS-AULOY, Jean. *Op. cit.*, p. 353.

³⁰⁵ *Idem.*

³⁰⁶ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p.163.

³⁰⁷ CALAIS-AULOY, Jean. *Op. cit.*, p. 354.

³⁰⁸ MORAES, Márcio André Medeiros. *Op. cit.*, p. 165.

Todos esses fatores contribuiriam para que fossem implantados os centros de arbitragem de conflitos de consumo. Tais centros, vislumbraram a arbitragem como forma de solucionar litígios de consumo, de maneira mais célere e eficaz, nascendo, então, centros de arbitragem de conflitos de consumo que serão analisados na sequência, com foco na arbitragem estrangeira voltada para o direito médico.

O instituto da arbitragem – Lei nº 9.307/96 – define as pessoas aptas de se valer da arbitragem, assim como, a forma pelas quais podem estipular que o ato seja realizado.

A referida lei de arbitragem assim determina em seu artigo 1º, *in verbis*: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Portanto, só as questões que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis poderão ser objeto da arbitragem, sendo às partes, maiores e capazes, e não se permitindo o juízo arbitral sobre questões de estado e capacidade das pessoas, nem tampouco sobre coisa fora do comércio (art. 1º). Porém, agora poderão pactuar sobre o critério da arbitragem observando-se as regras do direito ou poderá ser utilizada a equidade (art. 2º, caput), ou seja, adaptar-se à realidade fática do momento em questão (caso concreto), observando-se a ética e a boa razão. Dentro dessa escolha, não havendo violação dos bons costumes, poderão as partes escolher as regras de direito a serem aplicadas (art. 2º, § 1º) ou determinar que se realize com base nos princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais do direito (art. 2º, § 2º).³⁰⁹

O que se apresenta como um obstáculo na consolidação da arbitragem como instrumento de composição de conflitos na matéria de direito médico no país, especialmente no que tange à responsabilidade civil por erro médico, é precisamente a análise do requisito legal do direito em litígio ser patrimonial disponível: direitos extrapatrimoniais ou direitos, e os demais denominados de indisponíveis, dos quais o sujeito não pode abrir mão, seja pela natureza de inalienabilidade, ou por estipulação legal – entre os quais a saúde – estão ausentes nessa forma de composição.

Para que se possa compreender o quadro legal que descreve a condição da arbitragem no que tange a solução de controvérsias em matéria de responsabilidade médica no Brasil, analisar-se-á a experiência existente nos Estados Unidos e na Coréia do Sul, ambos primitivos e bem sucedidos utilizadores da arbitragem, para

³⁰⁹ CARDOSO, Oscar Valente. Lei de arbitragem: aspectos gerais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2452, 19 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14531>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

que se projete um comparativo e sucessivamente se pondere sobre a viabilidade de viver uma realidade semelhante no Brasil.

3.5.1 Arbitragem em Disputas por Erro Médico: Estados Unidos

Na vivência americana, quando uma decisão judicial é necessária, a arbitragem é o mecanismo ideal para solucionar as disputas de saúde. Por meio de um acordo de arbitragem pré-processual, presente nos documentos de admissão hospitalar e contratos, médicos, hospitais e pacientes podem entrar em consenso e deslocar futuras disputas legais para fora do Judiciário, prevenindo a ocorrência de um processo caro e lento, com a arbitragem como instrumento justo, barato e eficiente, que pode possibilitar às partes, com os remédios disponíveis sob a lei, a resolução da desavença de maneira satisfatória.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Terminix Allied-Bruce*, de 1995, observou os benefícios da arbitragem, em comparação ao litígio judicial, incluindo a menor despesa, regras procedimentais e provas mais simples, menos hostilidade entre as partes, menos rompimento de relações em curso e futuras entre as partes, e horários mais flexíveis de audiências. Um estudo que analisou o programa *Kaiser Permanent's Healthcare Arbitration Program*, que é talvez o maior de seu tipo nos EUA, mostrou que os participantes e seus advogados relataram um elevado grau de confiança tanto no programa quanto nos árbitros.³¹⁰

Neste caso, conclui-se que a maneira mais trivial para os profissionais da saúde, pacientes, fornecedores de planos de saúde, para se certificar de que as disputas são arbitradas ao invés de litigadas no Judiciário, é concordarem em submeter à arbitragem todas as disputas iminentes já no começo de seu relacionamento, seja mediante a inclusão de um acordo para arbitrar nos próprios documentos de admissão hospitalar quando os pacientes por ventura buscam atendimento, ou nos documentos de incorporação ao plano de saúde.

O Federal Arbitration Act (FAA) é a lei que rege as disputas em arbitragem. O FAA prevê que uma disputa que se queira submeter à arbitragem, deve existir uma controvérsia válida, irrevogável e executável, fundamentada em lei ou na equidade para a revogação de qualquer contrato. A Suprema Corte dos EUA decidiu que o FAA se aplica a todas as disputas que envolvem o

³¹⁰ LIMA, Giácomo Lamarão. Arbitragem em responsabilidade médica. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 28 jul. 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33112/arbitragem-em-responsabilidade-medica>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

comércio interestadual, por isso, Tribunais ao longo do país têm decidido que as atividades na indústria de cuidados de saúde constituem comércio interestadual e, portanto, praticamente todas as convenções de arbitragem nesta seara estão sujeitas às diretrizes do FAA.³¹¹

Todavia, não se proibiu aos estados que criassem a sua própria legislação arbitral, ou seja, determinados estados promulgaram leis e estatutos para utilizarem a arbitragem no âmbito da saúde, cuidando para que fossem estabelecidos requisitos exclusivos para a saúde. O FAA, porém, extingue de pronto as leis estaduais que são contrárias aos seus preceitos.

Tribunais têm reiteradamente reafirmado o papel da arbitragem em todas as áreas de transações comerciais e de consumo, incluindo cuidados de saúde e cuidados de longo prazo. No caso *Madden v. Kaiser Foundation Hospitals*, por exemplo, o tribunal obrigou a submissão ao juízo arbitral de uma alegação de negligência médica interposta por um servidor do Estado contra um plano de saúde, honrando a convenção de arbitragem celebrada entre o Estado da Califórnia e o fornecedor do plano de saúde.

Já no caso *Briarcliff Nursing Home, Inc. v. Turcotte*, o Supremo Corte do Alabama reverteu uma decisão de primeira instância e obrigou a submissão à arbitragem, em uma apelação, de duas ações de morte por negligência trazidas pelos herdeiros de ex-residentes de um asilo. Depois de examinar os fatos, o Tribunal considerou que as cláusulas de arbitragem presentes no caso não foram nem injustas, tampouco o contrato foi erroneamente celebrado pelos moradores, devidamente bem informados sobre elas. Esta decisão baseou-se no fato de que a cláusula compromissória em questão era parte do formulário de admissão do asilo.

Por outro lado, um tribunal no Arizona rejeitou no caso *Broemmer v. Abortion Services of Phoenix, Ltd.* uma sentença arbitral, pois a paciente adolescente não compreendia as condições da cláusula compromissória de arbitragem que ela tinha assinado. Além disso, o centro médico em que ela foi tratada não possuía nenhuma política para garantir a conscientização do paciente.³¹²

Depreende-se que a experiência americana no que diz respeito a utilização da arbitragem como primeira instância de composição de litígios é bem sucedida, de modo que a própria Suprema Corte recomenda sua priorização em face da sujeição ao da controvérsia ao Judiciário. A arbitragem comprovou ser célere, menos onerosa e confidencial, aspectos prezados por ambos os sujeitos em disputa.

³¹¹ NEVERS, Ann H. Medical malpractice arbitration in the new millennium: much ado about nothing? *Pepperdine dispute resolution law journal*. Malibu, CA., ano 2, n. 2, 2000. Disponível em: <<http://www.adrforum.com/rcontrol/documents/ResearchStudiesAndStatistics/2000NeversMedicalMalpracticeArbitration.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

³¹² LIMA, Giacomo Lamarão. *Op.cit.*, p. 2.

3.5.2 Arbitragem em Disputas por Erro Médico: Coréia do Sul

Após inúmeras reviravoltas, a Assembleia Nacional da Coréia do Sul aprovou o Malpractice-related Damage Relief and Medical Dispute Resolution Act em 11 de março de 2011. A nova lei adentrou em vigor um ano após a sua promulgação.³¹³

Passaram-se 23 anos desde que um projeto de lei semelhante, versando sobre disputas sobre negligência médica, foi pela primeira vez apresentado à Assembleia em 1988. Esta lei visa assegurar a solução justa, rápida e barata de disputas médicas, com foco na resolução alternativa de litígios (ADR), enquanto que os casos de negligência, tradicionalmente, eram resolvidos principalmente através de processos judiciais em tribunais civis.³¹⁴

Mesmo assim, o ato não impossibilita que pacientes ou médicos partam de forma direta de uma ação judicial em um tribunal. O artigo 3º da lei em comento aduz claramente que este ato se emprega a cidadãos internacionais ou nacionais em demandar de indenização contra hospitais ou clínicas coreanas por negligência médica.

A Comissão Coreana de Solução de Controvérsias Médicas (Korean Commission for Settlement of Medical Disputes), um corpo totalmente novo de resolução de litígios, foi criada no primeiro semestre de 2012. Esta comissão, que resolve disputas médicas, seja por mediação ou arbitragem, apresenta um duplo sistema de avaliação jurídica e médica de casos de negligência.

Por um lado, a Comissão de Mediação, que inclui juízes e advogados como seus membros, decide se o médico deve ser considerado legalmente responsável pelos danos sofridos pelo paciente. Por outro lado, a Bancada de Avaliação Médica, de que os médicos e os procuradores nacionais são membros, exercem o seu poder discricionário para investigar a causa do acidente.

A bancada determina se o acidente em questão foi causado por negligência profissional ou não, independentemente da falha do paciente para provar cada elemento de sua reivindicação. Ele analisa registros médicos, questiona pessoas envolvidas no tratamento ou cuidado, reúne elementos necessários e toma outras medidas pertinentes.

Durante as audiências de uma Câmara no Comitê, que preside um caso particular, o membro da bancada encarregado do caso explana diante da câmara, dando o seu parecer sobre o caso. Estes procedimentos inovadores reduzem significativamente o tempo e os gastos de ambos os lados do conflito.

Além disso, a nova comissão opera um Sistema de Garantia de Pagamento de acordo com o ato, em que quando um prestador de serviços médicos deixa de pagar os danos resolvidos por mediação ou arbitragem, ou concedido em uma decisão final por um tribunal, a comissão tem

³¹³ LIMA, Giácomo Lamarão. *Op.cit.*, p. 2.

³¹⁴ *Idem.*

responsabilidade para a compensação do paciente em vez da compensação partir do devedor originário.

A comissão pode posteriormente, em regresso, amortizar os gastos com o provedor responsável pelos danos. Com isso, os pacientes podem ser protegidos mesmo se o serviço médico não for coberto pelo seguro de responsabilidade civil.³¹⁵

Diante do exposto, para que esse sistema de resolução de conflitos médicos funcionasse, imperioso se fez organizar da melhor maneira a comissão, especialmente a bancada de avaliação médica dentro da comissão, buscando que ela fosse constituída por membros imparciais, competentes e de confiança.

Sendo assim, em que pese a Lei nº 9.307/96 afirme que somente serão objetos da arbitragem os direitos disponíveis, através de interpretação extensiva, partindo da consciência ética e da valoração dos componentes sociais, bem como, buscando o sentido do ordenamento jurídico e não se preocupando com sua estrutura, aquele é apresentado como ferramenta a serviço das causas mais importantes dentro da sociedade pluralista, de modo que se admite, excepcionalmente, buscando atingir um bem maior, de modo implícito, como objeto de arbitragem a saúde, direito por natureza indisponível, dentro do qual se insere as questões advindas da atuação médica.³¹⁶

Logo, imperioso se faz, abandonar o entendimento restritivo da arbitragem como solução de exceção para composição de conflitos. Isso porque:

Nos EUA, nos contratos de adesão aos planos de saúde e nos próprios documentos de admissão hospitalar há a constância da cláusula compromissória arbitral, sobre a qual, pelas políticas de informação dos hospitais, os pacientes são, na maioria das ocasiões, devidamente informados. Estatisticamente se provou que a arbitragem é instrumento de composição de conflitos mais célere, desprende menos despesas e confere maior confidencialidade as contendas, o que garante a imagem do profissional médico e do próprio paciente.³¹⁷

A concepção da implantação de um órgão estatal maior encarregado de julgar, através da mediação e arbitragem, as demandas decorrentes da responsabilidade civil por erro médico, no Brasil, é notadamente plausível, visto que o país possui capacidade, para compor um excelente sistema de resolução de conflitos, nos parâmetros internacionais.

³¹⁵ LIMA, Giacomo Lamarão. *Op. cit.*, p. 2.

³¹⁶ LANA, Roberto Lauro. Arbitragem na área da saúde: panorama atual. **Revista de Direito Médico e da Saúde**, Recife, n. 1, edição 1, jan./mar. 2005.

³¹⁷ LIMA, Giacomo Lamarão. *Op. cit.*, p. 2.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se trata de relações de consumo, sendo o consumidor a parte mais débil, a lógica seria supor que o fornecedor sempre teria êxito nas demandas, justamente porque possui todos os meios para esse fim.

Contudo, o enfoque do acesso à Justiça vem com o intuito de encerrar com essa presunção, fazendo com que as partes na demanda “ludem” de forma igual, com paridade de “armas”, conseqüentemente, para alcançar resultados mais justos e efetivos.

O próprio Código de Defesa do Consumidor está permeado por esse enfoque, estabelecendo direitos e medidas instrumentais que buscam defender o consumidor dos abusos do fornecedor, bem como, com a facilitação da defesa de seus direitos, tendo como destaque a inversão do ônus da prova.

Todavia, o que se vê na realidade brasileira é um verdadeiro desinteresse do governo em proporcionar medidas para colocar em prática todo o ideal acesso. Os obstáculos são inúmeros: lentidão processual, custo, burocracia e formalidades excessivas ainda existentes, entre outros.

É necessário que o Estado cumpra o seu papel, pois afinal, o acesso à Justiça não passa de um direito fundamental consagrado na CF/88 e compete ao Estado o dever de assegurá-lo.

À vista disso, se viu a necessidade de repensar as formas de solução de conflitos de interesses, tanto dentro do processo judicial quanto fora dele, com o aumento das esferas de resolução das demandas. No âmbito do processo judicial um dos grandes exemplos é a conciliação; para além da justiça estatal, a mediação e a arbitragem. A recente reforma do Código de Processo Civil não escapou dessas discussões no que tange aos procedimentos extrajudiciais, haja vista que esta é uma tendência, ou melhor, um desafio, que infelizmente vem avançando de forma lenta e gradual.

Perceber a crise do Estado pelo processo de desjudicialização tem revelado que o modelo de justiça necessita estar em constante reformulação para o atendimento aos interesses da sociedade. Para além da exclusividade da autoridade estatal ao resolver conflitos, deve existir um sistema integrado de resolução de demandas fruto da parceria entre Estado e sociedade. A centralidade do poder estatal, em dizer o direito, não atinge determinadas expectativas da sociedade.

Neste ponto, a conciliação, a mediação e principalmente a arbitragem, podem continuar a integrar o sistema, de como a contribuir de forma direta para as resoluções de conflitos.

À evidência, a figura da desjudicialização representa uma cessão de parcela do Poder Estatal ou da Jurisdição, sem, todavia, implicar a abdicação do poder geral de controle, por parte do Judiciários, dos atos eventualmente praticados com excesso de abuso de poder.

Todavia, a desjudicialização não poderá sacrificar direitos e garantias fundamentais dos consumidores em virtude da crise da jurisdição estatal. Ao contrário, a desjudicialização deve contribuir para a promoção da Justiça e a realização de direitos fundamentais dos cidadãos – com o acesso à justiça, celeridade, efetividade de direitos, pacificação. Ou seja, as garantias constitucionais, que atualmente estão inerentes ao processo judicial, devem permanecer nos procedimentos extrajudiciais. Tampouco representa a eliminação de garantias constitucionais, visto que o Poder Judiciário permanece responsável pelo julgamento dos principais conflitos surgidos na sociedade.

Assim, a desjudicialização representa um avanço na resolução de conflitos e contribui de forma significativa para desafogar o Poder Judiciário, liberando-o para cumprir de forma adequada o seu mister, nas demandas que forem levadas à sua apreciação, além de se traduzir em uma nova modalidade de acesso à Justiça.

Por todo o exposto, é notório que o processo judicial não consegue solucionar os conflitos de maneira célere, entendendo-se que esta celeridade é um pressuposto para a efetividade do processo. Dessa forma, a busca por uma solução é um dos reclames da sociedade brasileiro atual. Como se sabe, falta o fomento de propostas reais de resolução do problema. Tem-se a falsa crença de que modificações na letra da lei são suficientes.

Diante disso, este estudo pretendeu demonstrar que a arbitragem, que é um mecanismo privado e alternativo de solução de conflitos pode se tornar um eficiente método de desafogamento do Judiciário brasileiro, principalmente do Juizados Especiais, com a utilização desse instrumento na resolução de controvérsias de consumo.

Além de viabilizar uma maior rapidez para a solução de outras demandas, na medida em que o tempo destinado para a solução destas desapareceria, existe o aspecto da melhor proteção dos direitos do consumidor. Esse teria uma solução

mais rápida, com menos custos e que não exigiria o patrocínio por advogado, o que impede o acesso à justiça por inúmeras pessoas, visto que os defensores públicos estão sobrecarregados, o que faz criar a já comum no Brasil, fila de espera.

Embasa esta afirmação a experiência internacional bem sucedida de nos Estados Unidos e na Coréia do Sul, que possuem sistemas arbitrais de resolução de conflitos bem sucedido quanto o assunto é erro médico.

À vista disso, por meio de medidas realizadas pelo próprio Estado, pode-se estimular a instituição da arbitragem na resolução de controvérsias de consumo no país, em especial no direito médico. Os interesses do consumidor precisam ser tutelados, não sendo suficiente somente o acesso ao Judiciário, mas sim o acesso à justiça, compreendido não apenas no acesso à jurisdição estatal, e sim no alcance da justiça e pacificação social, mesmo que através de mecanismos privados.

Indo em frente, a proteção do direito à saúde é de interesse coletivo e sustenta a própria sociedade. Diante disso, a lei nº 9.307/96 apresenta aos sujeitos uma forma diversa e eficiente de solucionar conflitos que, conseqüentemente, contribui para desatolar o Poder Judiciário. Contribui para uma decisão mais especializada já que aos árbitros, em geral, são profissionais afeitos à matéria e não têm que decidir diversas demandas de uma só vez.

A arbitragem é cabível na defesa dos direitos relativos à saúde, especialmente quando se trata da responsabilidade civil do médico cirurgião plástico no tratamento embelezador.

A relação médico-paciente é acima de tudo uma relação predominantemente existencial, cuja base é o ser humano, sua dignidade e saúde, asseguradas pela Constituição – artigo 1º, inciso III.

O médico, prestador de serviços, se enquadra no conceito de fornecedor e o paciente no de consumidor.

O consumidor possui diversos direitos e dentre eles o direito à informação clara, correta, adequada, que possui escopo no princípio da transparência e da boa-fé, e que devem ser prestadas por todos os fornecedores de serviços, por toda fase contratual, inclusive o médico.

Para o desenvolvimento da relação médico-paciente necessário se faz o diálogo a respeito dos riscos de qualquer resultado insatisfatório, ou seja, compete ao médico o dever de prestar informações corretas e claras para seu paciente sobre

os riscos e prevenções da intervenção médica, bem como das possíveis consequências do tratamento.

Os médicos, a despeito de toda modernidade, da massificação dos serviços de consumo, assumem o compromisso com o seu paciente, prestando sua parcela de colaboração, divulgando aos menos sábios seus direitos e deveres como pessoa humana, como direito a obter informações acerca dos riscos da cirurgia, o seu direito de obter cópia de seu prontuário médico, exames laboratoriais, laudos diversos. Devem agir com o máximo de transparência, lealdade e sinceridade.

A conduta médica deve ter respaldo no consentimento livre e esclarecido do paciente. Por isso, responde o médico, a despeito da ocorrência de erro, pelos danos causados pela falha no dever de informar – artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, levando em consideração a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico no tratamento embelezador, é imprescindível deixar claro que a arbitragem é viável nos casos em que a natureza da cirurgia estética tenha obrigação de resultado, de modo que nesses casos é possível aferir os efeitos patrimoniais envolvidos no caso de erro médico.

Em suma, no caso de não ocorrer sucesso na cirurgia plástica, persistirá a presunção de culpa do médico que a realizou, competindo ao mesmo demonstrar de forma inequívoca, qual o motivo para o desvio do resultado desejado. Assim, em caso de divergência entre o médico e o paciente, poderá ser utilizada a arbitragem, visto que na obrigação de resultado, o médico somente se exime da obrigação, quando o fim prometido é atingido.

Averiguado pelo arbitro a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em razão do dano sofrido, deve-se aferir a extensão deste dano, para se chegar ao valor da indenização do paciente e conseqüentemente solucionar a presente demanda de forma célere, menos custosa, com flexibilidade do procedimento e especialização dos árbitros. Ademais, para que a arbitragem seja utilizada, imperioso se faz informar o consumidor-paciente, bem como pegar a sua anuência sobre a sua utilização, respeitado todos os ditames da convenção de arbitragem na relação de consumo, para que a mesma seja totalmente válida e eficaz.

Portanto, a arbitragem se apresenta como uma verdadeira estratégia jurídica para solucionar os conflitos decorrentes da responsabilidade civil do cirurgião plástico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 16, out./dez. 1995.

_____. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ALBUQUERQUE FILHO, Clóvis Antunes Carneiro de. A arbitragem no direito brasileiro pela Lei nº 9.307/96. Comentários. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2629>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). **Revista Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**, out. 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_artigo%20tania.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.3, n.9, p. 13-21, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

BAGGIO, Andreza Cristina. **Sociedade de consumo e o direito do consumidor construído a partir da teoria da confiança**. 216 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1868> Acesso em: 10 dez. 2020.

BAGGIO, Andreza Cristina; DUARTE, Simara Carvalho; KUTEN, Carlos Eduardo. Sociedade de massas e jurisdição: o processo civil em transformação e o StareDecisis. **Ius Gentium**, v. 9, n. 5, Edição Extra, p. 70-91, 2014. DOI: <https://doi.org/10.21880/ius%20gentium.v9i5.148>.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A lei de arbitragem aplicada às relações de consumo. **DireitoNet**, 15 out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5999/A-lei-de-arbitragem-aplicada-as-relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BATISTI, Leonir. **Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos Blocos de Integração**. Curitiba: Juruá, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Responsabilidade civil médica, odontológica e hospitalar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Ideologia. In: **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOTTEON, Lissandra Christine. Arbitragem e direito à saúde: possibilidade e eficácia de uso do método arbitral para garantir o direito constitucional à saúde. **Acesso à Justiça II**, p. 257-275, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c20bb2d9a50d5ac1>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e Acesso à Justiça. In: ROSA, Alexandre Moraes da. (Org.). **Para um direito democrático**: diálogos sobre paradoxos. São José: Conceito Editorial, 2006. p. 15-23.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

_____. **Código Comercial**. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Secretaria d'Estado dos Negocios da Justiça 1º de Julho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de Arbitragem**. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Lei nº 13.129, de 26 maio 2015. **Lei de Arbitragem - alterada**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>> Acesso em: 28 jun. 2020.

_____. **Súmula 387**, 2ª seção, j. 26 ago. 2009, publicação no DJe 01 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). Recurso Especial nº 65.393/RJ. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Lex**: jurisprudência do STJ, publicação no DJ em 18 dez. 1995, p. 44580.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1001610-86.2015.8.26.0510. Relator Desembargador Francisco Loureiro. **Lex**: jurisprudência do TJ/SP, publicação no DJe em 26 out. 2020.

BUZAID, Alfredo. Do juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**, v. 47, n. 271, p. 7-13, maio 1958.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002.

CALAIS-AULOY, Jean. Acesso eficaz à Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 5, [s.d.].

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Lei de arbitragem: aspectos gerais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2452, 19 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14531>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

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

_____. **A arbitragem e processo**: um comentário à 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Juizado de pequenas causas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1973.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **latrogenia e erro médico**: sob o enfoque da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público - uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale. Campinas, Bookseller, 2009.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. 238p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2021.

COSTA E SILVA, Alberto Vasconcellos da. Juízo Arbitral obrigatório e sua inconstitucionalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 36, p. 185-188, 1920.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Ana Beatriz Ferreira de Lima. Uma reflexão sobre a autocomposição e indisponibilidade dos direitos do Estado. **Revista Consultor Jurídico**, 13 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-13/reflexao-autocomposicao-direitos-estado>> Acesso em: 10 jul. 2021.

CUPIS, Adriano de. I diritti della personalità. Tradução para o português de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. **Direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 23. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Arbitrabilidade. In: _____. **Direito internacional privado – parte especial: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONIZETTI, Elpídio. Entenda o conceito de arbitragem. **Migalhas**, 17 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317064/entenda-o-conceito-de-arbitragem>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Crise no poder judiciário. **Jornal DCI**, 5 maio 2008. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/113>> Acesso em: 31 jun. 2020.

EFING, Antônio Carlos; CAMPOS, Fábio Henrique Fernandez de. A vulnerabilidade do consumidor em era de ultramodernidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, ano 27, p. 149-165, jan./fev. 2018.

FARINELLI, Alisson Henrique do Prado; CAMBI, Eduardo. Conciliação e mediação no novo código de processo civil (PLS 166/2010). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 284-285, 2011. p. 277-305.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Tradução de Vinícius Aquini e Káren Rock Danilevicz Bertencello. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 85, p. 15-23, jan./fev. 2013.

FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. A proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional: as garantias consumeristas. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 172, ano XXI, maio 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/a-protecao-ao-consumidor-como-direitofundamental-constitucional-as-garantias-consumeristas/>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda Pública. **Revista de Processo**, v. 280, p. 353-375, jun. 2018.

FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Florianópolis, 24, 25 e 26 março de 2017. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>> Acesso em: 10 jul. 2021.

FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: a mediação do sobre endividamento. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 65, p. 107-128, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GABRICH, Frederico de Andrade (Coord.). **Análise estratégica do direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC – Faculdade de Ciências Humanas, 2010.

GAMA, Alessandro Pereira. Arbitragem: violação à inafastabilidade do controle jurisdicional? **Migalhas**, 10 dez. 2009. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/98911/arbitragem--violacao-a-inafastabilidade-do-controle-jurisdicional>> Acesso em: 10 ago. 2021.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro médico: à luz da jurisprudência comentada**. 2. ed. 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações** - vol. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: _____. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martes, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado - responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade civil do médico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6564>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. [E-book].

LANA, Roberto Lauro. Arbitragem na área da saúde: panorama atual. **Revista de Direito Médico e da Saúde**, Recife, n. 1, edição 1, jan./mar. 2005.

LAUDE, Anne; TABUTEAU, Didier; MATHIEU, Bertrand. **Droit de la Santé**. 1. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados na experiência jurídica brasileira. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). **Estudos em homenagem à professora Vera Fradera**. Porto Alegre: Ljus, 2013.

LIMA, Giácomo Lamarão. Arbitragem em responsabilidade médica. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 28 jul. 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33112/arbitragem-em-responsabilidade-medica>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Entre o acesso à justiça e a “dependência química” do judiciário: a conciliação prévia como resgate da cidadania. **Revista Síntese**, São Paulo, ano XII, v. 12, n. 71, p. 7-33, maio/jun. 2011.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAIA NETO, Francisco. **Arbitragem, a justiça alternativa**. Belo Horizonte: F. Maia Neto, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARANGUAPE, Aísla Lanne Vasconcelos; MARANGUAPE, Fânila Edmer Vasconcelos; VASCONSELOS, Dennis Fagner. A morosidade do âmbito judiciário. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 199, 1 ago. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-morosidade-no-ambito-judiciario/>> Acesso em: 31 jun. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A conformação do processo e o controle jurisdicional a partir do dever estatal de proteção do consumidor. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (Coords.). **Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva (homenagem aos 20 anos da lei da ação civil pública)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97-132.

MARTINS, José Celso. A arbitragem e as relações de consumo. **TASP - Centro de Mediação e Arbitragem de São Paulo**, São Paulo, 15 set. 2011. Disponível em: <<https://www.arbitragem.com.br/index.php/artigos/arbitragem-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-consumo>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

MATEUS, Cibele Gralha. **Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Revista de Processo**, v. 122, p. 1-13, abr./2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDINA, José M. Chillón; MERCHÁN, José F. Merino. **Tratado de arbitragem privado interno e internacional**. Madrid: Civitas, 1978.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MESQUITA, Andréa. **Lei da mediação e novo CPC reforçam acerto da resolução 125 do CNJ**, nov. 2015. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/261394780/lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcaram-acerto-da-resolucao-125-do-cnj>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição!. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Centelha: Coimbra, 1973.

MOURA, Caroline Emmerich Gomes Leal de.; BARBOSA, Rafael Salhani do Prado. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico no tratamento embelezador. **Migalhas**, 6 jan. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/338598/responsabilidade-civil-do-medico-cirurgiao-plastico-no-tratamento-embelezador>. Acesso em: 31 jul. 2021.

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. **Revista CEJ**, v. 1, n. 3, p. 61-69, set./dez.1997.

NEVERS, Ann H. Medical malpractice arbitration in the new millennium: much ado about nothing? pepperdine dispute resolution law journal. **Malibu**, CA., ano 2, n. 2, 2000. Disponível em: <<http://www.adrforum.com/rcontrol/documents/ResearchStudiesAndStatistics/2000NeversMedicalMalpracticeArbitration.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

PAIVA, Clarisse Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. Teresina, **Revista Jus Navigandi**, ano 20, n. 4401, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34128>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis – breves notas à luz do pensamento tomista. **Revista de Direito Privado**, v. 51, p. 1-20, jul./set. 2012.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. A relação médico-paciente e a responsabilidade pelo dever de informar. In: XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 4 a 7 nov. 2009. **Anais...** CONPEDI, São Paulo, p. 1461-1490, 2009. Disponível em: <<http://www.francesconilemos.com.br/pdf/A-RELACAO-MEDICO-PACIENTE-E-A-RESPONSABILIDADE-PELO-DEVER-DE-INFORMAR.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

PINHEIRO, Camila; CORDEIRO, Débora Simone Bezerra. Proteção ao consumidor como garantia fundamental constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31519/protECAo-ao-consumidor-como-garantia-fundamental-constitucional>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Morosidade: crise do Judiciário ou crise do Estado? **Revista Consultor Jurídico**, 29 ago. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-ago-29/morosidade_crise_judiciario_ou_crise_estado> Acesso em: 31 jun. 2020.

QUEIROGA, Onaldo Rocha de. **Desjudicialização dos litígios: lei nº 11.441/2007 e emenda constitucional 66/2010**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo civil e o princípio da razoável duração do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Garantias do consumo: a desjudicialização favorece a proteção do consumidor? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-17/garantias-consumo-desjudicializacao-favorece-protecao-consumidor>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos; BRITO, Cristiano Gomes de. **A utilização da arbitragem na solução de controvérsias de consumo**. Dissertação (Mestrado) 2009. Disponível em: <<file:///D:/MESTRADO/Orienta%C3%A7%C3%A3o/Materiais%20de%20apoio/14788-Texto%20do%20artigo-64319-1-10-20120529.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ROCHA, Pedro Cavalcanti. Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/15). **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 49, p. 1-11, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.10.PDF> Acesso em: 5 ago. 2021.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. Crimes contra as relações de consumo: uma consequência da falta de fiscalização do poder público sob a análise do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 14, n. 1, 2009. Doi: 10.5020/2317-2150.2009.v14n1p27. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/821>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SIDOU, Jose Maria Othon. **Dicionário jurídico** 11. ed. São Paulo: Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Forense, 2016.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O juízo Arbitral no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 98, p. 139-150, abr./jun. 1988. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181785>>. Acesso em: 20 jul. 2021

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para solução de conflitos familiares. In:_____. **Mediação de conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-179.

SILVA, Luzia Gomes da. A evolução dos direitos humanos. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 6 ago. 2021. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34507/a-evolucao-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 31 jun. 2020.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça**: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual: civil e penal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

TURA, Adevanir. **Arbitragem nacional e internacional**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

_____. Modalidade de mediação. **Série Cadernos do CEJ**, v. 22, p. 43-48, 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 28 jun. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

XAVIER, Rafael Alencar. **Direitos do fornecedor**: equilíbrio na relação de consumo. Ceará: Ministério Público, 2016. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/Doutrinarapublicacao.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

ZAPPALA, Francesco. Memória histórica da arbitragem. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 101-132, jan./jun. 2011.