

Arbitragem e “Parte Fraca”: a Questão das Relações de Consumo

FERNANDA SIROTSKY SCALETSKY

Mestranda em Direito Internacional Privado e Arbitragem pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Internacional Público, Privado e da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Direito Comparado e Europeu dos Contratos e do Consumo pela Universidade de Savoie (Chambery) – França e em Direito Civil, Negocial e Imobiliário pela Universidade Anhanguera/Uniderp, Advogada.

RESUMO: A arbitrabilidade objetiva se refere à aptidão que certos litígios possuem para serem submetidos à arbitragem. Várias são as divergências a respeito dos temas que, no Direito brasileiro, permitem às partes se socorrerem do juízo arbitral para dirimir os conflitos originários de suas avenças. Entre estes temas desponta de importância no cenário nacional a questão relativa à possibilidade de os litígios consumeristas serem submetidos à arbitragem. Tendo em vista a dinamicidade das relações de consumo na atualidade, necessária se faz a busca por mecanismos alternativos e céleres de resolução dos litígios, entre os quais se destaca a arbitragem. Entretanto, a utilização deste mecanismo para a composição dos litígios consumeristas, no Brasil, encontra a barreira imposta pelo art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, que taxa de abusiva a cláusula que preveja a utilização compulsória da arbitragem, mesmo que o art. 4º, § 2º, da Lei Brasileira de Arbitragem tenha permitido a utilização deste mecanismo nos contratos de adesão. O presente artigo, tendo como base a doutrina e a jurisprudência, nacional e estrangeira, sobre o tema, busca demonstrar a viabilidade da utilização da arbitragem na resolução de controvérsias de consumo.

ABSTRACT: The concept of arbitrability refers to the ability of certain disputes to be submitted to arbitration. Several are the divergences regarding the themes that can use in Brazilian law arbitration to solve the conflicts originating from contractual relations. Among these themes, topping of importance in the national scenario is the question concerning the possibility of consumer disputes to be submitted to arbitration. In view of the dynamism of consumer relations at present, it is necessary to search for alternative and effective mechanisms of dispute resolution, among which stands out the arbitration. However, the use of this mechanism for the resolution of consumer disputes in Brazil is denied due to the barrier imposed by article 51, VII, of Brazilian Consumer Code that considers abusive the clause providing for the compulsory use of arbitration, despite of the fact that article 4º, § 2º, of Brazilian Arbitration Law allows the use of this mechanism in adhesion agreements. This article, based on foreign and domestic doctrine and jurisprudence on the theme, quest demonstrate the feasibility of the use of arbitration in solving consumer disputes.

SUMÁRIO: Introdução; Parte I – A arbitrabilidade das relações de consumo e a sua compatibilidade com o Código de Defesa do Consumidor; 1.1 A questão da arbitrabilidade; 1.2 A arbitrabilidade das relações de consumo no Brasil; 1.3 Existiria uma incompatibilidade entre a Lei Brasileira de Arbitragem e o Código de Defesa do Consumidor no que tange à arbitrabilidade das relações de consumo?; Parte II – A arbitrabilidade das relações de consumo no direito comparado e o futuro do debate doutrinário a respeito da arbitrabilidade das relações de consumo no Brasil; 2.1 A arbitrabilidade das relações de consumo no direito comparado; 2.2 O anteprojeto de lei de 2013 que altera a Lei Brasileira de Arbitragem e o futuro da arbitragem consumerista no Brasil; Conclusão.

INTRODUÇÃO

A arbitrabilidade objetiva se refere à aptidão que certos litígios possuem para serem submetidos à arbitragem. Entretanto, várias são as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que tange a quais seriam as matérias que, no Direito brasileiro, permitem às partes se socorrerem do juízo arbitral para dirimir os conflitos originários de suas avenças.

Entre os temas que despontam de importância, no cenário nacional atual está a questão relativa à possibilidade das relações de consumo serem submetidas à arbitragem, tendo em vista serem consideradas parte de uma matéria sensível, na qual a livre disponibilidade dos direitos é incerta, a ordem pública possuindo uma influência importante e onde existe um forte interesse social pelos litígios a ela relacionados. Ademais, tendo em vista a dinamicidade das relações de consumo, na atualidade, necessária se faz a busca por mecanismos alternativos e céleres de resolução destas controvérsias, entre os quais se destaca a arbitragem.

É por isso que o presente artigo dedicar-se-á, inicialmente, ao estudo da arbitrabilidade, para que, mais adiante, busque-se responder à questão fundamental aqui proposta, a saber, são os litígios relativos à matéria consumerista passíveis de serem submetidos à arbitragem? E ainda, em sendo arbitráveis, seriam eles idênticos aos litígios que, atualmente, são submetidos à arbitragem?

Contudo, a utilização da arbitragem como alternativa à composição dos litígios consumeristas, no Brasil, encontra a barreira imposta pelo art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), que taxa de abusiva a cláusula contratual que preveja a utilização compulsória da arbitragem, mesmo que a Lei Brasileira de Arbitragem (“LBA”) tenha autorizado, em seu art. 4º, § 2º, a utilização deste mecanismo nos contratos de adesão. Dessa forma, buscar-se-á compreender as diferentes visões doutrinárias no tocante à convivência destas normas, aparentemente contraditórias, no ordenamento jurídico brasileiro, bem como demonstrar a viabilidade da utilização da arbitragem na resolução de controvérsias de consumo.

Na busca das elucidações aos questionamentos antes feitos, o presente trabalho será dividido em duas partes. Na Parte I, serão abordadas as premissas introdutórias que circundam o tema da arbitragem nas relações de consumo. Para tanto, será retomado, em um primeiro momento (1.1), o conceito, desde há muito debatido, da arbitrabilidade, concentrando-se a análise em sua faceta objetiva. Em um segundo momento (1.2), será examinada a questão da arbitrabilidade dos litígios de consumo, e, em um terceiro momento (1.3), verificar-se-á se existiria uma incompatibilidade, ou um eventual conflito, entre a LBA e o CDC, tendo em vista, sobretudo, o teor do art. 4º, § 2º, da legislação arbitral e do art. 51 do *Codex* consumerista. Já, na Parte II do trabalho, serão examinados alguns precedentes que trataram do tema da arbitragem nas relações de consumo no direito comparado, com ênfase para o Direito francês, que possui larga experiência na matéria, em um primeiro momento (2.1). Tendo em vista os obje-

tivos e a extensão do presente trabalho, a análise jurisprudencial aqui efetuada é meramente exemplificativa, não tendo como objetivo esgotar ou quantificar a questão da arbitralidade das relações de consumo na jurisprudência. Por fim, em um segundo momento (2.2), será examinado o anteprojeto de lei que altera a LBA, bem como serão feitas algumas ponderações a respeito do futuro do debate doutrinário, no Brasil, no que tange à arbitralidade das relações de consumo.

PARTE I — A ARBITRALIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A SUA COMPATIBILIDADE COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

1.1 A QUESTÃO DA ARBITRALIDADE

A arbitralidade é a faculdade, ou a aptidão, ligada a um litígio, que o permite ser resolvido por meio da arbitragem. Doutrinariamente, a arbitralidade é qualificada em subjetiva e objetiva, ou, ainda, possuiria ela duas facetas.

Quando apreciada subjetivamente, a arbitralidade é a aptidão que certas pessoas possuem para submeterem-se à arbitragem (*ratione personae*). Levando-se em consideração a sua função ou natureza, diz-se que algumas pessoas não poderiam se submeter ao juízo arbitral, o que concerne, sobretudo, à capacidade do Estado e das demais entidades públicas para celebrarem uma convenção arbitral. Já, quando apreciada objetivamente, a arbitralidade relaciona-se às matérias ou espécies de litígios que podem ser submetidos à arbitragem, com projeção no objeto (*ratione materiae*)¹.

O presente trabalho dedicar-se-á apenas à arbitralidade considerada objetivamente, para que, mais adiante, busque-se responder à questão fundamental aqui proposta, a saber, são os litígios relativos à matéria consumerista passíveis de serem submetidos à arbitragem? E ainda, em sendo arbitráveis, seriam eles idênticos aos litígios que, atualmente, são submetidos à arbitragem²?

Sendo o árbitro um juiz privado, é perfeitamente compreensível que nem todos os tipos de conflitos possam ser resolvidos por ele. Dessa forma, o juiz estatal reserva para si o julgamento de determinadas matérias, que dizem respeito diretamente às preocupações sociais e econômicas que o Estado visa a proteger. É justamente por isso que alguns temas escapam da competência dos árbitros, sendo que o limite da arbitralidade está justamente em considerar que alguns

1 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 330.

2 Assim, ao falar-se em arbitralidade, estar-se-á fazendo referência à sua faceta objetiva. Segundo o entendimento de alguns autores, entre eles Charles Jarrosson, “a única e verdadeira arbitralidade” é aquela dita objetiva, fazendo menção que a faceta subjetiva da arbitralidade não passaria de um abuso de linguagem que recobriria, em verdade, outras noções, como uma regra de capacidade, ou uma regra material relativa à aptidão das pessoas jurídicas de direito público a contratar por meio da arbitragem. JARROSSON, Charles. *La Notion d'Arbitrabilité*. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo: IOB-Thompson e CBA, ano I, n. 0, p. 174, jul./out. 2003.

litígios, por envolverem, de forma determinante, o interesse geral, não devem ser retirados da solução pública.

Segundo Charles Jarrosson, para que a arbitragem avance, deve-se evitar que ela seja paralisada por obstáculos, e a arbitrabilidade é uma questão suscetível de constituir uma dessas barreiras³. O correto entendimento do conceito da arbitrabilidade é, portanto, essencial para o progresso e para o desenvolvimento da arbitragem.

Esse entendimento, todavia, requer, necessariamente, o exame de certos critérios, que são apontados como a chave para se entender o alcance da arbitrabilidade em um determinado ordenamento jurídico. E é justamente nos direitos nacionais, segundo Eduardo Damiano Gonçalves, que iremos identificar os diferentes critérios utilizados para determinar se um litígio pode ou não ser submetido à arbitragem. Desse modo, segundo Fouchard, Gaillard e Goldman, a grande questão a ser desvendada é a escolha de quais os critérios devem ser utilizados quando se determina o domínio da arbitrabilidade objetiva, sendo que a dificuldade não reside propriamente na inarbitrabilidade de certas matérias, mas na determinação dos critérios para a sua definição e extensão⁴.

Entre os vários critérios possíveis para a definição da arbitrabilidade dos litígios, nos diversos direitos nacionais positivos, a LBA optou pelo critério da disponibilidade dos direitos e de sua natureza patrimonial. Nesse sentido, o art. 1º da LBA tem a seguinte redação: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Estabelece o dispositivo supratranscrito, portanto, que só podem ser objeto de arbitragem, no Brasil, os litígios que versem sobre os direitos patrimoniais disponíveis.

O principal critério para a aferição da arbitrabilidade dos litígios, no Brasil e em grande parte dos países, é, portanto, a sua disponibilidade⁵, sendo que alguns países definem a arbitrabilidade apenas por este critério, como ocorre com o Direito espanhol ou com o Direito francês, por exemplo. Eduardo Damiano Gonçalves corretamente demonstra que a LBA adotou uma terceira via, em comparação com os países citados *supra*, para definir a arbitrabilidade dos litígios, ao utilizar-se de um sistema cumulativo, visto que o litígio deve possuir,

3 JARROSSON, Charles. *La Notion d'Arbitrabilité...* op. cit., p. 173. Tradução livre do original em francês: “*En effet, pour que l'arbitrage avance, il faut éviter qu'il soit paralysé par des obstacles; or, l'arbitrabilité est une question susceptible de constituer un tel obstacle*”.

4 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 347. Tradução livre do original em francês: “*Aussi la difficulté ne réside-t-elle pas dans le principe de la non-arbitrabilité de certaines matières, mais dans la détermination des critères et de l'étendue de cette non-arbitrabilité, ainsi que des modalités selon lesquelles elle doit être constatée*”.

5 Como bem ilustra a lista constante da obra de Eduardo Damiano Gonçalves, muitos países definem, total ou parcialmente, a arbitrabilidade dos litígios por referência à noção da “livre disponibilidade dos direitos”, tais como Bélgica, França, Itália, Portugal, Colômbia e o próprio Brasil. GONÇALVES, Eduardo Damiano. *Arbitrabilidade Objetiva*. Tese de Doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 176.

ao mesmo tempo, as características da disponibilidade e da patrimonialidade dos direitos para que se determine se um litígio é ou não arbitrável. Acentua, ademais, que a noção de arbitrabilidade, no Brasil, é mais restritiva do que quando comparada aos países que utilizam apenas um dos dois critérios para a sua definição⁶.

Deve-se, portanto, definir os direitos disponíveis para que se possa chegar, corretamente, à definição de quais direitos são arbitráveis. A resposta, segundo Charles Jarroson, é desapontante, visto que não há uma definição conclusiva do que seriam esses direitos. E é justamente por isso que o autor faz remissão a uma definição *a contrario sensu*, buscando a definição daqueles direitos ditos indisponíveis para concluir que seriam inarbitráveis aqueles litígios que versem sobre direitos indisponíveis⁷. Raciocínio semelhante buscou Selma Ferreira Lemes, ao fazer a diferenciação entre os direitos disponíveis e os indisponíveis, alegando que “é o valor social ou não dos bens tutelados, o critério mais seguro para distinguir os direitos disponíveis dos indisponíveis”. Seriam disponíveis, assim, os direitos que tutelam interesses meramente individuais, ao passo que, para os indisponíveis, guardam-se aqueles direitos de interesse geral⁸.

A dificuldade da doutrina para chegar a uma definição conclusiva do que seria a disponibilidade dos direitos fez com que parte dela recorresse ao conceito conexo de transação para explicar a arbitrabilidade de determinado litígio. Nesse sentido, seriam disponíveis os direitos sobre os quais as partes possam transigir. Entretanto, apesar de serem conceitos próximos, não são noções semelhantes, pois a transação seria apenas uma forma de se dispor dos direitos. Ou seja, transigir, assim como alienar, transmitir e renunciar, são formas características, ou atitudes, que definem o direito disponível⁹.

6 GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade objetiva... op. cit., p. 173.

7 JARROSSON, Charles. La Notion d'Arbitrabilité... op. cit., p. 175.

8 LEMES, Selma M. F. *Arbitragem na administração pública*. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124. Entretanto, apesar da dificuldade, alguns autores buscaram definir a disponibilidade dos direitos, como, por exemplo, Carlos Alberto Carmona: “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado em sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38).

9 Para João Bosco Lee, o recurso à noção de transação é errado, devido às inúmeras controvérsias que também este conceito já fomentou no direito comparado. Nesse mesmo sentido, Eduardo Damião Gonçalves alega que a transação (negócio jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, declaram o reconhecimento de direitos para prevenir ou eliminar situações duvidosas ou litigiosas) é um “quase critério” na definição da arbitrabilidade, mesmo que alguns direitos nacionais o tenham utilizado, até recentemente, para a sua definição, como o próprio Direito brasileiro e o Direito italiano. Com a promulgação da LBA, no Brasil, em 1996, foi suprimida a noção de transação para definir-se a arbitrabilidade dos direitos, por meio da revogação do art. 1.072 do Código de Processo Civil brasileiro. LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 50/51; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Arbitrabilidade Objetiva*. Tese de Doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 168.

Já os direitos patrimoniais são aqueles que integram o patrimônio das pessoas, visto serem suscetíveis de apreciação pecuniária, em dinheiro, englobando os direitos reais e obrigacionais, e alguns direitos de família e sucessões. Diferentemente dos direitos patrimoniais, estão aqueles ditos extrapatrimoniais, que compreendem os direitos da personalidade e os direitos de família puros, bem como determinados direitos das sucessões. Todavia, mesmo a lesão a direito decorrente deste último grupo pode ser suscetível de indenização pecuniária, ou seja, a extrapatrimonialidade de um direito não exclui a possibilidade que dele se produzam vantagens econômicas¹⁰. Sendo assim, litígios relativos, por exemplo, a marcas e patentes, e às questões econômicas decorrentes do direito de família são passíveis de serem arbitráveis¹¹.

Para João Bosco Lee, “a referência única à natureza patrimonial da relação controversa não é suficiente, porque existem direitos patrimoniais que são indisponíveis. Assim, no estudo da especificação da noção de disponibilidade de direitos, tem-se frequentemente recorrido à noção de ordem pública”¹². A interferência, ou o impacto da ordem pública, apesar de não ser propriamente um critério definidor da arbitrabilidade dos litígios, ou, ao menos, não ser um critério adequado para a sua definição, vem ganhando impacto ao se tratar do tema da arbitrabilidade, tendo em vista que a noção de ordem pública pode ser considerada como uma regra importante para limitar-se o recurso à arbitragem.

A origem desta discussão parece ser o art. 2.060 do Código Civil francês (“CCF”), que, ao lado do art. 2.059, define que podem ser objeto de arbitragem os litígios que versem sobre direitos disponíveis, alude que não podem ser objeto de arbitragem as matérias que interessam à ordem pública, *in verbis*:

10 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 113/114. Data do Direito romano a distinção das ações em pessoais e reais, da qual decorreu a correspondente divisão dos direitos até hoje admitida. Assim, os direitos podem ser exercidos sobre a própria pessoa do titular (direitos da personalidade) ou sobre um bem exterior de valor econômico (direitos patrimoniais). Nesse sentido também o posicionamento de Joel Dias Figueira Júnior: “Dúvidas poderão surgir a respeito dos direitos da personalidade, ou, mais precisamente, se as controvérsias envolvendo relações desta natureza poderão ser solucionadas perante a justiça privada. Esses direitos, como é sabido, são de natureza não patrimonial ou personalíssima e, como tais, indisponíveis. Contudo, deles poderão decorrer questões de caráter eminentemente patrimonial, como se verifica, por exemplo, com a violação da privacidade, o dano à imagem, controvérsias relativas aos direitos autorais, dentre tantas outras. Nesses casos, nada obstante o litígio ter por fundamento a violação a direito da personalidade, o objeto litigioso em si mesmo, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção de ressarcimento pelos danos sofridos, razão pela qual poderão valer-se da arbitragem diante do caráter eminentemente patrimonial da lide” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 92/120, jan./mar. 2001).

11 GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade Objetiva... op. cit., p. 171. Segundo Eduardo Damião Gonçalves, um sistema jurídico que define a arbitrabilidade exclusivamente por meio da referência à patrimonialidade dos direitos possui o sistema mais liberal existente, quando o assunto é a arbitrabilidade objetiva, pois um direito é arbitrável desde que tenha expressão pecuniária, independentemente de versar sobre direitos indisponíveis. O mais conhecido exemplo de um direito nacional com tais características é o Direito suíço, o qual, em seu art. 177, alínea 1, de sua Lei Federal sobre o Direito Internacional Privado, de 1987, define que: “*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage*” (Disponível em: <<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>>. Acesso em: 6 nov. 2013).

12 LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 63.

Art. 2.060. Não é possível comprometer sobre questões de estado e capacidade das pessoas, sobre aquelas relativas ao divórcio e à separação de corpos ou sobre litígios de interesse das coletividades públicas ou dos estabelecimentos públicos, e, de modo geral, *sobre todas as matérias que interessam à ordem pública*. (grifo nosso)

Para Eduardo Damião Gonçalves, a ordem pública é um critério inadequado na definição da arbitralidade. Diz o autor que o art. 2.060 do CCF, retrotranscrito, representa uma concepção ultrapassada da função da ordem pública em matéria de arbitralidade, sendo severamente criticado pela doutrina e abandonado pela jurisprudência daquele país, visto que, hoje, prevalece o entendimento de que a presença de normas imperativas, estando em jogo a noção da ordem pública, não impede a resolução do litígio pela arbitragem. Ao contrário, os árbitros têm o dever de aplicar as normas imperativas e tirar todas as consequências civis do eventual descumprimento dessas normas¹³. Nesse sentido, são relevantes os comentários de Ricardo Ramalho Almeida:

Diz-se que disposições legais mandatórias, de interesse da ordem pública, que incidem na regulação de certas matérias jurídicas, tornariam *ipso facto indisponíveis* os direitos nela envolvidos. Na verdade, não é bem assim. Muitas vezes, o efeito da incidência de disposições legais mandatórias sobre certas matérias (v.g., direito do consumidor, direito do trabalho, regime jurídico da representação comercial, etc.) é o de tornar nulas, por abusividade, determinadas cláusulas contratuais que visem a dificultar ou impedir a *aquisição* pela pessoa legalmente protegida (o consumidor, o trabalhador, o representante comercial, etc.) de direitos mínimos garantidos por lei. Afasta-se, assim, a possibilidade de *renúncia* a tais direitos, esvaziando de efeitos eventuais impedimentos contratuais à sua *aquisição*; não determina a lei, porém, que tais direitos, uma vez adquiridos, não sejam disponíveis [...]. Não há, assim, uma indisponibilidade automática, que exclua do campo da arbitralidade, *a priori* e peremptoriamente, os direitos patrimoniais resultantes de vínculos contratuais de tal espécie.¹⁴

Também relevante sobre o tema é o entendimento de Ricardo de Carvalho Aprigliano:

[...] não se pode considerar como sinônimos os direitos indisponíveis e aqueles direitos tutelados por leis imperativas. Ocorre um fenômeno de continência, pois do universo mais amplo de direitos regulados por leis imperativas ou cogentes uma parcela menor abrange direitos indisponíveis. A ordem pública e os direitos indisponíveis têm em comum o fato de retratarem o interesse público, e este, por sua vez, a despeito de variar conforme o tempo e o lugar, deve ser encarado

13 GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitralidade Objetiva. Tese de Doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 164/166.

14 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105/106.

como o núcleo de interesses que são tutelados pelo ordenamento jurídico, a partir da sua matriz constitucional.¹⁵

Na ausência de referência expressa, pela LBA, ao critério do interesse da ordem pública no que tange à arbitrabilidade, não se pode deduzir a inarbitrabilidade do litígio pela simples inserção da matéria controvertida em um contexto legal protegido pela ordem pública. Dessa forma, a exclusão do campo da arbitragem, *a priori*, de todos os litígios que digam respeito a matérias de interesse da ordem pública, é uma opção legislativa “excessivamente radical” que não pode prosperar no atual ambiente favorável à arbitragem¹⁶.

As matérias patrimoniais ditas sensíveis são aquelas em que a livre disponibilidade dos direitos é incerta, sobre as quais ainda pairam dúvidas em relação à possibilidade de serem, ou não, objeto de arbitragem e nas quais a ordem pública tem uma forte tendência a intervir, sendo, segundo João Bosco Lee, o “barômetro do liberalismo de um país em questão de arbitragem”. Assim, quanto mais reservado for um país em relação à arbitragem, mais a arbitrabilidade destas matérias será restrita e, quanto mais favorável à arbitragem for um país, em menor número serão as matérias que terão a sua arbitrabilidade discutida¹⁷.

Os litígios de consumo são um exemplo desta categoria de matérias sensíveis, tendo em vista a forte influência da ordem pública em sua regulação e o forte interesse social dos litígios a ela relacionados¹⁸.

1.2 A ARBITRABILIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL

A sociedade de hoje, dita pós-moderna, “demanda soluções de conflito de massa, soluções rápidas, desprovidas de formalismos e a custos ínfimos ou gratuitos”¹⁹. Segundo o sociólogo Marshall Berman, a atual civilização caracte-

15 APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. Coleção Atlas de Processo Civil. Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2011.

16 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem comercial... op. cit., p. 80/81 e 109. Deve ser notado que o preceito constante do art. 2º, § 1º, da LBA determina o respeito aos bons costumes e à ordem pública na escolha feita pelas partes do direito aplicável ao litígio que será resolvido por arbitragem. Dessa forma, a lei arbitral pátria permitiu, de forma expressa, que o árbitro conheça de matérias atinentes à ordem pública, tendo em vista que não faria sentido exigir das partes, e do próprio árbitro, o respeito à ordem pública, se todas as matérias a essa pertinentes já estivessem, de plano, excluídas do âmbito da arbitrabilidade. Segundo o citado art. 2º, § 1º, da LBA: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (grifo nosso).

17 LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 66.

18 O próprio CDC se conceitua como contendo normas de interesse da ordem pública, em seu art. 1º: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

19 LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo no Direito brasileiro e comparado. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. F.; MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 113/141.

riza-se pela efemeridade, onde “tudo que é sólido desmancha no ar”²⁰. Nesta sociedade, a figura do contrato de adesão aparece como uma das respostas pertinentes a estas necessidades, justamente pela praticidade, rapidez e desburocratização que oferece. Nas palavras dos autores do anteprojeto do CDC, vê-se, claramente, a interligação entre a sociedade de consumo atual e o contrato de adesão:

Com o crescimento da sociedade de consumo, que teve início marcante no início deste século, surgiu a necessidade de contratação em massa, por meio de formulários com cláusulas preestabelecidas de sorte a agilizar o comércio jurídico. Neste contexto, não há mais lugar para as tratativas contratuais, onde as partes discutiam tópico por tópico do contrato que viria a ser formado entre elas.²¹

O contrato de adesão é aquele no qual uma das partes aceita ou não as condições preestabelecidas pela outra, aderindo, em bloco, a uma situação contratual que já se encontra definida. Arnaldo Wald diz tratar-se de uma *standardização* do contrato, no qual uma das partes, ou ambas, não possuem a liberdade contratual para discutir seus termos²².

Importante salientar que o contrato de adesão não é categoria contratual autônoma, nem tipo contratual, mas apenas uma técnica de formação dos contratos, podendo ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que se busque rapidez na conclusão do negócio. Se o contrato de adesão é uma técnica contratual, que pode abranger diversos tipos e categorias de contratos, podendo, assim, regular diferentes matérias jurídicas, e não apenas aquelas afeitas ao direito do consumidor, é correto dizer que contrato de consumo com aquele não se confunde. Assim sendo, as principais características do contrato de adesão, segundo Cláudia Lima Marques, seriam a sua pré-elaboração unilateral; a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais, e o seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte²³.

Mesmo sendo verdade que a maioria dos contratos de adesão trate de matérias consumeristas, o contrato de consumo fixa seu núcleo no sujeito consumidor e não na técnica contratual utilizada para regular as relações deste com os fornecedores e/ou produtores de serviços. É por isso que os contratos de consumo podem ser definidos como “aqueles dos quais participa o destinatário final (*vide* conceito de consumidor do art. 2º do CDC) que adquire ou utiliza

20 BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 29.

21 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 445.

22 WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 239.

23 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

produtos ou serviços, passando a incidir sobre eles, ao lado das normas de direito civil, as que decorrem da legislação de proteção ao consumidor”²⁴.

Um dos pontos mais importantes ao se tratar do tema da arbitragem no direito do consumidor, e que deve ser levado em consideração, é o de que os conflitos de consumo não possuem um equilíbrio, uma equivalência de forças entre as partes, visto que o consumidor é considerado a parte mais fraca da relação contratual. Essa proteção ao sujeito contratual dito vulnerável seria necessária, tendo em vista o maior poder econômico e a posição de superioridade que os fornecedores e/ou prestadores de serviços possuem na sociedade, os quais apostavam nas regras liberais da economia de mercado e na passividade do cidadão consumidor²⁵. O desequilíbrio contratual presente nas relações de consumo levou o legislador a criar mecanismos para minimizá-lo, editando normas de proteção que garantissem a aplicação dos princípios jurídicos protetores da boa-fé e da equidade²⁶.

Nesse sentido, com base na boa-fé objetiva, princípio máximo orientador do CDC, exige-se uma conduta adequada dos contratantes para realizar o justo equilíbrio de suas obrigações, afastando o eventual excesso da posição econômica e jurídica do fornecedor. A imposição da boa-fé nas relações de consumo faz com que o fornecedor não possa abusar de sua posição contratual preponderante, impondo cláusulas ao consumidor que o façam suportar gastos desnecessários, que destruam o seu patrimônio, que tentem impedir o exercício de seus direitos, ou que o exponham a situações constrangedoras²⁷.

Entre os deveres que foram tipificados pelo CDC, como advindos da boa-fé, encontra-se o rol das cláusulas consideradas abusivas, enumeradas pelo art. 51 do *Codex* consumerista. Nelson Nery Júnior conceitua a cláusula contratual abusiva como “sendo aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor”²⁸.

Entre as hipóteses de cláusulas abusivas arroladas pelo art. 51 do CDC está aquela constante do inciso VII, que expressamente declara nula a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, *in verbis*:

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.* (grifo nosso)

24 WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 252.

25 BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 17.

26 LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo no Direito brasileiro e comparado. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M.F.; MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 114.

27 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 242/243.

28 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 558.

Todavia, apesar de sua aparente simplicidade, o referido inciso do CDC tem causado verdadeiro embate entre os doutrinadores brasileiros que se dedicam ao estudo da arbitragem, sobretudo após a publicação da LBA, tendo em vista que a legislação arbitral deu novo alento à questão, ao tratar da cláusula compromissória nos contratos de adesão. Nesse sentido, prescreve o art. 4º, § 2º, da LBA:

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.

Com a redação desse parágrafo, segundo Carlos Alberto Carmona, a intenção do legislador foi a de proteger o consumidor, o contratante economicamente mais fraco, a fim de evitar que a outra parte pudesse impor no contrato (o qual é apenas aderido em bloco) também a forma de resolução de eventual litígio dele advindo. Entretanto, como bem coloca o autor, “a redação dada ao parágrafo segundo do artigo em questão não atingiu esta finalidade”, visto que a formulação dada ao presente dispositivo trouxe mais dúvidas do que elucidações no tocante ao estabelecimento da arbitragem nos contratos de adesão²⁹.

Com a redação atual do § 2º do art. 4º da LBA, duas são as hipóteses que permitem a eficácia da estipulação da arbitragem em contratos de adesão: a primeira prevê que a eficácia da cláusula compromissória fica condicionada à iniciativa do aderente; e a segunda, que a cláusula apenas terá eficácia se o aderente tiver concordado expressamente com a sua estipulação, por meio de manifestação em documento escrito que se reporte ao contrato principal, ou por meio de destaque da cláusula no contrato (negrito), que ainda deve conter visto especial³⁰.

O que é necessário frisar é que, conforme o fez Carlos Alberto Carmona, os direitos envolvendo relações de consumo podem adquirir o caráter da disponibilidade, mesmo que não de forma absoluta, como em outras áreas do Direito, pois “ninguém parece duvidar que podem as partes, diante de litígio que diga respeito a fornecimento de bens e serviços, transigir, desistir,

29 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106/108. Carmona descreve o processo legislativo pelo qual passou o referido dispositivo até sua redação final, aduzindo que, no Senado Federal, a redação original do art. 4º, § 2º, era a seguinte: “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”. Entretanto, ao tramitar pela Câmara dos Deputados, ao anteprojeto foi adicionada uma subemenda ao § 2º (dando a este sua configuração atual) que, contudo, não teve o mesmo cuidado dispensado pelos autores do anteprojeto, que buscavam evitar, justamente, os abusos na utilização da cláusula compromissória nos contratos de adesão. Segundo Carmona: “A subemenda da Câmara, portanto, não teve o mérito de aumentar a proteção do oblato, e acabou, pela atecnia, causando amplo malefício, mitigado pelo fato de não ter sido revogado o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor”. Com a redação inicialmente aprovada no Senado Federal, o dispositivo do CDC deixaria de ter grande relevância prática, visto que a arbitragem somente seria instituída se o aderente quisesse. Já com a redação final do dispositivo, a salvaguarda do CDC tornou-se necessária.

30 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106.

renunciar aos respectivos direitos, o que demonstra, de modo claro, não estar excluída a possibilidade da solução arbitral”³¹. Mesmo que a interpretação do art. 4º, § 2º, da LBA não seja pacífica na doutrina brasileira, a conclusão é a de que, conforme corretamente aduziu o autor em comento, as relações jurídicas de que trata o CDC, indubitavelmente, podem ensejar instauração de juízo arbitral. Talvez a forma de instauração da arbitragem consumerista ainda necessite de análise mais detida, mas o fato de a lei consumerista estabelecer princípios de incidência obrigatória não significa a recusa na utilização da arbitragem como forma de resolução destas controvérsias. Isso porque,

nada impedirá, por exemplo, que um contrato de prestação de serviços seja objeto de decisão arbitral no que toca ao seu cumprimento, validade, aplicação de multa, interpretação da extensão das obrigações assumidas pelos contratantes, entre tantos outros temas pertinentes ao campo das obrigações.³²

Logo, o fato de se estar no âmbito das relações de consumo não é motivo para o afastamento, de plano, da arbitragem, pois, mesmo que se tenha descartado, *a priori*, a eficácia da cláusula compromissória nos contratos de adesão, isso não significa que não se poderá utilizar da arbitragem por meio do compromisso arbitral, mesmo nesta seara.

1.3 EXISTIRIA UMA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO QUE TANGE À ARBITRABILIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO?

As relações jurídicas ditas de consumo, abarcadas pelo CDC, como visto *supra*, podem ensejar a instauração da arbitragem. O que este terceiro tópico desta Parte I buscará afastar são os argumentos contrários à arbitrabilidade das relações de consumo a partir de uma leitura isolada e mal interpretada do art. 51, VII, do CDC, ao se chegar à falsa impressão que este elimina a arbitragem de consumo, por tachar de abusivas as cláusulas que determinem a utilização compulsória da arbitragem. Ademais, buscar-se-á compreender se existiria uma incompatibilidade entre a LBA e mencionado dispositivo do CDC no que tange à arbitrabilidade das relações de consumo.

31 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo... op. cit., p. 53. Nesse sentido, segundo o entendimento de Eduardo Damião Gonçalves, foi acertada a escolha do legislador arbitral brasileiro ao assegurar ao consumidor as proteções constantes do art. 4º, § 2º, da LBA, pois, se de um lado, reconheceu o caráter patrimonial disponível das transações feitas pelo consumidor; por outro lado, a natureza das relações de consumo confere certo componente de indisponibilidade aos direitos, em razão da fragilidade do consumidor na relação contratual e do caráter adesivo da contratação. Tendo em vista que os consumidores apenas aderem às cláusulas estipuladas pelos fornecedores, isso demandava uma garantia extra de que não iria ser subvertido um dos fundamentos da arbitragem, qual seja, a liberdade das partes em optarem ou não por esse modo de resolução de litígios. Com a opção do legislador em sujeitar a arbitragem à iniciativa do consumidor ou à sua concordância, caso o fornecedor pretenda iniciá-la, o acesso à arbitragem resta garantido e, ao mesmo tempo, o princípio de proteção ao consumidor resta assegurado. GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade Objetiva. Tese de Doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 202.

32 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo... op. cit., p. 52.

Diversas opiniões têm surgido na matéria, como aquelas que aludem, por exemplo, ter a LBA revogado o art. 51, VII, do CDC, por sua incompatibilidade ao regular matéria semelhante³³, ou as que veem na sociedade pós-moderna atual uma complexidade jurídica tão grande que possibilitaria que ambas as normas, mesmo que aparentemente incompatíveis, coexistissem.

Do exposto até o momento, vê-se que existe uma aparente incongruência entre a proibição do art. 51, VII, do CDC e a permissão, constante no § 2º do art. 4º da LBA, no tocante à arbitragem de consumo no Brasil. É por isso que, a partir de agora, nos ocuparemos de verificar se houve, ou não, uma revogação do primeiro dispositivo pelo segundo e, em caso negativo, em como poderia se obter uma conciliação entre a existência de ambos dispositivos legais em nosso ordenamento jurídico.

A primeira corrente que trata do assunto em debate, ainda minoritária na doutrina brasileira, expressa, sobretudo, no pensamento de Selma Ferreira Lemes e João Bosco Lee, diz que o art. 4º, § 2º, da LBA revogou o art. 51, VII, do CDC. Essa corrente baseia-se em regra clássica de hermenêutica, insculpida no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), Lei nº 4.657/1942, segundo a qual a lei posterior revoga a anterior naquilo em que forem incompatíveis (*lex posterior derogat priori*)³⁴.

Nesse sentido, o art. 51, VII, do CDC está revogado, visto ser consolidado o entendimento de que uma “lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação”. A LBA disciplinou a matéria da arbitragem nos contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, derrogando, logo, o CDC no assunto, tendo em vista que o legislador não impediu a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão mediante cláusula compromissória, ele apenas condicionou a sua eficácia à manifestação efetiva de vontade do aderente, protegendo-o na qualidade de hipossuficiente³⁵.

33 Posição esta adotada por Selma Lemes: [...] “com a devida vênia e no que pesem opiniões divergentes, não vemos como afirmar que o art. 51, inciso VII, do CDC, não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação” (LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo no Direito brasileiro e comparado. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. F.; MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 126).

34 O art. 2º da LINDB reza: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Segundo a Ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi, na primeira hipótese do citado § 1º do art. 2º da LINDB, a LBA deveria ter expressamente revogado o art. 51, VII, do CDC, o que não ocorreu. Na segunda, a da revogação tácita, duas outras opções se abrem: ou a lei nova regula inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, ou a norma anterior é incompatível com a lei nova. Portanto, segundo ela, para saber se houve ou não revogação tácita, é preciso verificar se há incompatibilidade ou não entre o dispositivo do CDC e o da LBA. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13/21, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

35 LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo... op. cit., p. 126/129. Também foi este o pensamento apresentado por João Bosco Lee: “Finalmente, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307 admite a arbitralidade dos contratos de adesão, desde que certas exigências de forma sejam respeitadas. Todavia, certos autores continuam a recusar a validade da cláusula compromissória inserida nos contratos de consumo,

Independentemente da correção de parte da argumentação delineada por essa primeira corrente, não há como compartilhar da ideia esposada pelos autores supramencionados de que estaria revogado o art. 51, VII, do CDC, até mesmo porque não se pode dizer aquilo que a lei não o diz, e, em momento algum, a LBA menciona expressamente essa revogação. Lembrando que o projeto de LBA aprovado pelo Senado (PL 78/1992 SF) dispunha expressamente, em seu art. 44, III, que o art. 51, VII, do CDC encontrava-se revogado e que, ao ser encaminhado à Câmara dos Deputados, esta revogação expressa foi suprimida, ficando apenas sob a responsabilidade do intérprete e aplicador do direito a tarefa de resolver a aparente antinomia entre as normas, para verificar se houve ou não a revogação tácita do dispositivo do CDC, à luz do art. 2º, § 1º, da LINDB.

A segunda corrente que trata do assunto, defendida por grande parte da doutrina arbitral brasileira, funda-se no entendimento de que não há incompatibilidade entre o art. 51, VII, do CDC e o art. 4º, § 2º, da LBA, visto que, enquanto o CDC proíbe a imposição da arbitragem compulsoriamente, o art. 4º, § 2º, da LBA traz apenas requisitos que permitem a exteriorização da vontade do consumidor em adotar a arbitragem³⁶. Essa corrente baseia-se na regra da especialidade das normas, contida no art. 2º, § 2º, da LINDB, segundo a qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Se *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*, a LBA não derogou o CDC, visto ser lei geral e posterior, tendo eficácia para os contratos de adesão em geral, mas não para os contratos de adesão de consumo³⁷.

Os autores desta segunda corrente afirmam que não há incompatibilidade entre os dispositivos e, por isso, não estaria presente a revogação tácita do art. 51, VII, do CDC, pois a incompatibilidade entre as normas é apenas aparente, visto que, ao se aplicar o princípio da especialidade das normas (art. 2º,

baseados no art. 51, VII, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Eles sustentam que o Congresso nacional suprimiu a passagem que eliminava esta interdição e que a lei de arbitragem não revogou as restrições do Código do Consumidor. O Congresso nacional levantou efetivamente a revogação expressa desse texto, mas a nova lei brasileira contém uma regra geral que determina que todas as disposições contrárias a essa lei estão revogadas. Ora, o contrato de consumo é um contrato de adesão. Assim, as disposições que proíbem a inserção de uma cláusula arbitral nos contratos de consumo são revogadas, e sua arbitralidade deve ser admitida” (LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 69/70).

36 Entre os autores defensores dessa segunda corrente estão: Carlos Alberto Carmona, Fátima Nancy Andrighi, Joel Dias Figueira Júnior, Arnoldo Wald, Pedro Batista Martins, Eduardo Arruda Alvim, Antônio Junqueira de Azevedo e Eduardo Damiano Gonçalves.

37 LEMES, Selma M. F. A arbitragem em relações de consumo no Direito brasileiro e comparado. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma M. F.; MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 129/131. Para a autora, tendo em vista que a LBA conferiu igual eficácia às duas formas da convenção de arbitragem (cláusula e compromisso) e que regulou a matéria da arbitragem em relação a todos os contratos de adesão, sem estipular a matéria de fundo avençada, estaria errada a corrente que veda a eficácia da cláusula compromissória, sendo possível a instituição da arbitragem, em relações de consumo advindas de contrato de adesão, apenas por meio do compromisso arbitral. Diz ela que a errônea conclusão a que se chega é a de que a cláusula compromissória teria eficácia para os contratos de adesão em geral, mas não para os contratos de adesão em relações de consumo.

§ 2º, da LINDB), entende-se que a LBA tratou apenas dos contratos de adesão genéricos, conservando-se o regramento do CDC, portanto, quando o contrato, mesmo que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor.

Compactua desse entendimento a Ministra Fátima Nancy Andrichi, do STJ, dizendo que a vedação do art. 51, VII, do CDC não impede que o consumidor busque a resolução de seus litígios por meio da via arbitral, quando o litígio já existir, ou seja, por meio de compromisso arbitral:

O legislador consumerista, inspirado pelo princípio de proteção ao hipossuficiente, reputou prejudicial ao consumidor a pactuação, em contrato, de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no momento da contratação, faltam informações suficientes ao consumidor para que possa optar, livremente e de forma consciente, pela adoção do procedimento arbitral como meio de solucionar futuro conflito de consumo. Proibiu-se, com isso, a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato. No entanto, é possível que, posteriormente, quando já configurado o conflito, havendo consenso entre o consumidor e o fornecedor, seja instaurado o procedimento arbitral. Assim, constata-se que não há óbice legal à implementação da arbitragem nos conflitos de consumo.³⁸

Nesse sentido, está o precedente do STJ, de novembro de 2012, que afrontou, de forma pioneira neste Tribunal, a questão da compatibilidade entre dispositivos do CDC e da LBA antes examinada.

O Recurso Especial nº 1169841, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (“TJRJ”), foi interposto por CZ6 Empreendimentos Comerciais Ltda. e outros contra Davidson Roberto de Faria Meira Júnior, tendo como base ação proposta pelo último, objetivando revisar e anular certas cláusulas de um contrato de compra e venda de imóvel. Em sua contestação, as ora recorrentes suscitaram a preliminar de extinção da ação sem julgamento do mérito, tendo em vista a existência de uma cláusula arbitral.

A preliminar de existência de cláusula compromissória não foi acolhida pelo juiz de primeiro grau, sendo tal decisão confirmada, em agravo de instrumento, pelo TJRJ, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, motivo pelo qual foi interposto o recurso especial que ora se comenta³⁹.

38 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13/21, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2013.

39 O REsp 1169841 do STJ possui a seguinte ementa: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR – CONTRATO DE ADESÃO – CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – LIMITES E EXCEÇÕES – ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – CABIMENTO – LIMITES – 1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996. 2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede

No voto da Relatora do caso, Ministra Fátima Nancy Andriighi, foi adotado posicionamento já exposto em escritos doutrinários seus, no sentido de que conviveriam em harmonia, no ordenamento jurídico brasileiro, três regimentos distintos, com graus de especificidade diversos, *in verbis*:

(i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) a regra específica, aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, incidente sobre contratos sujeitos ao CDC, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade da cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996.⁴⁰

Com base nesse julgado, nota-se que a Ministra do STJ possui grande clareza no que tange à doutrina arbitral ao afirmar que a LBA dispõe que a pactuação, tanto do compromisso quanto da cláusula arbitral, constitui hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, obrigando a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal (art. 267, VII, do Código de Processo Civil brasileiro). Esta, para ela, seria a regra geral, que pode ceder espaço face às peculiaridades de cada caso.

A hipótese em comento trata de uma relação de consumo corporificada por meio de um contrato de adesão, tendo em vista que o contrato de compra e venda de imóvel, com fins de moradia, é contrato de consumo. E também não há dúvidas de que se trata de contrato de adesão, pois, conforme alegado pelas próprias recorrentes, empresas fornecedoras, estas tiveram a cautela de inserir a cláusula compromissória com as exigências contidas no art. 4º, § 2º, da LBA.

Entretanto, tendo constatado que a hipótese dos autos diz respeito a contrato de adesão, envolvendo relação de consumo, afirma a Relatora que não se pode ignorar os ditames do CDC, sobretudo aquele constante do art. 51, VII. O que se deve averiguar é se, à luz do art. 4º, § 2º, da LBA, houve a revogação do mencionado dispositivo do CDC, ou não, buscando, no art. 2º, § 1º, da LINDB, se haveria incompatibilidade entre os referidos dispositivos:

Assim, da confrontação dos arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996, constata-se que a incompatibilidade entre os dispositivos legais é apenas aparente, não resistindo à aplicação do princípio da especialidade das normas, a partir do qual, sem grande esforço, se conclui que o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/1996 versou apenas acerca de contratos de adesão *genéricos*, subsistindo, portanto, a

que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/1997 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (REsp 1169841/RJ, 3ª Turma, Relª Min. Nancy Andriighi, J. 06.11.2012, DJe 14.11.2012).

40 Vide página 9 do acórdão em comento. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902393990&dt_publicacao=14/11/2012>. Acesso em: 31 out. 2013.

aplicação do art. 51, VII, do CDC, às hipóteses em que o contrato, mesmo que de adesão, regule uma relação de consumo.⁴¹

Para a Ministra Fátima Nancy Andriighi, levando-se em conta o princípio da especialidade das normas, vê-se que os dispositivos em comento não estão em conflito, visto que a regulação genérica da LBA não tem o condão de ingressar no campo de aplicação específico do CDC. Entretanto, importantes foram as ressalvas feitas, no sentido de que não está impedida a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo no Brasil. O CDC veda apenas a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de litígio já existente, e havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja eleito o procedimento arbitral.

Isto porque, no momento da conclusão do contrato, o consumidor não possui as informações necessárias para optar, de forma livre (“fazer uma escolha informada”), pela adoção da arbitragem, por lhe faltarem os conhecimentos técnicos para avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura sujeição ao procedimento arbitral, sendo necessária, logo, a intervenção do legislador, que, ao proteger o hipossuficiente, reputou prejudicial justamente a prévia imposição da cláusula compromissória.

Portanto, segundo o STJ, não haveria conflito entre as regras dos arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da LBA, pois, havendo contrato de adesão que regule uma relação de consumo, deve-se aplicar a regra específica do CDC, inclusive nos contratos de compra e venda de imóvel. Ademais, o ajuizamento da ação judicial pelo consumidor evidencia a sua discordância em se submeter ao procedimento arbitral, não podendo, pelos termos do CDC, prevalecer a cláusula que impõe, compulsoriamente, a utilização da arbitragem pelo consumidor.

Como se percebe pela exposição da recente decisão proferida pelo STJ, a Ministra Fátima Nancy Andriighi optou, com o que concordaram os demais Ministros daquele Tribunal, por filiar-se à segunda corrente de pensamento doutrinário, antes exposta, no tocante ao eventual conflito entre as normas do CDC e da LBA, e que é defendida por grande parte da doutrina arbitral brasileira. Sendo assim, não haveria incompatibilidade entre os dispositivos e, por isso, não estaria presente a revogação tácita do art. 51, VII, do CDC, porque a incompatibilidade entre as normas é apenas aparente, visto que, ao se aplicar o princípio da especialidade, entende-se que a LBA tratou apenas dos contratos de adesão genéricos, conservando-se o regramento do CDC quando o contrato, mesmo que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor. Nesse sentido, vedada estaria a utilização da cláusula compromissória para regular um contrato de consumo, seja ele de adesão ou não, mas restaria aberta a porta da arbitragem, por meio da utilização do compromisso arbitral.

41 Vide página 9 do acórdão em comento.

Depois de se analisar os principais posicionamentos existentes na doutrina brasileira sobre o assunto, pode-se concluir que a visão da primeira corrente doutrinária apresentada, no sentido de que houve a revogação tácita do art. 51, VII, do CDC, a teor do art. 2º, § 1º, da LINDB, não deve prosperar. Isto porque, para que tal revogação tivesse ocorrido, mandatório se faria, ao menos, a existência de uma incompatibilidade entre os dispositivos, visto que a vontade expressa do legislador foi em sentido contrário. E, como tal incompatibilidade não existe, ambos dispositivos devem permanecer plenamente vigentes e atuantes no ordenamento pátrio⁴².

Dessa forma, nos parece clara a questão em tela ao se buscar nas raízes de ambas as legislações a explicação para os seus dispositivos. O CDC foi criado justamente para proteger o consumidor, parte potencialmente mais fraca e vulnerável na relação negocial, parte que necessita de uma tutela especial do Estado para que se coloque em posição de igualdade com o fornecedor e para que possa, dessa forma, defender em juízo seus interesses de forma equânime. Sem essa especial proteção, o equilíbrio das relações de consumo acabaria danificado. A LBA, por outro lado, não visa à proteção de um determinado sujeito de direito, mas, sim, a uma tutela jurisdicional mais efetiva (que, antes, era monopólio do Estado), tutela esta demandada pela sociedade pós-moderna e globalizada. Assim, pode-se dizer que a LBA visa a promover as relações negociais travadas como um todo na sociedade, ao facilitar a busca da efetivação dos direitos, por meio de um procedimento mais rápido, especializado e, na maioria das vezes, mais eficaz. Consequentemente, não haveria razão para que a LBA fosse afastada quando presente uma relação jurídica de consumo, desde que fosse garantida a proteção almejada pelo ordenamento jurídico, quando da edição do CDC.

PARTE II – A ARBITRABILIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO DIREITO COMPARADO E O FUTURO DO DEBATE DOUTRINÁRIO A RESPEITO DA ARBITRABILIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL

2.1 A ARBITRABILIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO DIREITO COMPARADO

O principal critério para a aferição da arbitrabilidade dos litígios, tanto no Brasil como em grande parte dos países, como já visto, é a sua disponibilidade. Tanto isso é verdade que alguns países definiram a arbitrabilidade dos

42 É por isso que não é apenas na especialidade das normas que podemos resolver a questão, visto que, segundo os ensinamentos de Cláudia Lima Marques e Paulo R. Roque A. Khouri, o CDC possui, indubitavelmente, uma natureza de regra especial (sob o ponto de vista subjetivo – é apenas aplicável às relações jurídicas em que o consumidor está presente), mas possui também uma natureza de norma geral (sob o ponto de vista material), visto que não se limitou a nenhum tipo contratual específico. Já com a LBA ocorre exatamente o inverso, visto que ela é especial sob o ponto de vista material, ao regular apenas a convenção arbitral, mas é geral sob o ponto de vista subjetivo, visto que não estabelece qual tipo de relação jurídica e quais os sujeitos a quem se destina. KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 31.

litígios apenas por meio deste critério, como ocorre com o Direito espanhol, no art. 2º, alínea 1, de sua Lei de Arbitragem (Lei nº 60/2003)⁴³, ou com o Direito francês, no art. 2.059 do CCF, que tem a seguinte redação: “Todas as pessoas podem comprometer sobre os direitos de que possuem a livre disposição”⁴⁴. Ademais, conforme já aludido anteriormente, é também no Direito francês que se encontra, no art. 2.060 do CCF, o tortuoso critério da ordem pública como barreira à arbitrabilidade dos litígios, mesmo que a utilização desta noção tenha sido criticada pela doutrina e abandonada pela jurisprudência francesa.

Outras legislações, como a legislação italiana, no art. 806 do Código de Processo Civil daquele país, com a redação dada pelo Decreto Legislativo nº 40/2006, preferiram usar de uma fórmula a *contrario sensu*, alegando que são arbitráveis as matérias que não digam respeito a direitos indisponíveis, nesse sentido: “As partes podem levar à decisão dos árbitros as controvérsias que não tenham como objeto direitos indisponíveis [...]”⁴⁵. Vale a pena mencionar que o Direito italiano, assim como o brasileiro, abandonou a noção de transação, antes constante de sua legislação, substituindo-a pela de disponibilidade, para definir quais são os direitos arbitráveis⁴⁶.

No que tange, especificamente, à questão da arbitrabilidade do direito do consumidor, nota-se que o posicionamento da Corte de Cassação francesa, desde o caso *Prunier*, de 1843, era no sentido de privar de efeito a cláusula compromissória inserida em contrato em que presente uma parte hipossuficiente, dita fraca (*partie faible*), pelo Direito francês. Essa tendência foi garantida pela redação antiga do art. 2.061 do CCF, que invalidava a cláusula compromissória inserida em contratos de adesão⁴⁷. Mesmo atualmente, com a nova redação do referido dispositivo, a proteção da parte fraca, seja ela o consumidor, o empregado ou o segurado, na França, restou assegurada. Nesse sentido, a presente redação do art. 2.061 do CCF é a seguinte: “Sem prejuízo das disposições legislativas específicas, a cláusula compromissória é válida em contratos concluídos em razão de uma atividade profissional”⁴⁸.

43 Reza o mencionado dispositivo da legislação espanhola: “Art. 2º *Materias objeto de arbitraje*. 1. *Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”.

44 No original em francês a redação do dispositivo é a seguinte: “*Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*” (Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=2013116>>. Acesso em: 6 nov. 2013).

45 No original em italiano, o dispositivo tem a seguinte redação: “*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge [...]*” (Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=33753>>. Acesso em: 6 nov. 2013).

46 Antes da reforma de 2006, o Direito italiano entendia que eram inarbitráveis os direitos que não podiam ser objeto de transação, no original em italiano, o texto antigo do art. 806 do CPC italiano possuía a seguinte redação: “Art. 806. (*Compromesso*) – *Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte, tranne quelle previste negli articoli 409 e 442, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione*”.

47 A redação anterior do art. 2.061 do Código Civil francês, no original em francês, era a seguinte: “*La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi*”.

48 No original em francês, o dispositivo possui a seguinte redação: “*Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité*

Segundo Eduardo Damião Gonçalves, este dispositivo veio confirmar a tendência de se considerar nula uma cláusula arbitral presente em uma relação de consumo, na França, tendo em vista a fragilidade de uma das partes. No artigo em comento, a expressão “atividade profissional” deve ser aplicada às duas partes da relação contratual, ou seja, a cláusula compromissória é válida desde que presentes dois empresários, dois comerciantes, enfim, duas partes ditas “iguais”, onde exista um equilíbrio de forças entre os contratantes⁴⁹.

Entretanto, quando em arbitragens internacionais se confronta com a presença de partes vulneráveis, ou fracas, como o prefere o Direito francês, surgem alguns conflitos, ao levar-se em consideração, sobretudo, as suas características (deslocalização, tratamento jurídico mais favorável, liberdade em relação às limitações impostas pelos direitos estatais, etc.). Nesse sentido, mesmo estando-se em âmbito internacional, podem se encontrar precedentes da Corte de Cassação francesa em que se primou pela efetividade e pela segurança da cláusula compromissória, apesar de presente a figura do consumidor. Ou seja, a presença de normas imperativas, como as normas consumeristas, e mesmo estando em jogo a noção da ordem pública, não impediu a resolução do litígio internacional pela arbitragem.

Esta concepção pode ser verificada no caso da Corte de Cassação francesa (“Corte”), de 1997, conhecido como *Jaguar France*, no qual, apesar de estar-se face a uma cláusula compromissória inserida em um contrato de consumo internacional para a compra e venda de um veículo da marca Jaguar, realizado entre um consumidor francês e um fornecedor britânico, a Corte, mantendo a decisão da Corte de Apelação de Paris, decidiu que a cláusula arbitral era válida, tendo em vista o princípio da independência da cláusula compromissória, em matéria internacional, e o fato de se estar em uma arbitragem internacional, em que presentes os interesses do comércio internacional; independentemente da eventual aplicação de regras imperativas do direito interno francês, ou mesmo de regras relativas à ordem pública internacional, tendo em vista que caberá apenas ao árbitro, sob o controle posterior do juiz de anulação da sentença arbitral, verificar a sua eventual aplicação, bem como decidir a respeito de sua própria competência, sobretudo no que tange à arbitrabilidade dos litígios⁵⁰.

professionnelle”. Nova redação dada pela Lei nº 2001-420, de maio de 2001, relativa às Novas Regulações Econômicas na França.

49 GONÇALVES, Eduardo Damião. Arbitrabilidade Objetiva. Tese de Doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. p. 200. Também este é o entendimento de Christophe Seraglini, para quem a condição de “atividade profissional” disposta na nova redação dada ao art. 2.061 do Código Civil francês é bilateral, preservando-se, assim, a pessoa que não se enquadra neste âmbito, sobretudo o consumidor. SERAGLINI, Christophe. Les parties faibles face à l'arbitrage international: à la recherche de l'équilibre. *Gazette du Palais*, n. 349, p. 5, 15 décembre 2007.

50 Não se pode esquecer que o critério que define uma arbitragem, como internacional, na França, é aquele constante do art. 1.504 do Código de Processo Civil daquele país, a saber: “*Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”. Nesse sentido está o dispositivo da sentença do caso, no original em francês: “*Mais attendu que la cour d'appel a retenu que le contrat litigieux, par lequel M. Jean-François X... avait commandé une automobile au constructeur étranger, aux termes d'une convention, signée par lui, comportant une clause d'arbitrage à Londres, clairement et lisiblement stipulée, réalisait*

A mesma concepção foi retomada pela Corte de Cassação francesa anos mais tarde, em 2004, no caso *Rado*, no qual, utilizando-se da mesma argumentação antes delineada, a Corte manteve a validade de uma cláusula compromissória, em um contrato de abertura de contas e de transferência de fundos entre a França e os Estados Unidos. Nesse caso, a Sra. Rado, de nacionalidade francesa, concluiu um contrato de abertura de conta com uma sociedade norte-americana e fez uma transferência, em dólares, para outra conta, situada em uma agência em Nova Iorque, mas pertencente a esta mesma sociedade (dando-lhe mandato para gerir seus fundos). Tempos depois, a consumidora foi surpreendida quando, sem a sua permissão, a sociedade norte-americana transferiu seus fundos para outra sociedade, que os investiu no mercado de risco, fazendo com que o valor constante na conta da Sra. Rado se transformasse em negativo.

Com a intenção de anular a abertura da conta junto à sociedade norte-americana, a Sra. Rado entrou com uma ação judicial na França, na qual a sociedade ré se defendeu invocando a existência de uma cláusula compromissória, que previa um procedimento arbitral nos Estados Unidos. A Sra. Rado, contestando a competência arbitral, alegou que a cláusula arbitral era nula e que o litígio era, portanto, inarbitrável. Mesmo assim, a demanda foi levada à arbitragem, fazendo com que a Sra. Rado propusesse, então, uma ação anulatória da sentença arbitral. A Corte de Cassação francesa, por sua vez, resolveu manter a decisão recebida em apelo (Corte de Apelação de Paris), no sentido de considerar válida a cláusula compromissória inserida no contrato de abertura de conta, tendo em vista o caráter internacional da operação econômica, mesmo que uma das partes fosse considerada consumidora⁵¹.

Entretanto, com a implementação da Diretiva Europeia em Matéria de Cláusulas Abusivas (Diretiva nº 93/13/CEE de 1993 – doravante “diretiva”) e a tendência mundial de se considerar o consumidor a parte vulnerável da relação contratual, o panorama jurisprudencial na Europa acabará por sofrer consequências, dificultando o reconhecimento da validade de uma cláusula compromissória, quando presente um consumidor na relação contratual. Aparentemente, as decisões da Corte de Cassação francesa, antes analisadas, foram demasiadamente liberais, sobretudo ao se pensar no contexto europeu atual,

un transfert de bien et de fonds entre la France et le Royaume-Uni; qu'ayant ainsi retenu que ce contrat mettait en cause des intérêts du commerce international, peu important, dans les circonstances relevées par les juges, que l'achat fût destiné à l'usage personnel de M. Jean-François X..., la cour d'appel en a exactement déduit que la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en oeuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation, pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige” (Cass, 95-11429, 1re civ, 21 maio 1997. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007331541&fastReqId=1848013345&fastPos=8>>. Acesso em: 4 nov. 2013).

51 Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046946&fastReqId=706651539&fastPos=2>>. Acesso em: 4 nov. 2013. Notas sobre o caso constantes em: SERAGLINI, Christophe. Les parties faibles face à l'arbitrage international: à la recherche de l'équilibre. *Gazette du Palais*, n. 349, p. 5, 15 décembre 2007.

tendo em vista que primaram pela efetividade da arbitragem, mesmo na presença de um consumidor, a parte fraca da relação contratual.

Nesse sentido, ao se olhar para o atual cenário jurídico da União Europeia, verifica-se que a arbitragem em matéria de consumo não é proibida, sendo apenas balizada por regras de proteção ao consumidor, sobretudo aquelas constantes da diretiva, que contém regras mínimas de proteção, a fim de que se atinja a harmonização dos padrões de proteção em nível europeu. Nesta diretiva, consideram-se ineficazes as cláusulas abusivas inseridas nos contratos de consumo, indicando-se, em seu anexo, como um dos exemplos destas cláusulas, aquela que obriga o consumidor a submeter-se exclusivamente à arbitragem (arts. 6º e 7º e n. 1, alínea q, do anexo à diretiva)⁵².

Segundo o entendimento que se tem aplicado na Europa, como se verá a seguir pela análise dos casos *Mostaza Claro* e *Asturcom*, advindos do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), nem sempre se reconhece a validade de uma cláusula arbitral inserida em um contrato de consumo, aproximando tal entendimento daquele esposado na recente decisão do STJ, antes analisada. Verificar-se-á que o TJUE acabou por firmar o entendimento de que os juízes nacionais europeus têm o dever de atuar ativamente, com vistas a assegurar uma proteção adequada e suficiente aos direitos dos consumidores em ambiente europeu.

O primeiro caso, de outubro de 2006, conhecido como *Mostaza Claro*, diz respeito a um consumidor que omite a alegação de abusividade de uma cláusula compromissória durante todo o procedimento arbitral, trazendo a questão apenas quando do juízo de nulidade da sentença arbitral⁵³.

O caso é relativo a um contrato de prestação de serviços telefônicos firmado entre a consumidora Elisa María Mostaza Claro (“*Mostaza Claro*”) e a empresa de telecomunicações *Centro Móvil Milenium SL* (“*Móvil*”). O contrato continha uma cláusula arbitral submetendo os eventuais litígios à *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* – “*AEADE*”. Não tendo a consumidora respeitado o prazo mínimo de assinatura previsto no contrato, a Mó-

52 Os dispositivos em comento possuem a seguinte redação: Art. 6º – 1: “Os Estados-membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”. Art. 7º – 1: “Os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional”. Anexo – Cláusulas que têm como objetivo ou como efeito: “(q) suprimir ou entravar a possibilidade de intentar ações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ônus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante” (Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:PT:HTML>>. Acesso em: 1º nov. 2013).

53 O caso também está disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005CJ0168:PT:PDF>>. Acesso em: 1º nov. 2013.

vil iniciou um procedimento arbitral contra Mostaza Claro, que prontamente apresentou sua defesa no procedimento, sem, contudo, contestar o recurso à arbitragem como forma de resolução dos litígios e sem mencionar a eventual nulidade da cláusula compromissória.

Tendo recebido sentença arbitral desfavorável, Mostaza Claro impugnou o laudo na *Audiencia Provincial de Madrid* (Espanha), órgão responsável pelo pedido de anulação da sentença. O juízo de anulação considerou que haveria abusividade na convenção arbitral (e que esta seria, portanto, nula); mas, tendo em vista a ausência de alegação desta abusividade por parte de Mostaza Claro, durante todo o procedimento arbitral, o órgão jurisdicional espanhol, buscando interpretar o direito nacional de acordo com a diretiva europeia, decidiu suspender a ação e submetê-la ao TJUE, por meio da seguinte questão prejudicial:

A proteção dos consumidores assegurada pela Diretiva nº 93/13/CEE [...] pode implicar que, em sede de recurso de decisão arbitral, o tribunal aprecie a nulidade da convenção arbitral e revogue a decisão por considerar que essa convenção contém uma cláusula abusiva em prejuízo do consumidor, quando esta questão é suscitada pelo consumidor no recurso, não o tendo sido no processo arbitral?

A argumentação do acórdão do TJUE baseou-se, sobretudo, nos princípios da equivalência (a eficácia dada aos direitos comunitários deve ser igual à conferida àquelas situações análogas de natureza interna), da efetividade (os Estados-membros da União Europeia não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária), bem como no da intervenção ativa dos juízes nacionais (os juízes nacionais têm o dever de agir ativamente, a fim de assegurar a proteção adequada aos direitos dos consumidores, uma intervenção positiva para substituir o equilíbrio formal entre partes desiguais por um equilíbrio real, suscetível de reestabelecer a igualdade entre as partes). Ademais, o TJUE menciona que a Lei de Arbitragem espanhola (Lei nº 60/2003) não exige que a alegação de nulidade da convenção arbitral deva ser obrigatoriamente feita no momento da apresentação, pelas partes, de seus pedidos iniciais.

Nestas condições, e tendo em vista os objetivos perseguidos pela diretiva (sobretudo o de que as cláusulas abusivas não vinculem os consumidores), concluiu o TJUE que estes objetivos não poderiam ser atingidos se, “em sede de recurso de uma decisão arbitral, o tribunal estiver impedido de apreciar a nulidade dessa decisão, pela simples razão de o consumidor não ter invocado a nulidade da convenção de arbitragem no âmbito do processo arbitral”, profere a seguinte decisão:

A Diretiva nº 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretada no sentido de que implica que, em sede de recurso de anulação de uma decisão arbitral, o tribunal nacional aprecie a nulidade da convenção arbitral e revogue essa decisão por a referida convenção conter uma cláusula abusiva, mesmo que

o consumidor não tenha invocado essa nulidade no âmbito do processo arbitral mas apenas no do recurso de anulação.

Segundo o TJUE, a natureza e a importância do interesse público no qual se assenta a proteção que a diretiva garante aos consumidores justificaria que o juiz nacional aprecie oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual, compensando a omissão processual do consumidor, que poderia suscitar a invalidade da convenção arbitral, pela primeira vez, perante o juízo estadual do recurso, mesmo que ele não tenha invocado a abusividade durante o procedimento arbitral.

O segundo caso, de outubro de 2009, e que ficou conhecido como caso Asturcom, culminou na decisão do TJUE no sentido de que o juiz estatal é obrigado a apreciar, de ofício, o eventual caráter abusivo de uma cláusula arbitral inserida em um contrato de consumo, mesmo que a sentença arbitral já tenha transitado em julgado e esteja em fase de execução.

O caso, como a jurisprudência de Mostaza Claro, que o influenciou, diz respeito a um contrato de prestação de serviços telefônicos, firmado entre a empresa de telefonia móvel *Asturcom Telecomunicaciones SL* (“Asturcom”) e a consumidora Cristina Rodríguez Nogueira. O contrato também continha uma cláusula arbitral submetendo os eventuais litígios à *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* – “AEADE”, com sede em Bilbao, Espanha. Tendo em vista que a consumidora não pagou certas faturas da contratação e rescindiu o contrato antes do período mínimo de duração ajustado, a Asturcom iniciou o procedimento arbitral. Em abril de 2005, sobreveio a decisão arbitral condenando a consumidora ao pagamento de aproximadamente 700 (setecentos) euros. Não tendo havido recurso de anulação por parte da consumidora, que se manteve passiva no decurso dos processos relativos ao litígio, tornou-se definitiva a sentença arbitral, formando a coisa julgada.

Em outubro de 2007, a empresa Asturcom apresentou um pedido de execução da referida sentença perante o *Juzgado de Primera Instancia nº 4*, situado em Bilbao. Esse juízo considerou abusiva a cláusula constante do contrato de prestação de serviços telefônicos, segundo os termos da diretiva, tendo em vista os custos do procedimento arbitral e a distância da instância arbitral em relação ao domicílio da consumidora, ademais do fato de ser a própria AEADE quem elaborava os contratos-padrão utilizados pelas empresas de telecomunicação.

Conforme o órgão jurisdicional de Bilbao sublinha, a Lei de Arbitragem espanhola não permite aos árbitros suscitar oficiosamente a nulidade de cláusulas arbitrais abusivas, enquanto que a Lei nº 1/2000 (Legislação Processual Civil espanhola) não possui qualquer disposição relativa à apreciação do caráter abusivo das cláusulas arbitrais, de ofício, pelo juiz competente para a execução de sentença arbitral, que já se tornou definitiva. Foi por isso que o juiz de Bilbao vislumbrou a necessidade de se recorrer aos órgãos comunitários, por

meio de uma questão prejudicial, para esclarecer a interpretação e a aplicação do direito comunitário ao caso em espécie.

Conforme bem colocou Lauro Gama Jr., o objeto da questão prejudicial residiu na aparente incompatibilidade entre as regras processuais espanholas, sobretudo no tocante aos efeitos da coisa julgada e à execução judicial de sentenças arbitrais, de um lado, e, de outro lado, a proteção conferida pela diretiva aos consumidores, na Europa⁵⁴. A questão colocada foi no sentido de se perquirir se o juiz incumbido da execução de uma sentença arbitral (que já transitou em julgado) pode declarar nula uma cláusula compromissória inserida em um contrato de consumo, por ser abusiva, mesmo que tal abusividade não tenha sido, em momento prévio, alegada pelo consumidor no procedimento arbitral. Em outubro de 2009, o TJUE proferiu a seguinte decisão no caso:

A Diretiva nº 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretada no sentido de que *um órgão jurisdicional nacional chamado a conhecer de uma ação executiva de uma decisão arbitral transitada em julgado, proferida sem a comparência do consumidor, é obrigado, desde que disponha dos elementos jurídicos e de fato necessários para esse efeito, a apreciar oficiosamente o caráter abusivo da cláusula de arbitragem contida num contrato celebrado entre um profissional e um consumidor*, na medida em que, segundo as regras processuais nacionais, possa proceder a tal apreciação no quadro de recursos similares de direito interno. Se for esse o caso, incumbe a esse órgão jurisdicional extrair todas as consequências daí decorrentes segundo o direito nacional, a fim de se certificar de que o consumidor não é vinculado por essa cláusula. (grifo nosso)

Esta decisão do TJUE acabou trazendo uma nova dimensão à questão da interação entre o direito comunitário e a ordem doméstica dos Estados-membros na União Europeia, pois, ao se realizar uma ponderação entre os princípios da efetividade da arbitragem, ou mesmo do respeito à autoridade da coisa julgada e à proteção dispensada na Europa, por meio da diretiva, aos direitos do consumidor, o último acabou por prevalecer, tendo em vista que o art. 6º da diretiva possui caráter de norma imperativa, constituindo “uma medida indispensável para o cumprimento das missões confiadas à Comunidade Europeia e, em particular, para aumentar o nível e a qualidade de vida em todo o seu território”. Nesse sentido, art. 6º da diretiva deveria “ser considerado uma norma

54 GAMA JUNIOR, Lauro. Arbitragem em relações de consumo: custo menor para toda a sociedade. Comentários à decisão Asturcom Telecomunicaciones SL vs. Cristina Rodríguez Nogueira do Tribunal de Justiça da União Europeia e uma opinião sobre o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, p. 335, jan. 2011. A questão prejudicial que foi suscitada no caso foi a seguinte: “A proteção conferida aos consumidores pela [Diretiva nº 93/13] pode levar a que o tribunal que conheça de um pedido de execução de uma decisão [arbitral que se tornou definitiva], proferida sem a comparência do consumidor, conheça oficiosamente da nulidade da convenção arbitral e, conseqüentemente, anule a decisão arbitral por considerar que essa convenção contém uma cláusula arbitral abusiva em prejuízo do consumidor”.

equivalente às regras nacionais que ocupam, na ordem jurídica interna, o grau de normas de ordem pública”⁵⁵.

Nesse sentido, é indubitável que existe a necessidade de proteção do cidadão vulnerável, o consumidor, até para que se possa, conforme o próprio órgão europeu mencionou, “aumentar o nível e a qualidade de vida em todo o seu território”; entretanto, deve-se atentar que mesmo o consumidor pode ser sujeito perpetrante de abuso de direito. Isso porque tanto em *Mostaza Claro* quanto em *Asturcom* o consumidor deixou de alegar a eventual abusividade e, portanto, a invalidade da cláusula compromissória pactuada com os fornecedores, durante todo o procedimento arbitral. Ou seja, o procedimento arbitral já havia se encerrado e a sentença se aperfeiçoado. Se em *Mostaza Claro* esta invalidade foi referida na fase de impugnação da sentença, pior ainda o cenário constata-se do caso *Asturcom*, em que o laudo já se encontrava em fase de execução. Tendo-se em conta o respeito aos princípios da efetividade da arbitragem, da coisa julgada da sentença arbitral e da própria validade da arbitragem enquanto mecanismo célere de fornecimento da justiça, questiona-se se não seria um exagero

exigir que um órgão jurisdicional nacional não só compense uma omissão processual de um consumidor que ignora os seus direitos, como no processo que deu origem ao acórdão *Mostaza Claro*, mas também deva suprir integralmente a passividade total do consumidor em causa, que [...] não participou no processo arbitral, nem interpôs um recurso de anulação da decisão arbitral, a qual, por consequência, se tornou definitiva?⁵⁶

Mesmo que as decisões do TJUE possam ser consideradas excessivas, pode-se argumentar que elas poderiam ter um impacto positivo sobre o Direito francês da arbitragem, ou mesmo sobre outros direitos nacionais europeus, tendo em vista o princípio da primazia do direito comunitário sobre os ordenamentos nacionais⁵⁷. Nesse sentido, como bem sublinhou Christophe Seraglini, os casos do TJUE têm o mérito de fazer a jurisprudência francesa refletir sobre a extensão do controle que o juiz francês possui no que tange ao respeito das re-

55 Laura Gama Jr. bem sintetizou a importância do julgado de *Asturcom* para a jurisprudência europeia em matéria de arbitragem consumerista: “Ao interpretar a diretiva, o TJUE, reconheceu não apenas a competência do juízo espanhol para, em fase de execução da sentença arbitral, apreciar *ex officio* e declarar a nulidade de cláusula arbitral abusiva inserida em relação contratual de consumo. Mas também, e, sobretudo, o caráter imperativo das normas comunitárias de proteção ao consumidor, que, por sua natureza, podem transmutar em questão de ordem pública os litígios em que se acham envolvidas, prevalecendo de modo absoluto, mesmo ante o princípio da autoridade da coisa julgada que reveste a sentença arbitral definitiva” (grifo nosso) (GAMA JUNIOR, Lauro. Arbitragem em relações de consumo... op. cit., p. 334/336).

56 Trecho do acórdão do caso *Asturcom*, constante da obra de: GAMA JUNIOR, Lauro. Arbitragem em relações de consumo: custo menor para toda a sociedade. Comentários à decisão *Asturcom* Telecomunicaciones SL vs. Cristina Rodríguez Nogueira do Tribunal de Justiça da União Europeia e uma opinião sobre o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, p. 327 e ss., jan. 2011.

57 Segundo o princípio da primazia do direito comunitário, este tem um valor superior ao dos direitos nacionais dos Estados-membros da União Europeia, senso assim, os Estados-membros não podem aplicar uma regra nacional contrária ao direito da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114548_pt.htm>. Acesso em: 30 nov. 2013.

gras de ordem pública por uma sentença arbitral, sobretudo quando estas regras possuem fonte comunitária⁵⁸.

2.2 O ANTEPROJETO DE LEI DE 2013 QUE ALTERA A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM E O FUTURO DA ARBITRAGEM CONSUMERISTA NO BRASIL

Com o intuito de finalizar a questão tratada ao longo do presente trabalho, far-se-ão algumas breves notas a respeito do anteprojeto de Lei de Arbitragem e Mediação (“anteprojeto”), que altera a LBA, bem como a respeito do futuro da arbitragem consumerista no Brasil.

O anteprojeto de lei que altera a LBA, e que data de outubro de 2013, foi elaborado por uma comissão de advogados e professores⁵⁹, presidida pelo Ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, e manteve a estrutura e a substância da lei arbitral vigente. Sendo que,

embora no seu conteúdo básico a legislação vigente seja totalmente adequada, o decurso do tempo e as condições do mercado comprovam que mesmo um excelente diploma, como a Lei nº 9.307, pode ser complementado e aperfeiçoado diante de problemas e situações que eram imprevisíveis na época de sua elaboração.⁶⁰

O anteprojeto busca resolver algumas questões complexas da arbitragem no Brasil, que já vinham sendo aceitas pela jurisprudência pátria, mas que não se encontravam expressamente na LBA, como as referentes às arbitragens com a Administração Pública, os conflitos societários, a instituição da arbitragem nas relações de consumo e trabalhistas, a forma de interrupção da prescrição e os meios de interação do Poder Judiciário com o árbitro, na parte que trata das tutelas de urgência e da carta arbitral, por exemplo⁶¹.

Para o tema que interessa ao estudo que aqui se propõe, importa destacar as alterações feitas no art. 4º, § 2º, da LBA, que hoje possui a seguinte redação:

Art. 4º [...]

[...]

58 SERAGLINI, Christophe. Les parties faibles face à l'arbitrage international: à la recherche de l'équilibre. *Gazette du Palais*, n. 349, p. 5, 15 décembre 2007.

59 Além do Ministro Luis Felipe Salomão, compõem a comissão de reforma da Lei de Arbitragem o ex-senador Marco Maciel; o Ministro Walton Alencar Rodrigues, do Tribunal de Contas da União; a Ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal (STF) Ellen Gracie; e os Advogados José Antônio Fichtner, Caio César Rocha, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Rossi Nobre, Francisco Antunes Maciel Müssnich, Tatiana Lacerda Prazeres, Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Eleonora Coelho, Pedro Paulo Guerra Medeiros, Sílvia Rodrigues Pachikoski, Francisco Maia Neto, André Chateaubriand Martins, José Roberto Neves, Marcelo Henriques de Oliveira, Roberta Rangel, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e Adacir Reis. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111423>. Acesso em: 1º nov. 2013.

60 Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3303116/reforma-da-lei-da-arbitragem#ixzz2hndduTlp>>. Acesso em: 14 out. 2013.

61 Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-02/senado-recebe-anteprojeto-lei-arbitragem-nesta-quarta-feira>>. Acesso em: 1º nov. 2013.

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

Com a redação proposta pelo anteprojeto, o § 2º do art. 4º da LBA passaria a vigor da seguinte forma:

Art. 4º [...]

[...]

§ 2º Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

§ 3º *Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato 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.*

§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar, expressamente, com a sua instituição. (grifo nosso)

As alterações feitas pela comissão de juristas foram no sentido de aumentar as questões que são passíveis de serem solucionadas por arbitragem, ou seja, de flexibilizar a arbitrabilidade de algumas matérias antes consideradas sensíveis. Com o acréscimo do § 3º ao art. 4º da LBA, resta indubitável que as relações de consumo podem, sim, ser submetidas à arbitragem, seja por meio de cláusula compromissória, seja por meio de compromisso arbitral. Respeitando, nesse sentido, a igualdade do que a LBA chamou de convenção arbitral, tendo em vista que ambas as suas espécies (cláusula e compromisso arbitral) gerarão os mesmos efeitos, a saber, a instituição da arbitragem de consumo.

Note-se que, ademais, de forma acertada, o tratamento da arbitragem de consumo foi separado do tratamento dado aos contratos de adesão genéricos, tendo em vista que, como já referido no presente trabalho, apesar de serem majoritários, nem todos os contratos de adesão são, ao mesmo tempo, contratos de consumo e nem todos os contratos de consumo se utilizam desta técnica contratual, a adesão, para serem concluídos.

Nesse sentido, no que toca aos contratos de adesão, andou bem o legislador ao continuar requerendo o devido destaque à cláusula compromissória, seja por meio de documento apartado, seja por meio de destaque em negrito da cláusula no mesmo contrato, tendo em vista que, como é sabido, o aderente possui, como regra, menos informação e conhecimento quando comparado ao contratante que redigiu o contrato, tendo como opções aceitar o contrato como

um todo ou não aceita-lo (*"take it or leave it contract"*), pois não lhe é dado discutir o seu conteúdo.

Ou seja, o novo § 2º do art. 4º da LBA trata do regime genérico, relativo aos contratos de adesão, enquanto que o § 3º do mesmo artigo trata de regime específico, a saber, das relações de consumo entabuladas por meio de contrato de adesão. E, no que tange a estas últimas, note-se que a redação dada ao novo § 3º retomou o projeto original da LBA, descrito no presente trabalho, antes das alterações feitas pela Câmara dos Deputados, fazendo com que, como bem mencionado por Carlos Alberto Carmona, o dispositivo do art. 51, VII, do CDC deixasse de ter grande relevância prática, tendo em vista que a arbitragem somente seria instituída se o aderente assim o quisesse⁶².

Entretanto, apesar de acertadas as modificações propostas pelo anteprojeto, que visam a proteger o consumidor dos eventuais abusos na utilização da cláusula compromissória nos contratos de adesão de consumo, algumas reflexões a respeito do futuro da arbitragem de consumo no Brasil são necessárias.

Isso porque, conforme bem colocou Lauro Gama Jr., a arbitragem de consumo poderia trazer grandes vantagens para o cenário jurídico brasileiro, tendo em vista, sobretudo, a atual superlotação dos Juizados Especiais Cíveis, foro onde ainda é resolvida a grande maioria das causas consumeristas no Brasil, sendo que, no comércio dos bens e serviços dirigidos aos consumidores, "a arbitragem apresenta a vantagem de reduzir os custos de transação para ambas as partes, permitindo decisões mais rápidas, e gerando impacto positivo no mercado"⁶³. Ademais, levando-se em conta a experiência do direito comparado, sabe-se que a arbitragem de consumo é largamente utilizada nos EUA, no Canadá, na Argentina, no México e em muitos países da Europa, com destaque para a Espanha, ou seja, pode-se dizer que existe uma tendência internacional na utilização de mecanismos simplificados para a resolução de conflitos de consumo.

Todavia, mesmo estando expressamente presente na LBA, uma arbitragem de consumo necessitaria estar assentada às peculiaridades das relações de consumo, tendo em vista a presença do consumidor, sujeito de direitos considerado como vulnerável pelo CDC. Nesse sentido, a arbitragem de consumo, mesmo que se apoie na principiologia da LBA, necessitaria ter pressupostos lógicos e de evolução próprios, tendo em vista não se enquadrar nos dois ramos tradicionais da arbitragem, a saber, a arbitragem comercial e a arbitragem de investimentos.

62 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108.

63 GAMA JUNIOR, Lauro. Arbitragem em relações de consumo: custo menor para toda a sociedade. Comentários à decisão Asturcom Telecomunicaciones SL vs. Cristina Rodríguez Nogueira do Tribunal de Justiça da União Europeia e uma opinião sobre o tema. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 28, p. 339, jan. 2011.

A nosso ver, a arbitragem de consumo seria um novo ramo dentro da própria arbitragem, distinta e diferenciada da arbitragem comercial e da de investimentos, pois a presença do consumidor acaba por alterar um pouco a lógica do procedimento, tal qual o conhecemos. Tendo em vista a sua vulnerabilidade, que pode, em certos casos, chegar mesmo a ser considerada hipossuficiência, o consumidor não possui o conhecimento, as informações ou mesmo os recursos necessários para que um procedimento arbitral se desenvolva de forma equitativa.

É por isso que, e estas ponderações finais são meramente introdutórias a um estudo que demandará um maior aprofundamento pelos juristas brasileiros, sobretudo se o anteprojeto vier a ser aprovado e entrar em vigor, talvez seja necessário pensar em uma arbitragem própria das relações de consumo. Lauro Gama Jr., ao se utilizar da doutrina de Geneviève Saumier, menciona que esta arbitragem própria das relações de consumo foi chamada de “arbitragem equitativa” (*l'arbitrage de consommation équitable*), tendo em vista buscar garantir um equilíbrio real entre as partes. Os traços específicos desta arbitragem seriam, do ponto de vista processual, a inequívoca ciência do procedimento arbitral por parte do consumidor, em prazo razoável, bem como garantir a defesa adequada do consumidor na arbitragem. Outras medidas ligadas ao procedimento seriam, por exemplo, a vedação da utilização da arbitragem *ad hoc* para consumo, um regime diferenciado de custas, uma especialidade necessária por parte dos árbitros, a mitigação da confidencialidade das sentenças e, mesmo, a possibilidade de se intentar recurso à decisão arbitral. E, do ponto de vista material, esse tipo de arbitragem, se desenvolvida no Brasil, necessitaria, obrigatoriamente, aplicar as regras cogentes de proteção ao consumidor previstas no CDC⁶⁴.

Mesmo que tais sugestões sejam controversas e demandem reflexões mais aprofundadas, o certo é que, quando implementada de forma institucionalizada, a arbitragem de consumo, no Brasil, poderá ser uma fonte eficiente de resolução dos conflitos consumeristas, tendo em vista que, mesmo atualmente, essa forma de resolução de conflitos de consumo não está proibida, estando apenas balizada por alguns pré-requisitos, haja vista tratar-se de uma forma especial e diferenciada dentro do próprio mundo arbitral.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se verificar se os litígios relativos à matéria consumerista são passíveis de serem submetidos à arbitragem. E ainda, em sendo arbitráveis, se seriam eles idênticos aos litígios que, atualmente, são levados ao procedimento arbitral, no Brasil.

64 GAMA JUNIOR, Lauro. Arbitragem em relações de consumo... op. cit., p. 340.

Nesta caminhada, verificou-se que os litígios consumeristas integram as chamadas matérias patrimoniais sensíveis, aquelas em que a livre disponibilidade dos direitos é incerta, sobre as quais ainda pairam dúvidas em relação à possibilidade de serem, ou não, objeto de arbitragem, e nas quais a ordem pública tem uma forte tendência a intervir. Isso se dá, sobretudo, pelo fato de os conflitos de consumo não possuírem um equilíbrio, uma equivalência de forças entre as partes, visto que o consumidor é considerado a parte fraca, a parte vulnerável, da relação contratual.

O desequilíbrio contratual presente nas relações de consumo levou o legislador a criar mecanismos para minimizá-lo, como a tentativa, presente no art. 4º, § 2º, da LBA, de evitar os abusos na utilização das cláusulas compromissórias nos contratos de adesão, fazendo com que a sujeição à arbitragem dependa da iniciativa do consumidor, ou de sua concordância expressa, caso o fornecedor pretenda iniciar o procedimento. Entretanto, pela atecnia de sua redação, o referido dispositivo da LBA acabou trazendo mais dúvidas, por parte da doutrina e da jurisprudência, do que respostas ao problema da arbitragem nas relações de consumo no Brasil.

Ademais, como restou provado ao longo da Parte I do presente trabalho, o fato de se estar no âmbito das relações de consumo, e de incidirem regras de aplicação cogente ou imediata, em determinadas matérias, não é motivo para o afastamento, de plano, da arbitragem, pois, mesmo que tenha se descartado a validade da cláusula compromissória nos contratos de consumo, isso não significa que não se poderá utilizar da arbitragem, por meio do compromisso arbitral, mesmo neste domínio.

Da mesma forma, restou demonstrado, segundo o entendimento que aqui se adota, que o art. 4º, § 2º, da LBA não revogou o art. 51, VII, do CDC, tendo em vista que, se tal revogação tivesse ocorrido, mandatório se faria, ao menos, a existência de uma incompatibilidade entre os dispositivos, visto que a vontade expressa do legislador foi em sentido contrário. E, como tal incompatibilidade não existe, ambos dispositivos permanecem plenamente vigentes e atuantes no ordenamento pátrio, pois, enquanto o CDC proíbe a imposição da arbitragem compulsoriamente, o art. 4º, § 2º, da LBA traz apenas requisitos que permitem a exteriorização da vontade do consumidor em adotar o procedimento arbitral. Esse entendimento baseia-se na regra da especialidade das normas, contida no art. 2º, § 2º, da LINDB, segundo a qual “*lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*”. Sendo assim, a LBA não derogou o CDC, visto ser lei geral e posterior, ao tratar dos contratos de adesão genéricos, conservando-se o regramento do CDC, portanto, quando o contrato, mesmo que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor.

Nesse sentido está o posicionamento do STJ, no REsp 1169841/RJ, de 2012, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andriighi. No caso, que tratava de uma cláusula arbitral inserida em um contrato de consumo (de compra e venda

de imóvel), a Ministra aplicou o disposto no art. 51, VII, do CDC, em detrimento da LBA, entendendo que não era válida a cláusula compromissória inserida no negócio jurídico. Entretanto, apesar de, em um primeiro momento, parecer desfavorável à arbitragem, o precedente mostra-se, em verdade, a ela favorável, tendo em vista que, além de claramente alegar que são arbitráveis as relações de consumo por meio do compromisso arbitral, demonstrou que os dispositivos, tanto da LBA quanto do CDC, continuam em vigor, sendo plenamente conciliável a sua aplicação no ordenamento pátrio.

Por fim, verificou-se que o anteprojeto de lei que altera a LBA busca aumentar as questões que são passíveis de serem submetidas à arbitragem, ou seja, buscou flexibilizar a arbitrabilidade de algumas matérias antes consideradas sensíveis no Brasil. Com o acréscimo do § 3º ao art. 4º da LBA, resta indubitável que as relações de consumo podem, sim, ser submetidas à arbitragem, tanto por meio de cláusula compromissória quanto por meio de compromisso arbitral, alterando a compreensão que hoje se tem da matéria.

Todavia, mesmo estando expressamente presente na LBA futuramente modificada, uma arbitragem de consumo necessitaria estar assentada às peculiaridades das relações de consumo, que, como já visto, são caracterizadas pela presença do consumidor (*partie faible*). Nesse sentido, as arbitragens de consumo, mesmo que se apoiem na principiologia da LBA, necessitariam ter características próprias, tendo em vista não se enquadrarem nos dois ramos tradicionais da arbitragem, a saber, a arbitragem comercial e a arbitragem de investimentos.

A nosso ver, a arbitragem de consumo seria um novo ramo dentro da própria arbitragem, distinta e diferenciada da arbitragem comercial e da de investimentos, pois a presença do consumidor acaba por trazer novas particularidades ao procedimento arbitral. É por isso que, se o anteprojeto de lei que altera a LBA vier a ser aprovado e entrar em vigor, talvez seja necessário se pensar em uma arbitragem própria das relações de consumo, para que esta possa se tornar uma fonte verdadeiramente eficiente e vantajosa de resolução destes conflitos no Brasil.