

Carolina Izidoro do Nascimento

A ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE
SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

Recife, novembro de 2008.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO – PROESPE
COORDENAÇÃO DE PESQUISA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

A ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE
SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

Carolina Izidoro do Nascimento

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso
(orientador)

Recife, novembro de 2008.

Carolina Izidoro do Nascimento

A ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE
SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

Dissertação apresentada à Universidade Católica de Pernambuco como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual. Linha de pesquisa: Procedimentalização do Direito e Instrumentalidade do Processo.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso

Recife, novembro de 2008.

N244a Nascimento, Carolina Izidoro do
A arbitragem como meio extrajudicial de solução de
conflitos de consumo / Carolina Izidoro do Nascimento ;
orientador Fábio Túlio Barroso, 2008.
101 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de
Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Mestrado em
Direito, 2008.

1. Arbitragem (processo civil). 2. Direito processual.
3. Brasil. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. 4. Defesa
do consumidor. Título.

CDU 347.918

CAROLINA IZIDORO DO NASCIMENTO

A ARBITRAGEM COMO MEIO EXTRAJUDICIAL DE
SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE CONSUMO

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso – UNICAP - Orientador

Prof. Dr. Jayme Benvenuto Lima Júnior – UNICAP – Titular Interno

Prof^ª. Dr^ª. Larissa Maria de Moraes Leal – Titular Externo

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Fábio Túlio por sua dedicação e imensa ajuda na elaboração desta dissertação, à Professora Virgínia por seus ensinamentos, ao Professor Jayme por sua presteza e à Professora Larissa pela pronta aceitação do convite.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação ao meu esposo, aos meus pais e meus irmãos e à minha prima Leila Karina, que primeiro incentivou-me a iniciar os estudos na área de Direito; todos eternos moradores do meu coração.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	07
RESUMO.....	08
ABSTRACT.....	09
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1. MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	13
1.1. Acesso à Justiça e jurisdição arbitral.....	17
1.2. Juridificação, judicialização e uso da arbitragem.....	22
CAPÍTULO 2. ARBITRAGEM.....	29
2.1. Conceito e finalidade.....	29
2.2. Breve histórico.....	34
2.2.1. Panorama mundial.....	34
2.2.2. Brasil.....	37
2.3. Natureza jurídica.....	43
2.4. A jurisdição estatal e a jurisdição privada.....	50
CAPÍTULO 3. RELAÇÕES DE CONSUMO.....	57
3.1. Conceito.....	57
3.2. Consumidor e sua condição de vulnerabilidade.....	60
3.3. Fornecedor.....	70
3.4. A proteção do consumidor em juízo e seu direito de acesso à Justiça.....	72
3.4.1. Cláusulas contratuais abusivas.....	74
CAPÍTULO 4. RELAÇÃO ENTRE A LEI DE ARBITRAGEM E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	77
4.1. A patrimonialidade e a disponibilidade do Direito.....	77
4.2. A arbitrabilidade dos conflitos de consumo.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
BIBLIOGRAFIA.....	91

LISTA DE ABREVIATURAS

a. C. = antes de Cristo

ADR = *Alternative Dispute Resolution* (Solução Alternativa de Controvérsia)

apud = indica citações indiretas

CC = Código Civil

CDC = Código de Defesa do Consumidor

Cf. = confira

CF = Constituição Federal

d. C. = depois de Cristo

ed. = editora

et al. = indica a existência de mais de 03 (três) autores da mesma obra

ibidem = indica que o trecho foi extraído da mesma obra já referida em nota imediatamente anterior

idem = indica que o trecho pertence ao mesmo autor já referido em nota imediatamente anterior

LArb = Lei de Arbitragem

ONU = Organização das Nações Unidas

op. cit. = *opus citatum* (na obra citada)

p. = página ou páginas

UNCITRAL = *United Comissions of International Trade Law* (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)

v. = volume

NASCIMENTO, Carolina Izidoro. **A arbitragem como meio extrajudicial de solução de conflitos de consumo**. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2008. Dissertação (Mestrado *Stricto Sensu* – Área de concentração: Direito Processual. Linha de pesquisa: Procedimentalização do Direito e Instrumentalidade do Processo). Orientador: Fábio Túlio Barroso.

RESUMO

Esta dissertação estuda a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem e sua pertinência na solução de conflitos de consumo. Sabe-se que o processo judicial é o instrumento ordinário existente no ordenamento jurídico brasileiro para solucionar os conflitos existentes na sociedade. Contudo, em razão das dificuldades decorrentes do abarrotamento do Poder Judiciário, como a ineficiência e a morosidade na solução jurisdicional prestada por esse Poder, o Estado vem fomentando a utilização de mecanismos extrajudiciais, onde se inclui a arbitragem. Esse instituto obteve tratamento especial dado pelo legislador brasileiro em 1996, quando foi publicada a Lei de Arbitragem, conhecida como “Lei Marco Maciel”. Vários doutrinadores e o próprio Estado apresentam a arbitragem como meio extrajudicial célere e hábil para a solução de contendas, inclusive as que envolvem consumidores e fornecedores. Esse estudo inscreve-se, metodologicamente, nas investigações tradicionais do Direito, ou seja, analisa-se as normas contidas na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e estuda-se o entendimento de doutrinadores e dados jurisprudenciais. A contribuição dessa pesquisa para o Direito consiste em verificar se a solução dos conflitos onde exista, de um lado, o fornecedor, e, do outro, o consumidor, parte vulnerável da relação jurídica de consumo, cujo objeto refere-se a produtos e serviços, através da arbitragem, atende aos requisitos legais e constitucionais na obtenção de um processo justo, ou seja, pretende-se analisar se há possibilidade legal da utilização da arbitragem na solução de conflitos de consumo e se os interesses e direitos dos consumidores estão sendo realmente protegidos quando as controvérsias consumeiristas são submetidas a essa forma de jurisdição privada.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Conflitos de consumo. Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996).

ABSTRACT

This paper has the objective to study the arbitration and to verify if this extrajudicial way can be used to solve conflicts of consume. The judicial process is main way that is used by Brazilian to get a solution to their problems. However, because of the difficulties that are generated by the Judiciary Power overfill, such as the inefficiency and the slowness in the jurisdictional solution by this Power, the State has been instigating the population to utilize extrajudicial mechanisms, where we can include the arbitration. The Brazilian legislator gave it a special treatment in the year of 1996, when the Law of Arbitration, known as “Marco Maciel Law”, was published. Many doctinaires and the State itself present the arbitration as a fast and able alternative way to resolve disputes, including also those that involve consumers and producers. That study is methodologically inscribed in traditional investigations of the Law, that is to say, it analyses rules contained in the Arbitration Law (n. 9.307/1996) and in the Consumer Defense Code (Law n. 8.078/1990) and it studies the doctrine and jurisprudential understanding. The contribution of this search to the Law consists of verifying if the solution of conflicts where exists, in one side, the producer and, in the other side, the consumer – the vulnerable part of the consume relation, which object refers to products and services, through the arbitration, attends the legal and constitutional requisites to obtain a just process, that is to say, it is pretended to analyse if there is legal possibility in the use of the arbitration in the solution of conflicts of consume and if the consumer’s interests and rights are really being protected when the consumer controversies are submitted to that private jurisdiction form.

Key-words: Access to the Justice. Conflicts of consume. Arbitration Law (n. 9.307/1996).

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República de 1988 conferiu extrema relevância à proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Logo em seu artigo 5º, inciso XXXV, ressaltou o direito de todos os jurisdicionados ao acesso à Justiça, tão propalado por Mauro Cappelletti durante a época da elaboração da norma processual austríaca, no ano de 1895.

Na Terceira Onda, denominada por esse jurista de “enfoque do acesso à Justiça”, está compreendida a advocacia, seja ela judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos e a criação e utilização de mecanismos extrajudiciais para solucionar problemas jurídicos existentes na sociedade.

A nova ordem jurídica constitucional brasileira de 1988, comprometida com a proteção e o desenvolvimento da pessoa humana, assim como com a efetivação da cidadania, inseriu, como um dos princípios fundamentais, a inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, desse diploma legal, entendida, no âmbito processual e numa acepção ampla, como o direito ao acesso à Justiça, explicado na seção 1.2. desta dissertação.

Uma vez caracterizada a existência de um conflito, cabe, originariamente, ao Estado solucioná-lo, mas não necessariamente através do poder Judiciário. A realidade tem demonstrado o sentimento crescente de insatisfação com a prestação desse serviço público. Diante do aumento de demandas judiciais, o Estado, incapaz de prestar a devida tutela, passou a fomentar o uso de instâncias extrajudiciais para solucionar contendas, atribuindo a particulares a atividade jurisdicional da qual, inicialmente, detinha o monopólio, reativando a utilização de um mecanismo surgido na Antiguidade: a arbitragem.

Ao lado desse mecanismo, existem outros mecanismos que objetivam apaziguar as controvérsias com a qual apresentam semelhanças, mas não se confundem, como a conciliação e a mediação, estudadas no Capítulo 1, intitulado de “Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias”, onde se faz uma ressalva à arbitragem e sua comparação com o juízo estatal, por esse instituto fazer parte do objeto desta dissertação.

Esse mecanismo de solução de conflitos, apesar de se constituir como o meio mais antigo de que se tem conhecimento, consoante demonstrado no Capítulo 2 deste estudo, quando da análise da história da arbitragem, somente veio a florescer no Brasil quando as instituições públicas encontram-se com menos prestígio, tendo o legislador brasileiro criado

uma legislação específica para regulamentá-la: a Lei nº 9.307/96, conhecida como “Lei Marco Maciel”, por ter sido ele o Senador da época responsável por sua relatoria.

Ainda no Capítulo 2 deste trabalho, estuda-se o conceito e finalidade da arbitragem, além de sua natureza jurídica, mediante a demonstração de entendimentos de diversos doutrinadores, que se dividem entre as correntes privatista, publicista e eclética.

Após uma análise do instituto da arbitragem, verifica-se o conceito de relação jurídica de consumo, as partes que a compõem, bem como seu objeto para, no Capítulo 4, relacionando a Lei de Arbitragem ao Código de Defesa do Consumidor, explicar se há possibilidade legal em se utilizar a arbitragem na solução dos conflitos de consumo e se essa privatização da Justiça acarreta na real proteção dos direitos do consumidor.

O desenvolvimento econômico, principalmente após a Revolução Industrial, no século XVII, fez surgir conflitos de interesses no âmbito da produção e do consumo. O Mercado tomou posição de destaque na sociedade, onde os indivíduos passaram a adquirir *status* social de acordo com os produtos adquiridos e utilizados. Os centros comerciais tornaram-se os novos locais de culto e as lojas, os deuses.

Na relação jurídica de consumo, encontra-se, de um lado, a figura do consumidor como a parte teoricamente vulnerável em detrimento da mais forte, qual seja, o fornecedor, que, usando desse seu poder, procura meios para impor seus interesses sobre aquele.

Essa situação de vulnerabilidade acarretou na necessidade do estabelecimento de normas específicas para a proteção do consumidor em obediência aos ditames constitucionais, o que ocasionou a promulgação da Lei nº 8.078/1990, responsável pela instituição do Código de Defesa do Consumidor.

Resultado do compromisso assumido pela Constituição atual, o referido diploma legal estabelece, como um de seus objetivos, a busca pela igualdade formal e real entre consumidores e fornecedores como uma maneira de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana e diminuir a distância existente entre essas duas partes da relação jurídica.

Intervindo nas relações entre os particulares, o Estado estipulou regras de proteção aos consumidores, assegurando-lhes, em capítulo específico do Código de Defesa do Consumidor, o direito de proteção em Juízo e do acesso à Justiça, inclusive com a previsão, em seu artigo 51, inciso VII, da possibilidade do uso da arbitragem como meio extrajudicial de solução de conflitos de consumo, desde que não seja de forma compulsória.

Por outro lado, a Lei nº 9.307/96, em seu artigo 4º, §2º, estabeleceu que “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 em anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Em decorrência da norma contida no artigo 51, inciso VII, do CDC, que determina como abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que preveja a instituição da arbitragem compulsória, e no artigo 4º, §2º, da LArb, transcrito acima, doutrinadores apontam entendimentos acerca da (in)compatibilidade entre essas duas legislações, que devem ser analisadas sob o aspecto do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, amplamente chamado de acesso à Justiça.

Outro ponto de discussão doutrinária deste trabalho é a verificação da possibilidade e viabilidade do manejo da arbitragem como instrumento extrajudicial de solução de conflitos no âmbito das relações de consumo.

Para verificar se o objeto dessa relação jurídica pode ser submetido à arbitragem, faz-se necessário analisar os requisitos legais indispensáveis à submissão de um conflito para ser resolvido através desse instituto previstos no artigo 1º da Lei nº 9.307/96.

Estabelece esse dispositivo legal que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, para que uma contenda possa ser dirimida pela arbitragem, seu objeto deve ser patrimonial e disponível, cujas definições, acompanhadas de exemplos, são apresentadas na seção 4.2 deste trabalho.

A análise da patrimonialidade e da disponibilidade do objeto da relação de consumo requer a prévia conceituação dos sujeitos que a compõem, mediante o estudo da definição de consumidor e de fornecedor ou produtor e da situação de vulnerabilidade daquele, à luz de dispositivos da Lei nº 8.078/1990, examinados no Capítulo 3 desta investigação. Entendimentos doutrinários acerca da arbitrabilidade dos conflitos de consumo são apresentados no Capítulo 4, com a exposição da opinião da autora ao final.

Portanto, o objetivo deste trabalho é exatamente analisar a aplicação do instituto jurídico da arbitragem na solução de conflitos na área consumeirista, partindo da hipótese da inexistência de incompatibilidade entre a Lei de Arbitragem e o Código de Defesa do Consumidor e de que o uso desse mecanismo extrajudicial não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.

CAPÍTULO 1.

MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Assegurado como instrumento indispensável à composição dos litígios em juízo, o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, conhecido como acesso à Justiça, não é visto apenas como uma simples forma de obter o provimento judicial. Somente se entende como tal aquele que se organize e se desenvolva de maneira a cumprir a tarefa que lhe foi reservada, ou seja, a de proteger o direito subjetivo individual de qualquer lesão ou ameaça. O *due process of law*¹ tem que representar um processo justo.

Nessa perspectiva, o processo não pode ser visto como mero instrumento formal previsto no ordenamento jurídico. Além de sua função jurídica de servir de ferramenta para a realização do direito subjetivo no caso conflitante, o processo é dotado das funções política, de garantir as liberdades, e social, de contribuir para a pacífica convivência e para o equilíbrio das forças que se colidem pela obtenção da Justiça, pois é um instrumento de que dispõe a sociedade para tentar atingir, de forma efetiva e justa, a garantia dos direitos fundamentais.

A observância da aplicação desse princípio será notada na proteção do direito subjetivo individual em caso de lesão ou ameaça a direito, mas não necessariamente através dos órgãos que compõem o Poder Judiciário. “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone la protección jurisdiccional frente a la violación de cualquier derecho de la persona y, por tanto, frente a la violación de los derechos fundamentales”².

A efetividade do processo não se resume à aplicação da lei ao caso concreto. Representa a solução do litígio conforme a lei vigente no menor tempo e de forma menos onerosa possíveis, buscando a melhor composição dos litígios. Trata-se da justa composição.

O processo, então, tem que ser justo, vinculando o instrumento da jurisdição com o rumo finalístico das garantias individuais. Na lição de Humberto Theodoro Júnior, processo justo “é aquele que realiza, dentro da técnica processual, uma composição da lide que satisfaça a concepção média da sociedade em torno do justo; (...) é o processo que cumpre a contento a meta da paz”³.

Não se espera, do processo, a aplicação fria da lei, mas o alcance da ordem jurídica justa. O termo “devido processo legal” vem sendo, paulatinamente, substituído pela expressão

¹ Devido processo legal (tradução livre da autora).

² PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madri, Civitas: 2001. p. 383.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito e Processo: Direito Processual Civil ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5. p. 51.

“justo processo legal”. O acesso à Justiça não significa somente o acesso ao Poder Judiciário, e sim a todas as formas de que os jurisdicionados podem servir-se para satisfazer sua necessidade premente de solução dos conflitos, onde se inclui o instituto da arbitragem, o que acarreta, por seu turno, a pacificação social.

Ao lado da prestação jurisdicional, sempre existiram formas alternativas de solução das contendas, como a autocomposição, a autotutela e a intermediação de terceiros. A expressão “meios alternativos de solução de conflitos” é relativamente nova, proveniente da expressão norte-americana *Alternative Dispute Resolution*, a partir da década de 80, significando alternativas ao uso do procedimento jurisdicional dado pelo Estado⁴, onde o jurisdicionado tem a faculdade de escolher entre a busca da solução do litígio através da jurisdição estatal ou de um meio extrajudicial. Representa uma variedade de mecanismos através dos quais litigantes podem resolver suas disputas⁵. Quando a lei diz que as partes podem valer-se, por exemplo, da arbitragem, atribui a essas pessoas a possibilidade de utilizar desse meio alternativo para resolver suas contendas, em vez de ingressar no Poder Judiciário.

Pode-se afirmar que certo método de solução de litígios é alternativo quando configura uma oportunidade de escolha, por parte do jurisdicionado, diante da prestação jurisdicional estatal. Em alguns casos, meios de resolução de conflitos por particulares, como a arbitragem, a conciliação e a mediação, somente eram alternativos, por assim dizer, à vingança pessoal, ou seja, à autotutela, pois representavam o único tipo de justiça da qual se encarregavam alguns Estados⁶.

Os meios extrajudiciais de que dispõe a sociedade para solucionar seus conflitos são: jurisdição estatal, meio de imposição da decisão do processo pelo Estado às partes litigantes; mediação, em que o mediador, com sua neutralidade e imparcialidade, tem apenas o papel de auxiliar as partes na solução da contenda, sem sugerir, impor solução nem mesmo decidir sobre o caso que lhe é apresentado; a conciliação, onde se faz presente a figura do conciliador, que “age no sentido de conduzir as partes a um consenso, sem afastar a sua vontade, sendo delas próprias a vontade que conduz ao acordo que põe fim ao conflito”⁷; e a arbitragem, que será abordada adiante.

Humberto Theodoro Júnior destaca, como modalidades principais de composição de conflitos:

⁴ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 18.

⁵ ESTADOS UNIDOS. New York State Unified Court System. **Alternative Dispute Resolution**. Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em 17 de junho de 2008.

⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 18.

⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 33-34.

a) **mediação**, em que se usa a intermediação de um agente não para ditar e impor a solução autoritária do conflito, mas para conduzir negocialmente os litigantes a reduzirem suas divergências e a encontrarem, por eles mesmos, um ponto de entendimento (uma **autocomposição**, portanto);

b) a **sentença judicial**, prolatada por magistrado integrante dos organismos especializados da Justiça estatal (forma de **heterocomposição jurisdicional** ou **oficial**); e

c) a **arbitragem**, que proporciona a sentença arbitral oriunda de órgão particular, mas que, por convenção das partes, atua com imparcialidade e com observância de um procedimento equivalente ao da Justiça oficial.⁸

De forma semelhante, Eduardo Borges de Mattos Medina divide a história do direito processual em quatro etapas: autodefesa, autocomposição, arbitragem e processo, cuja passagem de um nível a outro não se deu de forma linear e contínua⁹.

Dessa forma, o processo pode ser realizado através da composição particular, à margem de qualquer atividade estatal, o que ocorre na mediação, levando à conciliação espontânea; à custa da intervenção estatal, materializada na decisão judicial; ou na forma paraestatal, com delegação da decisão a um particular, dotado de poder sancionatório típico da solução estatal.

A negociação é o meio pelo qual ocorre a unificação de pontos de vista individuais, similar ao processo de uma reunião, onde um ou mais indivíduos expõem suas idéias e concepções próprias e, sob uma liderança, terminam por formular uma idéia comum a todos os participantes.

A mediação é uma “técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico de dirigi-las a um ponto comum”¹⁰. Embora não disciplinada na legislação brasileira, envolve a tentativa das partes conflitantes em resolver suas pendências com o auxílio de um terceiro, que desenvolve uma atividade consultiva. “A arbitragem não se identifica com a mediação, porquanto o objetivo daquela é proporcionar ao árbitro a composição do litígio em lugar dos litigantes; na mediação, ao contrário, o mediador se limita a aproximar as partes, criando assim as condições ideais para que cheguem a um acordo, resolvendo elas próprias o conflito”¹¹.

Na arbitragem, única forma extrajudicial de solução de conflitos regulamentada em lei específica, as partes decidem, em comum acordo, pela submissão da decisão da disputa a um

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, Genesis, ano IV, n. 14, out.dez./1999. p. 706. (Destques do original).

⁹ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, Jurid Vellenich, v. 161, ano 21, nov. /dez. 1997, p. 13.

¹¹ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, 2000, p. 36.

terceiro, chamado *arbitrator* (árbitro), que, geralmente, é um indivíduo com vasto conhecimento e experiência sobre o assunto da contenda. Esse instituto tende a ser menos formal e mais rápido que o processo judicial, diante da possibilidade de ajuste desse procedimento às necessidades dos conflitantes.

A característica da impositividade presente na arbitragem, um meio heterocompositivo, distancia esse mecanismo extrajudicial da mediação e da conciliação, meios autocompositivos de litígios. Não existirá decisão a ser imposta pelo mediador nem pelo conciliador, que se encontram limitados a dar mera sugestão, desprovida de efeito vinculante, diferente do que ocorre com a arbitragem.

Meios extrajudiciais solucionadores de conflito mais utilizados pelos particulares, a arbitragem e a mediação não se confundem. Na mediação, ao terceiro chamado a participar no apaziguamento é atribuída a função de induzir as partes a buscar a solução para seu conflito. O mediador, desprovido do poder de decisão, é aquela terceira pessoa que atua nessa relação somente para, conhecendo os motivos ensejadores da disputa, apontar meios para que os próprios conflitantes encontrem a medida exata que findará essa discórdia.

A arbitragem consiste num método extrajudicial de solução de controvérsias em que as partes, de comum acordo, elegem árbitros para decidir o caso. Um terceiro, chamado árbitro, intervém na relação jurídica, atuando como um juiz privado, responsável pela solução do conflito, cujo resultado do processo é a elaboração de uma sentença arbitral, dotada de executividade e que não mais necessita da homologação pelo Poder Judiciário, é o resultado do processo. Deve a mesma ser cumprida, pois tem caráter obrigatório e força de sentença judicial, considerada um título executivo de acordo com os artigos 9º e 31 da Lei nº 9.307/96.

A arbitragem representa a forma extrajudicial de solução de conflitos mais utilizada, vista, por Humberto Theodoro Júnior, “como instrumento de excepcional importância na perseguição das metas de aprimoramento da pacificação dos conflitos patrimoniais visadas pela moderna ciência jurídica”¹².

Pedro Antonio Batista Martins, um dos defensores da arbitragem, afirma que esse instituto é um dos meios eficazes a serviço do Estado na distribuição da justiça devido a suas características da confidencialidade, informalidade e celeridade¹³.

O uso da arbitragem ainda encontra-se tímido devido, entre outros fatores, ao recente período ditatorial que inviabilizava seu uso, em que não se permitia a participação ativa dos

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, 1999, p. 706.

¹³ MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 77, ano 20, jan./mar. 1995, p. 29.

cidadãos no processo de busca de solução de seus problemas, ao mito do uso da arbitragem como forma de exclusão da atuação do Poder Judiciário diante de ameaça ou lesão a direitos, à forte cultura arraigada no monopólio estatal da jurisdição e ao desconhecimento, pela população, do procedimento da arbitragem.

Contudo, para que o acesso à Justiça concretize-se através da utilização da arbitragem, faz-se mister que, além do conhecimento de como os conflitos possam ser solucionados por esse mecanismo extrajudicial, haja paridade de armas entre as partes da relação jurídica de consumo suficientemente capaz de permitir aos conflitantes a igualdade de instrumentos para a consecução de seus objetivos¹⁴.

1.1. Acesso à Justiça e Jurisdição Arbitral

O acesso à Justiça constitui-se numa das principais garantias fundamentais do cidadão, que dá sustentação à estrutura do Estado Democrático de Direito, disposta na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Sua missão central é garantir a justa e pacífica solução dos conflitos existentes na sociedade.

“Busca-se o ideal de Justiça ágil, presente e efetiva, mediante a deformalização do processo”¹⁵. A procura da harmonização do princípio do acesso à Justiça, como direito subjetivo de todos os cidadãos, constitui-se no direito à obtenção da tutela jurisdicional, no âmbito público ou privado, objetivo almejado pelo processo civil.

A expressão “acesso à Justiça” não possui um único conceito. Nesse termo, encontra-se embutida a problemática da igualdade. Luís Guilherme Marinoni leciona que:

Quando as democracias passam a se preocupar com a realidade, deixando de lado o amor pelo simples reconhecimento das liberdades políticas dos cidadãos, surgindo, então, os direitos sociais e econômicos, os desiguais passam a ser tratados de forma desigual. (...) hodiernamente, porém, o direito de igualdade quer significar igualdade de oportunidades. No nosso caso, igualdade de oportunidades de acesso à justiça. Entretanto, como isso não se apresenta, e longe de se verificar em nossa realidade é necessário que pensemos não só nos problemas que afastam a igualdade de oportunidades, como também em mecanismos processuais que permitam a mitigação da desigualdade substancial¹⁶.

¹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, Genesis, abr. – jun./2000, n. 16. p.285.

¹⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 15.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil: O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 23.

Visando à proclamação, à garantia e à viabilização dos direitos de todos, o movimento do acesso à Justiça teve sua origem na crítica ao enfoque individualista burguês do direito da época do liberalismo, nos séculos XVIII e XIX.

No entendimento da classe burguesa, os direitos naturais não necessitavam ser protegidos pelo Estado, confundindo o direito ao acesso à Justiça com o direito ao mero acesso ao processo, que não importava, necessariamente, no acesso ao *justo* processo. Visava-se, tão-somente, garantir que os direitos de uns não fossem infringidos por outros¹⁷.

A prestação jurisdicional era privilégio dos cidadãos da classe social mais elevada porque podiam pagar as altas custas judiciais. O acesso à justiça, que deveria ser efetivo, reduzia-se a um acesso formal. O Estado tradicional limitava-se a assegurar a justiça legal formal¹⁸. Não interessava a prática real dos direitos do cidadão.

A mudança do conceito de Direitos Humanos, embutido na Constituição Francesa de 1791, e a consagração, através da Revolução Francesa de 1789, de princípios como o contraditório e a ampla defesa necessários a tornar efetivos, realmente acessíveis a todos, os direitos proclamados, impulsionou o caráter coletivista das ações, superando a visão individualista do período do Iluminismo¹⁹.

Os litígios eram solucionados pelos particulares, que atuavam como juízes laicos, por inexistir órgãos estatais propriamente ditos. Com a institucionalização do Poder Judiciário, que ocorreu no momento em que o magistrado romano, até então sem poder jurisdicional, atraiu para si a responsabilidade de solução dos litígios, muitos desses juízes laicos, que atuavam como árbitros²⁰, tornaram-se membros da Justiça estatal.

A profissionalização da Justiça, no entanto, afastou quase a totalidade dos particulares de sua administração, restando, hoje, como resquício, sua participação junto ao Tribunal do Júri, no desempenho da função de jurados.

A justiça estatal começou a desenvolver-se e a organizar-se na tentativa de abarcar a solução de todos os litígios, o que ocasionou seu abarrotamento e a incapacidade de prestar a tutela jurisdicional de forma célere e eficaz, como almejado pela sociedade. Cresceu, assim, a importância da utilização dos meios alternativos à justiça oficial na solução de controvérsias.

¹⁷ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 36 e 37.

¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 2. ed. 10ª reimpressão. Madri: Alianza, 1996. p. 27.

¹⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição!. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 71

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 71.

O alcance da almejada justiça social passou a depender, pois, de um sistema processual que possibilite o amplo e efetivo acesso à Justiça e a resolução eficaz de controvérsias.

Esta visão cogita a análise de outros conceitos e categorias fundamentais do processo que, em verdade, não são apenas aqueles pertinentes à Jurisdição, ação, decisão, execução, mas também os que decorrem da noção de acesso à Justiça e compreendem os problemas relativos aos custos e à demora dos processos, enfim aos obstáculos (econômicos, culturais, sociais, etc.) que frequentemente se interpõem entre o cidadão que pede respostas e os procedimentos predispostos para concedê-la, e perfazem o movimento de acesso à Justiça²¹.

Para que isso aconteça, não devem existir óbices, seja social, político nem mesmo jurídico que possam impedir a implementação do acesso à Justiça. Todos os meios de seu ingresso devem ser bem analisados pelos juristas, sobretudo diante da dificuldade por que vem passando o processo civil brasileiro e da existência de descompasso entre os instrumentos disponibilizados aos cidadãos e a rápida e eficaz solução de seus conflitos através do Poder Judiciário. O Estado sentiu a necessidade de fomentar o uso de mecanismos jurídicos para dirimir, o quanto antes, os conflitos nela surgidos e de forma satisfatória aos cidadãos.

O direito processual começou a atravessar uma fase de busca por estratégias mais rápidas e eficazes de solução de contendas. Cappelletti conferiu importância tão grande ao acesso à Justiça que passou a considerá-lo como “o mais básico dos direitos humanos”²² dentro um sistema jurídico igualitário, que proclama, garante e viabiliza os direitos, passando a representar uma das finalidades básicas do sistema jurídico a acessibilidade de todos e a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos²³.

Dessa maneira, não se pode afirmar que o acesso à Justiça encontra-se centralizado em construir garantias de ingresso do cidadão ao *Poder Judiciário* para resolver seus conflitos. Vai muito além disso: o cerne da questão consiste na busca de mecanismos hábeis a solucionar os litígios, satisfazendo a pretensão dos jurisdicionados, e na aceitação do uso de novos instrumentos de obtenção de resultados substancialmente efetivos. “O acesso à Justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar a

²¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *op. cit.*, p. 81

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris. p. 12.

²³ *Idem, ibidem*, p. 08.

efetividade, na medida dos direitos que se têm, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter”²⁴.

A utilização de mecanismos informais de solução de litígios foi estimulada por Mauro Cappelletti, em sua obra “Acesso à Justiça”, onde apresenta propostas de solução dos entraves econômicos, organizacionais e processuais, através da adoção de três ondas, denominando esse movimento de acesso à Justiça de Terceira Onda²⁵.

Cappelletti tratou, no primeiro movimento, do obstáculo econômico, enfatizando a importância da assistência judiciária gratuita para os pobres na prestação de informações e de assistência extrajudicial e da adequada representação legal no curso do processo. O papel do advogado é de extrema importância antes e durante o processo sendo, por essa razão, vital a assistência judiciária aos que não dispõem de recursos financeiros para custear o processo. Nessa linha, a Constituição brasileira, prevê, no artigo 5º, inciso LXXIV, a “assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

O segundo movimento tinha como preocupação valorizar os direitos coletivos, ao lado dos individuais. A visão individualista cedeu a uma concepção social coletiva, forçando a reflexões sobre noções tradicionais do processo civil e do papel dos tribunais.

O terceiro movimento, que está intimamente ligado ao tema sob enfoque, diz respeito à adoção de mecanismos e procedimentos diferenciados para solucionar os conflitos sociais, não necessariamente através do Poder Judiciário. Foi chamado por Cappelletti e Garth de “enfoque do acesso à justiça”.

A alteração de formas procedimentais, a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais e a utilização de mecanismos informais de solução de litígios são fatores estimulados por essa Terceira Onda. “Esta fase preocupa-se com o emprego de técnicas processuais diferenciadas, para tornar a Justiça mais acessível, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de vias alternativas de solução de controvérsias”²⁶.

No julgamento de Adevanir Tura, “A Arbitragem veio, portanto, na crista dessa Terceira Onda, quando o Estado percebeu que não era capaz de prover a todas as necessidades para o equilíbrio social ao alcance da justiça, a distribuição do Direito, como também não era capaz de desafogar o Judiciário através de meios tradicionais”²⁷.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 283.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *op. cit.*, p. 71.

²⁶ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *op. cit.*, p. 94.

²⁷ TURA, Adevanir. **Arbitragem nacional e internacional** – curso prático. Leme (SP): JHMizuno, 2007. p. 47.

Criatividade e ousadia caracterizam o enfoque do acesso à Justiça. A publicação da Lei nº 9.099/1995, que instituiu os Juizados Especiais, bem como o uso da arbitragem, da mediação, da negociação e da conciliação e, ainda, a elaboração da Lei de Arbitragem brasileira, nº 9.307/1996, são reflexos diretos dessa Terceira Onda.

(...) promulgou-se a Lei 9.307, de 23.09.1996, que veio enaltecer o pensamento do acesso à ordem jurídica justa, dando clara *opção* ao jurisdicionado maior e capaz, através da convenção da arbitragem, resolver seu conflito que envolva direitos disponíveis perante o juízo arbitral e não o estatal, atribuindo o caráter de obrigatoriedade da cláusula compromissória, equiparando os efeitos da sentença arbitral à sentença estatal, sem necessidade de homologação²⁸.

Doutrinadores relacionam a arbitragem ao acesso à Justiça, à efetividade do processo e à pacificação dos conflitos, alegando ser um mecanismo alternativo de que os jurisdicionados possuem para resolver seus conflitos além de dispor do Poder Judiciário. Joel Dias Figueira Júnior afirma que “Não estamos diante apenas de um novo sistema processual, porquanto a Lei 9.307/96 representa muito mais do que isso, ou seja, significa verdadeira revolução em nossa cultura jurídica à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal e a privada, à escolha do jurisdicionado”²⁹.

Esse novo modelo DE LEGISLAÇÃO³⁰ – inversamente do que pensam alguns operadores e estudiosos do Direito – em nada afronta a Lei Maior, enfraquece ou desprestigia o Judiciário. Muito pelo contrário, vem para minimizar a crise jurisdicional e permitir ao Estado-juiz que dirija a sua atividade principal à solução dos conflitos que não podem, por questões de ordem pública, ser conhecidos pela justiça privada. Haverá sim – e o tempo há de ser a maior testemunha do que se afirma – o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação de nossa cultura jurídica, à medida que se oferecem ao povo mecanismos diversificados, alternativos, de composição de seus conflitos³¹.

Quando se pensa no *acesso à justiça*, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal *arbitral*, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social³².

²⁸ COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro** – de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24. (Destques do original).

²⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op cit.*, 1999. p. 110.

³⁰ Destaque e acréscimo da autora.

³¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op cit.*, 2000. p. 111.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Sentença arbitral. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Sapucaia da Sul (RS), Notadez, n. 290, ano 49, dez. 2001. p. 06.

Esse instituto não deve ser confundido como um serviço que elimina a atuação estatal, pois, em nosso ordenamento jurídico, existem, concomitantemente, os meios judiciais e extrajudiciais de resolução de contendas. Como dito alhures, a arbitragem é uma alternativa à jurisdição estatal disponibilizada e incentivada pelo Estado para uso dos jurisdicionados na tentativa de desafogar o Poder Judiciário e solucionar os conflitos sociais.

1.2. Juridificação, judicialização e uso da arbitragem

As mudanças ocorridas na sociedade, a partir do século XIX, o surgimento de novos grupos na sociedade, como os consumidores, a regulamentação de direitos sociais em texto da Constituição e o aumento de conflitos provocaram a necessidade de mudança estrutural do Poder Judiciário na tentativa de bem desempenhar a nova tarefa assumida pela forma de Estado interventor ou regulador das contendas que lhe são submetidas para análise e decisão.

Com a idéia de Estado de bem-estar, o Estado de direito passou a intervir diretamente na solução das crises da sociedade, o que não poderia ocorrer sem que essa intervenção, coerente com o caráter jurídico-formal do Estado de direito, estivesse condicionada a uma juridificação dessas soluções, mediante uma normatização de direitos e deveres. Dessa forma, os consumidores passaram a ser considerados como cidadãos e capazes de reivindicar direitos sociais perante o Estado, passando a questão social a ser encarada como questão política³³.

Na ordem jurídica atual, observa-se também a reconfiguração dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no avanço de algumas esferas sobre as outras e na prática de atividades originariamente de um Poder pelo outro. Não se vê mais a divisão de tarefas bem definida por Montesquieu na separação dos Três Poderes. Verifica-se a expansão do Poder Judiciário na esfera política, sobretudo diante da função criativa e legislativa do juiz. “Como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhe são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica e/ou de suas implicações econômicas, políticas e sociais, sente-se impelida a exercer uma criatividade decisória que transcende os limites da própria ordem legal”³⁴.

Mais do que interpretar as normas para aplicá-las ao caso concreto que lhe é posto para análise e resolução, o juiz, apoiado no ativismo jurídico, tem sido um verdadeiro

³³ VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia com pés de barro**: o diagnóstico de uma crise que mina as estruturas do Estado de Direito. Recife: Universitária da UFPE, 2006. p. 65.

³⁴ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil. In: LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto (org.). **Independência dos Juizes no Brasil**: aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: GAJOP; Bagaço, 2005. p. 27.

legislador, extrapolando sua função de intérprete-aplicador das leis. Exerce um papel de criador do direito, assumindo a função legislativa.

Essa função criativa, por vezes, é decorrência da delegação do próprio Legislativo ao Judiciário por diversas razões, entre as quais destacamos a existência de leis vagas e ambíguas, a inclusão de expressões com conceitos indeterminados ou imprecisos e a ausência de normas específicas para cada caso.

O fenômeno da judicialização já se verificava na doutrina norte-americana dos pesos e contrapesos (checks and balances) e no papel marcadamente político das Cortes com a atuação dos juízes federais como *policymakers* (formuladores de políticas), dotados do poder de elaborar políticas públicas, função até então exclusiva do Executivo e do Legislativo. O exemplo mais marcante dessa função legislativa do Judiciário, nos Estados Unidos, foi a solução do caso *Roe versus Wade*, cujo objeto da controvérsia – o aborto – não se encontrava disposto na Constituição daquele país³⁵.

Além da atuação dos juízes como *policymakers*, a judicialização também é percebida através da instituição de agências, conselhos, ouvidores, conciliadores e árbitros. Entre outras funções, esses órgãos e instituições também exercem a atividade julgadora e legislativa. É-lhes conferido o formato do processo judicial, onde se incluem os tribunais arbitrais.

José Emílio Nunes Pinto apresenta uma forte oposição à judicialização da arbitragem³⁶:

É justamente o Judiciário o poder que haverá de construir a jurisprudência da arbitragem, que aferirá o cumprimento das normas éticas pelos árbitros e partes, assim como sancionará os desvios ocorridos no procedimento arbitral. Ao não judicializarmos a arbitragem, estaremos implementando as disposições legais, reservando-se o Judiciário para que ele exerça o papel que a Constituição e a Lei de Arbitragem desenharam para que ele exercesse. Somente com um Judiciário forte e ativo, que construa e solidifique a jurisprudência sobre a arbitragem é que estaremos fortalecendo o instituto.

Os conflitos sociais estão ganhando uma nova roupagem: ao invés da luta pela institucionalização, busca-se uma interpretação desses direitos já institucionalizados. Trata-se da judicialização da política, fenômeno social recente na sociedade atual desenvolvido dentro de um campo de discussão mais limitado ao terreno da política, referindo-se à crescente

³⁵ LAIRSON, Albert. **The Power of the Judiciary**. Disponível em: <http://website.coshe.com/testapp/viewpaper2.aspx?id=b7a2590a-86cc-47a0-beab-e7e09e20cbdf>. Acesso em: 30 de julho de 2008.

³⁶ PINTO, José Emilio Nunes. **A arbitralização da Arbitragem**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 30 de julho de 2008.

expansão do Poder Judiciário e/ou dos métodos judiciais³⁷. Na compreensão de José Eduardo Faria,

A “judicialização” da política é um fenômeno complexo e envolve diferentes setores. Um dos mais conhecidos é a incapacidade do Estado de controlar, disciplinar e regular uma economia complexa e globalizada – com os instrumentos normativos de um ordenamento jurídico resultante de um sistema romano sem maiores vínculos com a realidade contemporânea³⁸.

Essa judicialização tem lugar a partir do que Habermas³⁹ denomina de juridificação da política ou positivação do direito natural, como uma espécie de impregnação do direito nas esferas da sociedade.

O aumento da procura do Poder Judiciário para a solução dos conflitos intersubjetivos por pessoas das diversas classes sociais demonstra a necessidade de ver a ameaça e a lesão aos direitos cessadas. A preocupação com a efetividade do processo e com os meios capazes de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, a partir de meados do século XX, é decorrência da transformação dos anseios da sociedade que almeja, cada vez mais, a proteção de seus direitos.

Em decorrência do crescimento dos conflitos sociais e da procura do Poder Judiciário para por fim à ameaça ou à lesão dos direitos, a Justiça passou a sofrer de um problema crítico: a sobrecarga dos tribunais. O volume de processos, em todas as esferas da Justiça estatal, cresce constantemente. As demandas versam sobre pretensões que, cada vez mais, exigem urgência e rapidez em sua solução.

Quase a totalidade das divergências sociais são entregues nas mãos desse Poder estatal para a obtenção de solução dos problemas dos diversos segmentos e grupos da sociedade, onde se incluem os consumidores. Verifica-se a judicialização da vida social, isto é, a transferência do conflito social para o Poder Judiciário⁴⁰.

O Estado vê-se incapaz, diante da alta demanda social na busca da jurisdição estatal para dirimir conflitos, em razão da insuficiência da estrutura material, instrumental e pessoal do Poder Judiciário. “O Estado encontra-se assim, visceralmente comprometido com o processo de acumulação”⁴¹. Um dos problemas societários gerado por essa transformação do

³⁷ SORJ, Bernardo, *op. cit.*, p. 102-103.

³⁸ FARIA, José Eduardo, *op. cit.*, p. 29.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 48.

⁴⁰ SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 118.

⁴¹ VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia com pés de barro**: o diagnóstico de uma crise que mina as estruturas do Estado de Direito. Recife: Universitária da UFPE, 2006. p. 62.

Judiciário foi o aumento de sua morosidade e de seus custos diante do crescimento da procura desse poder,

o que redundava particularmente no fato de que o acesso à Justiça passa a ser proibitivo para os mais desfavorecidos, o que permite aos mais poderosos, quando os favorece, proteger seus interesses refugiando-se em longos processos judiciais. Isso sem levar em conta que os mais desfavorecidos têm menos conhecimento de seus direitos e menos acesso à assistência jurídica. Dessa forma, paradoxalmente, à medida que aumenta a importância do Judiciário, em parte como expressão de um processo de expansão de direitos, os setores mais pobres têm menos condição de acesso à Justiça, o que leva os atores sociais em geral a buscar mecanismos mais eficazes, rápidos e baratos para resolver seus litígios fora do sistema judiciário⁴².

A morosidade enfraquece a capacidade do Estado de gerar legitimidade. Na opinião de Armando Castelar Pinheiro, “O judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios, o mais visível dos quais é a sua falta de agilidade (um problema que se tornou mais agudo com a Constituição de 1988) e o grande crescimento da demanda por serviços judiciais que ela ocasionou”⁴³. A prolação de uma decisão de mérito é retardada, sobretudo, pelo elevado e crescente número de causas submetidas ao Poder Judiciário em desproporção ao número de Órgãos da Justiça e seus auxiliares.

Esse doutrinador assinala, como causas da deficiência do Judiciário, “a instabilidade do arcabouço jurídico do país, o arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e a má formação de boa parte da magistratura e daqueles que, mais amplamente, poderiam se designar como ‘operadores do direito’: procuradores, advogados e funcionários dos diferentes órgãos do sistema de Justiça”⁴⁴

Mas a crise da jurisdição estatal está também intimamente ligada à inchação das funções e atribuições do estado-juiz, incompatível para atender satisfatoriamente às necessidades hodiernas dos jurisdicionados, razão pela qual urge reavaliar a jurisdição pública, adaptando-a aos novos tempos, de maneira tal que somente as demandas de caráter público (seja pela qualidade da parte ou natureza da lide) fiquem a cargo do Poder Judiciário, facultando o sistema normativo às partes a opção pela jurisdição privada ou paraestatal para a solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, segundo se verifica no novo regime arbitral instituído pela Lei n. 9.307/96 ou por técnicas diferenciadas de composição tais como a mediação, conciliação ou por intermédio da utilização dos mecanismos oferecidos alternativamente pela jurisdição pública, a exemplo dos Juizados Especiais Cíveis, como foro adequado para cognição e execução de menos complexidade e valor econômico menos expressivo⁴⁵.

⁴² SORJ, Bernardo, *op. cit.*, p. 113.

⁴³ *Idem, ibidem*, p. 246.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 247.

⁴⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999. p. 14.

O cotidiano mostra-nos o aumento da insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional por as instituições jurídicas públicas, em sua maior parte, não estarem atendendo aos anseios da sociedade, acarretando um sentimento, na população, de insegurança jurídica, incerteza e descrédito no Poder Judiciário.

Esse descontentamento em relação à Justiça “não é, porém, um fenômeno recente ou restrito ao Brasil, mas um sentimento antigo e amplamente disseminado”⁴⁶ gerado por diversos motivos, como o alto custo processual, onde se incluem as taxas judiciárias e os honorários advocatícios; ao excesso de formalismo; a morosidade da solução dos conflitos submetidos ao Juízo estatal, gerada por vários fatores, dentre os quais se aponta o interesse de grupos sociais em explorar a lentidão do Poder Judiciário para adiar mais ainda o cumprimento de uma obrigação; a carência de recursos; o formalismo processual exagerado e a deficiências do ordenamento jurídico.

O aumento do número de serventuários da Justiça e de magistrados e a modernização do Poder Judiciário, com a informatização dos processos e da criação de mecanismos de filtragem de processos, como os instrumentos de uniformização da jurisprudência, não têm alcançado seu principal objetivo – o acesso à Justiça, de modo que o pensamento de que a Justiça é lenta, inacessível, custosa e complexa persiste em grande parcela da população.

O jurisdicionado não fica satisfeito com tão somente a existência de meios solucionadores de seus conflitos, sejam públicos ou privados. É imprescindível que a conferência do direito a quem tenha razão ocorra com segurança e rapidez, observando-se o princípio constitucional do devido processo legal. “Assim, de nada valerão as normas constitucionais se o exercício do direito subjetivo pelo cidadão se torna inviável e sem a possibilidade de obtenção do resultado prático e almejado, diante da morosidade da máquina estatal e do labirinto processual que leva, na maioria dos casos, ao perecimento do objeto da disputa”⁴⁷.

Para tal, faz-se necessário que o acesso à justiça, entendido como acesso, pelos jurisdicionados, aos meios de solução dos conflitos, seja amplo e irrestrito e a ordem jurídica, justa, assegurando-lhes mecanismos hábeis a acarretar na satisfação da pretensão resistida de forma rápida, segura e adequada.

Entretanto, esse acesso, que deveria ser pleno e ao alcance de todos que fazem parte da camada social, tem sido falho, restringindo seu ingresso a uma parcela da população,

⁴⁶ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (orgs.) **Direito e Economia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005. p. 246.

⁴⁷ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. Brasília: Consulex, 2001. p. 65.

tornando-se os direitos sociais e individuais meras promessas, desprovidos de efetividade para aqueles que se encontram em posição marginalizada ao sistema judicial. Consta-se que o Poder Judiciário tem atendido mais àquelas pessoas que dispõem de recursos financeiros para pagar as custas e os altos honorários advocatícios.

A análise dessa problemática mostra-nos que o processo não vem cumprindo, com efetividade, sua função tutelar dos direitos, o que se obriga a rever a concepção de monopólio estatal da distribuição da Justiça. Eduardo Medina entende que “o movimento de acesso à justiça busca superar os obstáculos que impedem certos segmentos de obter a prestação jurisdicional”⁴⁸.

Os processualistas passaram a se preocupar com a busca crescente de um processo mais célere, econômico e efetivo. Uma das formas encontradas para solucionar o impasse da utilização do processo como meio solucionador dos conflitos foi a instigação ao uso de meios alternativos à jurisdição estatal, através de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

A grande procura pelo Poder Judiciário para solução de conflitos é respondida pelo Estado com a informalização da Justiça, a criação de tribunais especiais com a competência legal de solucionar pequenos litígios, o aparelhamento do Judiciário com recursos humanos e infra-estrutura e com a proliferação de mecanismos alternativos de resolução de contendas (negociação, mediação e arbitragem), além das inúmeras reformas processuais.

A reflexão acerca do abarrotamento do Poder Judiciário tem levado a doutrina nacional e internacional, bem como o próprio Estado, a analisar a possibilidade do uso de meios extrajudiciais para desobstruir esse Poder estatal e alcançar a justa composição. José Luis Monereo Pérez⁴⁹ ressalta a tendência da descentralização dos processos decisórios diante da produção privada de Direito. Rompe-se o monopólio estatal da produção normativa, atribuindo-se parte da atividade reguladora à autonomia privada. Carlos Bernet afirma que “El Estado estimula la creación de mecanismos alternativos que eviten la tradicional judicialización de los conflictos y aparecen instancias accesibles como la negociación, la mediación, la conciliación o el arbitraje”⁵⁰.

⁴⁸ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁹ MONEREO PÉREZ, José Luis. **Introducción al nuevo derecho del trabajo**: una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 1996. p. 181-182.

⁵⁰ BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes. El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario. FLORENSA I TOMÁS, Carles E. *et al.* **El Arbitraje de Consumo**: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 2004. p. 35.

Na era da pós-modernidade em que se vive, o Estado, que atuava como guardião da República, renuncia a seu papel de controle e de vigilância⁵¹. O enfraquecimento do Estado acarretou na atribuição de sua atividade jurisdicional a particulares, que buscam resolver os conflitos através da utilização de mecanismos alternativos, como a arbitragem.

A ineficiência e a ineficácia do Estado-juiz em solucionar os problemas sociais é uma realidade que se faz presente não somente no Brasil, mas em diversos outros países, cuja maioria optou por incentivar o uso desse meio extrajudicial de resolução das contendas. Essa forma de jurisdição privada “significa antes de tudo um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade que, por sua vez, procura se adequar às tendências do processo civil contemporâneo na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses”⁵².

A utilização da arbitragem é uma forma de privatização do domínio público, com a conseqüente diminuição da atuação estatal, fruto do neoliberalismo. A arbitragem é um instrumento que privatiza a justiça. A solução de conflitos deixa de ser um monopólio do Estado, através do Poder Judiciário, e passa a ser também uma atividade de juízes privados, onde “se vislumbra uma deliberada retirada por parte do Estado do seu papel ativo de intervenção nas relações entre os particulares, com o escopo de promoção social e possibilidade de cidadania ativa”⁵³.

Para remediar a falta do Estado e sua incapacidade de cumprir com as funções sociais⁵⁴, as técnicas da arbitragem devem ser utilizadas em complementação ao sistema tradicional, para a obtenção de melhores resultados.

⁵¹ DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. p. 82-83.

⁵² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 109.

⁵³ BARROSO, Fábio Túlio. Privatização das formas de solução de controvérsias, mitigação da função jurisdicional e do acesso à justiça. In: SEVERO NETTO, Manoel (Org.) **Direito, Cidadania e Processo**. Recife, FASA, 2006. p. 251.

⁵⁴ CADERMATORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas (SP): Millenium, 2007. p. 165.

CAPÍTULO 2.

ARBITRAGEM

2.1. Conceito e finalidade.

Embora o legislador brasileiro tenha tido a preocupação de elaborar uma legislação específica que trate do procedimento de solução de conflitos via arbitragem, não teve a mesma atenção quanto à definição desse meio extrajudicial solucionador de contendas, restando essa atribuição aos doutrinadores.

Derivado do latim *arbiter* (juiz, louvado, jurado), na linguagem jurídica, significa “o processo que se utiliza, a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas (...), como forma de composição extrajudicial de litígios”⁵⁵, cuja adoção exclui a apreciação da causa no âmbito judicial, mas não da jurisdição.

Surgido o conflito de interesses entre os particulares, pode dar-se a autocomposição, ou poden eles se encarregarem da resolução do litígio por uma pessoa, ou pessoas diversas, distintas dos interessados, terceiros, e estaremos diante da heterocomposição do conflito. Se esses particulares convergem as vontades no sentido de nomear um terceiro, com o objetivo de oferecer solução do litígio, suscetível de apreciação por este, que não o juiz estatal, comprometendo-se os figurantes, previamente, a aceitar sua decisão, temos a *Arbitragem*⁵⁶.

Adriano Perácio de Paula⁵⁷ entende ser incorreta a afirmação de que a arbitragem significa um processo, ainda que apenas estatalmente disciplinado e ordenado, explicando que o processo é privativo do exercício da jurisdição, que, em sua opinião, constitui-se numa atividade estatal. Entende tratar-se de procedimento arbitral, dotado de um ritual estabelecido legalmente com o escopo de por fim à litigiosidade entre as partes.

Afirma, ademais, esse doutrinador, que o uso do termo “lide”, no que tange à arbitragem, também apresenta incorreção por inexistir um conflito de interesses, que seja qualificado por uma pretensão resistida, entre as partes que buscam esse meio alternativo para a solução de suas contendas.

⁵⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro, Forense: 2001. p. 75.

⁵⁶ FURTADO, Paulo. **Juízo Arbitral**. 2. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995. p. 50. (Destaque do original).

⁵⁷ PAULA, Adriano Perácio de. Da Arbitragem nas Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 32, out. dez./1999, p. 59-60.

O conceito tradicional da arbitragem foi formulado por Matthieu de Boissésón, ao asseverar que “L’arbitrage est l’institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges”.⁵⁸

Freddie Didier Júnior define a arbitragem como “a técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, *heterocomposição*”⁵⁹, onde ocorre a terceirização da solução do conflito e o julgamento do caso por um terceiro escolhido pelas partes, não integrante do quadro do Poder Judiciário. É uma opção de que dispõem as partes para solucionar seus conflitos cujo objeto envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Trata-se de um “método, meio e modo adequado de solução de conflitos, disputas ou controvérsias entre particulares, por árbitro(s) de sua escolha, ou por indicação, excluindo-se, assim, a solução por meio de uma ação judicial”⁶⁰. “Verdadeira justiça privada praticada por e para particulares”⁶¹ e “meio paraestatal de solução de embates”⁶². “A arbitragem constitui-se por um acordo de vontade das partes que submetem a apreciação de determinadas questões litigiosas a um particular, com o propósito de excluir a decisão de suas pendências da via judicial”⁶³. “(...) constitui um fator de celeridade e dá maior liberdade para a parte atuar e solucionar o conflito de interesse”⁶⁴.

A arbitragem é considerada, por José Maria Rossani, como uma

técnica que visa a solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que possam ser valoradas economicamente, em que as mesmas possam dispor livremente em termo de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes, por delegação expressa destas, por meio de uma convenção privada, sem terem sido investidos nessas funções pelo Estado⁶⁵.

⁵⁸ BOISSÉSON, Matthieu de. **Le droit français de l’arbitrage interne et international**. Paris: Gide Loyrette Nouel Joly, 1990. p. 05 *apud* KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade** – de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 19. (A arbitragem é a instituição através da qual as partes confiam aos árbitros, livremente designados por elas, a missão de resolver seus litígios. (Tradução livre da autora)).

⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Freddie. **Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 73.

⁶⁰ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 15.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 23.

⁶² TURA, Adevanir, *op. cit.*, p. 53.

⁶³ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 78.

⁶⁴ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 29.

É uma especial modalidade de resolução de conflitos, que pode ser convencionalizada por pessoas físicas ou jurídicas dotadas de capacidade, cuja solução será obtida por meio da decisão do árbitro, mediante o proferimento de uma sentença com força de coisa julgada. Esses são juízes indicados pelas partes, ou por terceiros, mediante consentimento delas, ou nomeados pelo juiz estatal, em caso de haver ação de instituição de árbitro.

No entendimento de José Eduardo Carreira Alvim, “Esta definição põe em relevo que a arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por eles indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”⁶⁶.

A arbitragem, conhecida como justiça dos *experts* e instituto milenar de solução extrajudicial de solução de conflitos, tem, como uma de suas principais características, a informalidade. As partes envolvidas em um conflito podem estabelecer as regras que serão utilizadas para a solução de suas contendas e indicar, por sua livre vontade, as pessoas que decidirão as matérias postas em questão.

Rodrigo Almeida Magalhães afirma que esse instituto “é a intervenção imparcial de um árbitro com poder de decisão pautada em julgamento dos fatos à luz de uma estrutura legal e de procedimento”⁶⁷. Na compreensão de Sálvio de Figueiredo Teixeira, arbitragem “significa decisão por árbitro equidistante entre as partes, mas desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais”⁶⁸.

Scavone Júnior define esse instituto como meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente conhecedor da matéria controvertida, que proferirá, ao final, uma sentença dotada de eficácia executiva⁶⁹.

Na acepção de Antônio Walber Matias Muniz, “a arbitragem constitui mecanismo extrajudicial para a solução de controvérsias pelo qual as partes submetem seus litígios perante um tribunal arbitral constituído por juízes não togados, com competência para solucionar a lide e prolatar sentença que deverá ser obedecida pelas partes”⁷⁰.

Carlos Alberto Carmona descreve a arbitragem como “uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de

⁶⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁷ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁹ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 32.

⁷⁰ MUNIZ, Antônio Walber Matias. O direito internacional visto pelos tribunais internacionais: corte permanente de arbitragem – permanent court of arbitration. In: ARANA, Josyclyer e CACHAPUZ, Rozane da Rocha (coord.). **Direito internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 83.

uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”⁷¹.

Rozane da Rosa Cachapuz explica que “a arbitragem é considerada um instituto extrajudicial de solução de conflitos, delineada nos mesmos moldes da Uncitral, Convenção de Nova York e Convenção Espanhola, através da Lei 9.307/96”⁷².

A UNCITRAL, criada pela *United Nations Commission of International Trade Law* em 21 de junho de 1985, constitui-se num conjunto de regras composto de 41 artigos que tratam sobre a arbitragem. Por trazer normas de cunho geral, são utilizadas tanto no procedimento da arbitragem interna – objeto deste estudo, quanto na internacional.

A arbitragem internacional é um mecanismo pacífico de solução de conflitos internacionais, que, na lição de José Francisco Rezek, apoiado no conceito formulado pela Corte de Haia, são conceituados como “todo desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato, toda contradição ou oposição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estados”⁷³.

Guido Soares entende a arbitragem internacional como procedimento de solução de litígios entre Estados, pelos quais os conflitantes elegem um árbitro ou um tribunal especializado, dotado das qualidades da neutralidade e imparcialidade, para dirimir um conflito mais ou menos delimitado, segundo procedimentos igualmente estabelecidos diretamente por eles ou fixado pelo(s) árbitro(s)⁷⁴.

A lei de arbitragem espanhola, *Ley 36 de 05.12.1988*, em seu artigo 1, dispõe que “Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, em materias de su libre disposición conforme al derecho”. Essa lei foi substituída pela *Ley 60 de 23.12.2003*.

A utilização da arbitragem prescinde de um acordo entre as partes pela escolha da submissão da resolução do conflito através desse mecanismo extrajudicial, que pode ser formalizado mediante a inserção de uma cláusula compromissória ou do compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é conceituada no artigo 4º da LArb “a convenção através da qual as partes, em um contrato, comprometendo-se a submeter à arbitragem os litígios que

⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 33.

⁷² CACHAPUZ, Rozane da Rocha. Da arbitragem no Brasil e no mundo. In: ARANA, Josyclyer e CACHAPUZ, Rozane da Rocha (coord.), *op. cit.*, p. 328.

⁷³ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 327.

⁷⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 170/171.

possam vir a surgir relativamente a tal contrato”. Expressa a vontade das partes de, no futuro, terem seus litígios resolvidos por um Juízo Arbitral e não poderá ser estipulada oralmente, devendo sempre fazer referência ao contrato principal e estar inserida no contrato, escrita em negrito, ou em termo anexo, com o visto ou assinatura específica.

O artigo 8º da Lei 9.307/1996 estipula autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato a que se refere. A nulidade do contrato não implica, necessariamente, na nulidade da cláusula.

Por sua vez, o compromisso arbitral ocorre no ato conseqüente à celebração do contrato. Depois da instauração de um conflito, as partes decidem que será o mesmo solucionado por um árbitro, mesmo sem previsão contratual.

A diferença básica entre esses dois institutos, portanto, reside no momento de seu surgimento. Enquanto que a cláusula compromissória já surge antes de qualquer conflito, o compromisso arbitral somente vem a surgir após seu nascimento.

Diante da análise dos conceitos acima, percebe-se a presença de elementos fundamentais para a configuração do instituto da arbitragem: conflito ou controvérsia, árbitro escolhido ou indicado pelas partes e solução do conflito mediante a submissão voluntária das partes à decisão do árbitro nomeado, cuja finalidade última “é a de resolver, dirimir, dar fim aos conflitos surgidos ou que possam surgir entre as pessoas, físicas ou jurídicas, em suas relações de ordem pessoal ou negocial por e entre particulares”⁷⁵.

Instituto de jurisdição privada, a arbitragem, em síntese, constitui-se num meio extrajudicial de solução de conflitos previsto legalmente. É considerada, doutrinariamente, como um dos mecanismos de pacificação de conflitos sociais, cuja finalidade consiste na resolução de litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, com fundamento na ampla liberdade de contratação, em virtude de convenção ou cláusula compromissória, através de juízes privados, não designados por lei, mas pela vontade das partes.

Surgiu como mais um meio de que a sociedade passa a dispor para resolver seus conflitos, sobretudo no âmbito empresarial e comercial, berço de seu nascimento. É estatuída por acordo entre as partes, que definem o objeto do litígio e podem até mesmo escolher as normas de direito material a serem aplicadas na solução do litígio por um árbitro também de sua escolha.

⁷⁵ CAETANO, Luiz Antunes, *op. cit.*, p. 25.

2.2. Breve histórico

2.2.1. Panorama mundial

Faz-se importante analisar a história da arbitragem por ter sido o meio alternativo de solução de controvérsia de maior aplicabilidade e de maior repercussão na história do direito universal e “base de inspiração a outros modelos de resolução de contendas por cidadãos leigos⁷⁶”.

O estudo da história do processo, do qual faz parte a arbitragem, demonstra que, ao invés de os povos buscarem a guerra para resolver seus conflitos, procuram dirimi-los através de procedimentos pacíficos, como a arbitragem e a mediação.

A arbitragem, como alternativa de se obter a solução de conflitos, é antigo instituto, utilizado por estados e particulares há milhares de anos. De origem consuetudinária, noticia-se a presença desse instituto, na Babilônia, 3.000 anos a.C.⁷⁷, sendo, assim, um dos institutos jurídicos mais antigos. Entre os babilônios, tem-se notícia de soluções amigáveis através da arbitragem pública. Entre os hebreus, a arbitragem esteve presente desde 1300 a. C.. Havia um colegiado, a *Beth-Din*, formado por três árbitros, dotados de competência para todos os assuntos⁷⁸. Tratava-se de um Tribunal Arbitral.

Esse instituto jurídico é uma das formas de resolução de controvérsias mais antigas no mundo, tendo sido bastante utilizado na Idade Média e em tempos mais antigos, pois sua representatividade chegava até mesmo a evitar confrontos bélicos entre países⁷⁹. Esse instituto representa “o mais relevante meio de solução de conflitos por laicos e também o de maior repercussão na história do direito universal, tendo suas raízes fíncadas na Grécia e na Roma antigas⁸⁰”.

A Grécia antiga já conhecia e aplicava a arbitragem – proveniente de sua cultura – visto que, na mitologia, os conflitos entre os deuses e os heróis eram resolvidos por um terceiro; “deuses comuns uniam e aproximavam o povo grego, inspirando-o para soluções amigáveis de contendas”, coexistindo a arbitragem compromissória e a obrigatória⁸¹. Na mitologia grega, Páris, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando com árbitro entre Atena, Hera e Afrodite, para solucionar a disputa entre elas pela maçã de ouro destinada

⁷⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, 1999, p. 24.

⁷⁸ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, *op. cit.*, p. 32 e 33.

⁷⁹ TURA, Adevanir, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁰ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 19.

⁸¹ LEMOS, Eduardo Manoel, *op. cit.*, p. 25.

pelos Deuses a mais bela. Afrodite subornou o árbitro com a promessa de entregar-lhe o amor de Helena, que foi raptada por Páris, dando origem à Guerra de Tróia. Verifica-se o uso desse instituto entre os gregos também no âmbito do comércio internacional, no Tratado de Paz de 445 a. C., firmado entre Atenas e Espartas, e um tratado realizado entre os atenienses e os beócios, em 224 ou 245 a. C.⁸².

(...) seu maior desenvolvimento se deu na Grécia, considerado o berço da arbitragem e do Direito Internacional Privado. A prática da arbitragem era reflexo da própria religião grega cuja cultura trazia em sua mitologia a resolução das questões entre deuses e heróis através da presença de um terceiro chamado a intervir. A evolução do instituto acompanhou o desenvolvimento da sociedade grega, a princípio dentro da delimitação de cada cidade e, aos poucos, se inserindo e delimitando sua forma nos costumes, leis e tratados firmados entre as cidades gregas.

As características daquelas cidades propiciaram esse meio profícuo para desenvolvimento do instituto da arbitragem como a crença em deuses comuns a todos os gregos e, em decorrência dessa coincidência, a existência de valores comuns, que tornaram possível a proliferação e criação de normas válidas para todas as cidades, um direito intermunicipal.

Com o movimento de intercâmbio entre as cidades da sociedade helênica, além das fronteiras, passou a arbitragem, segundo o movimento de expansão, a ser utilizada nas questões intermunicipais; nesses casos, o direito a ser aplicado seria aquele comum a todas as cidades, tendo por base o compromisso arbitral ou cláusula compromissória inserta nos contratos ou tratados.

No decorrer da história grega, mesmo depois da criação e aperfeiçoamento do julgamento por juízes togados, árbitros públicos instituídos pelo Poder Político, a arbitragem particular não perdeu sua força, coexistindo com a jurisdição estatal e persistindo até o século II antes de Cristo, quando da dominação romana.⁸³

Todavia, foi em Roma que a arbitragem conheceu sua forma mais civilizada, graças a Justiniano, responsável pela elaboração de lei daquilo criado pelo costume. Foi determinada a vinculação das partes ao laudo arbitral e, aos árbitros, o dever de bem desempenhar sua atividade decisória. Diante do não cumprimento do que foi decidido na arbitragem, a parte poderia apresentar uma ação para compelir a outra a obedecer ao contido no laudo, mas o magistrado estava impedido de julgar o mérito da questão, de competência exclusiva do árbitro⁸⁴. Há previsão, nas Institutas de Gaio, em seu artigo 140, inciso III, da atuação de um terceiro para dirimir pendência entre as partes sobre o preço na compra e venda e na locação.

O fortalecimento desse meio de solução de conflitos ocorreu com a invasão da Germânia pelos romanos. “Após essa evolução, a igreja teve papel preponderante no desenvolvimento e aplicação da arbitragem, por meio de seu disciplinamento pelo Direito Canônico, emergente nos espaços deixados pelo Estado na idade média, vez que ele pouco se

⁸² LEMOS, Eduardo Manoel, *op cit.*, p. 26.

⁸³ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 21-22.

⁸⁴ LEMOS, Eduardo Manoel, *op cit.*, p. 26-27

empenhava na solução rápida dos conflitos decorrentes das mudanças surgidas ao fim do período feudal”⁸⁵.

Em Roma, onde a arbitragem antecedeu à própria solução estatal jurisdicionalizada, vigoraram tanto a arbitragem facultativa (*de receptis*), estabelecida por contrato entre os litigantes, fora da esfera da atividade judicial, quanto a arbitragem dita necessária ou obrigatória. “A função de juiz ou árbitro era um múnus público próprio dos cidadãos romanos das classes superiores, do qual muitos esforçavam-se por esquivar (...)”⁸⁶ O julgamento era realizado por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano⁸⁷, e tinha liberdade de proferir sua decisão sem, necessariamente, ter que obedecer a qualquer lei⁸⁸.

Os romanos, somente no final do século II d. C., já no período pós-clássico imperial, quando da chamada *cognitio extraordinaria* (ou *extra ordinem*), viriam a estabelecer a Justiça oficial, e com ela o Juiz estatal, o que se deu no momento em que o Magistrado romano, alto funcionário, mas até então sem poder jurisdicional, houve por bem chamar a si a responsabilidade de solucionar o litígio entre as partes em nome do Estado, missão que até então era exercida por um terceiro, particular, árbitro portanto, escolhido pelos contendores ou por indicação do Magistrado⁸⁹.

Durante a Idade Média, a arbitragem, bem como a mediação, encontrou campo de utilização no âmbito interno e internacional. A arbitragem, nesse período, foi bastante impulsionada, sobretudo diante da ausência de leis, falta de garantias jurisdicionais, fraqueza do Estado, incessantes conflitos entre Estado e Igreja e uma enorme variedade de ordenamentos. Surgia, nesse período, a arbitragem comercial, diante da preferência dos comerciantes na indicação de árbitros como solucionadores de suas contendas, por encontrar, neles, maior celeridade e eficiência em comparação com a prestação jurisdicional dada pelos tribunais oficiais.⁹⁰

Questões internas da Igreja e no interior das comunas eram resolvidas por esses institutos, onde se observa o importante papel da Igreja Católica ao favorecer soluções pacíficas de litígios fronteiriços e nas questões privadas. “O papa era o árbitro supremo, e os bispos, como senhores das terras, acentuaram o uso da mediação (*amicabilis compositor*). Os

⁸⁵ LEMOS, Eduardo Manoel, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op cit.*, p. 25.

⁸⁷ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, *op cit.*, p. 13.

⁸⁸ LEMOS, Eduardo Manoel, *op cit.*, p. 26.

⁸⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *op cit.*, p. 10. (Destques do original).

⁹⁰ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op cit.*, p. 26-27.

árbitros ficavam investidos de poderes, no compromisso arbitral (a nomenclatura dos árbitros, à época: *arbiter* ou *arbitrator*)”.⁹¹

Com o fim da supremacia do papado, o uso da arbitragem perdeu sua força, vindo a ser novamente utilizada em 1794, com o Tratado de Jay de Amizade, Comércio e Navegação entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, com a formação de uma comissão mista, composta por número ímpar de árbitros, tendo o objetivo de “fixar a identidade do rio Santa Cruz, fixar o pagamento a credores ingleses e cuidar das presas marítimas”⁹².

2.2.2. Brasil

Em nosso país, a arbitragem é conhecida desde os tempos da colonização portuguesa⁹³, época em que vigoraram as Ordenações Filipinas, que disciplinavam a arbitragem de maneira similar ao que a Lei nº 9.307/96 viria a regulamentar⁹⁴. Nessas Ordenações, ao lado das Afonsinas e das Manuelinas, havia inclusão de disposições sobre o juízo arbitral, regulamentado em sua forma obrigatória⁹⁵.

A Constituição Imperial de 1824, modificando o sistema previsto pelas Ordenações Filipinas, trazia previsão de sua aplicação, em seu artigo 160, que possibilitava a tomada das decisões das divergências jurídicas civis através de árbitros nomeados pelas partes, dispondo que “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros, se assim o convencionarem as partes”. Era a instituição da arbitragem facultativa.

O instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro tem suas origens ainda na época da colonização de Portugal, tendo em vista que, aqui, foram também aplicadas as Ordenações Portuguesas, onde já havia previsão do uso do juízo arbitral como método de solução de conflitos, antes mesmo de o Brasil organizar o seu próprio sistema judiciário separado do da Metrópole⁹⁶.

⁹¹ LEMOS, Eduardo Manoel, *op cit.*, p. 27-28. (Destques do original).

⁹² *Idem, op cit.*, p. 28.

⁹³ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem no Brasil**. Programa CACB-BID de Fortalecimento da Mediação e da Arbitragem Comercial no Brasil. Brasília (DF), 2001. p. 51.

⁹⁴ PENIDO, Laís de Oliveira. Arbitragem, instituto antigo com perspectivas revitalizadas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 62, n. 08, ago. 1998, p. 1064.

⁹⁵ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 27.

⁹⁶ LIMA, Leandro Rigueira Rennó. O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.) **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 127-128.

O Código Comercial de 1850, na linha do Código Comercial francês de 1807, “em aberto confronto com a Constituição do Império, instituiu o juízo arbitral necessário (forçado ou obrigatório) para determinadas causas, dentre as quais as surgidas entre sócios de sociedades comerciais, durante a sua existência ou por ocasião da sua liquidação ou partilha”⁹⁷.

Também havia previsão do juízo arbitral obrigatório nas causas comerciais no artigo 411 do Regulamento nº 737/1850, primeiro diploma processual brasileiro codificado.

A arbitragem obrigatória, utilizada nas causas comerciais, prevista no Código Comercial, Lei nº 556/1850, e no Regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, foi revogada pela Lei nº 1350 de 14 de setembro de 1866,⁹⁸ primeira legislação a dispor somente sobre arbitragem, tornando facultativo o juízo arbitral⁹⁹. Mesmo mantendo a arbitragem voluntária, a revogação desses dispositivos criou um verdadeiro desuso sobre a aludida instituição¹⁰⁰.

O Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867, que regulamentou a Lei nº 1.350/1866, alargou o âmbito das regras aplicadas pelo árbitro, a critério e mediante a autorização das partes e inseriu a possibilidade de julgamento por equidade¹⁰¹, critério que se expandiu para a legislação posterior.

Seu artigo 9º assim dispunha: “a cláusula de compromisso, sem a nomeação dos árbitros ou relativas a questões eventuais, não vale senão como promessa e fica dependente para a perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º, senão também sobre as declarações do art. 10”.

Pedro Antonio Batista Martins apresenta inúmeros exemplos de aplicação da arbitragem no início do século XVIII:

(...) as questões de fronteiras com a Argentina e a Guiana Britânica foram solucionadas, respectivamente, por laudos datados de 1900 e 1904. A questão do território do Acre com a Bolívia foi satisfatoriamente resolvida no ano de 1909. As reclamações mútuas com o Peru, em virtude de problemas surgidos nas localidades do Alto Juruá e Alto Purus foram encerradas por arbitragem em 1910¹⁰².

⁹⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 18.

⁹⁸ TURA, Adevanir, *op. cit.*, p. 19.

⁹⁹ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, *op. cit.*, 43.

¹⁰⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**: Doutrina – Legislação – Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 34.

¹⁰¹ Cf. PENIDO, Laís de Oliveira, *op. cit.*, p. 1064. Cf. LEE, João Bosco. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰² MARTINS, Pedro Antonio Batista, *op. cit.*, 1999, p. 25.

O Decreto nº 960, de 17 de dezembro de 1938, em seu artigo 59, vetou a instituição do juízo arbitral na cobrança de dívida ativa da Fazenda¹⁰³. As Constituições de 1946, de 1967 e de 1969 silenciaram-se a respeito da arbitragem, o que não impediu sua regulamentação no Código de Processo Civil de 1973.

O Código Civil Brasileiro de 1916 também tratava da arbitragem, em seus artigos 1037 a 1048, revogados, posteriormente, pela Lei nº 9.307/96, passando a ser prevista no Código de Processo Civil de 1939, que foi substituído pelo de 1973.

A arbitragem foi adotada, em sua modalidade facultativa, pelos Códigos de Processo Civil Brasileiro de 1939 e 1973, permitindo a submissão dos litígios à resolução pelos árbitros, mediante a instituição do uso da arbitragem em cláusula compromissória e a obediência a determinados requisitos. Entretanto, “essa cláusula era tratada como simples promessa de contratar, cuja inobservância não autorizava execução específica e se resolvia em perdas e danos caso a parte, após o surgimento do litígio, não se dispusesse a firmar o contrato definitivo”¹⁰⁴.

Os árbitros, que eram sempre em número ímpar, podiam decidir as questões de fato e de direito segundo o direito ou a equidade. Sua decisão, contudo, sujeitava-se à homologação judicial para adquirir eficácia executiva.

A Lei Adjetiva Civil de 1973 criava empecilhos à utilização da arbitragem. “Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o CPC não exibiam qualquer dispositivo a respeito); ao depois, o diploma processual, segundo a tradição de nosso direito, exigia a homologação do laudo arbitral”¹⁰⁵.

A exigência dessa homologação judicial retirava, desse instituto jurídico, suas principais características: celeridade e sigilo. Em razão disso, vários países aboliram a necessidade de submissão do laudo arbitral à homologação pelo juiz estatal, a exemplo da Espanha, em 1988, da Bélgica, em 1972 e da França, em 1980.

A cláusula arbitral, no Brasil, foi totalmente desprestigiada em nosso ordenamento jurídico até o advento da Lei de Arbitragem. O CPC de 1973, em seu artigo 301, inciso IX, só permitia a instauração do juízo arbitral se houvesse o compromisso arbitral, único instrumento hábil autorizador. A doutrina e a jurisprudência também contribuíram para o desprestígio dessa

¹⁰³ PENIDO, Laís de Oliveira, *op cit.*, p. 1064.

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, 1999, p. 707.

¹⁰⁵ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 22.

cláusula e para o abandono, pelos agentes do comércio, da escolha da solução de suas controvérsias através da utilização da arbitragem¹⁰⁶.

Embora inserida no CC e no CPC, no Brasil, a prática da arbitragem não era muito comum diante da dúvida em relação à efetividade da sentença e da obrigatoriedade do cumprimento daquilo estipulado através desse instituto. Antes da publicação da Lei nº 9.307/96, o juízo arbitral, no âmbito interno brasileiro, não tinha sido considerado seriamente porque os operadores do Direito não lhe deram o crédito devido. Não havia incentivo por parte dos advogados talvez por receio do afastamento de sua atuação nas causas que fossem submetidas à arbitragem. Também não havia interesse do governo também na implementação desse modo alternativo de solução de conflitos.

No cenário internacional, ao contrário, a arbitragem passou a ter cada vez mais adeptos, ocasionando a assinatura, pelo Brasil, do Protocolo de Genebra e do Código de Bustamante, em 1923, que, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 21.187, de 22.03.1923, introduziu a arbitragem facultativa nos Códigos de Processo Civil de 1939 e no de 1973. O Brasil também aderiu à Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, ratificada e promulgada em nosso país em 1975¹⁰⁷, somente promulgada em 09 de maio de 1996.

Em nosso Direito positivo, a arbitragem já era referida no Decreto (Regulamento) nº 737, de 25 de novembro de 1850. Mas, desde então, entre nós, tornou-se impraticável pelo formalismo de homologação da sentença arbitral pelo Juiz de Direito para sua exequibilidade (v. art. 436 do Regulamento), bem como reservava às partes o direito de apelar dela (v. art. 468, *idem*); assim era muito demorada a solução do conflito. Ocorria desinteresse pelo uso e prática da arbitragem. Era tanto quanto o mesmo uso de solução de qualquer questão pelo Poder Judiciário. Esses obstáculos de ordem processual legal perduraram até o advento de nossa atual Lei de Arbitragem, também denominada Marco Maciel, promulgada a 23 de setembro de 1996, que tomou o nº 9.307, como o modo e meio mais prático e adequado de solução de conflitos e controvérsias entre particulares¹⁰⁸.

A Constituição de 1934, em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “c”, trazia, como um de seus objetivos, o manejo da arbitragem no âmbito comercial, cuja competência para legislar sobre esse assunto pertencia à União. A Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984, ao regulamentar os Juizados Especiais de Pequenas Causas, trazia previsões a respeito da arbitragem facultativa após a tentativa de conciliação.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 23.

¹⁰⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, *op. cit.*, p. 34-35.

¹⁰⁸ CAETANO, Luiz Antunes, *op. cit.*, p. 24.

A Constituição de 1988, em seu artigo 98, inciso I, ensejou a elaboração da Lei nº 9.099/1995, que, revogando a Lei nº 7.244/1984, passou a dispor sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais, havendo previsão legal para o uso do juízo arbitral, desde que o laudo fosse homologado por sentença judicial. Ademais, diferentemente das Constituições que a antecederam, expressamente passou a consagrar o instituto da arbitragem nos §§ 1º e 2º do artigo 114.

Contudo, até esse momento, ainda não havia legislação brasileira suficiente para regulamentar todos os aspectos da arbitragem. Percebendo que o ponto de partida da alteração profunda do CPC de 1973 deveria decorrer da vontade da sociedade, depois de infrutíferas tentativas do governo federal, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação do advogado Petrônio Muniz¹⁰⁹,

no final de 1991, lançou-se a *Operação Arbiter*, exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo eficaz e célere para a solução de controvérsias¹¹⁰.

Em 05 de novembro de 1991, foram iniciados os trabalhos para a elaboração do anteprojeto de lei, mediante a constituição de um grupo de trabalho (Comissão relatora) formado por: Selma Maria Ferreira Lemos, Pedro Antonio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, com o apoio e sugestões de diversas classes sociais, a exemplo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, representantes de escritórios de advocacia de São Paulo e do Rio de Janeiro.

A lei-modelo da arbitragem internacional – a UNCITRAL, aprovada, definitivamente, em 1985, e incorporada pelo Brasil, “serviu de inspiração ao legislador brasileiro na elaboração da Lei nº 9.307/96”¹¹¹. A Comissão relatora do anteprojeto buscou subsídio também na legislação espanhola de 1988, nas disposições das Convenções de Nova Iorque de 1985 e do Panamá de 1975¹¹².

Após a apreciação e incorporação de sugestões apresentadas a essa Comissão, a versão final do anteprojeto foi apresentada e discutida no Seminário Nacional sobre a Arbitragem, realizado na cidade de Curitiba, no dia 27 de abril de 1992.

Finalmente, em 03 de junho de 1992, o então Senador Marco Maciel apadrinou o referido anteprojeto levando-o à apreciação do Senado Federal, na forma do Projeto de Lei nº

¹⁰⁹ GARCEZ, José Maria Rossani, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 27. (Destaques do original).

¹¹¹ LEMOS, Eduardo Manoel, *op. cit.*, p. 29.

¹¹² CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 29.

78/1992¹¹³, tendo sido totalmente aprovado e remetido para avaliação dos Deputados Federais, onde sua tramitação foi lenta¹¹⁴.

Em nosso ordenamento jurídico, foi introduzida a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, publicada no Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1996, com vigência a partir de 23 de novembro do mesmo ano. “Esse texto derroga as disposições do Código Civil e do CPC e torna-se a única regulamentação interna gerenciando a arbitragem no direito brasileiro”¹¹⁵.

Com a recentíssima Lei n. 9.307, de 23-9-96, altera-se profundamente a história do instituto da arbitragem em nosso País. Após diversas tentativas, que se frustraram, logrou aprovação no Congresso Nacional iniciativa do “Instituto Liberal de Pernambuco”, que, unindo-se ao empresariado e às instituições jurídicas nacionais, no Legislativo teve o alto patrocínio e inspiração do então Senador Marco Maciel¹¹⁶.

Com a promulgação da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte, a sociedade brasileira passou a contar com mais um instrumento regulador de suas relações. Em vez de procurar o Judiciário à busca de solução dos conflitos, as pessoas envolvidas em disputas, cujas matérias tratavam de direitos disponíveis, podiam utilizar essa Legislação para resolver conflitos.

“Após longo debate no Congresso Nacional e sob o incentivo e aplausos do empresariado, surgiu, finalmente, a Lei nº 9.307, de 23/9/96, que superou os velhos entraves de nosso direito positivo à efetiva implantação da arbitragem”¹¹⁷. Essa Lei de Arbitragem brasileira, “diploma dinâmico, enxuto e atual, que surge como ponto de partida para a prática da Arbitragem no Brasil”¹¹⁸, estabeleceu novos parâmetros para o procedimento da arbitragem no Brasil, uniformizando-o num único diploma legal. Responsável pela especificação, com clareza, de pontos anteriormente dúbios, essa legislação dirimiu a incerteza quanto a sua eficácia ao dispor sobre a desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral. O artigo 41 da nova lei trouxe alteração ao inciso VI do artigo 584 do CPC, que dispunha, antes de sua alteração pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, ser a sentença arbitral um título executivo judicial.

“As duas maiores inovações foram, sem dúvida, a eliminação da homologação judicial, transformando o pronunciamento arbitral numa verdadeira e completa sentença; e a

¹¹³ TURA, Adevanir, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 31.

¹¹⁵ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, 1999, p. 708.

¹¹⁸ TURA, Adevanir, *op. cit.*, p. 17-18.

força cogente da cláusula arbitral, que não mais poderá ser frustrada pela unilateral resistência de um dos contratantes ao aperfeiçoamento do definitivo compromisso arbitral”¹¹⁹.

A nova Lei de Arbitragem, “priorizando o princípio da autonomia da vontade, em sede de direitos patrimoniais disponíveis, permitiu às partes que efetivamente abram mão da tutela jurisdicional estatal (heterocomposição judicial), buscando em sede privada a solução da controvérsia (heterocomposição extrajudicial)”¹²⁰. Essa lei não permite o constrangimento de outrem a utilizar a arbitragem. Seu uso é facultativo, dela valendo-se apenas aqueles que assim desejarem.

Uma de suas linhas mestras reside, portanto, no princípio da autonomia da vontade, donde se conclui que “A arbitragem é o exercício da autonomia da *voluntas* dos contratantes”¹²¹. “Com efeito, a Lei 9.307/96 inseriu o Brasil no grupo dos países que possuem uma legislação arbitral adaptada à realidade, propiciando a viabilidade do instituto e efetivando a participação do povo na administração da justiça.”¹²²,

2.3. Natureza jurídica

Natureza jurídica corresponde ao estudo da compreensão teórica dos institutos jurídicos e “se revela pelos requisitos ou atributos essenciais *e que devem vir com a própria coisa*”¹²³. A importância da averiguação dessa matéria reside na delimitação da atuação dos árbitros e na definição do contorno da obrigatoriedade do cumprimento da decisão proferida por eles.

Duas principais correntes doutrinárias procuram explicar a natureza jurídica da arbitragem, sendo uma sob o enfoque contratual, criada por Chiovenda, e a outra, jurisdicional, de titularidade de Mortada, ao lado da corrente mista ou eclética, idealizada por Carnelutti¹²⁴.

Os adeptos da corrente contratual ou privativista adotam, em sua substância, a premissa da formação da arbitragem através da autonomia da vontade das partes, que se constitui num “dos fundamentos da arbitragem, encontrando-se onipresente neste instituto”¹²⁵ e que “a decisão do árbitro não tem força jurisdicional, pois continua sendo, na sua essência, a

¹¹⁹ *Idem, op. cit.*, 1999, p. 708.

¹²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, abr.-jun./2002, ano 27, n. 106, p. 190.

¹²¹ PAULA, Adriano Perácio de, *op. cit.*, p. 52.

¹²² RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 32.

¹²³ SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 550.

¹²⁴ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, *op. cit.*, p. 35.

¹²⁵ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 21.

extensão do *acordo* celebrado entre as partes, terreno exclusivo do direito obrigacional”¹²⁶. A falta de império do árbitro acarreta na impossibilidade de exercer coação sobre os particulares para a obtenção do cumprimento forçado de determinada conduta, reforçando, essa teoria, a idéia de que o árbitro não exerceria uma verdadeira jurisdição.

A formação da instância arbitral se estabelece pela autonomia da vontade das partes, traduzindo a liberdade contratual de dispor sobre a sua esfera de patrimonialidade. Através de um negócio jurídico processual (*convenção arbitral*), as partes atribuem o julgamento de suas controvérsias ao Juiz privado, sabendo de antemão que sua decisão é reconhecida pelo ordenamento jurídico como idônea para compor a lide. Efetivamente, a reconhecimento estatal opera pela equivalência que a norma processual outorga aos elementos da arbitragem¹²⁷.

Adotando essa corrente, Eduardo Borges de Mattos Medina conceitua a arbitragem como “meio de solução de conflitos em que as partes confiam a missão de resolver seus litígios a um terceiro, denominado árbitro, desprovido de poder estatal.”¹²⁸

Adevanir Tura expressa opinião no mesmo sentido ao explicar acerca da arbitragem: “Sua definição parece meramente *contratual*, tendo em vista que este Instituto resulta de vontade entre as partes, isto é, constitui uma espécie de negócio jurídico de natureza *bilateral*. Por ser de natureza contratual, verifica-se que a Arbitragem utiliza como sustentáculos os princípios norteadores dos contratos (...)”¹²⁹.

O caráter jurisdicional da arbitragem encontra-se presente no fato de que as partes, ao procurarem esse meio extrajudicial para solução de suas contendas, objetivam uma decisão que contenha a mesma eficácia de uma sentença judicial com força executiva. Trata-se do exercício da função jurisdicional por um terceiro. “A relação de equivalência entre as funções do Magistrado e do árbitro é mais um indício que revela à arbitragem o atributo jurisdicional”¹³⁰. Os árbitros são juízes não porque as partes escolheram-no, mas, fundamentalmente, porque o Estado consentiu em dar-lhes esse caráter. O laudo proferido pelo árbitro adquire nuances próprias de uma sentença proferida por um juiz pertencente à jurisdição estatal.

Paulo Furtado, ao explicar o pensamento dos doutrinadores que depositavam, na arbitragem, o caráter jurisdicional, antes da inclusão, em nosso ordenamento jurídico, da

¹²⁶ COSTA, Nilton César Antunes da, *op. cit.*, p. 56. (Destques do original).

¹²⁷ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 72. (Destques do original).

¹²⁸ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁹ TURA, Adevanir, *op. cit.*, p. 20. (Destques do original).

¹³⁰ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 31.

desnecessidade da homologação da sentença arbitral, afirmou que a corrente publicista - também chamada de jurisdicionalista:

(...) atribuía à arbitragem natureza jurisdicional, baseando-se em que os árbitros são designados pelas partes, mas é da lei que deriva o poder de julgar (...). A corrente jurisdicionalista, à qual se filiavam também aqueles que se referiam a *exercício privado de funções públicas*, chegava a ver nos árbitros verdadeiros e próprios juízes; no compromisso, uma ampliação da jurisdição; no laudo (mesmo antes de homologado), uma verdadeira sentença; na homologação, um simples ato administrativo; e na responsabilidade dos árbitros, uma responsabilidade análoga à dos juízes togados¹³¹.

Joel Dias Figueira Júnior também defende a natureza jurídica da arbitragem como atividade jurisdicional, antes mesmo do advento da Lei nº 9.307/96:

Podemos afirmar, então, categoricamente, que o juízo arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96 apresenta **natureza jurisdicional**. Está-se, portanto, diante de verdadeira **jurisdição de caráter privado**. Aliás, o novo microsistema que contempla o juízo arbitral não permite, ao nosso entender, outra conclusão. Isso porque inexistente qualquer óbice para que o Estado delegue aos juízes privados parcela do poder que detém para dirimir conflitos, ressalvadas as hipóteses vedadas por lei, seja de ordem pública, tendo em consideração a natureza da lide ou a qualidade das pessoas (art. 1º). Em outros termos, os litigantes estão legitimados para não acorrer ao Judiciário diante da manifestação contratual prévia e voluntária de ambos, cuja validade é reconhecida pela ordem jurídica vigente definida no novo microsistema arbitral.¹³²

João Bosco Lee e Clávio de Melo Valença Filho fazem a seguinte ressalva: “O árbitro, ao ser designado pelas partes para exercer essa função, assume a posição de juiz da causa, cumprindo sua missão jurisdicional ao proferir a sentença que decide a controvérsia. Desta forma, como a sentença judicial, a sentença arbitral se impõe às partes e é obrigatória, tendo força de coisa julgada¹³³”.

E afirmam ainda: “Quanto aos poderes de julgador, verifica-se que o juiz estatal, no exercício de suas funções, tem o poder de dizer e de aplicar o direito, dispondo de meios coercitivos para atingir este fim. O tribunal arbitral, por sua vez, não tem o *imperium*, exercendo apenas o poder de *jurisdictio*, ou seja, sua decisão tem força de coisa julgada, mas ele não pode executá-la, cabendo ao juiz estatal a missão de fazê-lo”¹³⁴.

¹³¹ FURTADO, Paulo, *op. cit.*, p. 40. (Destques do original).

¹³² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, 2000, p. 289-290. (Destques do original).

¹³³ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 24.

¹³⁴ *Idem*, *op. cit.*, p. 27. (Destques do original).

Rodrigo Almeida Magalhães vê, na arbitragem, “(...) o único equivalente jurisdicional, já que a solução do problema é dada por um terceiro. (...) A Arbitragem não é jurisdição, mas equivale a ela, uma vez que apresenta todas as suas funções”¹³⁵. O sistema de arbitragem

No constituye un órgano del poder judicial, ni constituye un sistema paralelo al sistema judicial, pero posee una cierta naturaleza de éste, pues el arbitraje constituye un “equivalente jurisdiccional” que permite a las partes intervinientes obtener los mismos objetivos que se obtiene con la jurisdicción civil y que se concreta con la obtención de una decisión que termina definitivamente el conflicto existente y que produce los “efectos de ser considerado como cosa juzgada” (...). En efecto, la Constitución no ha pretendido en ningún momento crear un nuevo sistema en paralelismo y en contraposición con el poder judicial. No hay alteración del sistema de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial).”¹³⁶

Há, ainda, uma terceira corrente, a eclética, que enfoca a origem contratual e a função jurisdicional desse instituto. A definição da natureza jurídica da arbitragem como híbrida ou mista leva em conta o fato de que as partes, ao firmarem um pacto para pôr fim às controvérsias de natureza patrimonial, estão utilizando-se de um sistema convencional para estabelecer uma forma de jurisdição. De acordo com essa teoria, a arbitragem é convencional em sua origem, por ter seu surgimento em um contrato, e jurisdicional em razão de sua função solucionadora de conflitos.

Tarcísio Araújo Kroetz explica a natureza mista da arbitragem: “A arbitragem, como instância jurisdicional de origem contratual, possui uma natureza mista: privada e pública. Ela é privada pela sua origem convencional, fundamentada no princípio da autonomia das partes, e pública pela sua função jurisdicional de resolver o litígio”. E continua:

A arbitragem jurisdicional, segundo corrente que a sustenta, decorre fundamentalmente da finalidade que o instituto preconiza. Apesar do reconhecimento de sua origem contratual, a arbitragem caracteriza-se por sua função, que é jurisdicional. Ninguém ousa discordar de que a escolha da solução arbitral é fruto da autonomia da vontade das partes. Assim, a arbitragem constitui-se por um ato de vontade dos contratantes que desejam atribuir efeitos jurisdicionais ao seu pacto. O reconhecimento da natureza contratual na sua formação não descaracteriza a jurisdicalização da arbitragem, devido ao resultado que esta objetiva¹³⁷.

Laís de Oliveira Penido sustenta, claramente, a natureza jurídica híbrida da arbitragem, onde as naturezas contratual e jurisdicional encontram-se em um processo de fusão, explicando que “A arbitragem exsurge de um *acordo privado e consensual*, no qual uma terceira pessoa, não-investida na atividade jurisdicional pelo estado, resolverá o litígio que lhe

¹³⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida, *op. cit.*, p. 29 e 30.

¹³⁶ BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁷ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 21-22.

é apresentado concretamente; mas, também, tem *caráter jurisdicional* porque põe fim à controvérsia e tem sua eficácia reconhecida e executável pelo Judiciário”¹³⁸.

Na compreensão de Adriano Perácio de Paula, a arbitragem representa um equivalente jurisdicional porque atua no lugar da jurisdição, sem com esta confundir-se. Na arbitragem, estão presentes os fundamentos básicos de um contrato com suporte na jurisdição, como na execução da cláusula arbitral, na nomeação de árbitros e no controle de nulidade da sentença arbitral. Deixando transparecer sua adoção pela natureza mista da arbitragem, explica que

Quando muito é de se admitir que se trata de uma forma de justiça, realmente complexa, sobretudo dada à sua natureza não ser aquela exclusivamente contratual, visto que, se seus fundamentos são um ajuste de vontades, o seu resultado guarda, por outro lado, similitude com a solução judicial. Complexidade esta que se amplia, quando se verifica que a justiça arbitral possui um acento de efemeridade. É a justiça daquele momento, para aquelas partes e para aquela dada situação (...) ¹³⁹.

Acredita-se que o legislador brasileiro, ao promulgar a LArb, deixou transluzir sua opção pela tese jurisdicionalista. É o pensamento de vários doutrinadores, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior:

O novo sistema implantado entre nós rompeu completamente com o antigo regime do Código Civil e do Código de Processo Civil, conferindo ao decisório arbitral o *nomem iuris* de sentença e força de coisa julgada bem como de título executivo judicial sem qualquer interferência da justiça oficial (art. 31). Além disso, a Lei 9.307 declara, expressamente, que o árbitro, no exercício de suas funções, equipara-se aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal (art. 17), e que, para os fins processuais, é ele ‘juiz de fato e de direito’, pelo que sua sentença ‘não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário’ (art. 18).

Fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário ¹⁴⁰.

Da mesma forma que um juiz, o árbitro decide um litígio, proferindo uma sentença, que tem valor de título executivo judicial, consoante disposto no artigo 31, da LArb, e não se sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18), salvo se as partes estipularem diversamente. A sentença judicial e a arbitral diferem entre si quanto à origem. A competência do árbitro tem origem na autonomia da vontade das partes e restringe-se ao caso

¹³⁸ PENIDO, Laís de Oliveira, *op. cit.*, p. 1066. (Destaques do original).

¹³⁹ PAULA, Adriano Perácio de, *op. cit.*, p. 57.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, 1999. p. 709. (Destaques do original).

que analisa, enquanto que a atuação do juiz emana da vontade do Estado e é vitalícia, enquanto perdurar sua condição de magistrado. “O exercício da função jurisdicional, ainda que seja pretendido pelas partes, não decorre de sua vontade, mas da lei. Uma vez constituído o juízo arbitral, as partes se submetem à sentença arbitral proferida por força de disposição legal”¹⁴¹.

Tecendo comentários acerca da Lei de Arbitragem brasileira, Luiz Antunes Caetano explana que essa legislação “conferiu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial do Poder Judiciário, bem como conferiu ao árbitro os poderes de juiz de fato e de direito, e ainda estatuiu que a sentença arbitral não está sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário”¹⁴².

Paulo Furtado, defensor da natureza jurisdicional da atividade do árbitro, adverte que a definição do juízo arbitral sob a forma de negócio jurídico processual não afasta o exercício da jurisdição, tomada como um conceito abstrato, por esse terceiro eleito com a função de proferir a sentença, resolvendo as pendências judiciais ou extrajudiciais das partes que o elegeram.¹⁴³

No juízo de Tarcísio Araújo Kroetz, “a obediência do rito do juízo arbitral proposto pelo ordenamento processual brasileiro por si só representaria o caráter jurisdicional da arbitragem”¹⁴⁴. E também assevera que “a lei, ao regulamentar a arbitragem e ao propiciar alternativas de solução de controvérsias, nada mais faz do que atingir a garantia jurisdicional preconizada na Constituição”¹⁴⁵.

Carreira Alvim também é um grande defensor da natureza jurisdicional da arbitragem e ressalta que “Sem dúvida, a arbitragem brasileira, por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo, mais, depois da Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes”¹⁴⁶.

Carlos Alberto Carmona, um dos integrantes da Comissão relatora do anteprojeto que deu origem à Lei de Arbitragem brasileira, assevera que a arbitragem, de origem contratual, foi criada para fazer face aos anseios da sociedade, obedecendo-se o princípio do devido processo legal, conforme opinião abaixo transcrita:

¹⁴¹ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁴² CAETANO, Luiz Antunes, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴³ FURTADO, Paulo, *op. cit.*, p. 45 e 61.

¹⁴⁴ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁵ *Idem*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 46.

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.

Observa-se que a maioria dos doutrinadores optou pela corrente processualista ou publicista, pela qual também filia-se por entender que o árbitro, escolhido pelos particulares que almejam a obtenção da solução de suas contendas, assume uma função pública ao exercer funções jurisdicionais e, conseqüentemente, a decisão do árbitro torna-se uma verdadeira sentença, dotada de força obrigatória, sobretudo diante da desnecessidade de sua homologação perante os órgãos públicos. “(...) ao proferir o laudo, outra coisa não faz o árbitro senão dizer o direito, com a mesma intensidade com que o faz o Estado, e, portanto, autoritativa”¹⁴⁷.

Como o Estado encontra-se incapaz de prover a tutela jurisdicional efetiva, é de seu interesse que os conflitos sejam solucionados através do uso de meios extrajudiciais, sem que haja necessidade de sua intervenção. Contudo, a cláusula compromissória, ao prever o uso da arbitragem, não acarreta na exclusão total da jurisdição estatal, mas tão somente na escolha da via extrajudicial para o proferimento da decisão de mérito, uma vez que a própria Lei de Arbitragem traz previsão da participação complementar do juiz estatal, a exemplo da formação do juízo arbitral, interferindo na nomeação do árbitro, se as partes não acordarem sobre esse aspecto.

Francisco Sierra Corrales, apresentando protesto à formação de Junta Arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, afirma que esse afastamento do Estado e a entrega da solução das controvérsias nas mãos dos particulares é fruto do neoliberalismo.

Una de las instituciones que la burguesía imperialista neoliberal empezó a dismantelar, y avanzó mucho en esa obra, fue los tribunales y jueces independientes, imparciales y autónomos mantenidos y formados por el estado. El neoliberalismo privatizó la administración de justicia por intermedio, precisamente, de estos tribunales arbitrales, en donde los jueces son tarifados, entiéndase pagados por las partes (...)¹⁴⁸.

¹⁴⁷ FURTADO, Paulo, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁸ CORRALES, Francisco Sierra. Sidorista: **No a la junta de arbitraje**. Disponível em: <http://www.aporrea.org/trabajadores/a51746.html>. Data de publicação: 25 de fevereiro de 2008. Acesso em: 18 de junho de 2008.

A Lei nº 9307/96, ao facultar aos jurisdicionados a opção da arbitragem como forma de composição de seus litígios sem a intervenção do Estado, atribui-lhe o caráter jurisdicional que, ordinariamente, compete a este último. O exercício da arbitragem, com respeito aos limites estabelecidos pela lei, realiza função jurisdicional, que ela própria preconiza. É o que preconiza Eduardo Manoel Lemos, ao enfatizar a natureza jurisdicional desse instituto jurídico:

Consoante o contorno jurídico conferido pela Lei 9.307/96 ao instituto da arbitragem, torna flagrante seu caráter jurisdicional (art. 31), diante do grau de liberdade e autonomia perante as partes e o próprio Poder Judiciário, cujas hipóteses de revisão são diminutas no mérito das decisões arbitrais, sendo o juiz togado acionado unicamente para determinações cautelares ou coercitivas (atos de império), cujo deferimento condiciona-se, tão-somente, à ordem pública ou à ausência de formalidade essencial.

Não há como prosperar qualquer tentativa de ressuscitar a teoria privatística, vez que não acatada em nosso sistema legal.¹⁴⁹

A falta de império não representa um empecilho ao uso da arbitragem, uma vez que as partes, ao optarem por essa forma alternativa e extrajudicial, inclinam-se, naturalmente, a cumprir, espontaneamente, o que for determinado pelo árbitro ou tribunal arbitral. “Hoy se entiende que el arbitraje nunca puede ser forzoso, porque su base legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes, que confían en la solución que provoca y propicia”¹⁵⁰.

A escolha da arbitragem implica a submissão da decisão proferida pelos sujeitos indicados pela lei, na forma por ela estabelecida, para conclusão de sua tarefa. Cabe somente aos árbitros a realização dessa função, que, por natureza, é de caráter jurisdicional.

2.4. A jurisdição estatal e a jurisdição privada

Quando um conflito de interesse adquire relevância jurídica, surge um conflito, que pode ser solucionado através do juízo estatal ou do juízo arbitral, desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis. Na utilização da arbitragem, “não há renúncia nem revogação da justiça estatal, que fica apenas neutralizada pela escolha feita pelas partes”¹⁵¹. A previsão legal desse instituto representa, diante da prestação jurisdicional estatal, a disponibilização de um meio extrajudicial e alternativo para solucionar conflitos.

¹⁴⁹ LEMOS, Eduardo Manoel, *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁰ GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño; MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. **Derecho Procesal Civil II**. v. II. Oviedo (Espanha): Forum, 2003. p. 902.

¹⁵¹ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 103.

Antes de o Estado passar a deter a função jurisdicional, o terceiro solucionador da contenda poderia ser um árbitro escolhido de acordo com a vontade dos litigantes (arbitragem facultativa), auxiliados pelo Estado quanto à efetivação das decisões¹⁵². “A arbitragem e o julgamento das lides, em seu início, era função que competia aos sacerdotes, anciãos ou qualquer outra pessoa destacada em seu clã de origem”¹⁵³.

Com a supressão, praticamente absoluta, do uso da autotutela, os árbitros e os tribunais arbitrais passaram a ter extrema relevância na solução dos conflitos, atuando como substituto imparcial das partes ao realizarem a função cognitiva das pretensões, compondo-se a lide.

Diplomas legais têm surgido com a finalidade de acelerar a tutela jurisdicional, onde se inclui a Lei de Arbitragem brasileira. Essa lei permite que, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, as partes abram mão do uso do Poder Judiciário e possam submeter seu conflito para solução mediante uma terceira pessoa: o árbitro (heterocomposição extrajudicial).

Quando o Estado permite que as partes interessadas se valham do juízo arbitral, não está, na verdade, transigindo com o monopólio da jurisdição, mas, ao contrário, reafirmando-o na medida em que permite que *órgãos-pessoa* (juízo arbitral) sejam investidos do poder de julgar; e reafirmando-a quando impõe determinados princípios a serem observados na formulação desse juízo, reconhecendo-o legítimo, no mesmo pé de igualdade com o formulado pelos *órgãos-ente* (juízo estatal), integrantes do próprio Poder Judiciário.¹⁵⁴

Dotou, o procedimento de instituição do juízo arbitral, de instrumentos eficazes, tais como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, passíveis de serem utilizados tanto no âmbito nacional quanto no internacional, “em tudo semelhante ao juízo formulado pelo juízo estatal, com idêntica eficácia e finalidade”¹⁵⁵.

“Entretanto, embora estejamos falando de solução de controvérsias por terceiro, escolhido pelas partes, não podemos negar o caráter jurisdicional do instituto”¹⁵⁶. Tanto o juízo estatal quanto o arbitral são jurisdições: “uma feita diretamente pelo Estado, por seus próprios órgãos, e outra, por particulares, com o consentimento estatal”¹⁵⁷.

Sálvio de Figueiredo Teixeira afirma que, por ser o árbitro um juiz de fato e de direito, consoante disposto no artigo 18 da Lei de Arbitragem, embora não integrante do Poder Judiciário, exerce a jurisdição, no sentido lato, por contribuir para a pacificação social, ao

¹⁵² BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵³ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 35. (Destques do original).

¹⁵⁵ *Idem*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *op. cit.*, p. 190.

¹⁵⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 104.

dirimir conflito de interesses¹⁵⁸. Diferentemente, entende Thereza Christina Nahas ao afirmar que “Os árbitros não estão compreendidos na atividade jurisdicional, sendo suas atividades extra-estatais”¹⁵⁹.

A jurisdição nasce como uma das funções exclusivas do Estado. “É através dela que o mesmo entra como um terceiro substituto das partes titulares dos interesses envolvidos, solucionando o conflito em concreto, fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide, caracterizando-se, ainda, pela imparcialidade e neutralidade”¹⁶⁰.

A não consideração da arbitragem como instituto jurisdicional tornaria a própria lei que a regulamenta como inconstitucional, esbarrando-se no princípio do não afastamento da tutela jurisdicional em casos de lesão ou ameaça a direitos, contido no artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior.

Embora esse dispositivo legal esteja referindo-se, expressamente, ao Poder Judiciário, teve o escopo de conferir a todas as pessoas o direito a tutela jurisdicional, e não judicial. Há previsão, no texto constitucional, do afastamento da atuação do Poder Judiciário em casos de crimes de responsabilidade do Presidente da República, sem que o artigo 86 da Constituição nunca fosse declarado inconstitucional, o que demonstra que o artigo 5º, inciso XXXV, desse mesmo diploma legal, traz a garantia da tutela jurisdicional, e não judicial, o que também o faz a Lei nº 9.307/96.

A atividade jurisdicional não é atribuição exclusiva dos juízes togados. Pode ser exercida por entes privados, aos quais se reconheça a possibilidade legal de realizar essa atividade, dotados de capacidade de composição dos conflitos existentes entre as partes litigantes, resolvendo, em definitivo, a matéria controvertida. Aliás, em diversas passagens da Constituição, assegura-se a participação popular, no exercício da jurisdição, a exemplo da atuação no Tribunal do Júri e da ação popular.

Tanto o magistrado quando o árbitro exercem atividade jurisdicional. O magistrado é um juiz público investido dessa atividade após aprovação em concurso público de provas e títulos e nomeação pelo Estado. O árbitro é um juiz privado escolhido e nomeado pelas partes que desejam ter seus conflitos resolvidos por um meio extrajudicial.

Diferem entre si pela restrição legal dos casos que podem ser submetidos ao juízo arbitral. Enquanto que a jurisdição estatal detém competência para solucionar qualquer causa, à arbitragem restam aqueles que discutam direitos patrimoniais disponíveis. Ainda que as

¹⁵⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *op. cit.*, p. 19.

¹⁵⁹ NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: LTr, 2002. p. 104.

¹⁶⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *op. cit.*, p. 73.

partes decidissem não utilizar o Poder Judiciário, não poderiam submeter todo e qualquer litígio ao juízo arbitral em razão da vedação contida no art. 1º da Lei de Arbitragem.

O árbitro ou tribunal arbitral é constituído para trazer solução àquele determinado caso a que lhe é submetido, muito embora haja previsão legal da existência de órgãos institucionais ou entidades especializadas na prestação do serviço da arbitragem (art. 13, §3º). De uma forma ou de outra, o árbitro será uma pessoa natural, nomeado individualmente, cuja atuação é temporária, concreta e casual.

No âmbito da jurisdição estatal, por outro lado, o Estado é representado pela pessoa natural do juiz, no exercício do poder de dizer o direito. A sentença significa uma manifestação do Estado, através do juiz, não eleito pelas partes. A jurisdição estatal possui seus órgãos institucionais e a arbitral, os convencionais.

Os árbitros são juízes particulares que não precisam de formação jurídica para atuar na composição da lide, autorizados a decidir somente por equidade, se as partes fizerem essa opção, constituindo-se, assim, a arbitragem, num processo mais simplificado, com libertação das formalidades do processo judicial. Diversamente do juiz estatal, os árbitros são desprovidos do poder de império. Há necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário em caso de não cumprimento do estipulado na sentença arbitral.

Infere-se da própria denominação dos Capítulos V e VI da Lei de Arbitragem que o ato decisório final da composição da lide e proferido pelo árbitro ou tribunal arbitral é uma sentença, e não simplesmente um laudo, constituindo-se, portanto, numa espécie de jurisdição. “O Juízo Arbitral consiste em um processo privado de solução dos conflitos intersubjetivos de interesses advindos de um contrato específico; é, em outras palavras, uma sentença privada revestida, em virtude de lei, dos efeitos de uma decisão judicial”¹⁶¹.

O legislador aproximou a sentença arbitral da sentença judicial, conferindo ao árbitro o poder de decidir definitivamente o conflito, com vinculação das partes ao cumprimento do que nela foi determinado, sem submissão dessa sentença à homologação judicial, mas apenas à verificação de seus aspectos externo e formal (art. 32), gerando os efeitos de coisa julgada. É a ocorrência do fenômeno da “jurisdicionalidade da arbitragem”, como afirma Carlos Alberto Carmona¹⁶². Carlos Bernet, analisando a Lei de Arbitragem de Consumo espanhola (Real Decreto nº 636, de 03 de maio de 1993), que, no tocante à executividade do laudo arbitral (assim chamado na Espanha), assemelha-se à Lei brasileira, explica que

¹⁶¹ PENIDO, Laís de Oliveira, *op. cit.*, p. 1065-1066.

¹⁶² CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 45.

Las partes (...) obtienen los mismos objetivos que obtendrían por la jurisdicción ordinaria. Esto es, la obtención de una decisión (...) que pone fin al conflicto existente entre las partes y que impide que pueda volver a plantearse ante la jurisdicción ordinaria, pues comporta y tiene por lo que se refiere a sus efectos, la consideración de cosa juzgada¹⁶³.

A sentença judicial e a arbitral devem conter os requisitos básicos de uma decisão: liquidez, certeza, finalidade e motivação. A sentença arbitral possui a mesma força de uma sentença judicial, incluída, no Código de Processo Civil, em seu artigo 475-N, como um dos títulos executivos judiciais.

A sentença arbitral é ato exclusivo do juiz privado e possui eficácia vinculante, sem a necessidade de sua homologação judicial. É o que dispõe a LArb em seu artigo 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos Órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

A Lei Adjetiva Civil prevê hipóteses de cabimento de recurso quando a parte sentir-se lesionada. Já a sentença arbitral não é passível de impugnação mediante apresentação de recurso, salvo os embargos de declaração no caso de obscuridade ou contradição presente na sentença proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral. Seria um contra-senso a permissão de interposição de recurso contra aquilo que foi deliberado pelas próprias partes.

A jurisdição estatal pode ser usada, no procedimento arbitral, em caráter complementar. A Lei nº 9307/96, em seu artigo 7º, prevê que, “existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

As medidas coercitivas e cautelares que se fizerem necessárias no curso do procedimento arbitral serão solicitadas ao Poder Judiciário que teria a competência originária para o julgamento da causa, consoante artigo 22, §2º e 4º da Lei nº 9.307/96.

Justamente por esse motivo, Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁴ afasta a inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96, afirmando que seu uso não implica total exclusão da tutela jurisdicional estatal, uma vez que a atividade desenvolvida no juízo arbitral não escapa ao controle de legalidade a cargo do Judiciário. O próprio artigo 33 dessa lei infraconstitucional garante à parte prejudicada por vícios do procedimento arbitral o direito de promover ação anulatória da sentença arbitral. Ademais, a execução forçada jamais poderá ser

¹⁶³ BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes, *op. cit.*, p. 38-39.

¹⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, 1999, p. 710.

promovida no juízo arbitral, o julgamento das medidas liminares coercitivas é de competência exclusiva do Poder Judiciário, bem como a controvérsia acerca da imposição do cumprimento da cláusula arbitral e da definição dos termos de compromisso. A Lei de Arbitragem, em diversas passagens, assegura a atuação do juízo estatal. Assim, “há de existir entre o(s) árbitro(s) e o juiz uma relação de coordenação que permita, sempre que necessário, a utilização pelo juízo arbitral da força estatal”¹⁶⁵

Como meio de jurisdição privada, a arbitragem não provoca a exclusão do juízo estatal nem a sobreposição daquela sobre esse. No entendimento de Nelson Nery Júnior, “o que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, atividade jurisdicional”¹⁶⁶.

No contexto sociopolítico e jurídico, caracteriza-se como uma forma diferenciada de prestação da tutela jurisdicional mediante a convenção livre das partes litigantes, ampliando-se, desta feita, o acesso à Justiça - expressão sinônima à jurisdição - e a compreensão do escopo do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal.

Analisando o inteiro teor da Lei nº 9307/96, confere-se que esse diploma legal não tem a intenção de afastar a apreciação, pelo Poder Judiciário, da lesão ou ameaça a lesão a direito dos cidadãos. Ocorre, diferentemente, a colocação, à população, da arbitragem como meio alternativo solucionador de suas contendas. Não se afirma, em nenhum momento, que a arbitragem separa a jurisdição estatal da sociedade, mas o que o Estado pretende com a criação de lei que regulamenta esse instituto é estimular o uso dessa outra via de solução, enfatizando seu caráter de brevidade no procedimento, sem prejuízo da via judicial já existente.

Desse mecanismo extrajudicial utilizam, facultativamente à jurisdição estatal, os jurisdicionados que desejem, em comum acordo, solucionar os litígios de natureza patrimonial e disponível por intermédio de um terceiro imparcial ou de sua confiança, que poderá ser um árbitro ou um tribunal arbitral. “Portanto, ‘acesso à justiça’ ou ‘acesso aos tribunais’ nada mais significa do que pleno e amplo **acesso à jurisdição pública ou privada**”¹⁶⁷.

Não se vislumbra, na Lei nº 9.307/96, qualquer inconstitucionalidade no que tange ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. O princípio da inafastabilidade da jurisdição está integralmente preservado no regime jurídico da arbitragem, uma vez que as partes têm a

¹⁶⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 77.

¹⁶⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, p. 284. (Destaques do original).

faculdade de, por mútuo acordo, optarem por utilizar esse instituto para solucionar suas divergências atuais ou futuras. O princípio do amplo acesso à Justiça não se restringe à jurisdição estatal, estendendo-se também à jurisdição privada, como a arbitragem.

Poder-se-ia afirmar que a Lei de Arbitragem seria eivada de inconstitucionalidade se tivesse determinado que o uso desse instituto fosse obrigatório, onde esbarraria no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, afrontando princípio da inafastabilidade, vedando as partes ao acesso direto ao juízo judicial mediante a imposição do juízo arbitral. “(...) ao dizer o art. 31 da Lei de Arbitragem que a sentença arbitral produz efeitos de sentença judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo não incide em nenhuma inconstitucionalidade”¹⁶⁸.

Por haver restrição legal ao uso da arbitragem na solução de controvérsias quando envolver, como objeto, direito patrimonial disponível, seu uso somente será possível se as partes, usando de sua autonomia da vontade, resolverem, livremente, solucionar o conflito decorrente da relação contratual através da arbitragem.

Inexistindo qualquer vício, no caso concreto, capaz de macular a vontade das partes que decidem utilizar esse meio extrajudicial de solução de conflitos, não se conjetura a existência de inconstitucionalidade nas normas contidas nos artigos 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem.

¹⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira, *op. cit.*, p. 45.

CAPÍTULO 3.

RELAÇÃO DE CONSUMO

3.1. Conceito

O Código de Defesa do Consumidor incide nas relações que puderem ser caracterizadas como de consumo. “O fenômeno do consumo é essencialmente relacional, isto é, depende da interação constante entre consumidor e fornecedor de produtos e serviços”¹⁶⁹, por isso a importância de se conceituar a relação de consumo para a delimitação do campo de incidência das normas contidas no CDC, que existem em função dessa relação jurídica.

Relação jurídica é o vínculo que une duas ou mais pessoas, sendo uma o sujeito passivo e a outra, o sujeito ativo, estabelecido através de lei ou de contrato, onde é conferido o poder de uma exigir da outra o cumprimento de suas obrigações. “É a expressão usada para indicar o *vínculo jurídico*, que une uma pessoa, como titular de um direito, ao objeto deste mesmo direito”¹⁷⁰.

Na lição de Francisco Amaral,

A relação jurídica é conceito básico do direito privado, representando a situação jurídica de bilateralidade que se estabelece entre sujeitos, em posição de poder, e outros em correspondente posição de dever. Poderes e deveres estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse, entendendo-se como interesse a necessidade de bens materiais ou imateriais que se constituem em razão para agir¹⁷¹.

O Direito ocupa-se das relações que ligam um sujeito a outro, vinculados por um objeto material ou imaterial, com o escopo de produzir efeitos jurídicos, gerando direitos e obrigações reciprocamente exigíveis sob o amparo legal.

A inclusão do consumidor, em um desses pólos, e do fornecedor, no outro, forma uma relação de consumo. Rizzatto Nunes afirma que “haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos pólos da relação o consumidor, no outro, o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”¹⁷². Em outros termos, se houver incidência do Código de Defesa do Consumidor na relação, isto é, se uma das partes se enquadrar no

¹⁶⁹ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *op. cit.*, p. 90.

¹⁷⁰ SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 696. (Destques do original).

¹⁷¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 155-156.

¹⁷² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**: com exercícios. 2. ed. rev. modif. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71.

conceito de consumidor e a outra, no de fornecedor e entre elas houver nexo de causalidade capaz de obrigar uma a entregar a outra uma prestação, está presente uma relação de consumo.

Existe, nessa relação, uma bilateralidade, encontrando-se, numa ponta, o fornecedor, que pode ser um fabricante, produtor, importador, comerciante ou prestador de serviço, e, na outra ponta, o consumidor, subordinado às condições e interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo¹⁷³.

Hélio Zaghetto Gama, ao tratar do assunto em tela, preferindo utilizar a expressão “relações negociais de consumo”, após a análise dos artigos 2º, 3º, 17 e 29 do CDC, conceitua as relações de consumos como aquelas estabelecidas ou que podem vir a ser estabelecidas quando, de um lado, porta-se alguém com a atividade de ofertador de produtos ou serviços e, de outro lado, haja alguém sujeito a tais ofertas ou sujeito a algum acidente que venha ocorrer com a sua pessoa ou com os seus bens¹⁷⁴.

Aguinaldo Allemar relaciona, como elementos essenciais da relação jurídica de consumo “a) os sujeitos (consumidor e fornecedor); b) o objeto (os produtos e os serviços); e c) a finalidade (a aquisição ou utilização de produto ou serviço como destinatário final)”¹⁷⁵, devendo tais elementos ser firmados de acordo com os princípios da boa-fé e da equidade.

Toda relação de consumo envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor), destinando-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, que não dispõe, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou da prestação de serviços que lhes são destinados, e arrisca submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços¹⁷⁶.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva define a relação de consumo como “aquela que envolve, como *sujeito ativo*, o fornecedor; como *sujeito passivo*, o consumidor; como *objeto*, os produtos ou serviços; e, como *finalidade*, a aquisição destes pelo consumidor, último destinatário”¹⁷⁷.

Dessa maneira, pode-se conceituá-la como “aquela relação que envolve de um lado uma pessoa que fornece um produto ou serviço, a qual chamamos de fornecedor, e do outro

¹⁷³ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 01.

¹⁷⁴ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 32.

¹⁷⁵ ALLEMAR, Aguinaldo. **Tutela estatal & relação jurídica de consumo** – a intervenção do Estado na economia. Curitiba: Juruá, 2003. p. 51.

¹⁷⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 27.

¹⁷⁷ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 03.

lado uma pessoa que vem adquirir o produto ou serviço ofertado, denominada consumidor¹⁷⁸.

A relação de consumo, em outras palavras, pode ser entendida como o vínculo jurídico por meio do qual uma pessoa física ou jurídica denominada consumidor adquire ou utiliza produto ou serviço de uma outra pessoa denominada fornecedor. Essas relações consumeiristas são consideradas aquelas que envolvem, de um lado, fornecedores de produtos ou serviços e, de outro, pessoas naturais ou jurídicas que os adquirem na qualidade de destinatário final. “(...) é a relação jurídica através da qual o fornecedor de produto ou serviço transfere ao consumidor, como destinatário final, mediante pagamento, o objeto dessa relação – ‘produto ou serviço’”¹⁷⁹

Envolvendo a noção de destinatário final, José Carlos de Oliveira entende que

São relações de consumo apenas aquelas que envolvem bens, produtos ou serviços entregues ao seu destinatário final. A nota preponderante nas relações de consumo não é jurídica, mas basicamente, de uma relação de fato. A aquisição é tomada em sentido amplo, não importando o pressuposto da capacidade jurídica. Evidentemente, estão sob a proteção legal as relações contratuais fáticas, como o uso de transporte coletivo, energia elétrica, telefone ainda que não se cogite de declaração de vontade entre o usuário e o concessionário¹⁸⁰.

Na concepção de Adriano Perácio de Paula¹⁸¹, no âmbito da relação de consumo não está incluído o “consumo intermediário”, entendido como aquele que se utiliza de um bem ou de um serviço para a sua atividade profissional, a exemplo do atacadista e do representante comercial. Esse jurista também exclui dessa relação jurídica o negócio jurídico, onde as partes transacionam objeto relacionado a uma atividade eventual, como uma compra e venda de imóvel entre particulares. A figura do destinatário final constitui-se o elemento base para a definição dessa relação jurídica.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva apresenta compreensão diversa, interpretando o conceito de consumidor de uma forma bastante ampla, explicando que “A relação jurídica de consumo compreende o ciclo de produção e distribuição de produtos ou serviços, não se limitando à existência de vínculo obrigacional entre as partes”, abrangendo as partes diretamente ligadas na consecução do negócio jurídico, bem como todos aqueles que,

¹⁷⁸ MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor**: conceitos e noções básicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 26.

¹⁷⁹ ROCHA, Antônio do Rego Monteiro. **Código de Defesa do Consumidor**: desconsideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 1999. p. 96.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, José Carlos de. **Código de proteção e defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. Leme (SP): Editora de Direito, 1999. p. 12-13.

¹⁸¹ PAULA, Adriano Perácio de, *op. cit.*, p. 62.

direta ou indiretamente, participaram da corrente de concepção, produção, montagem, exportação, importação, distribuição, transporte, aquisição e utilização de um produto ou serviço. Abrange, ainda, o destinatário da produção, o adquirente (comprador ou locador de serviço) e toda e qualquer pessoa que se utilize do produto ou do serviço como usuária final.¹⁸²

3.2. Consumidor e sua condição de vulnerabilidade

Com o advento da Lei nº 8.078/1990, toda relação de consumo compõe-se de duas partes definidas: o fornecedor e o consumidor. “Isso porque antes do mencionado diploma legal essas partes não eram assim definidas, a figura do consumidor era representada pelo comprador ou pelo adquirente, e o fornecedor geralmente pelo vendedor, fabricante, produtor, etc... Não havia definição legal unívoca”¹⁸³.

O denominado ‘Anteprojeto de Proteção ao Consumidor’, formulado pelo então Ministério da Indústria e Comércio definia consumidor como sendo ‘qualquer pessoa física que contrate para consumo final ou em benefício próprio, a aquisição de bens móveis, a prestação de serviços ou a locação de um bem imóvel’, excluindo-se, como visto, a aquisição de bens imóveis e, pois, incompleta, sem se falar da não contemplação do leasing, modalidade contratual intensamente praticada hodiernamente¹⁸⁴.

Assim que o CDC foi concebido, os estudiosos apenas incluíam, como consumidores, as pessoas físicas que, de qualquer forma, adquirissem ou absorvessem bens e serviços na qualidade de destinatárias finais, tendo o conceito evoluído para acrescentar os consumidores indiretos e as pessoas jurídicas.

Ao tratar do consumidor, o CDC não adota um único conceito para esse elemento da relação jurídica de consumo. Através de uma simples leitura de seus dispositivos, verifica-se que são vários os conceitos adotados por esse diploma legal. “O conceito de consumidor vem sendo fluido e diferenciado na cultura jurídica. E, até hoje, tanto em nível de legislação quanto doutrinário, não há uma uniformização no conceito de consumidor”¹⁸⁵.

O CDC, no *caput* de seu artigo 2º, traz o conceito padrão de consumidor, também chamado de *standard* ou *stricto sensu*, estipulando que “Consumidor é toda pessoa física ou

¹⁸² SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 04.

¹⁸³ NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. **A prova no direito do consumidor**: o ônus da prova no direito das relações de consumo. Curitiba: Juruá, 1999. p. 31.

¹⁸⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁵ MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 28.

jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata, esse dispositivo, “do consumidor real que adquire concretamente um produto ou um serviço”¹⁸⁶.

Verifica-se que, na legislação hispânica, o conceito de consumidor previsto na Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (Lei Espanhola nº 26/1984), é aferido por exclusão, ou seja: é considerado consumidor quando há oferta de produto ou serviço a um não profissional (conceito de consumidor definido nos arts. 2º e 3º).

Destaca-se, inicialmente, que consumidor, de acordo com a legislação brasileira, pode ser uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica. Como o Código não faz distinção quanto ao tipo de pessoa jurídica, essa pode ser, por exemplo, uma associação, uma fundação, uma microempresa, uma multinacional. “Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo”¹⁸⁷.

Rizzatto Nunes inclui a pessoa jurídica como consumidora somente se o consumo dos produtos e serviços for tecnicamente possível e servissem-lhe como bens de produção e que fossem, simultaneamente, bens de consumo¹⁸⁸.

Na compreensão de Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva, para que a pessoa jurídica seja considerada consumidora, deve ser reconhecida sua vulnerabilidade no mercado de consumo¹⁸⁹. Mesma linha de pensamento teve a Ministra Nancy Andrighi, em julgado datado de 22 de maio de 2003:

EMENTA: Recurso Especial. Código de Defesa do Consumidor. Prestação de serviços. Destinatário final. Juízo competente. Foro de eleição. Domicílio do autor. - Insere-se no conceito de "destinatário final" a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utilizou de tais serviços em benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva. - Estando a relação jurídica sujeita ao CDC, deve ser afastada a cláusula que prevê o foro de eleição diverso do domicílio do consumidor. - Recurso especial conhecido e provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Castro Filho. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler (REsp 488274 / MG 2002/0174936-6. STJ. 3ª Turma. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI. j. 22/05/2003. DJ 23.06.2003 p. 367. RDDP vol. 6 p. 227. RJADCOAS vol. 49 p. 119. RSTJ vol. 178 p. 268)¹⁹⁰.

¹⁸⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 72.

¹⁸⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 86.

¹⁸⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, 2005. p. 80.

¹⁸⁹ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 06.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=atividade+produtiva+cdc&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

Ao falar, a lei, em “adquirir”, compreende-se que a pessoa, seja ela natural ou jurídica, será considerada consumidora ao obter um produto ou ao ser beneficiária da prestação de um serviço, seja a título oneroso ou gratuito. “Porém, como se percebe, não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou o serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquire (obtém) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome”¹⁹¹.

A norma em análise ainda fala em “destinatário final”. “A aquisição ou utilização do bem como destinatário final é a característica restritiva da definição legal de consumidor padrão”¹⁹².

Em princípio, o destinatário final é aquele que adquire o bem ou serviço para o seu próprio desfrute. Isso quer dizer que a aquisição encerra uma operação em curso para um terceiro, com intuito de lucro. Todavia, frequentemente ocorre que as pessoas físicas e jurídicas que estão na cadeia produtiva adquirem bens ou serviços necessários ao seu trabalho profissional. E essa situação é que surge a dificuldade maior. De fato, pode uma determinada empresa comprar matéria-prima que será utilizada na sua produção, o que quer dizer que o bem adquirido, no caso, será transformado, integrando o novo produto que será destinado ao público; ou, ainda, pode a mesma empresa adquirir um bem que seja necessário ao seu fim, mas que seja consumido por ela própria, sem que participe diretamente do produto que será oferecido, após o ciclo da produção, ao mercado. São duas situações bem nítidas que podem facilitar o trabalho do intérprete. Na primeira, a matéria-prima integra o ciclo produtivo, na segunda, não; na primeira, evidentemente, não é a empresa destinatária final; na segunda, claro, é”. (STJ – 3ª Turma. REsp. 208.793/MT. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. j. 18.11.1999. DJ 01.08.2000. p. 264)¹⁹³.

Aramy Dornelles da Luz, tecendo anotações ao artigo 2º da Lei nº 8.078/1999, conceitua o consumidor como sendo

o destinatário final de produtos – consumidor *stricto sensu* – e serviços – usuário, consumidor *lato sensu* – público ou privado, seja pessoa física ou jurídica ou coletividade (sujeitos de diferentes grupos, porém, com interesses homogêneos e objetivo comum), encontrando-se aqui a caracterização da proteção de interesses os mais variados: difusos, coletivos e individuais homogêneos. É quem adquire bens ou serviços para seu próprio consumo e não para transferi-lo a terceiro ou para impulsionar atividade econômica¹⁹⁴.

¹⁹¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 73.

¹⁹² RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+208793&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

¹⁹⁴ LUZ, Aramy Dornelles da. **Código do consumidor anotado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 11. (Destques do original).

Adriano Perácio de Paula, analisando a expressão “destinatário final”, exclui do âmbito das relações de consumo o que se denomina de *consumo intermediário*, onde se incluem aqueles que se utilizam de um bem ou serviço para a sua atividade profissional, a exemplo do atacadista ou do representante comercial. Como também não se inclui o negócio jurídico, cujas partes têm, relativamente ao objeto, transacionado uma atividade não habitual, a exemplo de uma compra e venda entre particulares¹⁹⁵.

Augusto Zenun refuta a idéia de que consumidor é o destinatário final do produto ou do serviço, afirmando que o próprio Código traz uma contradição em seu artigo 2º, *caput*, ao dispor que o consumidor é “toda pessoa física ou jurídica”, trazendo, concomitantemente, a expressão “final”, o que excluiria parte das pessoas físicas e jurídicas. “De maneira que a expressão ‘final’ não pode ter mais a mínima validade, é desprezível, pelo que consideramos também os intermediários, direta ou indiretamente, consumidores, os quais terão ilimitado direito de, se e quando necessário, ao suporte jurídico oferecido pelo Código de Defesa do Consumidor”¹⁹⁶

A análise das expressões “consumidor” e “destinatário final” deve ser respaldada no estudo das teorias finalista, que defende uma aplicação mais restritiva do conceito de consumidor, e maximalista, que defende sua aplicação de maneira ampliativa.

A doutrina diverge ao tratar da conceituação de consumidor, coexistindo essas duas teorias. Os adeptos da finalista buscam uma interpretação teleológica da expressão, ou seja, o fim da norma. Cláudia Lima Marques é um dos juristas adeptos a essa teoria, afirmando que

A regra do art. 2º deve ser interpretada de acordo com o sistema de *tutela especial* do Código e conforme a *finalidade* da norma, a qual vem determinada de maneira clara pelo art. 4º do CDC. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. Mas além dos consumidores *stricto sensu*, conhece o CDC os *consumidores-equiparados*, os quais por determinação legal merecem a proteção especial de suas regras. Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física ou jurídica preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço¹⁹⁷.

O destinatário final, de acordo com essa teoria, “é aquele *destinatário fático e econômico* do bem ou serviço, isto é, aquele que adquire um determinado bem para seu uso

¹⁹⁵ PAULA, Adriano Perácio de, *op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁶ ZENUN, Augusto. **Comentários ao Código do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 03-05.

¹⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, 1999. p. 149-150. (Destaque do original).

próprio e/ou de sua família, não importando seja ele pessoa física ou jurídica”¹⁹⁸. Nessa linha de raciocínio, aquele que adquire um bem para revenda não é considerado consumidor.

Logo, segundo esta interpretação *teleológica*, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço seria incluído no preço final do profissional que o adquiriu¹⁹⁹.

Já, na compreensão da teoria maximalista, aquele que visa à aquisição do bem para revenda é considerado consumidor, pois o produto foi retirado do mercado (ato objetivo), não importando o sujeito que adquire o bem, profissional ou não (elemento subjetivo)²⁰⁰.

Essa outra corrente procura ampliar o conceito de destinatário final, diversamente da teoria finalista, que o restringe. “O que importa é o destinatário fático do produto e não somente o destinatário econômico do mesmo”²⁰¹, onde se inclui aquele que tira o produto do mercado para uso pessoal ou de sua família, a exemplo do pai que compra uma bicicleta para sua filha, bem como aquele que utiliza esse bem para fins profissionais, como o dentista que adquire uma televisão para que seus pacientes, enquanto aguardam o atendimento na recepção, possam ficar assistindo aos programas.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado datado de 11 de novembro de 1997, através do Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, adotando a teoria maximalista, apresentou o seguinte entendimento:

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCIDÊNCIA – RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. É de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e a compradora que a destina a sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor (art. 18 do CDC). Por unanimidade, não conhecer do recurso. (STJ – 4ª T. – Resp 142042/RS – Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. DJ 19.12.1997 p. 67510. j. 11.11.1997)²⁰².

O CDC não se limita a proteger o consumidor individualmente isolado. Essa proteção estende-se àqueles que participaram diretamente da relação jurídica e os que, de qualquer forma, foram vítimas nessa relação consumeirista (art. 17 do CDC).

¹⁹⁸ ALLEMAR, Aguinaldo, *op. cit.*, p. 52-53.

¹⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º as 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71-72.

²⁰⁰ MARTINS, Plínio Lacerda, *op. cit.*, p. 35.

²⁰¹ ALLEMAR, Aguinaldo, *op. cit.*, p. 53.

²⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+142042&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

Cláudia Lima Marques explica os entendimentos dos adeptos das teorias finalista e maximalista:

Para os finalistas, pioneiros do consumeirismo, a definição de consumidor é pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inc. I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do art. 2º de maneira restritiva, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º. Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou serviço. Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Consideram que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será constituída de casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede. Note-se que, de uma posição inicial mais forte, influenciada pela doutrina francesa e belga, como veremos, os finalistas evoluíram para uma posição mais branda, se bem que sempre teleológica, aceitando a possibilidade de o Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, por exemplo, um produto fora do seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Já os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seriam um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e, é claro, a dona-de-casa que adquire produtos alimentícios para a família. Esta bipolarização das opiniões traz a necessidade que se reflita mais sobre o tema, não basta repetir o que diz o art. 2º do CDC, é necessário definir uma linha para interpretá-lo²⁰³.

²⁰³ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 253-255.

De acordo com a teoria finalista, a aplicação das normas do CDC deve ser restrita àquelas pessoas que adquiram o produto ou o serviço para seu próprio consumo e/ou de sua família, sendo esses considerados vulneráveis, excluindo-se, por conseguinte, o consumidor-final e a pessoa jurídica.

A doutrina majoritária, ao adotar essa tese, entende que consumidor é tão-somente aquele não-profissional que retira do mercado, para uso próprio ou de sua família, produto ou serviço como destinatário final.

Visando atender o fundamento teleológico do CDC, Eduardo Gabriel Saad inclui o empresário como consumidor “quando adquire um bem que não tenha conexão com a atividade principal da empresa”²⁰⁴.

Analisando o conceito padrão, Maria Antonieta Zanardo Donato observa que “do conceito fornecido pela lei, verifica-se que o legislador pátrio, ao conceituar o consumidor, buscou, mormente, defini-lo em seu elemento teleológico, isto é, condicionando a sua existência à prática de um ato, qual seja a aquisição ou a utilização do produto ou do serviço, que deverá ser sempre realizado tendo em vista a sua qualidade de destinatário final, ou seja, visando a retirá-lo do mercado, ultimando a sua função no ciclo produtivo”²⁰⁵.

Na opinião de Antônio do Rego Monteiro Rocha, ao analisar o conceito de consumidor sob a perspectiva da compreensão da teoria finalista, “Consumidor, para o CDC, tanto pode ser pessoa física ou jurídica que tenha participado da relação de consumo, tanto como adquirente do produto, quanto como usuário de serviço, mas sempre como destinatário final, dentro da acepção finalista”²⁰⁶.

Os adeptos da corrente maximalista interpretam a norma contida no artigo 2º do CDC de forma contrária aos finalistas, incluindo, no conceito de consumidor, tanto o profissional quanto o não-profissional, independente da aquisição ou utilização do produto ou serviço pelo consumidor ter o intuito de obter lucro. “Consiste, para essa corrente doutrinária, a destinação final do produto o simples fato dessas pessoas retirarem o produto do meio produtivo e consumi-lo, não obstante o resultado desse consumo ou a sua utilidade”²⁰⁷.

Durante os primeiros anos de vigência do CDC, o entendimento acerca do conceito de consumidor, e logo, da definição do âmbito de incidência do CDC, ficou polarizado entre as correntes *finalista* e *maximalista*. Para os

²⁰⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTr, 1991. p. 44.

²⁰⁵ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor: conceito e extensão**. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. (Biblioteca de Direito do Consumidor). p. 65.

²⁰⁶ ROCHA, Antônio do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁷ DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 92.

finalistas, consumidor será a pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatária final fática e econômica, ou seja, o consumo tem por consequência a retirada do produto ou serviço do mercado, sem sua reutilização ou que venha a servir de insumo à sua atividade econômica. Já os *maximalistas*, defensores da expansão do conceito de consumidor e do âmbito de aplicação do CDC, identificam o consumidor apenas como destinatário fático (pelo mero fato de adquirir ou utilizar produto ou serviço), ou ainda a partir das equiparações legais a consumidor estabelecidas pelo CDC, no caso o art. 17 e, em especial, o art. 29²⁰⁸.

Na opinião de Jorge Alberto Quadros, “O consumidor, sujeito passivo que é da relação jurídica de consumo, não é somente o adquirente, mas também o usuário do produto ou serviço, não sendo pressuposto, para a sua caracterização, a existência de vínculo contratual com o fornecedor”²⁰⁹. “Assim, apesar de não se caracterizar como consumidor *stricto sensu*, a criança, filha do adquirente, que ingere produto defeituoso e vem a adoecer por fato do produto, é consumidor-equiparado e se beneficia de todas as normas protetivas do CDC aplicáveis ao caso”²¹⁰.

Há, ainda, o conceito de consumidor por equiparação. Verifica-se que o CDC, no parágrafo único de seu artigo 2º, estabeleceu como consumidor também “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Essa norma visa à proteção da coletividade de pessoas, que não representam uma pessoa jurídica, a exemplo da massa falida, “desde que intervenha nas relações de consumo, possibilitando, destarte, a interposição da *class action for damages*, conforme previsto no art. 81, III, do CDC”²¹¹.

Ao tratar da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, em seu artigo 17, o CDC, dando maior amplitude e extensão ao conceito de consumidor, também inclui nessa categoria “todas as vítimas do evento”, compreendidas aquelas que, mesmo que não tenham sido consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso, como numa queda de um avião, onde todos os passageiros são atingidos pelo acidente²¹².

O último conceito de consumidor tratado nessa lei está situado em seu artigo 29, que “indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na

²⁰⁸ MIRAGEM, Bruno Nubens. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, abr.-jun./2007, ano 16, n. 62. p. 261.

²⁰⁹ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 06.

²¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima *et al*, *op. cit.*, p. 75. (Destques do original).

²¹¹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 56.

²¹² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 84.

medida em que a norma fala da potencialidade do consumidor que, presumivelmente, exista, ainda que possa não ser determinado”²¹³.

Consumidor por equiparação é a coletividade de pessoas que tenham interferido nas relações de consumo, mesmo não sendo finais destinatárias de produto ou serviço, e, para efeito de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, também o são as vítimas do evento, consoante artigo 17, e todas as pessoas determináveis ou não, expostas à oferta, à publicidade, às práticas abusivas, à cobrança de dívidas, aos bancos de dados, aos cadastros de consumidores, às cláusulas abusivas e aos contratos de adesão”²¹⁴.

Na apreciação de Maria Antonieta Zanardo, mostra-se suficiente que a vítima, para que seja equiparada ao consumidor, tenha sido atingida em sua esfera jurídica pelos efeitos do acidente de consumo, com diminuição de seu patrimônio em decorrência de um evento danoso provocado pelo produto, cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor²¹⁵. “O que a lei diz é que, uma vez existindo qualquer prática comercial, *toda* a coletividade de pessoas já está exposta a ela, ainda que em nenhum momento se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática”²¹⁶.

José Geraldo Brito Filomeno entende como consumidor, atendo-se à acepção jurídica do termo, “qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços. Além disso, há que se equiparar o consumidor à coletividade que potencialmente esteja sujeita ou propensa à referida contratação”²¹⁷.

Analisando o conteúdo dos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29, do CDC, Plínio Lacerda Martins entende que “Trata-se de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial”²¹⁸.

O conceito de consumidor também depende da análise de sua condição de vulnerabilidade. Pois, “A bem da verdade, o CDC foi elaborado para defender a parte mais fraca, mais carente, daí a razão de instituir no art. 4º, inciso I, o princípio da vulnerabilidade, ou seja, o seu reconhecimento dependerá de cada relação de consumo”²¹⁹. A vulnerabilidade do consumidor é

²¹³ *Idem, op. cit.*, p. 72.

²¹⁴ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 07.

²¹⁵ DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 195.

²¹⁶ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 85. (Destaque do original).

²¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito, *op. cit.*, p. 27.

²¹⁸ MARTINS, Plínio Lacerda, *op. cit.*, p. 83.

²¹⁹ *Idem, op. cit.*, p. 85.

a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitável que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. (...) Para satisfazer suas necessidades de consumo, é inevitável que ele compareça ao mercado e, nessas ocasiões, submeta-se às condições que lhe são impostas pela outra parte, o fornecedor²²⁰.

No nosso país, antes mesmo do advento do CDC, já reconhecia a fragilidade do consumidor, ao trazer a previsão, no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, da promoção, pelo Estado, de sua defesa. O reconhecimento da condição de vulnerabilidade do consumidor “é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal”²²¹. “No plano da teoria do contrato, proteger o consumidor é, antes de mais nada, um esforço de pesquisa da tipologia dessa vulnerabilidade, de resto reconhecida *ope legis* (CDC, art. 4º, I)”²²².

Há um consenso universal sobre a condição de vulnerabilidade do consumidor. A Organização das Nações Unidas, na Resolução nº 39/248, de 10 de abril de 1985, sobre Proteção ao Consumidor, reconheceu que os consumidores se deparam com desequilíbrio em termos econômicos, nível educacional e poder aquisitivo.

Atendendo ao disposto nessa Resolução, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I, consagrou o princípio da vulnerabilidade, “reconhecendo assim o consumidor como parte mais fraca na relação de consumo, parte frágil, razão da tutela pela norma do consumidor, chegando a elencar como prática abusiva o fato de prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor (art. 39, IV, do CDC)”²²³.

O vocábulo “vulnerabilidade” comporta diversos significados no âmbito da relação consumeirista, ligados à idéia de desigualdade sócio-econômica existente entre fornecedores e consumidores. Marques, Benjamin e Miragem classificam a vulnerabilidade em: a) técnica: O consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o objeto; b) fática: desproporção fática de forças, intelectuais e econômicas, que caracteriza a relação de consumo; e c) jurídica ou científica: falta de conhecimentos jurídicos específicos²²⁴.

Cláudia Lima Marques, explicando sobre esses três tipos de vulnerabilidade, afirma que, na técnica, em que o consumidor é desprovido de conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características

²²⁰ ALMEIDA, João Batista de, *op. cit.*, p. 17 e 22.

²²¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 125.

²²² MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 10.

²²³ MARTINS, Plínio Lacerda, *op. cit.*, p. 08.

²²⁴ MARQUES, Cláudia *et al*, *op. cit.*, p. 120-121.

do bem ou quanto à sua utilidade; na jurídica ou científica, o consumidor é desprovido de conhecimentos jurídicos específicos, como o de contabilidade e o de economia; e na fática ou sócio-econômica, o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor, que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam²²⁵.

“O CDC pressupõe a vulnerabilidade do consumidor, partindo do princípio de que ele, por ser a parte econômica, jurídica e tecnicamente mais fraca, nas relações de consumo, encontra-se normalmente, em posição de inferioridade, na administração de seus interesses com o fornecedor”²²⁶. Visa-se, através do CDC, proporcionar o reequilíbrio das partes, conferindo-se tratamento desigual aos desiguais, na medida exata de suas desigualdades²²⁷.

A defesa do consumidor e do fornecedor deve caminhar em equilíbrio mútuo, inexistindo hierarquia e predominância de um sobre o outro, devendo ser tratados com absoluta igualdade. Não é o intuito do legislador forçar o desequilíbrio, separando e distanciando o consumidor do fornecedor. Condena a desconfiguração do equilíbrio entre essas partes, referida, no Código de Defesa do Consumidor, já em seu primeiro artigo²²⁸.

3.3. Fornecedor

O conceito de fornecedor encontra-se na Lei nº 8.078/1990, em seu art. 3º, que dispõe ser “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Sendo que, como serviço, o parágrafo 2º inclui também as atividades bancária, financeira, de crédito e securitária, ficando excluídas somente as trabalhistas.

Como se pode observar, a definição de fornecedor é bastante ampla, ficando claro que o legislador pretendeu assegurar a inclusão de um grande número de prestadores de serviço, ficando à aplicação na dependência única de ser o contratante um consumidor, para definir a outra parte como fornecedor. A amplitude na definição dessa parte da relação jurídica de

²²⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 147-149.

²²⁶ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 17.

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 320.

²²⁸ ZENUN, Augusto, *op. cit.*, p. 02.

consumo acarreta no surgimento de diversas modalidades de fornecedores de produtos ou de serviços.

Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende, ou seja, comercializa produtos nos milhares e milhões de pontos-de-venda espalhados por todo o território. Nesse ponto, portanto, a definição de fornecedor se distancia da de consumidor, pois, enquanto este há de ser o destinatário final, tal exigência já não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal. Fornecedor é, pois, tanto aquele que fornece bens e serviços ao consumidor como aquele que o faz para o intermediário ou comerciante, porquanto o produtor originário também deve ser responsabilizado pelo produto que lança no mercado de consumo (CDC, art. 18)²²⁹.

Eduardo Gabriel Saad inclui na categoria de fornecedor aquele que exerce a atividade econômica profissionalmente e continuamente²³⁰. Da mesma forma que o consumidor, o fornecedor, seja ele de produtos ou de serviços, pode ser uma pessoa natural ou jurídica. “Fornecedor – numa palavra, é o fabricante, o vendedor ou prestador de serviços”²³¹, indiferente de ser pessoa nacional ou estrangeira, desde que esta última realize a operação em território brasileiro.

(...) fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que oferta produtos ou serviços mediante remuneração com atividade, cabendo salientar que é dispensável que o fornecedor seja uma pessoa jurídica (empresas, indústrias etc.), pois o art. 3º autoriza até pessoas despersonalizadas, como no exemplo (...) em que Paulo não possuía uma firma com CGC registrado e assim mesmo é considerado como sendo fornecedor, em razão de sua atividade de compra e venda²³².

Quanto ao fornecimento de produtos, será fornecedor aquele que desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção e a importação, com indicação de uma certa habitualidade, a exemplo da transformação e da distribuição de produtos.

Quanto ao fornecimento de serviços, o artigo 3º do CDC leva o leitor a interpretá-lo de forma mais ampla, uma vez que exige o desenvolvimento de “atividades de prestação de serviços”, sem especificar se o fornecedor precisa ser um profissional. Essa amplitude legislativa teve o intuito “de não deixar nenhum consumidor final desprotegido (e o fez com

²²⁹ ALMEIDA, João Batista de, *op. cit.*, p. 41.

²³⁰ SAAD, Eduardo Gabriel, *op. cit.*, p. 48.

²³¹ *Idem*, *op. cit.*, p. 48.

²³² MARTINS, Plínio Lacerda, *op. cit.*, p. 31.

notável dose de premonição, haja vista a crescente mão-de-obra desempregada assumindo novas formas de atividade e de relações)”²³³.

3.4. A proteção do consumidor em juízo e seu direito de acesso à Justiça

Identificado como sujeito de direitos e parte teoricamente vulnerável da relação de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor e, portanto, merecedor de proteção especial advinda do texto constitucional, o consumidor é detentor de normas e princípios que lhe são peculiares.

O legislador conferiu tamanha importância à proteção dos consumidores que incluiu, como um dos direitos fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição, o dever de o Estado promover sua defesa. A proteção do consumidor trata-se, portanto, de “uma garantia fundamental a ser prestada pelo Estado”²³⁴.

Essa defesa também está destacada no artigo 170 da Lei Maior, ao determinar que a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” sendo um dos seus princípios, a defesa do consumidor, elencado no inciso V.

Esse objetivo constitucional, contido no artigo 5º, inciso XXXII, da Lei Maior, foi regulamentado em uma norma ordinária: o CDC. Como um dos direitos básicos do consumidor estabelecido nessa legislação infraconstitucional, a proteção do consumidor em juízo é prevista no Título II da Lei nº 8.078/90, coadunando-se com o seu espírito, devendo essa proteção ser entendida em sentido amplo: “o Título não compreende apenas a defesa processual *stricto sensu*, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas”²³⁵.

A preocupação do legislador é quanto à efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à Justiça, seja ela pública ou privada, exigindo uma garantia que ultrapassasse a meramente formal e a criação de novas técnicas que representassem desobstrução do acesso à Justiça.

²³³ LUZ, Aramy Dornelles da, *op. cit.*, p. 14.

²³⁴ *Idem*, *op. cit.*, p. 01.

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 293. (Destaque do original).

Para tal, faz-se necessária a realização de profundas transformações do direito substantivo e processual, exatamente com o fim de restaurar o equilíbrio entre fornecedores e consumidores sem renegar a fundamental liberdade do mercado²³⁶.

As normas contidas no CDC são consideradas, logo em seu primeiro dispositivo, como de ordem pública e de interesse social. Significa que essa legislação possui função social e pertence à ordem pública econômica, originária da Constituição, responsável pelas profundas modificações das relações jurídicas sociais, que tem por finalidade a proteção de um grupo específico de indivíduos, vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado²³⁷.

Embora classificadas como normas de direito privado, os dispositivos presentes no CDC são de grande interesse público, incluídas no Capítulo referente à Ordem pública econômica da Constituição, o que não afasta o caráter patrimonial e disponível do direito tratado nas relações de consumo.

É a própria Lei Maior que confere legitimidade ao Estado para intervir nas relações particulares entre fornecedores e consumidores para verificar o cumprimento de determinados princípios, dentre os quais se inclui a defesa do consumidor.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF, já analisado nesta dissertação, constitui-se também como um dos direitos básicos do consumidor, responsável por lhe assegurar o direito de acesso à Justiça.

Previsto no artigo 6º, inciso VII, do CDC, o acesso à Justiça representa a proteção dos consumidores junto aos órgãos administrativos e judiciais para a prevenção e garantia de seus direitos de forma ampla, o que inclui a disponibilização de meios alternativos de solução dos conflitos decorrentes das relações de consumo.

Toda essa proteção estatal tem fundamento na amplitude das relações de consumo e, principalmente, pela notável situação de vulnerabilidade do consumidor e a flagrante desigualdade social e econômica.

Maria Antonieta Zanardo Donato esclarece: “a inclusão da defesa do consumidor como um dos princípios norteadores da ordem econômica está, a nosso ver, a condicioná-la, a refreá-la contra todas as formas de abusos que vier a acarretar sobre aqueles que, efetivamente, propiciam a evolução da ordem econômica, isso é, os consumidores ”²³⁸.

²³⁶ CAPPELETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 309.

²³⁷ MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, *op. cit.*, p.55.

²³⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *op. cit.*, p. 101.

3.4.1. Cláusulas abusivas

Em decorrência do princípio da proteção do consumidor e como uma forma de intervenção do Estado na autonomia da vontade dos indivíduos, o CDC estabeleceu, no artigo 51, cláusulas consideradas abusivas, impondo limites ao exercício de um direito subjetivo, limitando o conteúdo do contrato²³⁹.

A abusividade da cláusula contratual é verificada na existência do desequilíbrio entre os direitos e obrigações das partes que compõem a relação de consumo. Trata-se de uma unilateralidade excessiva que impede a realização total do objetivo contratual, frustrando, por conseguinte, os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação. “é a autorização de abuso no exercício da posição contratual preponderante”²⁴⁰.

Visando o alcance do equilíbrio contratual na sociedade de consumo moderna, o direito enfatiza a atribuição da lei como limitadora e verdadeira legitimadora da autonomia da vontade, mediante o estabelecimento de cláusulas que limitam os novos direitos do consumidor, fulminando com nulidade aquelas consideradas abusivas.

Com o ingresso do Código de Defesa do Consumidor em nosso ordenamento jurídico, o abuso do direito, que antes vigorava em nossa legislação de forma tímida e com redação arcaica (art. 160, I, do CC), veio ocupar o lugar que devia, sendo a cláusula abusiva tida como nula de pleno direito. (...) Cláusula contratual abusiva, por conseguinte, é a manifestação comissiva do abuso do direito na área contratual, mais especificamente no momento de pré-elaboração do contrato que será utilizado²⁴¹.

Segundo Jorge Alberto Quadros, as cláusulas abusivas surgem no exercício irregular do direito à liberdade contratual com a finalidade de submeter total ou parcialmente os interesses do consumidor, parte econômica, técnica ou juridicamente mais vulnerável, aos interesses do fornecedor ou produtor, parte mais forte, causando o desequilíbrio entre direitos e deveres dos contratantes²⁴². Podem estar presentes não somente nos contratos de adesão, mas em qualquer tipo de contrato.

Paulo Luiz Neto Lôbo afirma que as cláusulas abusivas são as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual²⁴³.

²³⁹ MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, *op. cit.*, p. 634-635.

²⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima, *op. cit.*, p. 82.

²⁴¹ FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor: cláusulas, práticas e publicidades abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 114-115.

²⁴² SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho, *op. cit.*, p. 210.

²⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**: atualizado de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 155.

Na opinião de Hélio Zaghetto Gama, “As cláusulas abusivas são aquelas que, inseridas num contrato, possam contaminar o necessário equilíbrio ou possam, se utilizadas, causar uma lesão contratual á parte a quem desfavoreçam”²⁴⁴.

A inserção de cláusulas abusivas não causa a nulidade do contrato como um todo, mas apenas as cláusulas que colidirem com as normas consumeristas. O Código estabeleceu que, toda vez que um contrato possuir uma das cláusulas abusivas, as mesmas não terão qualquer validade, sendo nulas de pleno direito, o que desvincula o consumidor ao seu cumprimento, mesmo que tenha expressado sua concordância.

Dentre o rol meramente exemplificativo que traz o CDC, em seu artigo 51, encontra-se, no inciso VII, a proibição de inserção de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem.

De acordo com o entendimento de Aramy Dornelles da Luz, a inclusão da compulsoriedade da arbitragem para a solução de eventual litígio encontra-se incluída no artigo 51 do CDC porque afronta o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal²⁴⁵.

A cláusula contratual que imponha a utilização da arbitragem na solução dos conflitos de consumo deve ser considerada abusiva, “uma vez que a arbitragem não-estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado especialmente justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei”²⁴⁶.

Não se pode afastar, de maneira absoluta, a utilização da arbitragem nos conflitos de consumo, uma vez que a Lei 8.078/90, em seu artigo 51, inciso VII, considera como abusiva a cláusula que impõe a utilização da arbitragem como meio de solução dos litígios de consumo. “Se imposta em contrato de adesão ao consumidor, a cláusula transforma a arbitragem voluntária em compulsória”²⁴⁷.

Examinando o artigo 51 do CDC, Luiz Antonio Rizzatto Nunes verifica a previsão legal da possibilidade do uso da arbitragem voluntária na solução de contendas que envolvam acidentes de consumo:

Quando examinamos o inciso I do art. 51, mais especificamente a segunda parte, observamos que o fornecedor pode, negociando com o consumidor pessoa jurídica, estabelecer cláusula contratual que limite a responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo.

Pois bem, eis aí uma hipótese possível de estabelecimento *voluntário* da arbitragem. O consumidor pessoa jurídica de porte negocia, por meio de seu

²⁴⁴ GAMA, Hélio Zaghetto, *op. cit.*, p. 138.

²⁴⁵ LUZ, Aramy Dornelles da, *op. cit.*, p. 96.

²⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, *op. cit.*, p. 634-635.

²⁴⁷ *Idem*, *op. cit.*, p. 635.

corpo jurídico ou seu consultor jurídico, as cláusulas contratuais instituidoras da arbitragem. Esse é o mínimo da equivalência necessária entre as partes para que se possa discutir de forma equilibrada e consciente as cláusulas contratuais relativas à arbitragem.

Fora isso, a hipótese se inviabiliza, pois não se pode esquecer que o consumidor é vulnerável e hipossuficiente; é o fornecedor que detém o controle sobre os meios de produção, distribuição e venda de produtos e serviços; é ele, também, que tem conhecimento técnico e todas as informações importantes num critério de estipulação unilateral das cláusulas e condições contratuais etc. Portanto, o CDC, tirando a exceção apontada, é incompatível com a possibilidade da fixação da arbitragem²⁴⁸.

Thereza Christina Nahas defende a possibilidade do uso da arbitragem no âmbito das relações entre consumidores e fornecedores:

Não entendemos que o Código de Defesa do Consumidor tenha vedado a instituição do Juízo arbitral, mas sim a instituição *compulsória* do Juízo arbitral. Ou seja, pode interessar às partes verem suas questões submetidas a árbitros que sejam por elas eleito. O que não se admite é que esta previsão seja imposta pelo fornecedor ao consumidor quebrando-se o equilíbrio da relação contratual²⁴⁹.

Ao comentar o artigo 51, inciso VII, do CDC, Augusto Zenun entende que, ao determinar a inadmissibilidade de se constar, no contrato de consumo, a determinação da utilização compulsória de arbitragem, entende que o Código proibiu o uso da arbitragem em qualquer circunstância²⁵⁰.

Na compreensão de Eduardo Gabriel Saad, “A arbitragem, em nosso ordenamento jurídico, é um meio de solução de conflito de interesses desde que as partes o elejam livremente. A supressão do inciso VII não enfraqueceria a defesa do consumidor”²⁵¹.

²⁴⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *op. cit.*, p. 369-640.

²⁴⁹ NAHAS, Thereza Christina, *op. cit.*, p. 104.

²⁵⁰ ZENUN, Augusto, *op. cit.*, p. 85.

²⁵¹ SAAD, Eduardo Gabriel, *op. cit.*, p. 276.

CAPÍTULO 4.

RELAÇÃO ENTRE A LEI DE ARBITRAGEM E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1. A patrimonialidade e a disponibilidade do Direito.

“Nem todos os litígios são susceptíveis de serem resolvidos por via arbitral. Cabe ao legislador delimitar as matérias que se inserem na esfera do que é arbitrável. Este campo de matérias arbitráveis é denominado de ‘arbitrabilidade’.”²⁵²

Os contornos da lide submetida à apreciação pelo juízo arbitral encontram-se delimitados no artigo 1º da LArb, que constitui o “mandamento nuclear de todo o produto legislado”²⁵³. Traça o âmbito de sua aplicabilidade e os casos que podem ser solucionados através do uso desse meio extrajudicial de solução de conflitos.

Conforme disposto nesse dispositivo, o objeto de discussão restringe-se a litígios concernentes a direitos patrimoniais disponíveis, definidos, por Luiz Antunes Caetano, como “todos os direitos que têm conteúdo de ordem patrimonial ou econômica e dos quais se pode dispor. Isto, é, dar, usar, gozar, negociar, fornecer, comercializar, ceder, emprestar, ou mesmo renunciar. Simplesmente, todo ato ou fato entre pessoas, firmas ou empresas particulares que possam ser objeto de qualquer contrato, seja por instrumento particular ou público, verbal, por carta, *e-mail* etc.”²⁵⁴. É o caráter patrimonial da relação litigiosa que delimita a disponibilidade do direito e, por consequência, a arbitrabilidade da matéria.

Observa-se que o legislador não se contentou em permitir que apenas litígios que tratem de direitos patrimoniais possam ser solucionados pelo árbitro ou tribunal arbitral. Além da patrimonialidade, o legislador restringiu aos litígios que também envolvam disponibilidade jurídica, manifestada em atos que importem em disposição em geral, tais como apropriação, comércio e alienação. “A referência a ‘direitos disponíveis’ deve ser entendida de forma a compreender todos aqueles aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou alguém por ele, o poder de ‘disposição’”²⁵⁵, reservando as demais questões à jurisdição estatal.

²⁵² LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 61.

²⁵³ FURTADO, Paulo. BULOS, Wadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 27.

²⁵⁴ CAETANO, Luiz Antunes, *op. cit.*, p. 17. (Destaque do original).

²⁵⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 53.

A indisponibilidade do objeto da lide implica na indisponibilidade do uso da arbitragem, preceito esse que também encontra-se presente nas legislações que tratam da matéria em diversos países, como bem exemplifica Edoardo F. Ricci:

O direito brasileiro não se acha sozinho na fixação de tal disciplina: o art. 806 do CPC italiano em vigor veda o compromisso nas lides que não podem ser objeto de transação (o que significa nos caso de direitos não disponíveis) e o art. 808 repete a mesma regra no que diz respeito à cláusula compromissória. Na França, o art. 2.059 do *Code Civil* dispõe que “*cada um pode estipular convenção de arbitragem sobre os direitos dos quais pode livremente dispor*”, enquanto o subsequente art. 2.060 proíbe convenção de arbitragem nas matérias de ordem pública. Na Bélgica, o art. 1676 do *Code Judiciaire* permite a arbitragem apenas “*na lide (...) sobre a qual a transação é permitida*”. Na Espanha, o art. 2º, §1º da recente nova *Ley de Arbitraje* dispõe que “*são suscetíveis de arbitragem as controvérsias sobre matérias das quais as partes podem dispor segundo o direito (...)*”²⁵⁶

Não integram os direitos patrimoniais as coisas comuns, públicas e fora do comércio, bem como os direitos personalíssimos, os direitos de poder e as ações de estado e, via de consequência, da esfera da disponibilidade²⁵⁷. De Plácido e Silva, ao conceituar a palavra “disponível”, explica que:

Na linguagem jurídica, *disponível*, de dispor (latim *disponere*), quer exprimir de que se *possa dispor livremente*. E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar toda espécie de bens que possam ser negociados ou alienados, porque se encontrem livres e desembaraçados e porque pode o alienantes dispor deles a seu bel-prazer, visto ter capacidade jurídica e estar na livre administração dos mesmos bens (...)²⁵⁸.

Na lição de Carlos Alberto Carmona²⁵⁹, são disponíveis “aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”. E assevera ainda que “São arbitráveis, portanto, as causas de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir”.

²⁵⁶ RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira *et al* (coord.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 403. (Destques do original).

²⁵⁷ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 96.

²⁵⁸ SILVA, De Plácido e, *op. cit.*, p. 280. (Destques do original).

²⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 56-57. (Destques do original).

O legislador brasileiro, ao delimitar o objeto da arbitragem, optou por um critério objetivo, qual seja, o da *ratione materiae*²⁶⁰. Ao estabelecer, no artigo 1º da LArb, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, determinou que “(...) nem todos os direitos patrimoniais são disponíveis e, nesta medida, passíveis de serem dirimidos pela instância arbitral”²⁶¹.

Note-se, e é bom frisar, que o legislador não se contentou em fixar a limitação do objeto litigioso às questões pertinentes a *direitos patrimoniais*; restringiu-os ainda mais, à medida que admitiu apenas aqueles que se caracterizassem pela *disponibilidade jurídica*, que se manifestam pela admissão de atos de apropriação, comércio, alienação e, em geral, de disposição (...), reservando as demais questões à jurisdição estatal²⁶².

Para Patrice Level, um direito é disponível quando está “sob o total domínio de seu titular, de tal modo que este pode fazer tudo em relação a aquele, principalmente alienar, e mesmo renunciar”²⁶³. Não integram os direitos patrimoniais as coisas comuns, públicas e fora do comércio.

Entende-se por *direitos patrimoniais disponíveis* aqueles de índole particular, em que as partes podem dispor sobre eles, através de um negócio jurídico. Logo, existe um poder de auto-regulação de interesses que está contido na enunciação deste preceito. Note-se que o negócio jurídico que se embute neste artigo evidencia que a lei de arbitragem atua no âmbito da autonomia privada²⁶⁴.

Em sendo um negócio jurídico, a manifestação de vontade voltada para esse determinado fim gera a obrigação de cumprir o pactuado na sentença arbitral. O juízo arbitral é aplicado somente entre particulares, que poderão, de comum acordo, escolher um árbitro para solucionar o litígio que envolva interesses privados.

Importante observar que a aplicação do juízo arbitral restringe-se às hipóteses de disponibilidade do direito. Numa palavra, os direitos (interesses) indisponíveis, como os difusos, os coletivos, os individuais homogêneos, estão completamente fora da área de abrangência da arbitragem. A lei é clara: só os disponíveis, jamais os metaindividuais, de índole indivisível, que ultrapassem a esfera particular do indivíduo (...). Ficam de fora de sua incidência, por exemplo, as disputas referentes ao direito de família, ao direito penal, as questões falimentares e as previdenciárias²⁶⁵.

²⁶⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *op. cit.*, p. 130.

²⁶¹ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 97.

²⁶² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, p. 178. (Destques do original).

²⁶³ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 62.

²⁶⁴ FURTADO, Paulo. BULOS, Wadi Lammêgo, *op. cit.*, p. 27. (Destques do original).

²⁶⁵ *Idem*, *op. cit.*, p. 28.

Esse mesmo entendimento apresenta Joel Dias Figueira Júnior ao excluir, da solução via arbitral, as questões relativas aos direitos metaindividuais, assim como os direitos difusos e coletivos, por serem indivisíveis, entendendo como arbitráveis os direitos individuais homogêneos, “tendo em vista que estamos diante de direitos *divisíveis*, perfeitamente individualizáveis e, via de regra, disponíveis, quando patrimoniais”²⁶⁶.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem traz limitação legal dos casos que comportam soluções arbitrais, não entrando nessa esfera jurisdicional “questões relativas aos bens indisponíveis, nem – acrescentamos – questões que ofendam a ordem pública interna ou internacional, quando ocorrer a hipótese”²⁶⁷.

As relações jurídicas que contemplam natureza extrapatrimonial e indisponível não integram o conteúdo da convenção de arbitragem, afastando a possibilidade de que as eventuais pendências que surjam destes objetos sejam submetidas à solução arbitral (...) Como critério geral, pode-se dizer que a lei exclui como objeto do juízo arbitral as relações que não dizem respeito do Direito privado. Assim, as controvérsias que versarem sobre direitos sobre os quais as partes não têm faculdade de disposição são de competência exclusiva da jurisdição estatal. O que não significa dizer, por outro lado, que qualquer relação jurídica que submeta seus efeitos à incidência de lei de ordem pública não contemple objeto capaz de submeter-se ao juízo arbitral.²⁶⁸

Assim, além de o objeto da arbitragem ter que, obrigatoriamente, ser de natureza patrimonial e apresentar disponibilidade jurídica, não pode ferir a ordem pública, seja ela interna ou internacional.

Ada Pellegrini Grinover, ao comentar sobre a disponibilidade de que trata o artigo 1º da Lei de Arbitragem, no que tange à ordem pública e à disponibilidade de um direito, afirma que “a presença do interesse público ou a existência de regras cogentes acerca da matéria objeto da controvérsia, a toda evidência, não impedem, por si sós, a solução de eventual disputa pela arbitragem”²⁶⁹. Ressalta-se que “o questionamento de ordem pública não afasta a competência da instância arbitral quando a matéria subsumir-se ao objeto no seu sentido amplo”²⁷⁰.

²⁶⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, p. 178-179. (Destaque do original).

²⁶⁷ STRENGER, Irineu. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. São Paulo: LTr, 1998. p. 17.

²⁶⁸ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 98-100.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem. Execução. Ação para reconhecer a invalidade da arbitragem. Embargos à execução. Identidade. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 146, abr. 2007, p. 279.

²⁷⁰ *Idem*, *op. cit.*, p. 102.

Adriano Perácio de Paula faz uma síntese dos conceitos de direitos patrimoniais e direitos disponíveis:

São então considerados direitos patrimoniais aqueles cujo objeto pode ser avaliado pecuniariamente, enquanto os direitos não-patrimoniais não se submetem à qualquer possibilidade de avaliação econômica, a exemplo dos direitos da personalidade (vida, saúde, liberdade etc.) e os direitos de família puros (direitos de pai, mãe, cônjuge etc.) Já a disponibilidade de um direito tem relação com a sua transmissibilidade, ou seja, a condição de poder passar de uma a outra pessoa, sem prejuízo da possibilidade de sua regular fruição²⁷¹.

No que tange à análise da legitimação para que uma pessoa possa integrar um dos pólos de uma arbitragem, na compreensão de Irineu Strenger, “pessoas jurídicas não podem integrar nenhum dos pólos da relação arbitral, pois a representação não se encaixa nos permissivos da lei” e conclui que “as pessoas jurídicas estão à margem dessa modalidade jurisdicional, mas, se admitirmos como propositada ou não a falta de explicitação, podemos considerar que inclusive as pessoas jurídicas entram nesse permissivo, pois a generalidade do vocábulo ‘pessoas’ engloba esse raciocínio, o mesmo ocorrendo com o vocábulo ‘capazes’”²⁷².

Entendimento contrário apresenta Luiz Antunes Caetano²⁷³, ao afirmar que “Toda pessoa, ou mesmo uma firma, que combinar, negociar ou comercializar qualquer coisa com outra, pode (e deve) usar a arbitragem para resolver os casos, as divergências, disputas, controvérsias, isto é, qualquer dos ‘problemas’ que daí possam aparecer”. E acrescenta que

Toda pessoa, ou uma empresa, firma comercial, sociedade, associação ou entidade civil que tenha capacidade jurídica para contratar, convencionar qualquer negociação com outra, tendo por objeto bens ou serviços, direitos civis ou comerciais de ordem patrimonial, que deles dispõem, isto é, podem vender, comprar, dar, ceder, locar, fornecer, emprestar etc., podem valer-se da arbitragem.

Para atuar como parte na arbitragem, basta que a pessoa tenha a capacidade civil e processual, independente de se tratar de pessoa natural ou mesmo jurídica, nacional ou estrangeira. Todas essas pessoas podem convencionar que os conflitos que, porventura, venham a surgir, sejam resolvidos através do instituto jurídico da arbitragem, pois a restrição apontada por Caetano não se encontra determinada na Lei de Arbitragem brasileira. “O que se depreende dos debates doutrinários acerca dos contornos da noção de arbitrabilidade é que

²⁷¹ PAULA, Adriano Perácio de, *op. cit.*, p. 58.

²⁷² STRENGER, Irineu, *op. cit.*, p. 17-18.

²⁷³ CAETANO, Luiz Antunes, *op. cit.*, p. 57.

não existe uma lista ou relação de quais sejam litígios passíveis de solução pela via arbitral”²⁷⁴.

Outrossim, ressalta-se que a submissão de objeto indisponível e extrapatrimonial à arbitragem acarreta em nulidade absoluta da convenção pela impossibilidade jurídica do objeto, consoante o disposto no artigo 104, inciso II, do Código Civil Brasileiro, que trata dos requisitos de validade do negócio jurídico. “Assim, o artigo primeiro, da nova lei sobre a arbitragem, reserva ao juiz brasileiro a competência para conhecer dos direitos extrapatrimoniais e daqueles dos quais a parte não tem livre disposição”²⁷⁵. E, se houver incerteza quanto à arbitrabilidade do objeto, é o Poder Judiciário que tem a competência para dirimir tal questão.

4.2. A arbitrabilidade dos conflitos de consumo

No Brasil, não há uma legislação que trate, especificamente, do uso da arbitragem para a solução de conflitos de consumo. A possibilidade do uso da arbitragem para solucionar as contendas consumeiristas deve ser analisada à luz do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e das regras definidas nos artigos 4º, §2º, 5º e 6º da Lei de Arbitragem.

A questão não reside no instituto jurídico da arbitragem propriamente dito, mas em verificar sua adequação e compatibilidade com as regras e princípios orientadores das relações de consumo, notadamente a posição em que se encontra o consumidor como a parte mais fraca em relação ao fornecedor e ao produtor, além de sua aplicabilidade aos contratos de adesão.

A proteção do consumidor fez grandes progressos no Brasil, desde o início da década, mas a utilização da arbitragem para resolver conflitos de consumo pode representar enorme impulso adicional. O conteúdo das relações consumeiristas não impede que suas matérias sejam objeto de convenção de arbitragem.

Luiz Antunes Caetano²⁷⁶ apresenta um elenco exemplificativo de áreas passíveis de arbitragem, onde inclui o direito do consumidor no tocante aos serviços defeituosos, aos vícios redibitórios e à propaganda enganosa.

²⁷⁴ GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira, *op. cit.*, p. 153.

²⁷⁵ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *op. cit.*, p. 187.

²⁷⁶ CAETANO, Luiz Antunes, *op. cit.*, p. 168.

Eduardo Manoel Lemos também apresenta posicionamento favorável à utilização da arbitragem na solução de conflitos de consumo, afirmando que, “(...) mantendo a cultura e a tradição pátrias, a arbitragem só poderá recair sobre matéria relativa a direitos PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. Em decorrência dessa posição, o instituto aplica-se a um enorme número de conflitos, incluindo aqueles resultantes das relações de consumo (...)”²⁷⁷,

No entendimento de Adriano Perácio de Paula, “os direitos do consumidor sempre foram e continuam a ser direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de transação, portanto”. E ressalta ainda que “isto o CDC não alterou e nem poderia fazê-lo, pena, aí sim, de estrangular realmente todo o sistema produtivo tal como se apregou quando da entrada em vigor desse diploma legal”²⁷⁸.

Na compreensão de Pedro Antônio Batista Martins, “os consumidores, apesar de vulneráveis, não são tratados como incapazes para livremente dispor de seus direitos e contrair obrigações pelo Código de Defesa do Consumidor, que tem por escopo primordial a proteção destes agentes econômicos”²⁷⁹.

A vulnerabilidade dos consumidores não importa no afastamento do uso da arbitragem para resolver conflitos entre os fornecedores e aqueles, o que é afirmado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro ao ressaltar que a regulação jurídica especial concedida aos consumidores não retira de seus direitos o caráter patrimonial e a disponibilidade jurídica²⁸⁰.

No entendimento de Carlos Alberto Carmona,

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

As relações jurídicas de que trata o Código de Defesa do Consumidor podem ensejar instauração de juízo arbitral. O fato de a Lei 8.078/90 estabelecer princípios de incidência obrigatória não significa o afastamento da arbitragem como meio de solução de controvérsia entre fornecedor e consumidor: nada impedirá, por exemplo, que um contrato de prestação de serviços seja objeto de decisão arbitral no que toca a seu cumprimento, validade, aplicação de multa, interpretação da extensão das obrigações assumidas pelos contratantes, entre tantos outros temas pertinentes ao campo das obrigações. Em outras palavras, o fato de estar-se no âmbito das relações de consumo não é motivo, por si só, para o afastamento da arbitragem²⁸¹.

²⁷⁷ LEMOS, Eduardo Manoel, *op. cit.*, p. 67. (Destaques do original).

²⁷⁸ PAULA, Adriano Perácio de, *op. cit.*, p. 69 e 73.

²⁷⁹ MARTINS, Pedro Antônio Batista. Aspectos atinentes às disposições gerais. In: MARTINS, Pedro Antônio Batista *et al.* **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 162.

²⁸⁰ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite, *op. cit.*, p. 134.

²⁸¹ CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 57 e 68.

Joel Dias Figueira Júnior explica que, “em linha principiológica, podemos afirmar que os litígios decorrentes de relações individuais de consumo ou envolvendo interesses individuais homogêneos poderão perfeitamente ser objeto de cognição e solução por intermédio da jurisdição arbitral, tendo-se em conta que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis ou de maneira ainda mais ampla, que admitem transação”²⁸².

Tarcísio Araújo Kroetz, ao examinar o teor do artigo 51, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ressalta que o legislador teve a intenção de fulminar, com vício de nulidade, as cláusulas contratuais que estabeleçam a utilização da arbitragem de forma compulsória. A pretensão verdadeira dessa legislação consumeirista foi

impedir que o fornecedor, servindo-se da sua posição mais favorecida em relação aos consumidores, condicionasse a solução dos eventuais conflitos de relação de consumo a árbitros menos sensíveis à posição de inferioridade dos consumidores, ou, ainda, que desprezasse as regras contidas no aludido Código, através da escolha em contratos de adesão, por exemplo, de arbitragem de equidade²⁸³.

Com a regra do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, que assim reza: “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”, ainda de acordo com Kroetz, “evitou-se a revogação da proibição fixada no Código de Defesa do Consumidor (art. 51, VIII). Todavia, a nova Lei de Arbitragem facultou às partes dirimir seus litígios, desde que preservado o consentimento expresso do aderente, nas relações de consumo celebradas através de contratos de adesão”²⁸⁴.

Após análise do artigo 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, e do artigo 1º da Lei de Arbitragem, concluímos que não existe qualquer vedação legal quanto ao uso da arbitragem como meio solucionador dos conflitos de consumo. A proibição de que trata esse dispositivo da Lei do Consumidor restringe-se a considerar, como cláusula abusiva, aquela que determina, compulsoriamente, a estipulação da utilização da arbitragem para a solução de contendas entre fornecedores e consumidores.

Ana Lúcia Pereira também entende inexistir qualquer óbice legal à utilização da arbitragem na solução de conflitos de consumo, mas ressalva que a empresa que decida utilizar a arbitragem nos relacionamentos com os consumidores

²⁸² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *op. cit.*, 2000. p. 291-292.

²⁸³ KROETZ, Tarcísio Araújo, *op. cit.*, p. 94.

²⁸⁴ *Idem*, *op. cit.*, p. 95.

Deverá desenvolver e inserir em seus manuais de conduta uma política de solução de conflitos, contendo nela a arbitragem e outros tantos métodos e etapas a serem percorridas pelo consumidor para resolver sua pendência (...) se a empresa demonstrar, já no contrato, que sua política de tratamento ao consumidor não é o de postergar sua solução, mas sim o de proporcionar mecanismos justos e céleres de forma que, ao não encontrar resposta que atenda aos interesses de ambos, na esfera administrativa (Procon), o consumidor terá a tranquilidade de saber que poderá iniciar uma arbitragem – método imparcial, informal, especializado, rápido e sigiloso – pela qual em menos de 6 meses terá a sua contenda resolvida ou por meio de acordo ou por meio de sentença arbitral, cuja força é idêntica à sentença judicial. É claro que a empresa precisaria adequar sua estrutura para essa nova política, de forma que o consumidor, ao indagar sobre esse método, tenha todas as respostas de forma clara e objetiva²⁸⁵.

Apesar de a Lei de Arbitragem não trazer disposição quanto à possibilidade de utilização desse meio extrajudicial de solução de conflitos, verifica-se, num plano formal, ser admissível a utilização da arbitragem no âmbito da relação consumeirista por envolver direitos patrimoniais disponíveis, abrindo-se mão de apresentar o problema ao Poder Judiciário. Entretanto, é preciso que tanto o fornecedor quanto o consumidor, no caso concreto, façam a escolha pelo uso desse meio extrajudicial de solução de conflitos de forma livre, visando o alcance de um processo justo com paridade de armas, o que, na realidade, não acontece. “Existe libertad y existe voluntariedad, pero no una total igualdad en la defensa de sus propios intereses en conflicto”²⁸⁶.

Ocorre “o *comum desequilíbrio de poder entre as partes*, pois a maioria dos conflitos envolve pessoas com posições econômicas diferentes, o que acaba por influenciar a parte de menor poder a acordar por falta de recursos”²⁸⁷.

(...) é mais um efeito da crise da pós-modernidade, que procura na comunicação, no discurso, no consenso semifictício e fragmentado a legitimação da solução e da justiça, em vez de procurá-la nas instituições (sob suspeita) postas, nos valores positivados em leis, nas próprias normas gerais (antes reflexo da vontade geral). Promove-se um tratamento diferenciado para aqueles que podem pagar por ele ou organizar-se em câmaras arbitrais. Solução teoricamente rápida e mais legítima, baseada na norma dos comerciantes (*lex mercatoria*), não importando tanto sua imparcialidade, que é apenas discursiva. Positivo é que a opinião inicialmente defendida da aplicabilidade da nova lei arbitral às relações de consumo não perseverou. Ao contrário, no país quase não foi utilizada a nova lei pelos fornecedores para resolver seus conflitos entre fornecedores e consumidores *stricto sensu*²⁸⁸.

No entendimento de Welber Barral, ao qual se filia, “A arbitragem resultaria da imposição de grupos econômicos poderosos, interessados em afastar, da tutela do Judiciário,

²⁸⁵ PEREIRA, Ana Lúcia. **A arbitragem e os consumidores**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1425. Acesso em 18 de junho de 2008.

²⁸⁶ BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes, *op cit.*, . p. 37.

²⁸⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis, *op. cit.*, p. 109.

²⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, *op. cit.*, p. 125-126.

os consumidores e as partes mais frágeis nos contratos de adesão”²⁸⁹. Adota-se posicionamento favorável ao de Marques, Benjamin e Miragem ao afirmarem que

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela nova lei devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V, e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não-estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado especialmente justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei²⁹⁰.

Vê-se, pois, o grave problema que poderá resultar dos contratos de consumo em que a entidade ou órgão arbitral indicado na cláusula arbitral encontra-se previamente comprometido e conjugado com os interesses do fornecedor. Nesse ponto, poderá residir o eventual desequilíbrio entre as partes contratantes e a incidência de má-fé do fornecedor. Observa-se a ausência da obediência ao princípio constitucional do devido processo legal, cuja presença é imprescindível em todo tipo de processo, seja ele judicial ou extrajudicial.

Portanto, apesar de presentes os requisitos legais para o uso da arbitragem na solução de conflitos de consumo e da compatibilidade entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem, não se alcança o objetivo de um processo justo na solução de controvérsias consumeiristas.

²⁸⁹ BARRAL, Welber. A arbitragem e seus mitos (resposta ao juiz Silva Salvador). **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, n. 05, 1998 (on-line). Disponível em: http://apamagis.com.br/revis/epm/rev-5/debate_welber.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2008.

²⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, *op. cit.*, p. 634-635.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incapacidade de decidir, com celeridade, os conflitos apresentados ao Poder Judiciário, levou o próprio Estado a fomentar o uso de meios alternativos ao Poder estatal, que pudessem resolver controvérsias da sociedade. Cada vez mais abstendo-se de sua atividade jurisdicional, o Estado vem colocando nas mãos dos particulares a responsabilidade de promoção da pacificação social, mediante a criação de normas de regulamentação de mecanismos extrajudiciais de solução de contendas.

Como o meio ordinário solucionador de disputas encontra-se inchado pelo crescimento de demandas, onde se constata a ocorrência do fenômeno da judicialização, o incentivo ao uso da arbitragem foi uma maneira encontrada pelo Estado na tentativa de desafogar o Poder Judiciário e solucionar o problema da morosidade.

Esse instituto, que surgiu na Antiguidade, vem sendo apontado como o meio a ser utilizado pelos jurisdicionados, sobretudo por sua característica da celeridade, já que a própria lei que o regulamenta traz previsão expressa do prazo de duração do procedimento arbitral, que não poderá exceder de 06 (seis) meses.

A arbitragem, como foi apontada no Capítulo 2 desta dissertação, é entendida como uma forma alternativa e extrajudicial de solução de conflitos, onde a um terceiro chamado para desempenhar a função de árbitro, atuando como um verdadeiro juiz, é conferido o poder decisório sobre o caso que lhe é posto pelas partes, que, de comum acordo, devem ter optado pela utilização desse meio ao invés de buscarem o Poder Judiciário. O resultado final do procedimento arbitral consiste no proferimento de uma sentença, dotada de executividade, sem a necessidade de sua homologação pelo Poder Judiciário.

Defende-se a natureza publicista da arbitragem por ser uma espécie de jurisdição, encontrando-se presente a prestação da atividade jurisdicional, a despeito do entendimento dos adeptos da corrente privativista, que não vêem, na decisão do árbitro, força jurisdicional. Verifica-se a privatização da Justiça na utilização da arbitragem – uma justiça privada.

Em conformidade com a Lei nº 9.307/1996, a submissão do conflito à decisão do Juízo Arbitral pode ser feita através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral – institutos da convenção de arbitragem cuja diferença reside no momento de sua instituição. Enquanto que a cláusula compromissória surge antes do aparecimento do conflito, instituída através do contrato, o compromisso arbitral é firmado diante do nascimento do litígio.

Com a finalidade de restabelecer o equilíbrio contratual entre as duas partes da relação jurídica de consumo: consumidor e fornecedor, o CDC apresentou, taxativamente, hipóteses de cláusulas contratuais consideradas abusivas, enumerando, no artigo 51, inciso VII, como umas das cláusulas nulas de pleno direito, aquela que “determinar a utilização compulsória da arbitragem”.

O artigo 4º, §2º, da Lei Marco Maciel, estabelece que, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só tem eficácia se o aderente, por escrito em documento anexo ou em negrito com a assinatura ou visto especialmente utilizada para essa cláusula, toma a iniciativa de instituir a arbitragem ou concorda com sua instituição de forma expressa.

A incompatibilidade entre esses dois dispositivos é apenas aparente. Aplicando-se o princípio da especialidade das normas, observa-se que o artigo 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 tratou apenas de contratos genéricos de adesão, subsistindo, dessa maneira, a aplicação do artigo 51, inciso VII, do CDC, quando o contrato, ainda que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor.

As relações de consumo podem ser apreciadas pelo Juízo Arbitral, tendo em vista que o CDC veda apenas a “utilização compulsória da arbitragem”. Essa legislação deixa claro que a proibição restringe-se apenas à adoção da utilização da arbitragem previamente ao surgimento de conflitos de consumo, sendo possível o uso desse mecanismo extrajudicial quando o conflito já esteja configurado, mesmo que esse seja proveniente de cláusulas estabelecidas em contratos de adesão. A proibição legal refere-se à imposição unilateral do manejo da arbitragem para solucionar o conflito.

Apesar de os direitos do consumidor ser classificados, pela Lei nº 8.078/90, como normas de ordem pública, entende-se que nada impede, no âmbito legal, que sejam objetos de negociação e de discussão entre consumidores e fornecedores.

Compreende-se que a utilização da arbitragem na solução de conflitos consumeiristas é possível legalmente, por atender aos requisitos da patrimonialidade e da disponibilidade do objeto, exigidos no artigo 1º da Lei de Arbitragem.

Por essas razões, constata-se que não há óbice legal ao uso da arbitragem nos conflitos de consumo. Todavia, subsistem obstáculos à utilização da arbitragem na solução desses tipos de litígios. A Lei nº 9.307/96 não estipulou critérios para a fixação de taxas, cobrança de honorários do árbitro nem para o cálculo das custas do procedimento arbitral, cabendo a cada Câmara ou Conselho Arbitral definir os custos e o responsável pelo pagamento. A Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo fixa os honorários advocatícios em R\$ 350,00 (trezentos

e cinquenta reais) por hora de trabalho, o que torna a instauração de um procedimento arbitral mais custoso que a propositura de uma ação junto ao Poder Judiciário.

Ademais, há a possibilidade de o fornecedor fazer uso da arbitragem como meio de opressão do consumidor em virtude de seu desconhecimento acerca do procedimento arbitral e da ausência de mecanismos de fiscalização das Câmaras e Conselhos arbitrais e da atuação dos árbitros.

O fornecedor, utilizando-se de sua posição de superioridade no mercado de consumo, deixa de lado tudo o que se estuda sobre a autonomia privada e o equilíbrio recíproco entre seus interesses e os do consumidor, impondo-lhes normas elaboradas unilateralmente predispostas em contratos, ocasionando a depreciação da função do Direito na proteção dos direitos fundamentais dos consumidores.

Observando a forma de realização de negócios jurídicos na área de consumo, nota-se que a solução de conflitos consumeiristas através da arbitragem, apesar de não haver qualquer óbice legal à sua utilização, constitui-se num meio de que o fornecedor pode dispor para impor decisões que lhe tragam benefícios, sem que os princípios da igualdade e da justiça social sejam obedecidos.

Apesar de a arbitragem ser um mecanismo alternativo e extrajudicial de solução de conflitos, aos consumidores inexiste essa alternatividade na escolha do meio de apaziguamento de suas contendas. Resta-lhes a solução de seus problemas jurídicos através do Poder Judiciário, que se encontra abarrotado, gerando lentidão na finalização dos procedimentos judiciais.

A celeridade do procedimento arbitral é um privilégio daqueles que podem contratar advogados especializados no assunto e pagar os honorários do árbitro. O consumidor, na maior parte dos casos, não dispõe de recursos financeiros para utilizar desse mecanismo extrajudicial e, mesmo que dispusesse, ainda assim a arbitragem seria uma espécie de justiça privada imposta pelo mais forte. A arbitragem, portanto, representa uma forma de exclusão social.

Outrossim, apesar de o Estado nunca ter sido o único a exercer a jurisdição e do afastamento da inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, a sociedade ainda apresenta forte resistência à utilização de meios alternativos para solução de controvérsias, como a arbitragem. A cultura paternalista herdada dos portugueses tem como uma consequência tentar encontrar no Poder Judiciário a solução de todos os problemas, levando o povo a ficar dependente, muitas vezes, do poder constituído.

Infere-se, após a realização deste estudo, que, mesmo sendo juridicamente possível a utilização da arbitragem, pelos consumidores e fornecedores na solução de suas controvérsias, por ser o objeto da relação jurídica de consumo dotado das características da patrimonialidade e da disponibilidade exigidas no artigo 1º da Lei nº 9.307/96, acredita-se que esse meio extrajudicial não deve ser utilizado na solução de conflitos de consumo, pois o resultado do processo constituiria numa imposição das reais vontades e interesses do fornecedor sob as do consumidor.

A desigualdade social existente entre consumidores e o fornecedores e sua conduta oportunista transforma a arbitragem num meio de dominação desses sobre aqueles grupos desfavorecidos que sentem o peso da lei. Não haveria, assim, o processo justo.

BIBLIOGRAFIA

ALABART, Sílvia Díaz. El concepto de consumidor en el arbitraje de consumo. In: FLORENSA I TOMÀS, Carles E. *et al.* **El Arbitraje de Consumo**: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 2004.

ALLEMAR, Aguinaldo. **Tutela estatal & relação jurídica de consumo** – a intervenção do Estado na economia. Curitiba: Juruá, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ÁLVAREZ, Carlos Lasarte. **Manual sobre protección de consumidores y usuarios**. 3. ed. rev. e atual. Madri: Dykinson, 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Tratado Geral da Arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação. Brasília, Revista dos Tribunais, ano 03, n. 09, abr./jun. 2006.

ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rocha (coord.). **Direito internacional**: seus tribunais e meios de solução de conflitos. Curitiba: Juruá, 2007.

BARCELONA, Pietro *et al.* **La formación del jurista**. 3. ed. Madri: Civitas, 1998.

BARRAL, Welber. A arbitragem e seus mitos (resposta ao juiz Silva Salvador). **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, n. 05, 1998 (on-line). Disponível em: http://apamagis.com.br/revis/epm/rev-5/debate_welber.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2008.

BARROSO, Fábio Túlio. Privatização das formas de solução de controvérsias, mitigação da função jurisdicional e do acesso à justiça. In: SEVERO NETTO, Manoel (Org.) **Direito, Cidadania e Processo**. Recife: FASA, 2006.

BERNET, Carlos J. Maluquer de Motes. El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario. FLORENSA I TOMÀS, Carles E. *et al.* **El Arbitraje de Consumo: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado**. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 2004.

- BOISSÉSON, Matthieu de. **Le droit français de l'arbitrage interne et international**. Paris: Gide Loyrette Nouel Joly, 1990. p. 05 *apud* KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade – de acordo com a Lei 9.307/96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição!**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=atividade+produtiva+cdc&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

_____. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+208793&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+142042&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 25 de junho de 2008.

CADERMATORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas (SP): Millenium, 2007.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CORRALES, Francisco Sierra. **Sidorista: No a la junta de arbitraje**. Disponível em: <http://www.aporrea.org/trabajadores/a51746.html>. Data de publicação: 25 de fevereiro de 2008. Acesso em: 18 de junho de 2008.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro** – de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Sentença arbitral. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Sapucaia da Sul (RS), Notadez, dez./2001, ano 49, n. 290.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. **Proteção ao consumidor**: conceito e extensão. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. (Biblioteca de Direito do Consumidor).

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

ESTADOS UNIDOS. New York State Unified Court System. **Alternative Dispute Resolution**. Disponível em: http://www.courts.state.ny.us/ip/adr/What_Is_ADR.shtml Acesso em 17 de junho de 2008.

FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil. In: LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto (org.). **Independência dos Juizes no Brasil**: aspectos relevantes, casos e recomendações. Recife: GAJOP; Bagaço, 2005.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERNANDO, João. **Há um Conceito Unívoco de “acesso à justiça”?** Disponível em: http://www.doctum.com.br/unidades/leopoldina/graduacao/direito/downloads/news_item.2007-03-15.0282593944. Acesso em: 17 de junho de 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Acesso à jurisdição arbitral e os conflitos decorrentes das relações de consumo. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, Genesis, n. 16, abr./ jun. 2000.

_____. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

FLORENSA I TOMÀS, Carles E. *et al.* **El Arbitraje de Consumo**: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 2004.

FURTADO, Paulo. **Juízo Arbitral**. 2. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995.

FURTADO, Paulo; BULOS, Wadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. 2. ed. São Paulo, Saraiva: 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n. 106, abr./jun. 2002.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. 2. ed. 10ª reimpressão. Madri: Alianza, 1996.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In: LEMES, Selma Ferreira *et al.* (coord.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007.

GONZÁLEZ, Fernando Gómez de Liaño; MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. **Derecho Procesal Civil II**. v. II. Oviedo (Espanha): Forum, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem. Execução. Ação para reconhecer a invalidade da arbitragem. Embargos à execução. Identidade. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 32, n. 146, abr. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**: Doutrina – Legislação – Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2002. (Biblioteca Tempo Universitário 60).

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário 76).

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceito e pressupostos de validade – de acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEE, João Bosco. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **A arbitragem no Brasil**. Programa CACB-BID de Fortalecimento da Mediação e da Arbitragem Comercial no Brasil. Brasília (DF), 2001.

LEMES, Selma Ferreira *et al.* (coord). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem e conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. Brasília, Consulex: 2001.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LIMA, Leandro Rigueira Rennó. O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.) **Aspectos práticos da arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**: atualizado de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Código do consumidor anotado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil: O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: arts. 1º as 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Pedro Antônio Batista *et al.* **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 20, jan.-mar/1995, n. 77.

_____. Aspectos atinentes às disposições gerais. In: MARTINS, Pedro Antônio Batista *et al.* **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor**: conceitos e noções básicas. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATOS, Ingrid. **Comentário sobre a Lei de Arbitragem e sua aplicabilidade nos contratos de adesão e consumo**. Disponível em: http://arquivos.ibmecsp.edu.br/hotsite/lawnews/edicao04/0607_08.asp. Acesso em: 21 de maio de 2007.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 27, n; 106, abr./jun. 2002.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MIRAGEM, Bruno Nubens. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, n. 62, abr./jun. 2007.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Introducción al nuevo derecho del trabajo**: uma reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 1996.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006.

MUNIZ, Antônio Walber Matias. O direito internacional visto pelos tribunais internacionais: corte permanente de arbitragem – permanent court of arbitration. In: ARANA, Josyler; CACHAPUZ, Rozane da Rocha (coord.). **Direito internacional**: seus tribunais e meios de solução de conflitos. Curitiba: Juruá, 2007. p. 83.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

NAHAS, Thereza Christina. **Cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. São Paulo: LTr, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOGUEIRA, Tânia Liz Tizzoni. **A prova no direito do consumidor**: o ônus da prova no direito das relações de consumo. Curitiba: Juruá, 1999.

NUNES, Rizzato. **Comentários do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José Carlos de. **Código de proteção e defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. Leme (SP): Editora de Direito, 1999.

PAULA, Adriano Perácio de. Da Arbitragem nas Relações de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, Revista dos Tribunais, out. – dez./1999.

PENIDO, Laís de Oliveira. Arbitragem, instituto antigo com perspectivas revitalizadas. **Revista LTr**, São Paulo, v. 62, n. 08, ago.1998.

PEREIRA, Ana Lúcia. **A arbitragem e os consumidores**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1425. Acesso em 18 de junho de 2008.

PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed. Madrid, Civitas: 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (orgs.) **Direito e Economia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2006.

RICCI, Edoardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira *et al.* (coord.). **Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, Antônio do Rego Monteiro. **Código de Defesa do Consumidor**: descon sideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 1999.

ROCHA, Júlio César Barreto. O código de defesa do consumidor e a arbitragem de consumo no Brasil. FLORENSA I TOMÀS, Carles E. *et al.* **El Arbitraje de Consumo**: una nueva dimensión del arbitraje de derecho privado. Valência (Espanha): Tirant lo Blanch, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: LTr, 1991.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEVERO NETTO, Manoel (Org.) **Direito, Cidadania e Processo**. Recife: FASA, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Código de Defesa do Consumidor Anotado e legislação complementar**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Atlas, 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SORJ, Bernardo. **A nova sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. São Paulo: LTr, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**. São Paulo, Jurid Vellenich, v. 161, ano 21, nov./dez. 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista de Direito Processo Civil**. Curitiba, Genesis, ano IV, n. 14, out./dez. 1999.

_____. **Direito e Processo: Direito Processual Civil ao Vivo**. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5.

TURA, Adevanir. **Arbitragem nacional e internacional – curso prático**. Leme (SP): JHMizuno, 2007.

VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia com pés de barro: o diagnóstico de uma crise que mina as estruturas do Estado de Direito**. Recife: Universitária da UFPE, 2006.

ZENUN, Augusto. **Comentários ao Código do Consumidor**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (orgs.) **Direito e Economia**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005.