



Petrus Tybur Junior

Arbitragem nos contratos de consumo

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR.

Orientador: Prof. Dr. João Bosco Lee

Curitiba, julho de 2005



Petrus Tybur Junior

Arbitragem nos contratos de consumo

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC-PR. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Dr. João Bosco Lee
Orientador
PUC/PR

Curitiba, __ de agosto de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Petrus Tybur Junior

Bacharel em Direito pela UFPR em 1998. Especialista em contratos empresariais pela UFPR em 2002. Advogado militante em Curitiba. Professor universitário. FATEC Internacional e na FACEAR - Faculdade Educacional de Araucária.

Ficha Catalográfica

Tybur Junior, Petrus

T977a Arbitragem nos contratos de consumo / Petrus Tybur Junior ;
2005 orientador, João Bosco Lee. -- 2005
112 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) -- Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2005

Inclui bibliografia

1. Contratos. 2. Defesa do consumidor. 3. Arbitragem. I. Lee,
João Bosco. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social. III. Título.

A meus velhos, pelo apoio incondicional.

Agradecimentos

Agradeço ao programa de Mestrado em Direito da PUC/PR pela oportunidade.

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. João Bosco Lee, pela confiança depositada no orientando, que não é dos mais fáceis de ser orientado.

Aos colegas de mestrado, obrigado pelas conversas sempre produtivas.

A meus sócios, André Zacarias Tallarek de Queiroz e Jefferson Sakai Pinheiro, por tocarem o escritório enquanto eu tocava as pesquisas.

A Faculdade Tecnológica Internacional - FATEC e a Faculdade Educacional de Araucária - FACEAR pelo apoio dado.

A minha família, meu porto seguro.

Resumo

Tybur Junior, Petrus. Lee, João Bosco (orientador) **Arbitragem nos contratos de consumo**. CURITIBA, 2005. 112p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

A arbitragem aumentou seu campo de aplicação nas sociedades contemporâneas. De fato, os métodos alternativos de resolução de conflitos são um novo campo de procedimentos, que estão substituindo as maneiras tradicionais de resolver os problemas relacionados aos conflitos de direitos. Contudo, o fenômeno dos contratos de consumo é relevante, porque estes contratos constituem a maioria dos contratos celebrados atualmente. O aumento das transações econômicas mudou a maneira de compreender a teoria tradicional dos contratos, em que um contrato não é celebrado por iguais, mas há uma diferença enorme na posição jurídica das partes. A teoria tradicional da arbitragem é baseada na autonomia das partes, mas a nova teoria dos contratos, especialmente dos contratos de consumo, é baseada em postulados novos. Assim, por conta de tais fatos, este estudo investigará os fenômenos da arbitragem relacionados aos contratos de consumo.

Palavras-chave.

Arbitragem; Contratos de consumo; Cláusula compromissória; Arbitrabilidade.

Abstract

Tybur Junior, Petrus. Lee, João Bosco (Advisor) **Arbitration in the consumer contracts**. Curitiba, 2005. 112p. Msc. Dissertation - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Arbitration has increased its field of application in the contemporary societies. In fact, the alternative dispute resolutions methods are a new arena of procedures, which are going to substitute the traditional manners of solving problems related to conflicts of rights. In the other hand, the phenomenon of the consumer contracts is relevant, because these contracts constitute the majority of the contracts celebrated nowadays. The increase of economic transactions has changed the way of comprehending the traditional theory of contracts, which a contract is not celebrated by equals, but there is a huge difference in the juridical position of the parties. The traditional theory of arbitration is based on the autonomy of the parties, but the new theory of contracts, especially de consumer contracts is based on new postulates. So, for all theses facts, this study intends to investigate the arbitration phenomena related to consumer's contracts.

Keywords

Arbitration; consumer contracts; arbitration clause, arbitrability.

Sumário

1. Introdução	9
2. O contrato de consumo	16
2.1. O contrato	17
2.1.1. Teoria clássica	19
2.1.1.1. A liberdade de contratar	20
2.1.1.2. A autonomia privada	21
2.1.1.3. Igualdade entre os contratantes	25
2.2. Crise na teoria contratual clássica	26
2.2.1. Nova concepção de contrato	29
2.3. O Código de Defesa do Consumidor	32
2.3.1. Imperatividade do Código de Defesa do Consumidor	38
2.3.2. Princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor	41
2.4. Conceitos de consumidor e fornecedor	46
2.5. Conceito de contrato de consumo	52
2.6. Nulidades nos contratos de consumo	53
3. Arbitragem nos contratos entre consumidor e fornecedor	56
3.1. Arbitrabilidade dos contratos de consumo	58
3.1.1. O artigo 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor	63
3.1.2. A jurisprudência e o <i>leading case</i> brasileiro	86
3.2. Princípio da “competência-competência” e imperatividade do Código de Defesa do Consumidor	92
3.3. Sentença arbitral e contratos de adesão	96
4. Conclusão	104
5. Referências	109

1 INTRODUÇÃO

O final do século XX brindou o direito brasileiro com duas leis de importância ímpar: o Código de Defesa do Consumidor¹ e a Lei de Arbitragem². Ambas representaram o reconhecimento dado pelo legislador brasileiro à evolução pela qual passou a sociedade brasileira em virtude da abertura política³ e econômica⁴ ocorrida nas últimas duas décadas do século passado no Brasil.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a proteção de um especial agente: o consumidor⁵, considerado enquanto parte vulnerável numa especial relação jurídica: a relação jurídica de consumo. Esta proteção não é aleatória, nem muito menos uma mera opção política, a proteção do consumidor no direito brasileiro é oriunda de determinação constitucional⁶.

Por sua vez, a Lei de Arbitragem trouxe nova energia a tal instituto, o qual não gozava de prestígio no direito brasileiro até a então⁷. O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a importância da arbitragem como forma definitiva de

¹ Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990.

² Lei Federal 9.307, de 23 de setembro de 1996.

³ 20 anos sem Tancredo **O Tempo**, Belo Horizonte, MG, 21 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/tancredo.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2005.

⁴ NOVAES, Carlos Pinto de. **A globalização e o Brasil**. Disponível em: <http://www.fecap.br/portal/Arquivos/Negocios/A_globalizacao_e_o_Brasil.pdf> Acesso em: 23 jun. 2005.

⁵ O art. 2º da Lei 8.078 define consumidor: *Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

⁶ A Constituição Federal de 1988 expressamente prevê a proteção do consumidor nos artigos 5º, XXXII (*o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*) e art. 170, V (*Art. 170. 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, observados os seguintes princípios: ...V- defesa do consumidor*).

⁷ Em sentido contrário: STAMBLEBEN, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord). 2. ed. **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1999. p. 33 – 95.

resolução de conflitos, gozando o laudo arbitral da mesma força existente em sentença judicial.

Além disso, verdadeira revolução operou-se no ordenamento jurídico nacional com o reconhecimento da autonomia e eficácia da cláusula compromissória, tendo tal fato significado a real possibilidade de implantação e popularização do instituto da arbitragem no Brasil. Esta popularização levou à cogitação de ser a arbitragem aplicada em matérias ditas sensíveis⁸. É de ressaltar, dentro de tais matérias sensíveis, a importância dos contratos de consumo, que são os tipos mais comuns de contrato celebrados na realidade jurídica brasileira e que, em tese, poderiam ser objeto de arbitragem, desde que a matéria neles tratada envolvesse direitos patrimoniais disponíveis⁹. Enfim, a arbitragem encontraria campo propício nos contratos de consumo.

Não bastassem tais constatações, numa sociedade globalizada, em que operações de aquisição de produtos e serviços através das fronteiras nacionais tornaram-se comuns¹⁰, especialmente através da *internet*, uma operação de compra e venda internacional, que antes passaria por um importador, hoje pode ser feita diretamente pelo destinatário final de uma mercadoria ou serviço, um consumidor enfim¹¹. Assim, pode-se falar em contratos de consumo mesmo na esfera do direito internacional privado¹².

⁸ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 66.

⁹ Lei 9.307/1996. Art. 1º *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

¹⁰ FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.p. 24 “O consumidor, parte já vulnerável no consumo doméstico, ficará ainda mais vulnerável em se tratando do consumo internacional ou transfronteiriço, por desconhecer as diferentes normas e ignorar quais serão a jurisdição e a lei aplicáveis em caso de conflito, objeto do direito internacional privado. Na maior parte dos casos, o baixo valor individual dos litígios e a necessidade de contratar um profissional especializado desestimulam a busca de soluções pelo consumidor.”

¹¹ Lei 8.078/1990. Art. 2º - *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final.*

¹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 128. “Importante é a norma do art. 9º, § 2º, da LICC/42, que é usada para identificar o lugar da proposta em contratos entre ausentes ou em

A arbitragem surge como a forma possível de se lidar com os contratos de consumo na esfera do direito internacional privado, pois é quase impossível para um consumidor acionar eficazmente o aparato judiciário de seu país para tentar resolver problemas advindos de um contrato com uma parte fornecedora estrangeira.

No entanto o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva cláusula em contrato obrigando à utilização compulsória da arbitragem¹³. Nesta linha de raciocínio a lei consumerista constituir-se-ia num empecilho para implementação da arbitragem nos contratos ditos de consumo, pois tiraria toda vantagem reconhecida pela lei de arbitragem à cláusula compromissória, isto é, a obrigatoriedade para as partes signatárias da cláusula de terem resolvidos através da arbitragem litígios advindos de um determinado contrato.

A lei de arbitragem brasileira faz distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral¹⁴, fazendo com que a questão da arbitrabilidade dos contratos de consumo torne-se ainda mais complexa, pois existe vedação expressa à adoção de cláusulas compromissórias em tais contratos, mas a lei do consumidor nada diz acerca da arbitragem advinda de compromisso arbitral.

O presente estudo pretende identificar a possibilidade de arbitragem envolvendo os contratos de consumo, verificando os limites e condições em que se vai desenrolar o procedimento arbitral envolvendo matéria sensível: o direito do consumidor. O trabalho tem como premissa de estudo a análise de contratos de consumo que tenham sido celebrados no Brasil ou nos quais a lei brasileira do consumidor tenha sido eleita como lei aplicável, pois somente a partir de tal

contratos à distância, como a maioria dos contratos internacionais de consumo nos dias de hoje. Segundo o § 2º, do art. 9º, ‘a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente’. A interpretação desta norma se faz pela *lex fori* (lei brasileira). Como em matéria de consumo, a lei brasileira material determina que o proponente é sempre o fornecedor (art. 30 do CDC), teríamos sempre, se usado o art. 9º, § 2º, da LICC/42, a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos à distância, mesmo os de consumo, como os contratos do comércio eletrônico de consumo”.

¹³ Lei 8.078/1990. Art. 51 - *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

(omissis)...VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

¹⁴ Lei 9.307/1996 – Art. 3º *As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*

enfoque que se pode falar na aplicação obrigatória da lei consumerista brasileira ao contrato¹⁵.

Em face do corte epistemológico adotado pelo trabalho, o presente estudo será embasado, no que concerne à legislação consumerista, exclusivamente na lei brasileira do consumidor. Desta feita, serão trazidas ao estudo as visões dos doutrinadores pátrios sobre a natureza e funcionamento dos contratos de consumo em face da lei brasileira do consumidor.

Quer-se firmar que o trabalho pretende afastar uma visão favorável ou desfavorável ao desenho da lei consumerista brasileira. Pretende-se analisar a fenomenologia dos contratos de consumo num enfoque científico, afastando-se concepções pró ou contra. Não há a pretensão de neutralidade absoluta, até por que tal atuação é impossível, pois quando se escolhe a abordagem de um determinado objeto para análise científica, está-se a demonstrar uma determinada preferência sobre um assunto e por uma visão de mundo.

No que concerne ao fenômeno jurídico da arbitragem o presente trabalho pretende utilizar-se de doutrina nacional e estrangeira. De fato, por ser a efetiva aplicação da arbitragem muito recente na realidade jurídica nacional, não é de se estranhar nossa doutrina não responder a muitas questões existentes sobre o tema¹⁶. Por outro lado, em realidades jurídicas alienígenas o estudo da arbitragem atinge maior maturidade, quer pelo tempo de estudo dedicado pelos doutrinadores locais ao estudo do fenômeno jurídico, quer pela aplicação da arbitragem àqueles sistemas jurídicos de forma mais intensa.

A doutrina estrangeira a ser seguida no presente estudo é majoritariamente de origem francesa. Explica-se tal fato já que o instituto da arbitragem goza de grande prestígio na França, sendo de se ressaltar também que neste país encontra-se a sede do principal órgão de administração de arbitragens no mundo, a CCI¹⁷. Além disso, existe naquele país europeu uma tradição romano-germânica similar à

¹⁵ Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei 4.657/1942 - Art. 9º - *Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem.*

¹⁶ Em que pesem existirem trabalhos excelentes de doutrinadores nacionais, os quais não deixarão de ser citados no decorrer do estudo.

¹⁷ CCI – Câmara de Comércio Internacional.

tradição brasileira¹⁸, possuindo a França tradição quer nas arbitragens internas quanto nas arbitragens internacionais.

Em face da utilização de material em idioma estrangeiro é importante ressaltar que citações em língua alienígena serão evitadas, sendo utilizadas tão somente quando uma tradução livre não conseguir repassar significado satisfatório¹⁹. No entanto, as citações no original serão apontadas em notas de rodapé²⁰ e serão diretamente transcritas no texto quando o original referir-se especificamente a conceito jurídico referente ao núcleo do trabalho.

A abordagem do tema levará em consideração as peculiaridades dos contratos de consumo, analisando-se a sistemática de sua formação e o deslinde de tal característica para arbitragem. Para chegar a tal intento faz-se necessária um estudo das peculiaridades dos contratos de consumo, especialmente no que concerne à autonomia privada dos contratantes.

A vontade dos contratantes é importante para o presente estudo, pois parte-se da linha doutrinária que define ter a arbitragem origem contratual²¹, portanto embasada na autonomia privada de contratantes. Na teoria dos contratos de consumo há uma nova visão da autonomia privada, o que diferencia estes contratos de outros tipos contratuais sujeitos à arbitragem.

Para entender a questão da autonomia privada dos contratantes nos contratos de consumo será necessário o estudo da figura do consumidor e do fornecedor. A autonomia privada dos contratantes é especialmente atingida com relação aos consumidores, pelas características da hipossuficiência e da vulnerabilidade destes

¹⁸ Denominada também pela doutrina de *civil law* em contraste com a tradição anglo-saxã denominada *common law*.

¹⁹ NUNES, Rizzato. Manual da monografia jurídica. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p.100/101.

²⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 210/212.

²¹ MARTINS, P. A. B. **Da convenção de arbitragem e seus efeitos.** in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 211. “O compromisso, de caráter particular, calcado no princípio da *pacta sunt servanda*, tem natureza contratual, onde as partes, em manifestação espontânea ou por força da cláusula arbitral, ajustam direitos e obrigações que se impõem, inclusive, ao árbitro, quando da aceitação da nomeação formulada pelos compromitentes.”

nos contratos de consumo, conforme expresso na lei consumerista brasileira²² e na doutrina nacional.

A lei consumerista brasileira traz uma nova visão de teoria contratual. No entanto, para se entender esta nova teoria necessária será a análise da teoria clássica dos contratos, a qual embasa a forma de se entender a vontade das partes na arbitragem. Uma vez compreendida a natureza da autonomia privada nos contratos de consumo, será necessária análise da possibilidade de utilização de arbitragem em tais contratos. O estudo pretende analisar a autonomia privada em duas situações distintas decorrentes da lei de arbitragem brasileira: a autonomia privada no momento de constituição de cláusula compromissória e a autonomia privada no momento do compromisso arbitral.

A arbitrabilidade dos contratos de consumo será analisada tanto no aspecto objetivo, se os contratos de consumo possuem conteúdo arbitrável ou não, quanto no aspecto subjetivo, envolvendo a possibilidade de arbitragem entre consumidores e fornecedores. A análise da arbitrabilidade será feita após o estudo da autonomia privada, pois, no que concerne à arbitrabilidade subjetiva, é relevante entender se os sujeitos envolvidos na arbitragem agem dentro do sistema clássico da autonomia privada ou não.

No estudo da arbitrabilidade objetiva será levado em consideração se a lei consumerista brasileira age no âmbito material da arbitragem, tornando a matéria envolvendo os contratos de consumo, *per si*, não arbitrável. Na análise da arbitrabilidade subjetiva será analisado o momento de formação da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, através da análise privada dos agentes contratantes, uma vez não válida a vontade de um dos agentes contratantes é de se inferir que esta parte não pode ser sujeito de uma arbitragem.

Para ilustrar a questão da arbitrabilidade nos contratos de consumo será analisada a jurisprudência e o *leading case*²³ acerca da matéria. De fato, a análise deste julgado contribuirá para dar uma visão bastante realista do pensamento

²² Lei 8.078/1990 – Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

²³ Julgamento SE – 5847/IN de 1º de Dezembro de 1999.

jurisprudencial brasileiro sobre o tema, pois o julgamento ocorreu perante a mais alta Corte brasileira²⁴, então a responsável pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras²⁵, tendo envolvido argumentação de que a parte brasileira na arbitragem seria consumidora e que a presença da mesma em um procedimento arbitral não estaria autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Uma vez definida a questão da arbitrabilidade nos contratos de consumo, faz-se necessário verificar a forma de aplicação do Código do Consumidor pelos árbitros em uma arbitragem envolvendo tais contratos. Será então feito um cotejamento entre a lei de arbitragem brasileira e a lei consumerista nacional, para se verificar se é imperativa a aplicação de preceitos do Código de Defesa do Consumidor a um litígio objeto de arbitragem.

No entanto, antes de um estudo acerca da aplicação compulsória ou não do Código consumerista pelos árbitros é necessário o estudo do denominado princípio da competência-competência, segundo o qual o árbitro e somente este tem o poder de se dizer competente ou não para o julgamento de uma questão que lhe foi posta, afastando o Poder Judiciário da possibilidade de dizer sobre o feito neste aspecto.

No momento seguinte será analisada a questão envolvendo a naturalidade do laudo arbitral, se nacional ou estrangeiro. Neste ponto do estudo será cotejada a lei brasileira e a Convenção de Nova Iorque²⁶ sobre homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e o Código de Defesa do Consumidor, verificando-se, ainda, se existem diferenças substanciais entre um laudo arbitral nacional e um estrangeiro no que concerne aos contratos de consumo.

Assim, o trabalho pretende revestir-se de uma seqüência lógica, alinhavada de tal forma a dar um enfoque completo sobre o tema objeto de estudo, encerrando o estudo do objeto proposto com conclusão que possa acrescentar novidades ao estudo da arbitragem e também do direito do consumidor.

²⁴ Supremo Tribunal Federal – STF.

²⁵ A Emenda Constitucional 45/2004 alterou a competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, a qual se deslocou para o Superior Tribunal de Justiça.

²⁶ Ratificada no Brasil através do Decreto Legislativo 52 de 2002.

2 O CONTRATO DE CONSUMO

No presente capítulo será desenvolvido estudo específico acerca dos contratos de consumo. Faz-se necessário este estudo preliminar, pois a arbitragem poderia ou não incidir sobre estes contratos, dependendo da análise da questão de existirem ou não características peculiares no conteúdo dos mesmos que permitam ou não a adoção deste método alternativo de resolução de conflitos.

O termo contrato de consumo foi adotado no presente estudo não sem razão. A expressão “contrato”, em sentido jurídico, designa um negócio jurídico bilateral oneroso qualquer que seja o objeto de tal negócio²⁷. Este negócio necessita de agentes capazes o objeto lícito para ter existência jurídica.

O estudo não pretende descurar do fato dos contratos não se reduzirem a um conceito jurídico, sofrendo interferências de aspectos da realidade político-econômica que os cerquem. O que se quer deixar claro: o contrato não é apenas um conceito jurídico que tem vida por si só, muito pelo contrário, este conceito tem ligação com uma realidade de necessária regulação jurídica das operações econômicas entre os sujeitos.²⁸

²⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 7. “‘Contrato’ é um *conceito jurídico*: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa.”

²⁸ *Idem*. **Ibidem**. Nota 26. p. 9. “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação econômica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstrata, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas, dos interesses que no âmbito das operações econômicas se querem tutelar e prosseguir. (Neste sentido, como já se referiu, o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação econômica).”

Por outro lado, a expressão “contrato de consumo” existe para designar um contrato envolvendo duas partes específicas: o consumidor e o fornecedor²⁹. De fato, o que caracteriza como peculiar um contrato de consumo são as partes que o celebram e não somente o conteúdo específico do mesmo. Desta feita, a análise da posição jurídica dos contratantes neste tipo de negócio jurídico é essencial.

Assim, o estudo, ao adotar a expressão “contrato de consumo”, pretende restringir sua análise a um negócio jurídico bilateral oneroso celebrado por duas partes peculiares: um consumidor e um fornecedor, não abrangendo outras formas de negócio decorrentes de acordos de vontade.

No entanto, e por se pretender abordar o tema de forma mais completa, este trabalho analisará, antes de analisar os denominados contratos de consumo, o conceito tradicional de contrato, com as características tradicionais dos contratos. Uma vez verificadas tais características, de ora em diante denominadas clássicas³⁰, o estudo prosseguirá com a análise das características específicas dos contratos de consumo, com os reflexos para utilização da arbitragem em tais contratos.

2.1. O CONTRATO

A noção de contrato nem sempre existiu na seara jurídica³¹. De fato, a concepção tradicional de contrato tem origem em época histórica recente³². O

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 252. “Atualmente, denomina-se *contratos de consumo* todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. Esta nova terminologia tem como mérito englobar a todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente *em um dos pólos* da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes. Este desequilíbrio teria reflexos no conteúdo do contrato, daí nascendo a necessidade do direito regular estas relações contratuais de maneira a assegurar o justo equilíbrio dos direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato através de uma regulamentação especial”.

³⁰ Idem. **Ibidem**. Nota 28. p. 39. “Na ciência jurídica do século XIX, a autonomia de vontade era a pedra angular do Direito. A concepção do vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual.”

³¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 15. “Parece lícito pensar que, enquanto sempre existiram operações econômicas (atos materiais de transferência de riqueza), os

código napoleônico consagrou os pilares do que pode ser denominado de direito contratual clássico. Em tal concepção o contrato é fruto de encontro de vontades das partes, sendo que a igualdade das partes premissa desta concepção.

A autonomia privada e a igualdade jurídica entre os contratantes são conquistas desta visão clássica de contrato, a qual não se descarta ter servido de ideologia de dominação e conformação de um determinado esquema de poder³³. O que se quer clarificar é continuar o contrato a se servir da autonomia privada e da concepção jurídica de igualdade, no entanto tais princípios não são atualmente vistos como absolutos, ao contrário do que historicamente ocorreu no Século XIX.

De fato, as concepções sobre um determinado instituto jurídico mudam com o tempo. Roppo coloca com clareza a questão: “Tudo isto se exprime através da fórmula da *relatividade do contrato* (como aliás de todos os outros institutos jurídicos): o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido³⁴”.

contratos, no sentido em que estamos habituados a entendê-los, como categoria lógica e instrumento da sua formalização jurídica, são, ao invés, matéria de aquisição recente. Parece, de fato, remontar a tempos ‘históricos’ o emergir da idéia de ser possível e conveniente sujeitar as operações econômicas (os seus pressupostos e as suas conseqüências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da coletividade – numa palavra, submetê-las ao direito.”

³² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. Op. cit. p. 46. “Destaque-se, por fim, a maior realização da Revolução Francesa no campo do Direito Civil, o Código Civil francês de 1804. (*omissis*)..Esta visão extremamente voluntarista do direito contratual influenciará várias codificações, inclusive a nossa, moldando para sempre a concepção clássica de contrato.”

³³ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 28. “Quando Maine observava que a sociedade que lhe era contemporânea (portanto, a sociedade do século XIX) baseava-se no contrato e na liberdade de contratar, ao contrário das sociedades antigas governadas pelos vínculos de *status*, elevava o contrato a eixo fundamental da sociedade liberal, a protótipo dos seus valores e dos seus princípios (da livre iniciativa individual à concorrência entre os empresários no mercado, à procura ilimitada de lucro...) em antítese com o modelo de organização da sociedade do ‘antigo regime’, com os seus resíduos feudais, com os seus vínculos e privilégios corporativos, com a sua economia fechada. O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento da sua legitimação.”

³⁴ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 24.

Assim, uma vez que mudanças sociais e econômicas ocorreram no século XX, não é de estranhar que verdadeiros dogmas da teoria clássica dos contratos tenham de ser revistos, no intuito de adequá-los a este novo contexto. Mas, para entender a adequação das características dos contratos à evolução social, necessário se faz o estudo da teoria clássica dos contratos e de seus elementos.

2.1.1. TEORIA CLÁSSICA

Este estudo denominará teoria clássica aquela decorrente do pensamento novecentista³⁵. Nesta teorização parte-se da idéia de liberdade de contratar. Citando Roppo quando esta doutrina que: “afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, deveria ser uma operação absolutamente livre dos contratantes interessados:deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço³⁶.”

Percebe-se, pois, que a liberdade de contratar e a autonomia privada eram os pilares da teorização então construída. Havia, por sua vez, a concepção de ser necessária uma igualdade entre as partes, mas tal igualdade apenas no âmbito do jurídico e não necessariamente no âmbito material³⁷.

Assim, um estudo da ora denominada teoria clássica dos contratos necessita da análise da questão da liberdade de contratar, da autonomia privada e da concepção de igualdade jurídica. Tais princípios são bases para se entender as modificações recentes nas teorias dos contratos, as quais desembocam em novo entendimento para os princípios a regerem os contratos de consumo.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 47. “No século XIX, auge do Liberalismo, do chamado Estado Moderno, coube à teoria do direito dar forma conceitual ao individualismo econômico da época, criando a concepção tradicional de contrato, em consonância com os imperativos da liberdade individual e principalmente o dogma máximo da autonomia da vontade.”

³⁶ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 32.

³⁷ ROPPO, Enzo, Op. cit. p. 35. “Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações econômicas de vez em quando realizadas sob a forma contratual.”

2.1.1.1. A LIBERDADE DE CONTRATAR

A idéia da liberdade de contratar, pilar da idéia de contrato, juntamente com a idéia de autonomia privada e igualdade entre os contratantes, adquiriu contornos de dogma nos direitos dos contratos, num momento em que uma ideologia própria, a qual tal noção de liberdade favorecia, firmou-se política, econômica e culturalmente.³⁸

De fato, a liberdade de contratar estabeleceu-se nas sociedades democráticas ocidentais, estando consagrada também no direito brasileiro³⁹. Os maiores reflexos de tal princípio, conforme Marques, seriam “o princípio da *liberdade de forma* das convenções, o da *livre estipulação* de cláusulas e a possibilidade de criar *novos tipos* de contratos, não tipificados nos Códigos⁴⁰.”

Desta feita, o direito contratual clássico contribuiu com a flexibilidade necessária aos contratos para que as trocas econômicas acertadas pudessem ocorrer com maior facilidade. A liberdade de forma das convenções preenche este requisito, vez que somente em casos excepcionais formas solenes ou determinadas em lei impõem-se ao contrato. Em regra, os contratos devem ser instrumentos facilitadores das trocas e operações econômicas, o que, com um formalismo excessivo, pode ser dificultado.

A liberdade contratual implica também na possibilidade das partes livremente estabelecerem cláusulas nos contratos, podendo inserir no conteúdo destas matérias em que as partes possam dispor de situações jurídicas suas e sobre conteúdos que não atentem diretamente contra a lei ou contra a ordem pública. Percebe-se a influência do aspecto econômico na elaboração deste princípio, pois,

³⁸ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 32. “Estes dados devem ser mantidos presentes na análise dos processos ideológicos afirmados em sede de contrato pela ciência jurídica e legisladores do séc. XIX: uma análise que se nos afigura de particular interesse e importância, seja porque aqueles princípios constituem, historicamente, uma das máximas e mais significativas expressões de todo o direito burguês, amadurecida de forma plena justamente no momento mais alto da hegemonia política, econômica e cultural da burguesia, (*omissis*)...”.

³⁹ Código Civil. Art. 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 49.

as partes conhecem melhor do que ninguém a forma mais ágil de estabelecer conteúdos contratuais no intuito de facilitar e agilizar as trocas econômicas pretendidas entre elas.

Decorrente do princípio da liberdade contratual é o princípio da liberdade que têm as partes em criar tipos contratuais, não especificamente previstos em um modelo legal. A razão de ser deste princípio é permitir às partes entabularem contratos os mais apropriados para as trocas econômicas que pretendam fazer. Enfim, os contratos adquirem um caráter eminentemente particular, servindo especificamente para regular as trocas econômicas entre as partes.

Constata-se, pois, que a liberdade contratual afirma-se na concepção clássica do contrato por ser necessária à facilitação das trocas econômicas propiciadas através de tais instrumentos. Interessante é notar que para existência de tal liberdade, no entanto, faz-se necessário que as partes gozem de autonomia de exprimirem suas vontades. Desta feita, o estudo concepção de autonomia privada na teoria clássica dos contratos é essencial para o entendimento desta.

2.1.1.2. A AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada, consagrado pela teoria clássica dos contratos, e até hoje ponto de grande discussão na teoria jurídica, deve sua construção a uma série de fatores que merecem ser explicados para melhor entendimento da concepção clássica de autonomia privada. Seguindo aqui a ordem apresentada por Marques, verifica-se que houve influência do direito canônico, da teoria do direito natural, das teorias de ordem política e a Revolução Francesa e das teorias econômicas e o Liberalismo⁴¹.

Ao direito canônico deve-se a concepção da validade *per si* da promessa, com isto liberando o direito da formalidade existente no direito romano⁴². De fato, como ensina Marques: “Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo⁴³”.

⁴¹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 43 – 47.

⁴² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 43.

⁴³ Idem. Ibidem. p. 44.

A teoria do direito natural consiste na “base teórico-filosófica”⁴⁴ fundamental para a concepção clássica do contrato. Kant contribuiu decisivamente para uma concepção voluntarista do contrato, onde a base do pensamento seria a autonomia privada do indivíduo, sujeito racional⁴⁵. Assim, não mais o pacto valeria por uma formalização ou não, mas valeria, sobretudo, por exprimir a vontade das partes pactuantes.

A autonomia privada, dentro do contexto da doutrina clássica dos contratos, também restou influenciada pela teoria do contrato social, pois o próprio Estado teria surgido de um acordo de vontades de homens livres, os quais limitavam sua liberdade em prol de uma convivência harmônica. Rousseau, aqui citado por Marques, afirmava que: “Já que nenhum homem possui uma autoridade natural sobre o seu semelhante, e uma vez que a força não produz nenhum direito, restam, portanto, os contratos (as convenções) como base de toda a autoridade legítima no meio dos homens⁴⁶”. Assim, o Estado surge porque os homens possuem vontade autônoma e liberdade.

A Revolução Francesa, por sua vez, no aspecto jurídico restou estratificada pelo *Code Civil* de 1.804, o qual conjugou “as influências individualistas e voluntaristas da época com as idéias do Direito Natural Moderno”⁴⁷, tendo este monumento jurídico erigido, no que concerne aos contratos, a autonomia privada das partes como elemento principal. A legislação francesa de então, de cunho eminentemente voluntarista, influenciou o Código Civil brasileiro de 1916, atuando como amálgama da concepção clássica de contrato nos diversos sistemas legislativos.

Por fim, as teorias econômicas e o Liberalismo do século XIX decisivamente contribuíram para uma visão onde a liberdade contratual e autonomia privada restassem privilegiadas. De fato, o contrato é visto como instrumento para “a realização de interesses individuais daqueles que o

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 44.

⁴⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: EDIPRO, 2003. A construção teórica kantiana, onde a liberdade, razão e vontade são instrumentos essenciais, além da idéia de *imperativo categórico* pelo autor formulada, foram concepções decisivas para a sedimentação dos conceitos jurídicos modernos.

⁴⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 45.

⁴⁷ Idem. Ibidem. p. 46.

contrataram”⁴⁸, o contrato, na sua concepção clássica traz uma concepção em que o interesse dá-se sobretudo no interesse dos contratantes, enquanto indivíduos, não se preocupando com aspectos sociais.

Enfim, verificadas as condições para o surgimento do dogma da autonomia privada na teoria clássica dos contratos, cumpre analisar a caracterização de tal autonomia nesta teoria, depreendendo-se as conseqüências para a noção clássica de contrato.

A vontade livre é a primeira necessidade para existência de uma real possibilidade de se contratar embasado na autonomia privada. Desta feita, existe a premissa de que as partes celebrantes de um contrato devem poder agir o mais livremente na escolha da forma, conveniência e modo de contratar. A restrição a tal liberdade pode apenas vir de lei, denominada então de lei imperativa, lei que teria “como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como por exemplo, as regras sobre capacidade”⁴⁹. Roppo apresenta de forma clara a idéia de uma a limitar a vontade livre quando: ”Admitiam-se, por outro lado, limites à liberdade de contratar conexos com a exigência de tutelar sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas, correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios, não estando em condições de exercê-la de modo consciente e frutuoso para os seus interesses: daqui as incapacidades contratuais dos menores e dos diminuídos mentais”⁵⁰. Na teoria clássica, e daí de novo com Roppo, a redução da vontade livre era pensada tão somente como conseqüência de fatores biológicos, não havendo preocupação com fatores econômico-sociais, os quais não afetariam a psique dos indivíduos⁵¹.

Uma vez que a vontade é livre, há que se falar no seu oposto, a responsabilidade. De fato, uma vez pactuados, já que pactuados através de vontade livre das partes, os contratos, no contexto da teoria clássica, têm força

⁴⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 47.

⁴⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 49.

⁵⁰ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 33.

⁵¹ Idem. Ibidem. p. 33. “Com dificuldades e resistências muito maiores deparavam as tentativas de introduzir limites – embora puramente negativos – destinados a proteger sujeitos, cuja inferioridade e debilidade contratuais derivavam de causas não já biológicas, mas econômico-sociais.”

obrigatória entre estas, *pacta sunt servanda*⁵². Esta vinculação das partes à palavra empenhada constitui-se, ainda hoje, num dos pilares do direito contratual.

Obviamente, uma vez que a vontade das partes, manifestadas em suas promessas, são tão importantes para a teoria clássica dos contratos, foi necessária a regulação de situações anormais, onde o consentimento das partes ocorresse de forma anômala⁵³, foi então formulada a teorização dos vícios do consentimento, os quais permanecem assentes enquanto princípios formadores da teoria clássica dos contratos.

Importante verificar que a vontade das partes, aquela para o qual há interesse da teoria clássica dos contratos, é a vontade externada pelos agentes na realização do negócio, sendo irrelevante para o direito a motivação destes ao contratar⁵⁴. Assim, tornam-se importantes os vícios do consentimento quando de alguma forma a vontade externada viu-se prejudicada⁵⁵.

Assim sendo, a autonomia privada é pilar da teoria clássica dos contratos. A vontade é aquela externada no momento do negócio jurídico, não sendo relevantes motivações psicológicas dos negociantes. A relevância dada à vontade empenhada pela teoria clássica tornou os contratos os instrumentos mais confiáveis e por excelência utilizados nas transações econômicas. De fato, sem os pilares introduzidos pela teoria clássica dos contratos, a regulação das atividades econômicas não teria atingido o patamar de sofisticação hoje alcançado, ou seja, a autonomia privada não é mais um dogma absoluto, sofreu uma relativização, mas continua importante para o estudo da teoria dos contratos.

⁵² ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 34. “À liberdade, como se viu, tendencialmente ilimitada, de contratar ou de não contratar, de contratar nestas ou naquelas condições, no sistema, por outro lado, correspondia, como necessário contraponto desta, uma tendencialmente ilimitada *responsabilidade* pelos compromissos assim assumidos, configurados como um vínculo tão forte e inderrogável que poderia equiparar-se à lei...(*omissis*).”

⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 50. “Do dogma da autonomia da vontade, como elemento criador das relações contratuais, retira-se o postulado que só a vontade livre e consciente, manifestada sem influências externas coatoras, deverá ser considerada pelo direito.”

⁵⁴ Idem. Ibidem. p. 51. “Os motivos que levaram o indivíduo a contratar, suas expectativas originais, são irrelevantes.”

⁵⁵ O atual Código Civil Brasileiro preceitua a matéria dos artigos 138 a 165.

2.1.1.3. IGUALDADE ENTRE OS CONTRATANTES

A igualdade entre os contratantes é outro dos dogmas da teoria clássica dos contratos. De fato, a evolução sócio-econômica e seus reflexos no direito, levou à ciência jurídica questionamentos sobre a questão da igualdade para a teoria clássica dos contratos.

É importante lembrar o contexto do surgimento e sedimentação da teoria clássica dos contratos para melhor entender o significado do termo igualdade entre os contratantes dentro do esquema teórico então formulado. A consolidação da Revolução Francesa trouxe para o Direito a idéia de igualdade jurídica, significando que todos os cidadãos seriam iguais perante a lei, sem distinção segundo origem e extrato social. Neste ambiente, não é de se estranhar que a igualdade ao contratar tenha assumido esta feição⁵⁶.

A noção de igualdade adotada pela teoria clássica é aquela estritamente veiculada à posição jurídica do contratante, por isso a teoria clássica preocupa-se com a questão da capacidade jurídica das partes para contratar e não em posicionamento econômico ou social de uma parte perante a outra.

Roppo verificou, ao analisar a teoria clássica dos contratos e a noção de igualdade na mesma, que “justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidades nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa⁵⁷”. A igualdade jurídica entre as partes é vista como garantia de equilíbrio contratual, o contrato é visto como instrumento em que, se respeitados os princípios da liberdade de contratar, autonomia privada e igualdade jurídica, seria garantido o pleno equilíbrio das vontades emanadas, propiciando as melhores trocas as possíveis. O contrato seria, então, o instrumento jurídico propiciador das trocas mais condizentes com a vontade e necessidade das partes, não por acaso tornou-se sinônimo de teoria clássica dos contratos a expressão “*qui dit contractuel dit juste*”.

⁵⁶ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 35.

⁵⁷ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 35.

2.2. CRISE NA TEORIA CONTRATUAL CLÁSSICA

A concepção tradicional de contrato, nos dizeres de Marques embasa-se numa “relação contratual que seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas de seu acordo de vontade⁵⁸”. Seriam os denominados “contratos paritários”⁵⁹, contratos estes discutidos cláusula a cláusula, em igualdade de condições entre as partes e com tratativas preliminares efetivamente ocorrendo. Percebe-se, no entanto, que pela própria dinâmica adquirida pela atual sociedade, tal tipo de contratação perdeu força, sendo restrita a alguns setores econômicos específicos⁶⁰.

O século XX, nos dizeres de Nunes instaurou “definitivamente um modelo de produção, que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e ofertas de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento de oferta etc⁶¹”. Tal modelo de produção acabou repercutindo na estruturação das sociedades, especialmente no pós-guerra adota-se a expressão “sociedade de massa” e “sociedade de consumo” para designar esta nova realidade.

O aspecto jurídico não restou inalterado em face das novas formas de produção e os reflexos impostos por esta na organização social. De fato, e novamente com Nunes, o sistema de produção na sociedade de consumo “pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens⁶²”. Daí fenômeno típico do século XX que são os contratos de massa, contratos que

⁵⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 52.

⁵⁹ Idem. Ibidem. p. 52.

⁶⁰ Idem. Ibidem. p. 52.”...(*omissis*) ainda hoje existem, mas em número muito limitado e geralmente nas relações entre dois particulares (consumidores), mais raramente, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico.”

⁶¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 70.

⁶² Idem. Ibidem. p. 52.

consistem, nos dizeres de Marques, em “métodos de contratação em massa, ou estandardizados⁶³”.

Dentro da estrutura dos contratos de massa, destacam-se os contratos de adesão⁶⁴. De fato, na sociedade de massa, as empresas e o Estado, estão em posição privilegiada para estabelecerem vários contratos no mercado, pois gozam de posição econômica muito superior e possuem canais de produção e distribuição de bens e serviços muito avançados⁶⁵. No magistério de Marques:

“Estes contratos são homogêneos em seu conteúdo (por exemplo, vários contratos de seguro de vida, de compra e venda a prazo de bem móvel), mas concluídos com uma série indefinida de contratantes. Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais⁶⁶.”

A princípio tal massificação veio a favorecer os fornecedores e agentes da produção⁶⁷, para só depois a doutrina jurídica ter observado o desequilíbrio que tal forma de contratação causava, procurando estudar o fenômeno e estabelecer novas diretrizes para que o direito contratual pudesse suprir as necessidades de ambas as partes contratantes.

A doutrina clássica dos contratos não consegue mais explicar as características e conseqüências jurídicas dos contratos de massa. De fato, como falar em liberdade contratual, em autonomia privada e em igualdade jurídica em contratos nos quais uma parte apresenta todo um conteúdo pré-formulado e a

⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 52 - 53.

⁶⁴ Não se descarta da importância das “condutas sociais típicas” citadas pela Prof^a. Cláudia Lima Marques, que importa a expressão de Larenz. Tais “condutas sociais típicas” seriam decorrentes em situações envolvendo relações de massa em que não haveria contratos escritos, existindo, porém a aceitação demonstrada através da conduta do consumidor e do fornecedor.

⁶⁵ Idem. Ibidem. p. 53.

⁶⁶ Idem. Ibidem. p. 53.

⁶⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. cit. p. 70. “O direito não podia ficar à margem desse processo, e em alguma medida seguiu a tendência da produção em série, mormente de especialização (outra característica desta nossa sociedade). Mas, de início, a alteração observada foi a do lado do fornecedor, que passou a criar contratos-padrão e formulários (que depois vieram a ganhar o nome de contratos de adesão) de forma unilateral e a impingi-los aos consumidores.”

opção do contratante é dizer sim ou não? Mas nem mesmo este sim ou não é totalmente livre de pressões, pois no mais das vezes o contratante, agora denominado aderente, não conhece termos técnicos específicos formulados pelo fornecedor, ou seja, não consegue entender o conteúdo do contrato!

Desta forma, não havia como o Direito responder às demandas sociais embasando-se numa teorização de contrato que fora concebido fora dum contexto de consolidação de sociedade de massa. A teoria teve de se adaptar a uma nova realidade, não havendo como se aplicar uma visão civilista aos contratos típicos desta nova sociedade⁶⁸.

É importante ressaltar, tal mudança da teoria clássica dos contratos, para uma nova teoria para entender o fenômeno jurídico dos contratos de massa nas sociedades industriais ocidentais, não se deu de um momento para outro, foi um longo processo, iniciado no final do século XIX e que se prorrogou pelo século XX, culminando com a adoção de novos paradigmas no direito contratual, especialmente nos países da Europa Ocidental, após a 2ª Guerra Mundial⁶⁹.

Marques, de forma bastante precisa, informa o que ocorreu após tal período:

“Certo é que a decadência do voluntarismo no Direito Privado levou à relativização dos conceitos. O direitos (*sic*) dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve que se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

No novo conceito de contrato, a equidade, a justiça (*Vertragsgerechtigkeit*) veio ocupar o centro de gravidade, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, comprovadamente só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre a do vulnerável.”⁷⁰

Assim, em face dos novos princípios apresentados pela doutrina que estuda o direito contratual em face dos fenômenos das sociedades de massa, muitos ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro, albergaram tais princípios de forma positivada, tendo havido, conforme afirma Marques: “A reação do direito através de ingerências legislativas cada vez maiores nos campos antes reservados para autonomia privada, de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio na nova sociedade

⁶⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Op. cit. p. 71 “Já dissemos, e é importante frisar, o regime privatista do Código Civil é inoperante em questões ligadas à sociedade de massa, como da mesma forma o é o sistema das ações judiciais individuais do Código de Processo Civil.”

⁶⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 150 – 155.

⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 154.

de consumo⁷¹.” Logo, faz-se necessário o estudo das novas concepções de contrato, pois o Código de Defesa do Consumidor albergou tais concepções, trazendo novos princípios ao direito contratual brasileiro, com reflexos na forma de contratar quando se falar em contratos de consumo.

2.2.1. NOVA CONCEPÇÃO DE CONTRATO

O contrato, que na sua clássica concepção importa-se precipuamente com a proteção da manifestação da vontade dos indivíduos, passa por uma revisão, sendo importante também os efeitos deste na sociedade. Tal concepção tem em mente não mais somente a declaração de vontade das partes em abstrato, mas pretende vislumbrar a real situação dos contratantes, entendendo que influências da condição social e econômica das partes são importantes para caracterizar efeitos jurídicos do contrato⁷².

Assim, é necessária a intervenção de uma vontade maior que a das partes, uma vontade que represente o sentimento geral. Ocorre, então, maior intervenção da lei no direito contratual. Na feliz expressão de Marques, quando explica a importância da lei nesta nova concepção de contrato.

“À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes.⁷³”

No entanto, e é importante destacar, os conceitos tradicionais do negócio jurídico e da autonomia privada continuam, “mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por *normas imperativas*, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor⁷⁴”.

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 155.

⁷² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 175.

⁷³ Idem. Ibidem. p. 175.

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 175-176.

Esta intervenção maior do Estado nas relações contratuais acaba por relativizar o dogma da autonomia da vontade⁷⁵. A intervenção estatal não pode ser caracterizada como deliberada em face de uma determinada ideologia política, diferentemente, o ente público respondeu a uma demanda social, onde o contrato, principal instrumento de trocas econômicas em uma sociedade, perdia seu papel de instrumento de trocas equilibradas, tornando-se instrumento de exploração por uma parte com patente preeminência sobre a outra.

Novos valores são adicionados à autonomia privada pela nova teoria dos contratos, pois a autonomia privada, *per si*, não mais explicava o fenômeno contratual. Nos dizeres de Marques: “Valores como a equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas tomam lugar ao lado da autonomia privada na nova teoria contratual⁷⁶”.

Dos valores albergados pela nova teoria dos contratos é importante ressaltar a boa-fé, que adquire um novo matiz. De fato, há uma superação do conceito de boa-fé subjetiva, falando-se a partir da nova teorização em boa-fé objetiva. O conceito não é peculiar à nova teoria contratual, mas foi revitalizado, através de uma caracterização nova à noção do conceito de boa-fé⁷⁷.

A concepção de boa-fé objetiva consolida-se no novo direito contratual, espalhando-se por todo o direito dos contratos e não mais se limitando a campos específicos⁷⁸. A significação de boa-fé objetiva é apresentada por Marques:

“Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.⁷⁹”

⁷⁵ O trabalho não pretende analisar através de uma perspectiva do positivo ou do negativo os impactos da maior intervenção estatal sobre a autonomia da vontade. Pretende-se, tão somente, apresentar o atual estágio da teoria contratual e seus desdobramentos para o tema de pesquisa proposto.

⁷⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 177.

⁷⁷ Idem. Ibidem. p. 180.

⁷⁸ O Código Civil Brasileiro preceitua: Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.*

⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 181 – 182.

A intervenção estatal nos contratos, fato ocorrente na nova teoria contratual, surge em face da adaptação ocorrida nos Estados para responderem às novas demandas sociais. De fato, quando do estabelecimento da teoria clássica dos contratos, havia uma necessidade premente: separar Estado e sociedade. Naquele momento histórico, logo após a consolidação da Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos, havia um consenso que o Direito deveria reservar aos particulares garantias para que estes pudessem entabular relações com a mínima intervenção governamental. O Estado não podia interferir no âmbito privado, conforme Marques esposa:

“Logo, aquele não poderia intervir nas relações obrigacionais dos particulares, ao contrário, deveria permitir a liberdade contratual como reflexo do postulado máximo da autonomia a vontade, criadora do próprio Estado politicamente organizado⁸⁰.”

Assim, a interferência estatal dava-se de forma muito tímida. A fiscalização estatal sobre os atos estritos aos particulares dava-se tão somente através de um “controle formal da presença ou da ausência da vontade e de um consenso isento de vícios ou defeitos, nunca, porém, um controle do conteúdo do contrato, da justeza e do equilíbrio das obrigações assumidas⁸¹”. Ou seja, o Estado Liberal valorizava a vontade das partes enquanto instrumento máximo dos contratos.

No entanto, a evolução das demandas sociais, especialmente as das classes populares, e crises econômicas⁸² enfrentadas pelos Estados adotantes desta filosofia liberal, tornaram necessárias intervenções estatais na economia, sendo certo que o instrumento de trocas econômicas por excelência, o contrato, também restou atingido. Data-se assim uma evolução no intervencionismo estatal nos contratos, passando a Lei, instrumento típico de regulação jurídica emanado por um Estado, a intervir no conteúdo dos contratos, não se limitando o conteúdo destes à vontade das partes.

À evolução doutrinária seguiu-se a evolução legislativa, refletindo tal situação no direito brasileiro na final da década de 80 e início da década de 90 do

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 207.

⁸¹ Idem. Ibidem. p. 207 – 208.

⁸² Especial referência cabe ao *crash* da bolsa de valores de Nova Iorque em 1.929.

século XX⁸³, com o advento em nosso ordenamento jurídico do Código de Defesa do Consumidor. O aparecimento do Código na realidade jurídica brasileira ocorreu em momento peculiar, pois é contemporâneo à queda dos regimes socialistas da Europa Oriental, quando o movimento de globalização começa sua efetiva consolidação⁸⁴.

O código consumerista trazia para a realidade jurídica brasileira, de forma positivada, princípios da nova teoria do direito contratual, destacando-se dentre estes o princípio da limitação da liberdade contratual e da relativização da força obrigatória dos contratos. Tendo sido incorporada ao ordenamento pátrio as noções de proteção da confiança e de equilíbrio mínimo das relações contratuais. Desta feita, para entendimento dos contratos de consumo no direito brasileiro, far-se-á necessária a análise dos princípios trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

2.3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A elaboração de um Código de Defesa do Consumidor foi conseqüente direta de ter a Constituição Federal de 1988 efetivamente albergado entre seus princípios básicos a proteção do consumidor. A defesa do consumidor está localizada no texto constitucional já no Capítulo I – *Dos direitos e deveres individuais e coletivos* – do Título II – *Dos direitos e garantias fundamentais* e também está localizada no Capítulo I – *Dos princípios gerais da atividade econômica* – Título VII – *Da ordem econômica e financeira*. De fato, a localização da proteção ao consumidor no texto constitucional não é aleatória, a proteção ao consumidor, enquanto parte vulnerável e detentora de direitos fundamentais está inserida no Título II, Capítulo I, tendo o texto constitucional reconhecido que a ordem econômica, para ser justa e equilibrada, deve promover

⁸³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Op. cit. p. 70. “Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, isto é, a Lei 8.078, aprovada em 11 de setembro de 1990, para entrar em vigor em 11 de março de 1991, surgiu no ápice de uma evolução da sociedade capitalista, que começou muito antes.”

⁸⁴ Idem. Ibidem. p. 70. “A partir de 1989, com a queda dos regimes não capitalistas, o modelo de globalização, que já se havia iniciado, praticamente completou seu ciclo, atingindo quase todo o globo terrestre.”

a defesa do consumidor, ou seja, a Constituição de 1988 reconhece que a situação econômica do consumidor é de vulnerabilidade, necessitando este agente de proteção especial para um bom andamento da atividade econômica como um todo⁸⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro apresentou a característica peculiar de ter elevado a proteção do consumidor a nível constitucional, conforme apresenta Efig:

“Também inexistente qualquer dúvida de que a atual Constituição possui o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa constituir óbice à defesa dos direitos do consumidor, sendo inovadora a nossa Carta Magna por ser incomum a inclusão da defesa do consumidor em textos constitucionais⁸⁶.”

É importante ressaltar que a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor decorreu de normativa imposta nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias⁸⁷. O legislador constituinte pretendia implementar os valores constitucionais de proteção do consumidor através de um instrumento eficaz e próprio.

A constitucionalização dos valores de defesa do consumidor importa em elevação a um outro nível da proteção deste agente econômico, a tal ponto de dizer Efig:

“Tais diretrizes constitucionais são inafastáveis pelo legislador ordinário e impõem, além da repercussão jurídica, uma nova postura social e governamental para que

⁸⁵ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 26 – 31.

⁸⁶ Idem. Ibidem. p. 29.

⁸⁷ Idem. Ibidem. p. 30. “Outro aspecto importante a distinguir a defesa do consumidor segundo seus fundamentos constitucionais é o fato de que a elaboração de um ‘Código de Defesa do Consumidor’ foi determinada pela Assembleia Nacional Constituinte, visto que o art. 48 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) dispõe: ‘*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*’. O fato de ter sido o legislador constituinte quem ordenou a formulação de um sistema de proteção do consumidor brasileiro por si só já denota a sintonia desse sistema aos ditames constitucionais.”

efetivamente o cidadão brasileiro tenha o respeito de sua dignidade humana ao menos quando estiver na condição de consumidor⁸⁸.”

Uma vez verificada a matriz constitucional do Código de Defesa do Consumidor, cabe uma análise de como esta lei está inserida no sistema jurídico brasileiro e como se dá a interpretação destas normas diante das demais normas de mesma hierarquia.

Em que pese ter sido denominado Lei 8.078/1.990, o Código do Consumidor não é mais um lei esparsa, constitui-se, em decorrência de expressa determinação constitucional, em verdadeiro Código, Grinover e Vasconcellos e Benjamim, autores do anteprojeto, explicam bem a situação:

“Ora, se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje. A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.

E, dessa forma, o Código foi votado com outra qualidade, transformando-se na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Mas, repita-se, não obstante a nova denominação, estamos, verdadeiramente, diante de um Código, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu ao trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código (arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51 etc.).⁸⁹”

A codificação da legislação consumerista trouxe coerência e homogeneidade⁹⁰ a um ramo próprio do direito, simplificando e tornando claro o regramento da disciplina, favorecendo, em última análise, os consumidores, fornecedores e operadores do direito.

O Código deve sua inspiração em modelos legislativos existentes em outros países, pois nos países da América do Norte e da Europa Ocidental, pela evolução alcançada pelas respectivas sociedades, havia já há algum tempo consolidada uma

⁸⁸ EFING, Antônio Carlos. Op. cit. p. 30.

⁸⁹ GRINOVER, A. P. e VASCONCELLOS E BENJAMIM, A.H. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 9.

⁹⁰ Idem. Ibidem. p. 9. Na expressão dos autores.

sociedade de massa ou de consumo. No entanto, e frise-se, o Código de Defesa do Consumidor levou em conta as peculiaridades brasileiras⁹¹.

Citando os autores do anteprojeto do Código, ao explicarem as influências das legislações alienígenas no Código de Defesa do Consumidor:

“Na origem dos direitos básicos do consumidor está a *Resolução n° 39/248*, de 9 de abril de 1985, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas.

A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Project de Code de la Consommation*, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n° 26/1984), de Portugal (Lei n° 29/81, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Visto agora pelo prisma mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no Direito comunitário europeu: as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Foram utilizadas, igualmente, na formulação do traçado legal para o controle das cláusulas gerais de contratação, as legislações de Portugal (*Decreto-Lei n° 446/85*, de 25 de outubro) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).⁹²”

Cumprir destacar a relevância do direito estadunidense na formação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Os autores do anteprojeto informam que houve dupla influência deste direito, seja através da influência indireta que os *cases* e *statutes* norte-americanos que inspiraram as legislações européias nas quais o legislador brasileiro embasou-se, seja através de influência direta com especial relevo para o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*⁹³.

O Código de Defesa do Consumidor inovou, cabendo ressaltar, e novamente embasado nos autores do anteprojeto do Código, as seguintes:

⁹¹ GRINOVER, A. P. e VASCONCELLOS E BENJAMIM, A.H. *in Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 10. “A idéia de que o Brasil – e o seu mercado de consumo – tem (*sic*) peculiaridades e problemas próprios acompanhou todo o trabalho de elaboração. Como resultado dessa preocupação, inúmeros são os dispositivos do Código que, de tão adaptados à nossa realidade, mostram-se arredios a qualquer tentativa de comparação com esta ou aquela lei estrangeira. Mas aqui e ali é possível identificar a influência de outros ordenamentos.”

⁹² Idem. Ibidem. p. 10.

⁹³ Idem. Ibidem. p. 10.

“...(omissis) formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias; um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadências (*sic*); ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; regramento do *marketing* (oferta e publicidade); controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobranças de dívidas de consumo; introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal; facilitação do acesso à justiça para o consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com as convenções coletivas de consumo⁹⁴.”

Aspecto importante a ser aduzido em relação ao Código de Defesa do Consumidor é o fato de tal instrumento jurídico ter inaugurado um subsistema próprio no direito pátrio⁹⁵. O subsistema inaugurado pelo Código está submetido tão somente ao sistema constitucional, sendo autônomo em relação a outros regramentos legais. Este fato é relevante, pois não há que se falar em subsunção das normas do Código do Consumidor a normas de outros subsistemas, as regras do Código submetem-se tão somente ao sistema constitucional que lhe é embasamento⁹⁶.

Além de um subsistema⁹⁷, com seus princípios próprios, o Código do Consumidor, na previsão de seu artigo 1º, é norma de ordem pública e interesse

⁹⁴ GRINOVER, A. P. e VASCONCELLOS E BENJAMIM, A.H. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 11.

⁹⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 71. “O Código de Defesa do Consumidor compõe um sistema autônomo dentro do quadro constitucional. Dir-se-á um subsistema próprio inserido no sistema constitucional brasileiro.”

⁹⁶ Idem. *Ibidem*. p. 71. “Dessa forma, de um lado as regras do CDC estão logicamente submetidas aos parâmetros normativos da Carta Magna, e, de outro, todas as demais normas do sistema somente terão incidência nas relações de consumo se e quando houver lacuna no sistema consumerista”.

⁹⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 71. “O CDC, como sistema próprio que é, comporta, assim, que o intérprete lance mão de seus instrumentos de trabalho a partir e tendo em vista os princípios e regras que estão nele estabelecidos e que interagem entre si.”

social⁹⁸. Tal fato faz com que as normas existentes no Código tenham um caráter obrigatório para as relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores, não havendo que se falar em autonomia das partes para afastá-las⁹⁹. Além disso, as normas do Código de Defesa do Consumidor trazem em si um interesse maior do que os dos indivíduos por elas atingidos, trazem em si um reflexo social¹⁰⁰, implicando no que Efig conclui:

“Frente a essa conceituação doutrinária, pode-se concluir que qualificar uma norma jurídica de Natureza Cogente, de Ordem Pública e de Interesse Social corresponde a dizer que, possuindo um caráter de comando ou proibição, visa preservar a seguridade das relações jurídicas, contendo caráter inderrogável e atendendo ao interesse social¹⁰¹”.

É interessante notar, a segurança das relações jurídicas não vem mais tão somente da vontade das partes estabelecida em contrato, mas também do próprio regramento legal, ou seja, não houve substituição do discurso da segurança jurídica, mas aprimoramento do mesmo em face das novas demandas sociais.

⁹⁸ Lei Federal 8.078/1990. “Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.”

⁹⁹ FILOMENO, J. G. B. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 24. “Por fim, ainda neste tópico, destaque-se que as normas ora instituídas são de *ordem pública e interesse social*, o que equivale a dizer que são *inderrogáveis* por vontade dos interessados em determinada relação de consumo, embora se admita a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, ao tratar o Código da convenção coletiva de consumo em seu art. 107, dispondo que ‘as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas a preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo’”.

¹⁰⁰ Idem. Ibidem. p. 26. “No que tange, agora especificamente, ao ‘interesse social’, tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resguardar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo.”

¹⁰¹ EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 33.

O Código, assim sendo, assume caráter de norma imperativa, em um subsistema próprio, somente subsumido ao sistema constitucional, agindo as demais normas do ordenamento jurídico apenas quando o subsistema de defesa do consumidor restar omissis acerca do tema. Assim, é importante analisar o caráter cogente do Código de Defesa do Consumidor e seus reflexos.

2.3.1. IMPERATIVIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública e interesse social, no entanto tal expressão foi apresentada pela doutrina¹⁰² como sendo o Código norma imperativa. Roppo define a expressão:

“(Omissis)...caracterizadas, inversamente, pela inderrogabilidade: aquilo que nelas é disposto, a solução do conflito de interesses que codificam, a repartição dos riscos, dos encargos, de vantagens que estabelecem, não podem ser modificadas pela vontade contrária das partes, constituindo barreiras ao poder de autonomia privada, tendo em vista a tutela de interesses superiores: são as *normas imperativas*, sobre que nos ocuparemos mais alongadamente.¹⁰³”

Assim, o Código consumerista brasileiro afasta de o dogma da autonomia privada nos contratos por ele regidos. De fato, o Código reconhece a superioridade de uma parte do contrato, quer sob o aspecto técnico, quer sob o aspecto teórico, quer sob o aspecto jurídico, para impor à parte mais forte limites positivos e negativos à sua conduta, de forma a trazer um equilíbrio ao contrato¹⁰⁴.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 766.

¹⁰³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 150.

¹⁰⁴ Idem. Ibidem. p. 149. Roppo apresenta uma interessante análise sobre como a autonomia privada de instrumento de liberdade torna-se em instrumento de opressão. “Mas pode também depender – e muito frequentemente depende – do facto de uma das partes se aproveitar de sua superioridade econômica – e por isso do seu superior poder contratual – para impor unilateralmente à outra cláusulas que estabelecem derrogações e desvios ao esquema legal típico, destinadas, exclusivamente, a assegurar ao contratante ‘forte’ vantagens e lucros e a atribuir ao contratante ‘débil’ encargos e riscos que a lei tendia a repartir de modo mais equitativo: derrogações e desvios que este último é constrangido a suportar, justamente por efeito da sua inferior posição econômico-social. O princípio da autonomia privada, que funda e legitima esta possibilidade, aparece-nos, portanto, aqui em duplas vestes e funções: como meio de superação dos inevitáveis desajustamentos legislativos e de adequação das relações, ao evoluir da praxe

Quando se diz que houve um afastamento do dogma da autonomia da vontade pelo Código consumerista, não se quer significar que não exista mais âmbito algum para expressão da autonomia das partes em um contrato. De fato, citando Roppo: “Dentro dos limites estabelecidos pelas normas imperativas, os contraentes são livres de formar o regulamento inserindo-lhe quantas cláusulas quiserem: todas aquelas que julguem convenientes para os seus interesses¹⁰⁵”. Assim, existe uma caracterização das normas imperativas, sendo o Código de Defesa do Consumidor uma delas, como limites, mas não como empecilhos aos contratantes, vez que a estes resta um âmbito de atividade construtiva no contrato.

O Código caracteriza-se, pois, por sua aplicação aos contratos entabulados e que envolverem de um lado fornecedor e de outro consumidor, ainda que as partes expressamente tentem-no afastar. Este efeito imperativo, que independe da vontade das partes para surtir efeito, faz com que sejam denominadas as leis do Código de Defesa do Consumidor de normas imperativas. Tais normas possuem tal imperatividade, pois visam a assegurar valores maiores previstos em determinado ordenamento conforme leciona Roppo:

“Juntamente com a noção de ordem pública e de bons costumes, elas constituem o instrumento fundamental, através do qual o ordenamento jurídico assegura que as operações contratuais, levadas a cabo pela autonomia privada, não conflituam(*sic*) com os valores, com os objectivos, com os interesses que o próprio ordenamento pretende, em qualquer caso, garantidos. Com esta diferença: enquanto que, com as categorias de ordem pública e dos bons costumes o legislador, por assim dizer, delega no juiz a função de individualizar, de vez em quando, em concreto, através das suas autônomas e responsáveis valorações, as hipóteses de divergência entre iniciativas da autonomia privada e interesses gerais, dos quais o ordenamento se faz portador, com a norma imperativa o legislador procede, em regra, ele próprio, a uma tal individualização, estabelecendo imposições pontuais e proibições precisas, com respeito a situações identificadas e descritas, ex ante, de modo tendencialmente analítico, assim deferindo ao juiz, no grande número de casos, tarefas puras e simples de aplicação mecânica do preceito legal.¹⁰⁶”

Assim, as normas de imperativas estabelecem intervenções prévias nas situações jurídicas que regulam, não dependem, portanto, de vontade das partes e

sócio-económica, e neste sentido, como *veículo de progresso*; mas, ao mesmo tempo, como possível *instrumento de opressão* e de injustiça substancial.”

¹⁰⁵ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 150.

¹⁰⁶ ROPPO, Enzo. Op. cit. p. 190.

nem mesmo da vontade de uma autoridade para valerem. Elas impõem-se anteriormente e produzem efeitos a qualquer tempo.

O Código de Defesa do Consumidor, além de ser uma norma imperativa, trabalha também com a idéia de concretização de valores constitucionais, desta feita, quando se falar em flexibilização da norma imperativa é tão somente no sentido de aumentar seu alcance e não o restringir. É interessante notar a abordagem de Roppo, que de maneira bastante precisa explica a questão.

“Algumas normas imperativas, e mais precisamente de entre aquelas que se reconduzem aos objectivos da ordem pública de protecção, são *inderrogáveis apenas numa direcção*, isto é não admitem derrogações convencionais em sentido desfavorável aos interesses dos sujeitos da relação, interesses que a lei quer tutelar, mas já permitem que a vontade das partes introduza derrogações de modo a conformar, de modo mais vantajoso, a posição contratual destes sujeitos:...(omissis)¹⁰⁷”

Desta feita, a imperatividade do Código não tem só o condão de fazer suas normas obrigatórias independentemente da vontade das partes. Além disso, tem o condão de fazer com que valores constitucionais sejam efetivados. A imperatividade existe, portanto, para dar realidade aos preceitos de protecção do consumidor e maior equilíbrio nas relações de consumo, entre estas, as relações contratuais.

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, produzirá efeitos positivos e negativos. Os efeitos negativos das normas do Código podem ser entendidos pelo “facto de todo o contrato contrastante com as mesmas não ser reconhecido e tutelado pelo ordenamento jurídico¹⁰⁸”. Enzo Roppo apresenta os efeitos negativos das normas imperativas, no estudo mais afetado ao Código de Defesa do Consumidor, de forma clara.

“(omissis)..., as normas imperativas desempenham um papel de tipo, (omissis)..., negativo ou destrutivo: no sentido em que anulam o regulamento contrastante com as mesmas, ou então amputam-no, removendo do mesmo previsões ou disposições que as partes aí tinham introduzido.¹⁰⁹”

¹⁰⁷ ROPPO. Op.cit. p. 192.

¹⁰⁸ Idem. Ibidem. p. 192.

¹⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 193.

Os efeitos das normas imperativas podem ser positivos. Tais efeitos constituem-se num “papel de positiva integração do regulamento contratual, para cuja construção contribuem, dessa forma, independentemente de vontade contrária dos interessados: aos efeitos queridos por estes substituem-se os efeitos determinados pela lei¹¹⁰”.

Nota-se que a vontade das partes é substituída pela vontade da lei. A lei, e no caso específico do Código de Defesa do Consumidor, assume o papel de fonte de estipulações contratuais¹¹¹, relativizando-se o mito da teoria clássica dos contratos de autonomia privada, em se entendendo que tal autonomia era vista tão somente como emanada pelos contratantes.

Enfim, conclui-se que o Código é norma imperativa, e que tal imperatividade implica dois efeitos nos contratos de consumo: um negativo, quando se afastam do contrato as determinações contrárias à lei; outro positivo, quando a lei substitui a vontade das partes no contrato no sentido de adaptá-lo aos ditames legislativos.

2.3.2. PRINCÍPIOS BASILARES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O legislador, no momento da elaboração do Código, pretendeu trazer ao ordenamento jurídico brasileiro princípios específicos voltados à defesa do consumidor. Tais princípios são essenciais para se entender o funcionamento dos contratos de consumo, vez que influenciarão nos conteúdos destes e até no conteúdo de contratos conexos a estes.

O Código de Defesa do Consumidor é instrumento de proteção de um agente econômico específico. Os princípios insertos no Código, portanto, refletirão tal posicionamento, sendo importante ressaltar que a interpretação e aplicação dos princípios serão feitas da forma mais favorável ao consumidor¹¹².

¹¹⁰ ROPPO. Op. cit. p. 193.

¹¹¹ Idem. Ibidem. p. 194. “Isto é, aqui, o conteúdo do contrato é estabelecido pela lei, não já *na ausência*, mas *contra* a vontade das partes: em nenhum caso, mais do que nestes, se evidencia o papel da lei, como fonte de determinação do regulamento contratual.”

¹¹² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Saraiva: São Paulo, 2000. p. 71. “O CDC, como sistema próprio que é, comporta, assim, que o

Quer-se, dizer, portanto que a exegese da lei implica do intérprete uma aplicação plena dos princípios inseridos no Código, sem relativizações quando disser ao interesse dos consumidores.

Os princípios adotados pelo Código de Defesa do Consumidor espalham-se pelo texto da lei, mas, conforme Nunes estão firmados nos arts. 1º, 4º, 6º e 7º do Código consumerista¹¹³. Ainda com este autor, estes princípios estão assim consagrados na lei consumerista:

“São eles o do procedimento e do imperativo de ordem pública e interesse social, que permite, por exemplo, que o magistrado aplique as regras legais *ex officio* (art. 1º); o da vulnerabilidade (art. 4º, I); o da hipossuficiência (art. 6º, VIII); o do equilíbrio e da boa-fé objetiva (art. 4º, III); o do dever de informar (art. 6º, III); o da revisão das cláusulas contrárias (art. 6º, V); o da conservação do contrato (art. 6º, V); o da equivalência (art. 4º, III, *c/c* o art. 6º, II); o da transparência (art. 4º, *caput*) e o da solidariedade (parágrafo único do art. 7º)¹¹⁴.”

Tais princípios refletem-se nos contratos de consumo, alterando o tradicional sistema de concordância das vontades para celebrar o negócio jurídico contrato. Reconhece-se a hipossuficiência¹¹⁵ e vulnerabilidade¹¹⁶ do consumidor e em decorrência de tal fato imputa-se necessária a existência de equilíbrio nas contratações e de um agir em consonância com boa-fé¹¹⁷, numa roupagem nova, a

intérprete lance mão de seus instrumentos de trabalho a partir e tendo em vista os princípios e regras que estão nele estabelecidos e que interagem entre si.”

¹¹³ NUNES. Op. cit. p. 72. “A Lei n. 8.078 estabelece, então, como dito, princípios que se irradiam pelo próprio texto nos diversos capítulos e seções e que estão firmados nos arts. 1º, 4º, 6º e 7º.”

¹¹⁴ Idem. Ibidem. p. 72 – 73.

¹¹⁵ Idem. Ibidem. p. 538. “Claro que essa vulnerabilidade se reflete em hipossuficiência no sentido original do termo – incapacidade ou fraqueza econômica. Mas o relevante na hipossuficiência é exatamente essa ausência de informações a respeito dos produtos e serviços que *acquire*.”

¹¹⁶ Idem. Ibidem. p. 538. “Significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico”

¹¹⁷ Idem. Ibidem. p. 533. “Já a boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, *grosso modo*, como uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais,

da boa-fé objetiva, a qual se liga a um comportamento leal das partes na relação contratual¹¹⁸. A lei reconheceu a necessidade de informação adequada à parte fraca¹¹⁹ para permitir a preservação de certo grau de autonomia nas decisões desta.

Além disso, e por ser a quebra de um paradigma, é importante constatar que o Código alterou de forma substancial a idéia do *pacta sunt servanda* da teoria clássica dos contratos, Nunes apresenta tal modificação de pensamento acerca do direito contratual:

“A Lei n. 8.078 rompe de vez com o princípio do *pacta sunt servanda*. Ao reconhecer que em matéria de relação de consumo vige a regra da oferta que vincula e os contratos são elaborados unilateralmente (contratos de adesão) ou nem sequer são apresentados (verbais, comportamento socialmente típico, cláusulas gerais), estabelece que não vige a regra milenar representada no brocardo latino. Esta, claro, continua a ter validade para as relações da órbita privada, mas não tem aplicação nas relações de consumo, mesmo quando for elaborada cláusula contratual negociada em separado¹²⁰.”

O Código de Defesa do Consumidor também preceitua que os contratos devem ser preservados, isto no atendimento das pretensões dos consumidores. Conforme leciona Nunes: “A lei quer modificar e rever as cláusulas, mas manter o contrato em vigência¹²¹”. A lei consumerista adota os princípios da equivalência, transparência e solidariedade, tais princípios decorrem da nova feição assumida pelo contrato no Código, o contrato tem função social, sendo compreendido que para tal função realizar-se, deve ser preservada a equivalência entre prestação e contraprestação¹²², a transparência nos conteúdos contratuais e que se tenha o

uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Entretanto, para chegar a um equilíbrio real, somente a análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais, pois o que pode ser abusivo ou exagerado para um não o será para outro.”

¹¹⁸ NUNES. Op. cit p. 533.

¹¹⁹ Idem. Ibidem. p. 536 – 537. “...(omissis) o CDC inverteu a regra do *caveat emptor*, pela qual era o consumidor quem tinha de buscar as informações que desejasse sobre o produto ou serviço, trocando-a, então, pela regra do *caveat venditor*, que ordena justamente o contrário, isto é, cabe ao fornecedor dar cabal informação sobre o produto ou serviço.”

¹²⁰ Idem. Ibidem. p. 529.

¹²¹ Idem. Ibidem. p. 530.

¹²² Idem. Ibidem. p. 536. “O chamado princípio da equivalência contratual tem aplicação na lei consumerista, mas sempre com vistas à manutenção de um equilíbrio entre prestações e

contrato como instrumento de trocas econômicas entre particulares, mas que se tenha clareza que esta troca propiciada pelo contrato implica reflexos perante a sociedade.

Os princípios do Código de Defesa do Consumidor revelam uma característica amplamente protecionista, sendo que é importante deixar claro que o a expressão aqui não adquire caráter pejorativo, pelo contrário, o protecionismo em relação ao consumidor é elemento importante para se implementarem os valores constitucionalmente previstos.

O protecionismo inerente ao Código espalha-se na disciplina dos contratos de consumo. De fato, a interpretação do conteúdo dos contratos assume relevância¹²³, sendo que as regras interpretativas de tais contratos restam alteradas para proteger o consumidor. Na precisa indicação de Nunes comentando o Código de Defesa do Consumidor pátrio:

“Assim, vige o princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, mas de forma mais ampla. Com efeito, com base nesse princípio, nos contratos de adesão, havendo cláusulas ambíguas, vagas ou contraditórias, a interpretação se faz contra o estipulante¹²⁴.”

Assim, ainda com o autor pode-se afirmar que “toda e qualquer cláusula, ambígua ou não, tem de ser interpretada de modo mais favorável ao consumidor”¹²⁵. Percebe-se pois que o sistema protecionista previsto no Código pretende trazer um mínimo de equilíbrio à relações contratuais de consumo, equilíbrio este perdido pela evolução dos meios de contratação e pela ausência de evolução da teoria tradicional dos contratos para explicar e resolver as questões advindas desta nova realidade.

O protecionismo nos contratos de consumo advém, portanto, do reconhecimento da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor em face do

contraprestações em relação não só ao objeto, mas também às partes, na medida em que é o consumidor vulnerável e hipossuficiente.”

¹²³ NUNES. Op. cit. p. 540. “E é exatamente por isso que, no que tange às questões contratuais, não se pode olvidar o protecionismo, que, superadas as demais alternativas para interpretação, tem de ser levado em conta para o deslinde do caso concreto.”

¹²⁴ Idem. Ibidem. p. 540.

¹²⁵ Idem. Ibidem. p. 540.

fornecedor. De fato, a fragilidade de uma parte perante a outra em tais contratos é concreta, sendo tal fragilidade existente tanto sob o aspecto técnico quanto no aspecto econômico. Na lição de Nunes, a fragilidade técnica é justificada:

“O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.”¹²⁶

A fragilidade no aspecto econômico tem ligação com o maior poderio econômico que o fornecedor geralmente possui em face do consumidor¹²⁷. Tal aspecto pode ser questionado, pode haver consumidor com maior poderio econômico que o fornecedor, mas não é regra, e tal poderio não afasta do consumidor a fragilidade técnica inerente que este tem em relação àquele.

É interessante notar o posicionamento da doutrina sobre a questão da liberdade de escolha do consumidor influenciada pela fragilidade técnica e econômica deste. Nunes alerta para a redução do poder de escolha do consumidor nos contratos de consumo. Para este autor, “quando se fala em ‘escolha’ do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado”¹²⁸.

A fragilidade técnica e econômica do consumidor em face do fornecedor desemboca na noção de hipossuficiência contratual do contratante consumidor. A fragilidade deste é contratual, a estrutura do contrato de consumo faz com o consumidor veja-se sempre numa posição inferior ao contratante fornecedor, seja numa posição de desvantagem técnica ou técnica e econômica¹²⁹.

Assim, percebem-se reflexos dos princípios albergados pelo Código de Defesa do Consumidor nos contratos. A relativização do princípio da autonomia privada, a mudança na concepção do princípio da *pacta sunt servanda*, e a quebra do mito da igualdade entre as partes contratantes. Tais reflexos são essenciais para

¹²⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 538.

¹²⁷ Idem. Ibidem. p. 538.

¹²⁸ Idem. Ibidem. p. 538.

¹²⁹ Idem. Ibidem. p. 538.

se entender a possibilidade e limites das arbitragens envolvendo contratos de consumo.

No momento, no entanto, é preciso entender o sentido da expressão “contrato de consumo”. O esclarecimento far-se-á através da análise do conceito de fornecedor e de consumidor, analisando-se quando a relação por estes entabulada configurar-se-á em contrato de consumo, parte do objeto deste estudo.

2.4. CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

A lei consumerista brasileira definiu os conceitos de fornecedor¹³⁰ e consumidor¹³¹. O Código adota as definições por razões didáticas para o intérprete da lei¹³². O conhecimento de tais definições propiciará ao estudo a possibilidade de delimitar as ocasiões em que existirá um contrato de consumo, propiciando ainda um melhor entendimento da concepção deste tipo de contrato.

No Código de Defesa do Consumidor a definição de fornecedor apresenta poucos problemas. De fato, a lei consumerista procura tratar o conceito de fornecedor através de uma definição ampla, procurando abranger fornecedores estrangeiros e entes despersonalizados. No que concerne aos produtos, conforme os dizeres de Marques:

“(omissis)...o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Estas características vão excluir da aplicação das normas

¹³⁰ Lei federal n. 8.078/1990. “Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

¹³¹ Lei federal n. 8.078/1990. “Art 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

¹³² EFING. Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 48.

do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais¹³³.”

Verifica-se, pois, que quando se fala em fornecimento de produtos, a definição de fornecedor passa por uma noção de profissionalidade. Tal noção não significa que não possa existir certa descontinuidade no fornecimento. Antônio Carlos Efig em seu magistério doutrina:

“Contudo, a lei somente contemplou no conceito de fornecedor aqueles que participam do fornecimento de produtos ou serviços no mercado de consumo com caráter de profissionalidade (exercício habitual do comércio). Tal profissionalidade pode existir, todavia, ainda que de forma irregular, como ocorre, por exemplo, com os vendedores ambulantes que praticam, em sua maioria, atividade ilegal, mas sujeita às normas de consumo¹³⁴.”

A lei consumerista brasileira trata o fornecedor de serviços de uma forma sutilmente diferente do fornecedor de produtos. Seguindo o que leciona de Cláudia Lima Marques:

“Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta, menciona apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o § 2º do art. 3º define serviço como ‘qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração...’, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada¹³⁵.”

De fato, a constatação de Marques decorre do fato de habitualidade e profissionalismo não serem necessariamente correspondentes. Antônio Carlos Efig exemplifica:

“Alguém pode, eventualmente, ser proprietário de determinada imobiliária, devidamente regularizada, mas, em razão de crise no mercado, realizar somente uma locação ao ano. Verifica-se a existência de profissionalismo, mas não da habitualidade. Nem por isso deixa tal fornecedor de receber a tutela do CDC. Por outro lado, poderíamos também, constatar a atividade exercida por determinado fornecedor, que a exerça com habitualidade, mas não com

¹³³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 326 – 327.

¹³⁴ EFING. Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba, Juruá, 2004. p. 67 – 68.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 327.

profissionalismo, estando, de qualquer sorte, protegido pelo Código de Defesa do Consumidor¹³⁶.”

Cotejando-se os posicionamentos da doutrina, pode-se perceber que, para fornecimento de produtos, o fornecedor é aquele que exerce o ofício de negociação de produtos de forma profissional, ou seja, exercendo habitualmente o comércio. Já no que concerne à prestação de serviços, o critério a ser utilizado é o da habitualidade ou reiteração, não necessitando necessariamente o fornecedor exercer seu ofício profissionalmente.

O conceito de consumidor, em que pese estar determinado no texto do Código, vem causando divergência entre a doutrina¹³⁷, parte da doutrina inclina-se por uma posição finalista do conceito de consumidor enquanto outra parte para uma posição maximalista do conceito de consumidor.

A corrente doutrinária finalista é assim definida por Cláudia Lima Marques:

“Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o 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, inciso 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 restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no art. 4º e 6º¹³⁸.”

Os denominados finalistas restringem “a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família¹³⁹”, portanto o “consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável¹⁴⁰”. Portanto, restringe-se o conceito de consumidor tendo em vista ao uso dado pelo destinatário ao produto ou serviço, se o produto ou serviço for utilizado com fins profissionais, por tal

¹³⁶ EFING. Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 69.

¹³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 253.

¹³⁸ Idem. Ibidem. p. 253.

¹³⁹ Idem. Ibidem. p. 254.

¹⁴⁰ Idem. Ibidem. p. 254.

corrente, o destinatário final não seria enquadrado no conceito de consumidor, assim estaria inapto a celebrar contratos de consumo.

A corrente maximalista parte de outra premissa, a de que o conceito do art. 2º abrange a todos os destinatários finais, independentemente do uso que façam do produto ou serviço. Conforme ensina Marques:

“Já os maximalistas vêm 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 seria 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 extensamente 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 serviço¹⁴¹.”

Para tal corrente, portanto, a interpretação do art. 2º deve ser efetivada dentro de critérios objetivos, informados pelo próprio legislador na redação do texto da lei. Em que pesem a existência de tais correntes, e a divergência existente entre as mesmas, não se deve esquecer, conforme alertado por Antônio Carlos Efiging:

“Assim sendo, uma vez que o CDC trouxe conceito claro de consumidor, entendemos que não se pode pretender submetê-los às teorias jurídicas informadoras de sistemas alienígenas, teorias essas ora textualmente recebidas pelo legislador brasileiro, ora afastadas em prol da elaboração de um sistema próprio e inovador¹⁴².”

O direito do consumidor brasileiro, nestes termos é único, sendo que o debate entre as doutrinas finalista e maximalista também o é. Em que pese a profícua discussão entre os diversos aspectos doutrinários, importa dizer que o conceito de consumidor previsto na lei, conforme preceitua José Geraldo Brito Filomeno, tem caráter exclusivamente econômico.

¹⁴¹ MARQUES. Op. cit. p. 254 – 255.

¹⁴² EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 51 – 52.

“Consoante já salientado, o conceito de consumidor adotado pelo Código foi exclusivamente de caráter *econômico*, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial¹⁴³.”

Desta feita, o conceito do Código abstrai de componentes de natureza sociológica, psicológica, de ordem literária e filosófica¹⁴⁴, sendo o consumidor “qualquer pessoa física ou jurídica 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 um serviço¹⁴⁵”.

Desta feita, e por conta da divergência doutrinária existente na doutrina brasileira acerca da amplitude do conceito do art. 2º do Código, é aconselhável entender os casos em que não há enquadramento na conceituação de consumidor prevista no Código de Defesa do Consumidor. Luiz Antônio Rizzatto Nunes apresenta ocasião em que não há tal enquadramento:

“Evidentemente, se alguém adquire produto não como destinatário final, mas como intermediário do ciclo de produção, não será considerado consumidor. Assim, por exemplo, se uma pessoa – física ou jurídica – adquire calças para revendê-las, a relação jurídica dessa transação não estará sob a égide da Lei n. 8.078/90¹⁴⁶.”

Enfim, consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço colocado no mercado de consumo como destinatário final. Desta feita, o entendimento do conceito, apesar das divergências doutrinárias que podem lhe aumentar ou diminuir a amplitude, liga-se à concepção de se adquirir bens ou serviços numa condição especial, a do mercado de consumo, conforme leciona Nunes.

“O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como

¹⁴³ FILOMENO, J. G. B. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 26.

¹⁴⁴ Idem. Ibidem. p. 26 – 27.

¹⁴⁵ Idem. Ibidem. p. 27.

¹⁴⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78.

destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo, fabricados em série, levados ao mercado numa rede de distribuição, com ofertas sendo feitas por meio de dezenas de veículos de comunicação, para que alguém em certo momento os adquira¹⁴⁷.”

É importante entender que o Código trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro novos princípios da nova teoria do direito contratual, devendo a interpretação do conceito de consumidor sofrer a influência da nova teorização, como leciona Marques:

“É necessário interpretar a norma do art. 2º. O Código, como afirmamos anteriormente, em matéria contratual, representa a evolução do pensamento jurídico para uma teoria contratual que entende o contrato enquanto sua função social. Para atingir este intento, a nova teoria pensa muitas vezes de maneira tópica, isto é, pensa-se por problemas, tentando resolver um a um, como faremos a seguir¹⁴⁸.”

Assim, a análise da questão acerca da aceitação de uma teoria finalista ou maximalista do conceito de consumidor inserto no Código de Defesa do Consumidor, depende de uma análise caso a caso, ocasião a ocasião, em face da complexidade atingida nas relações contratuais da atualidade.

2.5. CONCEITO DE CONTRATO DE CONSUMO

O contrato de consumo, numa primeira aproximação, consiste num contrato entabulado entre um consumidor e um fornecedor. Cláudia Lima Marques leciona de forma similar:

“Atualmente, denomina-se *contratos de consumo* todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços. Esta nova terminologia tem como mérito englobar a todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em *um dos pólos* da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contratantes¹⁴⁹.”

O importante para se definir um contrato como contrato de consumo é a presença, num dos pólos da relação, de um consumidor. A lei protetiva do

¹⁴⁷ NUNES. Op. cit. p. 82.

¹⁴⁸ MARQUES. Op. cit. p. 267.

¹⁴⁹ MARQUES. Op. cit.. p. 252.

consumidor incidirá em tal tipo de contrato não em função da matéria objeto do contrato, mas em função de uma específica parte contratante.

Os contratos de consumo estão englobados num conceito maior que é o de relação de consumo, onde a figura do consumidor aparece com destaque, possuindo como características, no magistério de José Geraldo Brito Filomeno:

“Pode-se dessarte inferir que toda relação de consumo: a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço (‘consumidor’), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (‘produtor/fornecedor’); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços¹⁵⁰.”

Assim, conclui-se que contrato de consumo é aquele contrato firmado entre duas ou mais partes e que tenha num dos pólos da relação um consumidor. Portanto, uma vez verificado um consumidor num contrato, a denominação utilizada será contrato de consumo, com a aplicação das normas imperativas de proteção ao consumidor prevista no Código de Defesa do Consumidor. Quando há um contrato de consumo não irão ser aplicados os conceitos da teoria clássica dos contratos, aplicam-se os conceitos novos, tendo em mente a situação especial da parte contratante vulnerável e hipossuficiente que dá origem a este tipo especial de contrato: o consumidor.

2.6. NULIDADES NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Os contratos de consumo estão sujeitos a disciplina especial, embasada numa teoria contratual que rompe com a tradicional teoria dos contratos. Tais contratos estão submetidos a norma imperativa, de ordem pública e interesse social, o Código de Defesa do Consumidor.

Tal normatização especial reflete-se no estudo da teoria das nulidades nos contratos de consumo. De fato, diferentemente do direito contratual tradicional,

¹⁵⁰ FILOMENO, J. G. B. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 28.

onde há diferença entre anulabilidade e nulidade de negócio jurídico, nos contratos de consumo há somente que se falar em nulidades¹⁵¹.

O tratamento específico para as nulidades nos contratos de consumo é apontado por Nelson Nery Júnior em seu magistério. De fato, para tal autor é necessária uma análise tendo em vista o sistema peculiar em que se inserem tais contratos¹⁵².

É interessante notar que nos contratos de consumo há que se falar em nulidade de cláusula e não em nulidade de todo contrato. De fato, aqui se encontra um dos rompimentos com a teoria clássica dos contratos: a nulidade de uma cláusula não implica necessariamente na nulidade do contrato. Tal situação ocorre, pois o Código de Defesa do Consumidor alberga entre seus princípios o princípio da conservação dos contratos¹⁵³.

Assim, nos contratos de consumo o estudo das nulidades é feito pela análise das denominadas, em nosso ordenamento consumerista, cláusulas abusivas¹⁵⁴, elencadas pelo legislador no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, conforme o magistério de Cláudia Lima Marques:

¹⁵¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 200. p. 568 – 569. “Diferentemente do Código Civil, que dispõe sobre dois tipos de nulidade: a absoluta (nulidades de pleno direito do ar. 145) e a relativa (anulabilidades do art. 147), a Lei n. 8.078 apenas reconhece as nulidades absolutas de pleno direito, fundadas no seu art. 1º, que estabelece que as normas que regulam as relações de consumo são de ordem pública e interesse social.”

¹⁵² NERY Jr., N. **in Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 490.

¹⁵³ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 530. “O princípio da conservação, implícito na norma do inciso V do art. 6º, está explícito no § 2º do art. 51.”

¹⁵⁴ NERY Jr., N. **in Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 489. “Neste sentido, cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, aliás, por expressa definição do art. 4º, nº I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus derivados do contrato.”

“O legislador brasileiro preferiu instituir a proteção contra cláusulas abusivas no CDC em apenas *uma lista* de cláusulas, sempre *nulas*, prevendo, ou praticamente escondendo, *a norma geral* de proibição de cláusulas contra a boa-fé no inciso IV dessa lista única.¹⁵⁵”

É importante salientar, como assim o fez Marques que: “A lista do art. 51 aplica-se tanto para contratos de adesão como para contratos negociados¹⁵⁶”. Enfim, há que se estudar a nulidade nos contratos de consumo através do estudo das nulidades das cláusulas em tais contratos insertas.

O Código de Defesa do Consumidor originou um microsistema, este apresenta características próprias que o diferenciam do sistema que regula os contratos em geral, daí a lição de Nelson Nery Júnior:

“As invalidades, modernamente, reclamam tratamento microsistêmico, o que foi feito pelo CDC, a fim de poderem atender às peculiaridades existentes no microsistema. O CDC afastou-se do sistema de nulidades do Código Civil, restando, pois, superado o entendimento de que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial para se fazerem atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença judicial para produzirem seus efeitos no ato ou negócio jurídico. Abandonou-se, no sistema do CDC, a dicotomia existente entre as nulidades do Direito Civil (nulidades absolutas e relativas), pois o Código só reconhece as *nulidades de pleno direito* quando enumera as cláusulas abusivas, porque *ofendem a ordem pública de proteção ao consumidor*, base normativa de todo Código, como se vê no art. 1º do CDC: ‘O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública* e interesse social...¹⁵⁷’.

Assim, o Código prevê a sanção de nulidade para cláusulas contratuais que estiverem contra as previsões do art. 51 e incisos, sendo que não há que se falar em convalidação de cláusula que contrarie as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Não é diferente o magistério de Nunes ao comentar o Código: “Por isso, não há que falar em cláusula abusiva que se possa validar: ela sempre nasce nula, ou, melhor dizendo, foi escrita e posta no contrato, mas é nula desde sempre¹⁵⁸”.

¹⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 779.

¹⁵⁶ Idem. Ibidem. p. 779.

¹⁵⁷ NERY Jr., Nelson. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 490 – 491.

¹⁵⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 569.

No presente estudo, dentro do rol das cláusulas abusivas expressas no Código, especial atenção será dada ao inciso VII do artigo 51, o qual preceitua que são nulas cláusulas em contratos de consumo que: “determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

Assim, após cotejarem-se os preceitos da teoria clássica com os da teoria contemporânea dos contratos, verificando-se que o Código de Defesa do Consumidor alberga os princípios da última teoria, chega o momento de se analisar a incidência da arbitragem nos contratos de consumo, pois a incidência imperativa da norma de proteção aos consumidores fará a arbitragem ser pensada de forma e com limites diversos que nos demais tipos contratuais. Portanto, a primeira parte do estudo serve de substrato para a segunda, não se entendendo uma sem a outra.

3 ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ENTRE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

Uma vez entendidos os princípios que norteiam os contratos de consumo, questão que não foi respondida diz respeito da possibilidade de arbitragem nestes contratos, especificamente em face da Lei de Arbitragem brasileira, através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, formas previstas pela Lei de Arbitragem para a celebração da convenção de arbitragem.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral estão definidos pela Lei arbitral brasileira como duas formas diversas de celebração da convenção de arbitragem¹⁵⁹, quando então as partes efetivamente submetem a resolução de um conflito a um árbitro. De fato, a primeira obriga os contratantes a estipularem arbitragem no caso de um conflito eventual, já o compromisso é instituído tão somente quando existente o conflito, conforme o magistério de Pedro A. Batista Martins, em artigo específico sobre o tema.

“O compromisso é o documento prévio firmado pelos compromitentes para acertar ou pôr fim à controvérsia e demonstra a intenção das partes em promover a arbitragem, extraída do próprio dispositivo que nomeia os árbitros. Assinado, também, pelo árbitro, dar-se-á por instaurado o juízo arbitral na data constante do compromisso (*ex-vi*, art. 19 da Lei Marco Maciel).

Enquanto com a cláusula arbitral as partes comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, com o compromisso os pactuantes admitem, por pressuposto, a existência efetiva da disputa e, no ato da assinatura dessa convenção, depositam nas mãos do julgador privado o poder de deslindar a questão cujo objeto está delineado nesse documento¹⁶⁰.”

A Legislação consumerista não faz menção à expressa vedação de realização de compromisso arbitral. De fato, quando já instaurado um conflito

¹⁵⁹ Lei Federal nº 9.307/1996. “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

¹⁶⁰ MARTINS, P. A. B. Aspectos jurídicos do compromisso. *in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 232.

envolvendo determinado contrato e as partes resolvem, de comum acordo, submetê-lo a um árbitro, também escolhido de comum acordo entre estas, não mais existiria como enquadrar a conduta do fornecedor como abusiva, pois o compromisso é instrumento para uma situação presente, em que não há possibilidade de uma parte impingir sua vontade sobre a outra, pois tudo ocorre em comum acordo, inexistindo conduta unilateral. De fato, para não se constituir um compromisso, basta a uma das partes não concordar.

Nelson Nery Júnior, comentando o artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, leciona a possibilidade de arbitragem nos contratos de consumo, dentro de uma interpretação de que o que não é vedado pela lei, no que concerne aos particulares, a eles é permitido.

“O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes no contrato de consumo. A interpretação *contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem.¹⁶¹”

É interessante notar a situação peculiar do compromisso: já existe o litígio¹⁶². Assim, aquela desigualdade existente entre consumidor e fornecedor no momento da formação do contrato, é substituída por uma igualdade, pois consumidor e fornecedor adquirem o caráter de litigantes, o consumidor tem um antagonismo claro com o fornecedor, deslocando-se a noção de hipossuficiência e vulnerabilidade típicas do direito material do consumidor, para uma situação de

¹⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 511.

¹⁶² MARTINS, P. A. B. Aspectos jurídicos do compromisso. *in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 241. “Para que o compromisso possa ser válido é necessária a pré-existência de uma efetiva controvérsia. Ineficaz o instrumento de compromisso que não tenha por objeto uma disputa já evidenciada. Pelo compromisso, as partes submetem uma determinada desavença à arbitragem. A pendência é condição do pacto compromissório, instituto apropriado àqueles que tencionam submeter, à arbitragem, desentendimentos que possam vir a surgir. ’

equilíbrio dentro de uma relação processual, já que é garantia constitucional aos litigantes o devido processo¹⁶³, sendo condição deste a igualdade entre as partes.

Enfim, no que concerne à possibilidade de instituição de arbitragem envolvendo contrato de consumo através do compromisso tal situação é clara dentro do sistema pátrio. É possível, pois as partes, quando surge conflito, estão em pé de igualdade enquanto contendores, podendo determinar o melhor método de resolução da demanda surgida. De fato as partes podem optar pela auto-composição, pela mediação, pela conciliação, pela arbitragem, ou, se entenderem assim, o Poder Judiciário. Tal possibilidade existe pois não há mais proeminência de uma parte sobre a outra.

Uma vez verificada a possibilidade de instituição da arbitragem através de compromisso, já que a legislação brasileira faz distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral como formas de instituição da convenção de arbitragem. Faz-se necessária a análise da arbitrabilidade dos contratos de consumo, tanto no aspecto subjetivo quanto no objetivo, para se responder à controvérsia da vedação da arbitragem através de cláusula compromissória em contratos de consumo.

3.1. ARBITRABILIDADE DOS CONTRATOS DE CONSUMO

Em seu *Traité de l'arbitrage commercial international*, Fouchard, Gaillard e Goldman apresentam um estudo acerca da arbitrabilidade, que não é senão a possibilidade que determinado litígio tem de ser resolvido pela via arbitral, tendo em vista as pessoas envolvidas no litígio e a matéria objeto do mesmo¹⁶⁴.

¹⁶³ Constituição Federal de 1988, artigo 5º. “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

¹⁶⁴ No original. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage commercial international**. Paris: Litec, 1996. p. 328 – 329. *Pour être valable, une convention d'arbitrage ne doit pas seulement être le fruit d'un consentement exempt de vices. Cela suppose d'une part qu'elle porte sur une matière susceptible d'être tranchée par voie d'arbitrage et d'autre part qu'elle soit passée entre des parties admises à recourir à ce mode de règlement des différends. Cette considération, qui procède d'un souci de protection de l'intérêt*

Estes mesmos autores dividem a questão do estudo da arbitrabilidade de um litígio em dois aspectos: um subjetivo e outro objetivo. Sob o aspecto subjetivo a arbitrabilidade está ligada à possibilidade de algumas pessoas, por suas condições jurídicas específicas, não poderem validamente submeter-se à jurisdição arbitral¹⁶⁵. A arbitrabilidade objetiva, conforme o magistério de João Bosco Lee, “concerne ao objeto do litígio: é a arbitrabilidade *ratione materiae*¹⁶⁶”.

A questão envolvendo a arbitrabilidade subjetiva diz respeito à possibilidade existente entre um consumidor e um fornecedor em firmarem cláusula compromissória e compromisso arbitral válido. A lei consumerista define que existe uma não-arbitrabilidade¹⁶⁷ subjetiva no que concerne a litígios entre consumidores e fornecedores decorrentes de cláusula compromissória firmada em contrato de consumo. Assim, não é arbitrável litígio envolvendo consumidor e fornecedor em que a arbitragem tenha sido estipulada pela via da cláusula compromissória. No entanto, e em sendo a arbitragem decorrente de compromisso arbitral, conforme demonstrado, não há empecilhos para o desenvolvimento da arbitragem, desde que respeitadas as regras sobre capacidade de contratar previstas no regulamento geral do direito privado brasileiro – o Código Civil¹⁶⁸.

general alors que la necessite d'un consentement sain et éclairé est destine à assurer la protection de la partie qui s'engage à recourir à l'arbitrage, est connue sous le terme d'arbitrabilité.

¹⁶⁵FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage commercial international**. Paris: Litec, 1996. p. 329. *La première est celle dans laquelle on estime qu'en raison de leur nature ou de leur mission, certaines personnes ne peuvent pas se soumettre valablement à la juridiction arbitrale. L'hypothèse concerne essentiellement les États, les collectivités publiques et les organismes ou établissements publics. On parle alors de non-arbitrabilité subjective ou de non-arbitrabilité 'ratione personae'. C'est en effet la qualité de l'un des sujets du débat arbitral qui fait alors difficulté. Bien que critiquée par certains autres, la notion d'arbitrabilité subjective, avancée par B. Goldman, est aujourd'hui très généralement admise.*

¹⁶⁶ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 52.

¹⁶⁷ Termo traduzido e tomado de empréstimo da obra de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN. Op. cit.

¹⁶⁸ Código Civil Brasileiro. “**Art. 3º.** São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – menores de 16 anos; II – os que, por enfermidade mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puder exprimir sua vontade. **Art. 4º.** São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os

A arbitrabilidade objetiva dos contratos de consumo liga-se à análise de serem os direitos envolvidos no litígio patrimoniais e disponíveis, decorrência direta das determinações do artigo 1º da Lei de Arbitragem¹⁶⁹. No magistério de Antônio José de Mattos Neto, em artigo sobre o tema, este leciona que se pode “dizer que a lei da arbitragem exclui as relações que não se submetem à regulação dos interesses privados¹⁷⁰.” O contrato de consumo é uma relação entre particulares, consumidor e fornecedor, ainda que submetida aos ditames do Código consumerista. Tal contrato possui caráter patrimonial, pois em tais contratos existe a tutela de interesses econômicos, avaliados em dinheiro¹⁷¹. A disponibilidade foi apresentada por Mattos Neto de forma específica.

“Direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito.¹⁷²”

De fato, a disponibilidade de um direito diz respeito à possibilidade que o titular deste direito tenha de transigir sobre o mesmo. Conforme o brocardo latino apresentado por Adriano Perácio de Paula em artigo sobre a arbitragem nas relações de consumo.

“O objeto do litígio haverá de ser sobre qualquer relação jurídica, cujos interesses são conflitantes em determinada situação. Todavia, enquanto a jurisdição possui competência para conhecer qualquer litígio perante seu órgão julgador específico, somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto da convenção arbitragem (*sic*) (art. 1º). Daí o brocardo que compõe a epígrafe deste (*pascici*

exercer: I – os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 18 (dezoito) anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.”

¹⁶⁹ “**Art. 1º** - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

¹⁷⁰ MATTOS NETO, Antônio José. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem.** in Revista de processo. n. 122. abril de 2005. São Paulo: RT. p. 159.

¹⁷¹ Idem. Ibidem. p. 153.

¹⁷² Idem. Ibidem. p. 156.

possumus de quibus transigere licet), que em vernáculo poderia ser traduzido para: podemos pactuar sobre o que é lícito transigir.¹⁷³”

No entanto, deve-se ter em vista que, apesar da patrimonialidade de um direito ligar-se quase sempre com sua disponibilidade, isto não pode ser tomado como regra. Para entender melhor esta característica, primeiramente faz-se necessária análise da questão patrimonialidade e disponibilidade de direito. Belizário Antônio de Lacerda apresenta uma definição de direito patrimonial disponível que pode esclarecer a questão.

“Direito patrimonial disponível é todo aquele direito que, advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda os proventos de qualquer natureza, como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pela parte, eis que não sofre qualquer impedimento de alienação, quer por força de lei, quer por força de ato de vontade.¹⁷⁴”

Lacerda vincula a idéia de disponibilidade com a possibilidade de alienação. Nem todo direito patrimonial pode ser necessariamente alienado pela parte, desta feita, não há necessária conjugação entre patrimonialidade de um direito e disponibilidade do mesmo.

João Bosco Lee considera a ligação entre arbitrabilidade objetiva e a possibilidade da parte transacionar direito inadequada, pois a noção de transação, ao invés de clarificar o conceito de disponibilidade de direito, a este conceito retorna enquanto elemento de justificação¹⁷⁵. De fato, as críticas de tal autor não são infundadas, mesmo diante da concepção de renúncia de direitos, podem existir matérias que, ainda que renunciáveis pelas partes, não podem ser objeto de arbitragem¹⁷⁶.

Assim, uma vez que as dúvidas enquanto a disponibilidade de um direito permanecem em face das determinações da Lei de Arbitragem, dúvidas não

¹⁷³ DE PAULA, Adriano Perácio. **Da arbitragem nas relações de consumo**. in Revista de direito do consumidor. n. 32. outubro – dezembro 1999. São Paulo: RT. p. 58.

¹⁷⁴ LACERDA, Belizário Antônio de. **Comentários à lei de arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 40.

¹⁷⁵ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 61.

¹⁷⁶ Conforme constata João Bosco LEE. Op. cit. p. 62.

existem que uma matéria que pode ser arbitrável tem conteúdo patrimonial. Logo, tendo um direito caráter patrimonial, a não ser que haja uma vedação legal, o mesmo, em tese, é passível de arbitragem, pois aprioristicamente são inarbitráveis somente os litígios envolvendo direitos extrapatrimoniais¹⁷⁷.

Conclui-se a necessidade de análise da ordem jurídica envolvendo a matéria arbitrada para se constatar da disponibilidade de um direito, pois o limite desta disponibilidade, que a princípio seria ilimitado, encontra limitações na lei, no que a doutrina denomina ordem pública. Ou seja, a ordem pública indica os limites da arbitrabilidade e não exatamente o que pode ser objeto de arbitragem, conforme ensina Lee.

“Todavia, a ordem pública não é, como se pretendia, um critério indispensável à definição da arbitragem, mas sim, um fator suplementar na delimitação da livre disponibilidade. A ordem pública estabelece o limite da disponibilidade dos direitos, e por conseguinte, o da arbitrabilidade¹⁷⁸.”

Ou seja, para se analisar a questão da arbitrabilidade objetiva dos contratos de consumo, é importante se definir se a matéria é de cunho patrimonial ou não, para num segundo momento verificar se a ordem pública coloca limites para a arbitrabilidade da matéria. Seguindo tal linha de raciocínio, constatou-se que os contratos de consumo envolvem direitos patrimoniais, ou seja, no aspecto referente a tais direitos, seriam em tese arbitráveis.

A resposta à questão sobre a arbitrabilidade objetiva de tais contratos está em se demonstrar se o ordenamento consumerista impõe restrição à arbitragem decorrente de compromisso. A matéria seria, na expressa definição apresentada por Lee, “sensível”.

“As matérias patrimoniais ‘sensíveis’, ou seja aquelas nas quais a disponibilidade dos direitos é incerta, e onde a ordem pública tem uma forte tendência a intervir, são o barômetro do liberalismo do país em questão de arbitragem. De fato, quanto mais o país é reticente em relação à arbitragem, mais a arbitrabilidade destas matérias será restrita.¹⁷⁹”

¹⁷⁷ LEE, João Bosco. Op. cit. p. 62 – 63.

¹⁷⁸ LEE, João Bosco. Op. cit. p. 64.

¹⁷⁹ Idem. Ibidem. p. 66.

O Código de Defesa do Consumidor, quando veda a utilização da arbitragem, o faz expressamente no inciso VII do artigo 51, nas condições ali expressas. O Código consumerista informa a proteção à posição jurídica de um contratante em determinado contexto: o consumidor em face do fornecedor, mas não altera o direito subjetivo das partes contratantes, o direito de dispor sobre suas propriedades ou situação patrimonial equivalente, ou seja, a norma interfere para proteger a vontade do consumidor e não para substituí-la e quando a lei faz a substituição de tal vontade o faz de forma expressa. De fato, esta constatação embasa-se nas disposições da Constituição Federal brasileira, especialmente as do artigo 5º, I, XXII e XXIII, XXXII e artigo 170.

Assim sendo, os contratos de consumo são arbitráveis sob o aspecto objetivo, existindo intervenção da lei consumerista no âmbito da arbitragem, tão somente quando necessária para trazer equilíbrio à relação existente entre consumidor e fornecedor. No aspecto subjetivo a vedação existente seria aquela prevista no artigo 51, VII do Código de consumo, pois seria nula cláusula compromissória firmada entre consumidor e fornecedor, no entanto, tem validade, desde que respeitadas as determinações do Código Civil, o compromisso arbitral firmado entre consumidor e fornecedor. Assim, uma vez entendida a possibilidade de arbitragem através de compromisso, faz-se necessária a análise da questão envolvendo a cláusula compromissória e as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

3.1.1.

O ARTIGO 51, VII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código consumerista brasileiro inquiriu de nulidade cláusula inserta em contrato de consumo que preveja utilização compulsória de arbitragem como forma de resolução de litígios decorrentes de tal contrato. Não se pretende constatar se houve ou não acerto do legislador em tal escolha, quer-se estudar o âmbito de aplicação da disposição do Código de Defesa do Consumidor em tal aspecto, com os reflexos para a arbitragem nos contratos de consumo.

A determinação do Código diz respeito à vedação de utilização de cláusula compromissória nos contratos de consumo. O legislador consumerista não se utilizou da expressão “cláusula compromissória”, pois no tempo da promulgação

do Código não existia no ordenamento jurídico direito brasileiro uma definição que adotasse o termo “cláusula compromissória”¹⁸⁰. Com o advento da Lei de Arbitragem em 1996, passa a fazer sentido a estipulação do Código consumerista, pois a Lei Arbitral tratou de definir um conceito em que as partes, através de instrumento contratual avulso mas anexo a contrato ou mesmo de cláusula contratual, obrigavam-se a utilizar a arbitragem para resolver os conflitos oriundos de um determinado contrato¹⁸¹. De fato, a Lei de Arbitragem brasileira¹⁸², em seu artigo 4º, define cláusula compromissória: “Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Desta feita, percebe-se que o conceito elencando no inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor dizia respeito à denominada cláusula compromissória do artigo 4º da Lei de Arbitragem. O magistério de Selma M. Ferreira Lemes demonstra tão somente que o direito do consumidor referiu-se às cláusulas compromissórias e não à instituição arbitragem, podendo esta ser ainda, em tese, exercida nos contratos de consumo, através de compromisso.

“A existência de lei que prescrevesse a arbitragem obrigatória seria acoimada de inconstitucional, a par do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF. Não existe, entre nós, a figura da arbitragem obrigatória (compulsória) como, por exemplo, regulada na legislação portuguesa. A propósito preleciona Dário Moura Vicente que ‘no conceito de arbitragem privada incluem-se tanto a arbitragem voluntária,

¹⁸⁰ A denominação “cláusula compromissória” não era ainda adotado pelo direito brasileiro, mas com outras denominações já vinha sendo adotada. Cf. MARTINS, P. A. B. in **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 213. “*Pactum de compromittendo* ou *de contrahendo*, pacto prévio, contrato preliminar de arbitragem ou simplesmente, cláusula arbitral, ao inverso do que sucedeu na maioria dos outros sistemas jurídicos, é uma antiga conhecida dos juristas brasileiros, vez que acolhida em nossa legislação em meados do século XIX.”

¹⁸¹ Em sentido similar. DAVID, René. **L’arbitrage dans le commerce international**. Paris: Editora Economica, 1982. p. 274. “*L’arbitrage, dans la pratique actuelle, est fondé le plus souvent no sur un compromis, mais sur un pacte compromissoire, généralement insere dans un contrat. Les parties, avant qu’il intervienne entre elles aucun différend, ont convenu que, si un différend venait à se produire à l’occasion de leur contrat, elles recourraient pour lè résoudre à un arbitrage.*”

¹⁸² Lei Federal 9.307/1996.

em que a competência jurisdicional dos árbitros se funda numa convenção das partes, como a arbitragem necessária, na qual os poderes do juízo arbitral decorrem de uma disposição legal, que impõe obrigação a obrigação de submeter-se a árbitros certos litígios'. Como exemplo de arbitragem necessária pode ser citado o disposto no CPC português, art. 1.524 e a previsão do Código de Expropriações, Decreto-Lei n.º 845/76, art. 46, § 1.º. 'na falta de acordo sobre o valor global da indenização, será este fixado por arbitragem'.

Em face destes esclarecimentos verificamos que a redação do art. 51, inciso VII, do CDC, que estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização 'compulsória' da arbitragem, é inócua e desprovida de rigor técnico. Reitere-se, não existe, não encontra guarida no ordenamento interno, a arbitragem compulsória. O elemento volitivo é da essência do ato que elege a arbitragem.

Parece-nos, porém, que o legislador pretendeu com a disposição acima vedar a indicação da arbitragem por meio de cláusula compromissória, a par do princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4.º, inciso 1.º, do CDC), e considerando que foi imposição de uma das partes não permitindo que a outra parte, o hipossuficiente, externasse sua concordância ou negativa em aceitá-la. Destarte, justificar-se-ia a interferência legislativa de controle de cláusulas abusivas¹⁸³.

A utilização compulsória da arbitragem decorrente de inserção de cláusula compromissória em contrato pode ser inferida através da exegese dos artigos 6.º e 7.º da Lei arbitral brasileira¹⁸⁴, pois em caso de resistência de uma das partes em cumprir as determinações da cláusula compromissória o órgão judicial obriga as partes a submeterem-se à jurisdição arbitral. Logo, uma vez determinada em contrato, torna-se a cláusula compromissória obrigatória para as partes. Foi em tal

¹⁸³ LEMES, S. M. F. *in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 120 – 123;

¹⁸⁴ Lei Federal 9.307/1996. "Art. 6.º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor demanda de que trata o art. 7.º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7.º. 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 lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. (*omissis*) § 6.º. Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando o árbitro. § 7.º. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

sentido o termo “compulsória” inserto no inciso VII da Lei consumerista, e não no sentido “técnico” do termo como alertado por Lemes.

Não é de se estranhar que o legislador consumerista tenha considerado abusiva cláusula prevendo utilização obrigatória da arbitragem para dirimir conflitos em contratos de consumo. De fato, o mito da autonomia da vontade restou relativizado em tais contratos em que uma das partes contratantes é claramente inferior à outra, assim, a arbitragem, que, conforme leciona Carmona, depende de autonomia da vontade para se constituir, resta prejudicada¹⁸⁵.

No entanto, a doutrina consumerista reconhece a impossibilidade de instituição de cláusula compromissória em contratos de consumo quando esta é imposta unilateralmente pelo fornecedor. De fato, mesmo os estudiosos da arbitragem concordam com tal posicionamento. Questão complicadora diz respeito à possibilidade de instituição de cláusula compromissória quando tal instituição não decorrer de ato unilateral do fornecedor, mas for amplamente negociada pelas partes.

Comentando o Código de Defesa do Consumidor, assim expressou Néilson Nery Júnior sobre a questão:

“Existem vários dispositivos no Código dos quais exsurge clara a regra sistêmica de que as deliberações referentes à relação jurídica de consumo não podem ser tomadas unilateralmente por qualquer das partes. Portanto, no sistema do Código, configura-se como abusiva, por também ofender o escopo deste inc. VII a cláusula que deixar a critério exclusivo e unilateral do fornecedor não somente a escolha entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral, como também a escolha do árbitro. A opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha da pessoa do árbitro é questão que deve ser deliberada equitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra.

¹⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **O processo arbitral.** In Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 1, nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-abr 2004. p. 22. “A Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade. Mas autonomia com responsabilidade, o que tem preço. Em termos vulgares, quem disser: ‘quero arbitragem’, não se livra mais dela, a não ser que os dois contratantes resolvam, consensualmente, abandonar a via arbitral em prol da solução negociada ou solução judicial. Em termos mais técnicos, importa reconhecer que a Lei 9.307/96 supervalorizou a cláusula compromissória, a ponto de reconhecer sua eficácia – como fator de afastamento do juiz togado – mesmo quando tal cláusula for ‘vazia’, ou seja, quando as partes não tiverem sequer mencionado a forma de nomear o árbitro.”

A LArb estipula regra específica quanto à cláusula compromissória nos contratos de adesão: ‘Art. 4º - ...§ 2º - Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Este dispositivo da LArb não é incompatível com o CDC, art. 51, VII, razão pela qual ambos os dispositivos legais permanecem vigorando plenamente. Com isso queremos dizer que é possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente, a bilateralidade e a forma de manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*)¹⁸⁶.”

Para este autor, mesmo em contratos de adesão, tendo sido a cláusula compromissória fruto de negociação entre as partes, caberia então reconhecer a validade da mesma. Já para Luiz Antônio Rizzatto Nunes existiria apenas uma hipótese em que seria possível a instituição de tal cláusula compromissória.

“Em nossa opinião existe uma hipótese, com a abertura permitida pela própria sistemática do CDC.

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 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 de fixação de arbitragem¹⁸⁷.”

Num outro extremo da doutrina consumerista está Cláudia Lima Marques. Esta autora não vê possibilidade alguma de determinação de arbitragem através de cláusula compromissória. De fato, a autora critica a utilização da arbitragem em contratos de consumo, tendo criticado de forma veemente a possibilidade de

¹⁸⁶ NERY Jr, Nélon *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 511 – 512.

¹⁸⁷ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 584 – 585.

cláusulas compromissórias em tais contratos, ainda na vigência do Projeto de Lei que se tornaria a Lei de Arbitragem:

“A mesma linha de argumentação pode ser utilizada quando se trata das famosas cláusulas compromissórias, referentes à arbitragem. Neste caso, porém, o CDC foi expresso e na pedagógica lista do art. 51, VII, considerou abusivas e nulas as cláusulas que ‘determinem a utilização compulsória de arbitragem’. Na segunda edição, alertamos para o perigo de projetos de leis – hoje legislação posta – sobre o tema. Aquelas observações, por sua ainda grande atualidade, serão reproduzidas. Em 1995, escrevíamos: ‘A prática é hoje, portanto, a da não inclusão destas cláusulas nos contratos de adesão oferecidos no mercado aos consumidores, não necessitando a jurisprudência da maior resposta ao problema, até mesmo pelo sucesso dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas, que também objetivam a conciliação e usam método semelhante ao da arbitragem, só que de caráter público e obrigatório e usam método semelhante ao da arbitragem, só que de caráter público e obrigatório. Tal cláusula, porém, merece nossa atenção, não só pelo seu potencial de abusividade e os prejuízos que pode causar aos consumidores, mas porque reiteradamente projetos legislativos tentam revigorar-lhe a validade. (omissis)...

Tal projeto não merece apoio, pois permite expressamente, em seu art. 4^a, § 2^o, que se inclua uma cláusula compromissória nos contratos de adesão, quando se sabe que o contrato é de adesão justamente porque o fornecedor o pré-redige e impõe seus exatos termos. A ficção do Projeto é de que o consumidor concorda expressamente com tal cláusula particular ou mesmo a instituindo. Tal ficção é injusta, pois cria o falso equilíbrio (*Scheingleichheit*, como afirma a doutrina alemã), uma falsa bilateralidade no contrato, a qual não ocorrerá na prática. A passividade e a vulnerabilidade do consumidor serão a regra..

A vantagem exagerada do fornecedor advirá do privilégio de retirar a demanda das mãos do Judiciário e, em especial, do Juizado Especial de Pequenas Causas, que serão substituídos por árbitros pagos pelos próprios fornecedores, em ambiente por eles determinado, sendo quase remota a chance que um consumidor descontente com a decisão arbitral, ainda possua o equilíbrio psicológico e econômico, assim como o sentimento de certeza do direito para, após, procurar o Judiciário, com uma causa prescrita ou caduca.

(omissis)...

A arbitragem compulsória ou mesmo a arbitragem ‘ficticiamente’ convencional através de aceitação ‘expressa’ ou de outra assinatura em contrato de adesão são temas bastante polêmicos. O problema central é ser a arbitragem executada por órgãos privados, geralmente oriundos (e pagos) pelos fornecedores, suas federações e grupos. Sem em outros países, de maior tradição de defesa do consumidor e boa-fé nas relações no mercado, tal experiência tende a funcionar, no Brasil, está sendo usada como mais uma manobra para retirar do exame da justiça estes conflitos. (omissis)...

Parece-me, portanto, que devemos manter o disposto no art. 51, VI (*sic*), e alargar a experiência, já positiva, do Juizado Especial de Pequenas Causas, até que a sociedade esteja madura para a utilização destes novos meios alternativos de solução de controvérsias também nas relações de consumo, onde o desequilíbrio de forças entre os interessados é íntimo¹⁸⁸.

¹⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 886 – 887.

Para Marques a sociedade brasileira não alcançou maturidade para utilizar-se de “novos meios alternativos de solução de controvérsias”. No entanto, e confirmando os temores da autora, a Lei de Arbitragem inclui entre seus dispositivos aquele permitindo arbitragem em contratos de adesão. Neste sentido, a Lei arbitral permitiria a existência de cláusula compromissória em contrato de consumo, contrato específico, previsto no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁹. Esta autora, contudo, citando que o prestígio da arbitragem em contratos de consumo é ideológico, nega tal possibilidade, concluindo pela impossibilidade de utilização desta em contratos de adesão, tendo alegado que houve tentativa do legislador em impingir a arbitragem em contratos envolvendo consumidores, mas que tal atuação não obteve sucesso¹⁹⁰. A autora explica as razões jurídicas de não considerar possível a estipulação de cláusula compromissória em contratos de adesão, apesar da expressa determinação da Lei de Arbitragem brasileira¹⁹¹.

¹⁸⁹ Lei Federal nº 8.078/1990. “**Art. 54** – Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produto ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

¹⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 888 – 889. “A Lei 9.307, de 23.09.1996, em face das modificações sofridas por sugestão das entidades de defesa do consumidor, nada menciona sobre relações de consumo. Mesmo assim, ao permitir o recurso à arbitragem em contratos de adesão, parecia permitir também que os conflitos de consumo, oriundos desses contratos, pudessem ser submetidos à nova lei. Como comentamos anteriormente, 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 mais rápida e mais legítima, baseada na norma dos comerciantes (*lex mercatoria*), não importando tanto sua imparcialidade, que é apenas discursiva.”

¹⁹¹ Lei Federal 9.307/1996. “**Art. 4º. § 2º**. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula.”

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, 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. No sistema da nova lei, a cláusula compromissória prescinde do ato subsequente do compromisso arbitral. Logo, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral, via sentença judicial, com um só árbitro (que pode ser da confiança do contratante mais forte, ou por este remunerado); logo, se imposta em contrato de adesão ao consumidor, esta cláusula transforma a arbitragem ‘voluntária’ em compulsória, por força da aplicação do processo arbitral previsto na nova lei.”¹⁹²

A doutrina arbitral, e aqui merece especial destaque Selma M. Ferreira Lemes, a qual participou da equipe que elaborou o Projeto de Lei que deu origem a atual Lei de Arbitragem brasileira¹⁹³, tem outro ponto de vista acerca da interpretação a ser dada à possibilidade de instituição de cláusula compromissória em contratos de adesão. Esta autora constata que a Lei de Arbitragem, quando regula a questão da cláusula compromissória em contratos de adesão, preserva o princípio da autonomia privada das partes, impossibilitando que a fixação de cláusula compromissória dê-se unilateralmente¹⁹⁴.

Lemes considera que o artigo 51, VII, restou revogado pelas estipulações da Lei de Arbitragem sobre os contratos de adesão. Desta feita, esta autora afasta-se da doutrina consumerista e propõem ampla validade à cláusula compromissória em contratos de consumo.

¹⁹² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 889 – 890.

¹⁹³ Conforme noticiado por Paulo Borge CASELLA *in* **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

¹⁹⁴ LEMES. S. M. F. *in* **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 124. “Verifica-se, primeiramente, que a nova lei trata da cláusula compromissória inserta em contratos de adesão a estipular como condição indispensável, inarredável o elemento volitivo: a aplicação inconcussa do princípio da autonomia da vontade; portanto, não pode ser imposta ao hipossuficiente como se fosse simplesmente mais uma cláusula do contrato. A convenção de arbitragem em contratos de adesão é uma exceção e não pode ser resultado da vontade unilateral. É por isso que o legislador, ao regular a matéria na lei de arbitragem, impõe condições de aceitabilidade por parte do aderente e que podem ser exercidas de duas maneiras por ocasião em que o contrato for firmado, posto que trata da matéria enquanto cláusula compromissória, isto é, prevendo que futura controvérsia seria dirimida por arbitragem.”

“Pelo quadro exposto, com a devida vênia e no que pesem opiniões divergentes, não vemos como afirmar que o art. 51, inciso VII, do CDC não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação. A lei nova disciplina sobre contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, a teor do disposto nos arts. 2º e 3º do CDC. Aliás, os contratos de adesão quase na totalidade prevêm matérias afetas às relações de consumo. Também temos que considerar que a arbitragem é instituto que está sujeita à regulamentação do direito processual; o modo, forma de constituição e as conseqüências são fixadas pelo direito adjetivo. Analisando e comparando as conseqüências determinadas pela norma anterior com a posterior evidencia-se a incompatibilidade entre elas; portanto, a lei de arbitragem, neste particular, revogou o CDC.¹⁹⁵”

Lemes explicita as razões do legislador ao redigir o § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem para apoiar suas conclusões de que o inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor restou revogado.

“Invocando a interpretação histórica verificamos que o projeto de lei sobre arbitragem (PL 78/92 SF) dispunha expressamente no art. 44, quanto à revogação do artigo no art. 51, inciso VII, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Assim foi aprovado no Senado e encaminhado para a Câmara dos Deputados, que optou por suprimir mencionada referência expressa. Durante os trabalhos da comissão relatora do anteprojeto de lei sobre arbitragem a questão foi muito debatida, vindo a concluir que com referência expressa não haveria nenhuma dúvida quanto à efetiva revogação do art. 51, inciso VII, da Lei nº 8.078/90, haja vista que tacitamente já se operara, a teor do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, posto que com ele conflitava. Idêntico tratamento foi dispensado pelo legislador quanto aos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil, que a par de estarem revogados pelo disposto no capítulo do juízo arbitral no CPC de 1973, houve por bem referendá-lo no art. 44 da lei de arbitragem.¹⁹⁶”

É interessante notar a argumentação de Selma Ferreira Lemes entendendo que há no Código de Defesa do Consumidor incentivo a mecanismos alternativos de soluções de conflitos de consumo, contrariamente ao pensamento esposado por Cláudia Lima Marques, o qual já citado neste estudo.

“A Política Nacional das Relações de Consumo, que tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo tem entre seus princípios fundamentais o incentivo aos mecanismos de solução de conflitos de consumo, tal como estatuído no art. 4, inciso V, *in fine*, do CDC.

¹⁹⁵ LEMES, S. M. F. *in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 126 – 127.

¹⁹⁶ Idem. *Ibidem*. p. 127 – 128.

Estes mecanismos são externados pelo incentivo à criação de setores internos nas empresas para atendimento direto aos consumidores e a instituição do *ombudsman*, que nestes primeiros anos de vigência do CDC, se mostraram imensamente salutares, demonstrando a possibilidade de diálogo frutífero entre empresas e consumidores, com o intuito de esclarecimento e prática da solução de conflitos pela conciliação direta, tendo contribuído para que aflorasse no cidadão brasileiro uma mudança de comportamento, redundando no aumento de sua auto estima, e possibilitando a percepção dos direitos e deveres que a democracia participativa lhe permite exercitar, bem como através dos serviços prestados pelo Procon, Juizados Especiais Cíveis e criação de Varas especializadas para solução de conflitos de consumo. Neste rol de mecanismos de solução de conflitos deve ser incluída a prática da arbitragem.^{197,}

No entanto, dentro da doutrina arbitral encontra-se autor que não coaduna com a visão de Lemes. Já Shiguematsu, em artigo específico sobre o tema, parte para uma análise diversa da questão, tendo constatado o desnível entre consumidor e fornecedor, especialmente em contrato de adesão, concluindo que a norma protetiva do Código de Defesa do Consumidor, proibindo estipulação de cláusula compromissória em contrato de consumo, deve prevalecer. Este autor constatou uma realidade dos contratos de adesão¹⁹⁸.

“Mas o foco da questão continua a ser a liberdade contratual, inexistente ou praticamente inexistente, em um primeiro momento, na formação do contrato de adesão e a necessidade de sua presença em um segundo momento, na formação da cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Difícil imaginar que o consumidor que não conseguiu discutir ou alterar cláusulas contratuais do contrato possa discutir ou alterar a cláusula compromissória. Impera o peso contratual do fornecedor, e este, assim como foi capaz de fazer prevalecer seus interesses no contrato de adesão, desta forma também poderá atuar na cláusula compromissória.

Neste ponto, surge a incongruência da cláusula compromissória/contrato de adesão/Código de Defesa do Consumidor. Se o fator econômico deixa uma das partes com poderes de barganha maior que a outra, capaz de fazê-la aceitar as cláusulas unilateralmente elaboradas, esse desnivelamento contratual facilmente se estenderá até a cláusula compromissória. O fato é que, na prática, o aderente, devido às circunstâncias particulares que cercam os contratos de adesão, acabará por ‘aceitar’ a cláusula compromissória nestes contratos, mesmo que isso não espelhe sua real vontade¹⁹⁹.”

¹⁹⁷ LEMES, S. M. F. *in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 126 – 127.

¹⁹⁸ SHIGUEMATSU, P. J. L. *in Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão. São Paulo: LTr, 1999. p. 438 – 449.

¹⁹⁹ SHIGUEMATSU, P. J. L. *in Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão. São Paulo: LTr, 1999. p. 447.

Autor arbitralista que merece ser citado por seu posicionamento original é Pedro A. Batista Martins. Este autor concebe significação especial para o termo “compulsória” existente no inciso VII do artigo 51 do Código consumerista, defendendo que a expressão albergada neste inciso não tem ligação com os efeitos coercitivos da cláusula compulsória.

“As regras de salvaguarda da lei endereçam-se, tão-somente, aos interesses maiores e relevantes do consumidor e a efetiva reparação dos danos a ele causados, e não retira dele a liberdade de contratar.

Quando esse poder ou liberdade é suprimido do consumidor, aí sim, são acionadas as normas de caráter protetivo contidas na legislação.

Daí a inclusão do adjetivo *compulsória* no inciso VII, do art. 51, a demonstrar que a sujeição do consumidor ao juízo arbitral somente será viável se a convenção de arbitragem tiver sido inserida em contrato que o interessado teve a oportunidade de, adequadamente, negociar seus termos e condições.

Nos contratos de adesão, onde as cláusulas não são passíveis de modificação, conseqüentemente, impostas *compulsoriamente* ao aderente, o pacto prévio ou arbitral não produz efeito legal para o aderente, se acionado pela parte mais forte. Nessa situação de fragilidade do consumidor, a cláusula compromissória não irradia qualquer eficácia, sendo verdadeiro *caput mortum*.

É esse o espírito da lei de proteção ao consumidor, pois, assim não fosse, bastaria ao legislador deixar de referir-se à utilização compulsória da arbitragem, para aí sim excluir, por completo, a possibilidade de o consumidor submeter-se a esse meio de solução de conflito. O dispositivo legal, desse modo, tornaria nula, pura e simplesmente a cláusula que determinasse a utilização da arbitragem. Como a lei não traz em si palavras supérfluas ou inúteis

Não se pode alegar, também, que a utilização *compulsória* da arbitragem, como expressa no Código do Consumidor, está ligada aos efeitos coercitivos da cláusula compromissória, vez que quando da elaboração e promulgação do Código o pacto arbitral não produzia efeito prático algum (i.e. não obrigava o juiz a suprir a vontade da parte inadimplente), pois, somente hoje, com a Lei Marco Maciel é que esta cláusula passou a irradiar eficácia positiva.²⁰⁰”

Interessante notar no posicionamento de Martins que o mesmo não considera, mesmo num contrato onde o consumidor pode negociar ponto a ponto, a diferença econômica, ou técnica, ou ambas, existente entre fornecedor e consumidor, a qual não desaparece pelo simples fato das partes terem podido negociar. Este autor prende-se à teoria clássica dos contratos para interpretar fenômeno atinente à nova teoria dos contratos, cujos paradigmas são diversos, influenciando tal confusão em sua conclusão. A argumentação de que o dispositivo do

²⁰⁰ MARTINS. Pedro A. Batista. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Aspectos atinentes às disposições gerais. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 162 – 163.

Código consumerista referente à utilização compulsória de arbitragem não estaria ligado aos efeitos coercitivos da cláusula compromissória é embasada numa visão de lei que congela a interpretação desta ao momento de sua promulgação, esquecendo que a qualquer norma é interpretada dentro de um sistema jurídico, e que o sistema jurídico é variável naturalmente. No entanto, não deixa de ser uma visão original, pois tenta dar coerência na interpretação do conflito entre as normas.

Em recente artigo sobre o tema, Carlos Eduardo de Vasconcelos, considera válida cláusula compromissória inserta em contrato de consumo de adesão, desde que esta dê ao consumidor ampla proteção, tendo inclusive sugerido um eventual modelo a ser adotado por tais cláusulas.

“Cláusula: Todas as controvérsias originadas ou relativas ao presente contrato serão resolvidas mediante arbitragem, de modo definitivo, nos termos do Regulamento da (indicar a instituição arbitral), entidade eleita pelas partes para administrar o procedimento arbitral, por um ou mais árbitros nomeados conforme o disposto no respectivo Regulamento. A arbitragem terá como sede a cidade de (indicar).

§1º As custas serão rateadas, mas os honorários de árbitro serão suportados isoladamente pelo fornecedor.

§2º Fica facultado ao consumidor, respeitados os limites de competência e alçada, optar pela gratuidade do Juizado Especial Cível.²⁰¹”

É interessante notar que a doutrina tenta mostrar que o consumidor age com ampla proteção, o que não é verdade. A cláusula sugerida por Vasconcelos diz que a entidade foi eleita pelas partes, no entanto é extremamente provável que o consumidor não tenha conhecimento prévio do Regulamento da entidade. De fato, o consumidor não conhece nem mesmo a lei que o protege, assim não há como falar em eleição, pois eleição presume amplo conhecimento de opções. Novamente confundem-se princípios típicos do direito privado com os do Código de Defesa do Consumidor²⁰². A cláusula sugerida dá uma sede à arbitragem, que

²⁰¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil**. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 4. out/nov/dez 2004. Porto Alegre: Síntese. p. 29 – 30.

²⁰² NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 71. “Já dissemos, e é importante frisar, o regime privatista do Código Civil é inoperante em questões ligadas à sociedade de massa, como da mesma forma o é o sistema das ações judiciais individuais do Código de Processo Civil.”

pode não ser a sede do consumidor ou onde se realizou o negócio, é importante lembrar que tal conduta é abusiva *per se*, pois dificulta a proteção dos direitos do consumidor. No que concerne à remuneração dos árbitros parece importante destacar que o consumidor não perceberá como positivo o fato do fornecedor, que redigiu o contrato, remunerar o árbitro da causa que julga o conflito entre ambos, podendo em caso de derrota colocar a culpa na questão da remuneração e não na do direito discutido.

Enfim, não há como negar que os autores, tanto os da linha consumerista, quanto os arbitralistas, concordam que a defesa dos consumidores, por sua hipossuficiência e vulnerabilidade é indispensável. Em que pese opinião mais ou menos favorável de cada um dos autores acerca da utilidade da arbitragem em contratos de consumo, o ponto de tensão entre as correntes doutrinárias está se configurar o âmbito de aplicação do § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem.

Selma M. Ferreira Lemes defende posição de que o inciso VII do artigo 51 do Código Consumerista estaria revogado, rebatendo as críticas dos que não acompanham de seu magistério com a seguinte argumentação:

“A corrente doutrinária que invoca que o CDC na matéria em comento não estaria revogado sustenta-se no art. 2º, § 2º, da LICC: ‘a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica lei anterior’. Assim, ao considerar que o CDC se refere a contratos de adesão em relações de consumo nada seria alterado, continuando a vedação de eficácia da cláusula compromissória; só através de compromisso (posterior) pode existir arbitragem em relação de consumo decorrente de contrato de adesão. A lei de arbitragem teria eficácia para os contratos de adesão, mas não para os contratos de adesão em relações de consumo. Todavia, a nosso ver esta premissa não pode prosperar, posto que além dos argumentos até então expostos, não podemos perder de vista que a lei de arbitragem trata de convenção de arbitragem, dando-lhe eficácia e força vinculante, seja cláusula compromissória ou compromisso; regula a previsão de estipulação em contratos de adesão sem discriminar a matéria de fundo tratada. Não podemos distinguir o que a lei não distingue.*(omissis)*...”²⁰³

Esta autora citou que parte da doutrina embasaria suas alegações de que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, VII, continuaria vigente em face do que prevê o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro,

²⁰³ LEMES, S. M. F. *in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 127.

portanto é necessário compreender a exegese desta norma para entender tal posicionamento.

Em estudo exaustivo sobre o tema, Diniz aponta as antinomias que possam existir entre leis, dividindo-as entre reais e aparentes. Num segundo momento a autora apresenta critérios para a resolução de tais antinomias, apontado o critério hierárquico, cronológico e o da especialidade²⁰⁴. Em se considerando a existência de uma antinomia entre o artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor e o § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, faz-se necessário o estudo para se caracterizar a antinomia existente e apresentar critério para resolvê-la.

É importante diferenciar-se antinomia aparente de real, para depois tentar enquadrar a antinomia objeto de análise. Maria Helena Diniz aponta em sua obra os conceitos de cada tipo de antinomia.

“Ter-se-á *antinomia real* quando, como nos ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., houver oposição total ou parcial entre duas ou mais normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. Os critérios (hierárquico, cronológico e da especialidade) existentes não a resolverão, ficando o intérprete e aplicador sem meios para se livrar da antinomia. (*omissis*)... Em resumo, para haver antinomia real será preciso a concorrência de três condições imprescindíveis, que são: *a*) incompatibilidade; *b*) indecidibilidade; e *c*) necessidade de decisão, pois o reconhecimento dessa antinomia não excluirá a possibilidade de uma solução efetiva, pela edição de nova norma que escolha uma das normas conflitantes ou pelo emprego pelo órgão judicante, tendo em vista o critério do *justum*, da interpretação equitativa ou corretiva, ou seja, dos mecanismos de preenchimento de lacuna, por ser tal antinomia uma *lacuna de conflito* ou de colisão (LICC, arts. 4º e 5º)²⁰⁵.”

Ainda no magistério desta autora para compreensão da definição de antinomia aparente.

“A *antinomia aparente* se dará se os critérios para solucioná-la forem normas integrantes do ordenamento jurídico. Realmente, os critérios hierárquico,

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71. “É inegável a existência de conflitos normativos, porque a realidade demonstra que essa rigorosa coerência lógica não é requisito essencial do direito, mas do sistema jurídico. Deveras, não há como negar a possibilidade de os órgãos jurídicos estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras”.

²⁰⁵ Idem. Ibidem. p. 71 72.

cronológico e da especialidade são critérios normativos, princípios jurídico-positivos pressupostos implícita ou explicitamente pela lei, apesar de se aproximarem muito das presunções. Sendo solucionado o conflito normativo na subsunção por um daqueles critérios, ter-se-á uma simples antinomia aparente.²⁰⁶

Em face da conceituação apresentada infere-se que o conflito entre a norma do Código consumerista vedando a estipulação de cláusula compromissória e a norma da Lei de Arbitragem regulamentando a arbitragem em contratos de adesão é uma antinomia aparente, portanto resolúvel através da aplicação dos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, ou a conjugação dos mesmos.

O primeiro critério a ser utilizado é o hierárquico²⁰⁷. No sistema jurídico brasileiro lei alguma pode contrariar dispositivo constitucional. O segundo critério é o critério cronológico significa que lei posterior derroga lei anterior, total ou parcialmente, desde que tenha havido legislação sobre a mesma matéria²⁰⁸. Finalmente há que se falar no critério da especialidade, o qual consiste em lei específica derogar lei geral²⁰⁹.

Em se falando em choque direto entre a norma consumerista e a norma da Lei da Arbitragem conclui-se que ambas estão no mesmo nível hierárquico, embora o embasamento da norma consumerista decorra de valores insertos na Constituição Federal de 1988²¹⁰. Assim, não há como se utilizar o critério hierárquico para resolver o conflito aparente entre as normas.

Utilizando-se o critério cronológico, numa abordagem preliminar, concluir-se-ia ter sido a matéria relativa à inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão totalmente regulada em lei mais recente, tendo então a lei anterior, o inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, revogado

²⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 72.

²⁰⁷ Idem. Ibidem. p. 73. “O critério hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) é baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra.”

²⁰⁸ Idem. Ibidem. p. 74. “O critério *lex posterior derogat legi priori* significa que, de duas normas do mesmo nível ou escalão, a última prevalece sobre a anterior.”

²⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 75. “O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*.”

²¹⁰ Constituição Federal de 1988. Inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170.

no que concerne aos contratos de adesão. No entanto, para aplicação do critério cronológico, como ensina Maria Helena Diniz, serão necessários alguns requisitos que não só o tempo de edição da norma²¹¹.

“Logo esse princípio só poderá ser caracterizado como um dos mais importantes princípios de interpretação, já que sua força variará conforme os diferentes casos de inconsistência. Deveras, se: *a*) a inconsistência for total, será difícil deixar de lado o critério *lex posterior derogat legi priori*; *b*) a inconsistência for total-parcial, sendo a última norma especial, a *lex posterior* operará conjuntamente com a *lex specialis*; *c*) houver inconsistência de norma especial anterior e norma geral posterior, a *lex specialis* pode, conforme o caso, prevalecer sobre a *lex posterior*; *d*) a inconsistência for parcial, a *lex posterior* apoiará a presunção de que a norma mais recente prefere a anterior, mas nem sempre²¹².”

Para aplicação do critério cronológico entre a norma do inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor e a norma do § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, há que se determinar qual lei é especial e qual é a lei geral neste conflito de normas. A Lei consumerista é verdadeiro microssistema, conforme já explanado, englobando normas tanto no aspecto do direito material quanto no do direito processual, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor é lei geral no que concerne ao direito do consumidor no Brasil. A Lei da Arbitragem consiste em microssistema regulamentando a arbitragem no Brasil, poderia, então, ser entendida como uma lei geral sobre arbitragem. Para resolver este conflito é necessário aprofundar-se no critério da especialidade proposto por Maria Helena Diniz.

“Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim, o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na geral (*RJTJSP*, 29: 303). O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível

²¹¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 74 – 75. “ Ensina-nos Alf Ross que, indubitavelmente, trata-se de um princípio jurídico fundamental, mesmo que não esteja expresso em norma positiva. O legislador pode revogar lei anterior, criando uma nova lei com ela incompatível, que ocupará seu lugar. Mas não se pode, continua ele, elevar esse princípio à categoria de axioma absoluto, porque a experiência demonstra que pode ser deixado de lado se contrariar certas considerações.”

²¹² Idem. Ibidem. p. 75.

de atendibilidade do que a norma genérica. Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça *suum cuique tribuere*.²¹³”

O § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem remete seu texto a matéria regulada pelo Código de Defesa do Consumidor – contratos de adesão, no entanto, o inciso VII do artigo 51 do Código consumerista remete seu texto à matéria regulada na Lei de Arbitragem – cláusula compromissória. No entanto, a análise de conflito entre tais normas faz crer que a norma prevista no Código de Defesa do Consumidor, por se excepcional, já que nulidades – *pas de nullité sans text* - no sistema jurídico são exceções e não regras, seria especial em relação à norma prevista na Lei de Arbitragem, pois regularia a questão da possibilidade ou não da instituição de cláusula determinando a arbitragem em um determinado tipo de contrato. Ou seja, a Lei da Arbitragem cuidaria dos casos em geral, a Lei de consumo excepcionaria um caso em especial.

Desta feita, há um conflito entre critérios de interpretação de norma²¹⁴: critério cronológico *versus* critério da especialidade. Nos dizeres de Diniz, há uma “antinomia de antinomias, ou seja, *antinomia de segundo grau*”²¹⁵, a qual consiste em haver “uma norma anterior-especial conflitante com uma posterior-geral: seria a primeira preferida pelo critério da especialidade, e a segunda, pelo critério cronológico”²¹⁶.

Os conflitos entre os critérios interpretativos consistem em questão tormentosa, sendo necessário, conforme noticia Diniz, a utilização de “*metacritérios* para resolver antinomia de segundo grau, que apesar de terem

²¹³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 75.

²¹⁴ Idem. Ibidem. p. 79. “Embora os critérios anteriormente analisados possam solucionar os problemas de antinomias normativas, não se poderá olvidar situações em que surgem antinomias entre os próprios critérios, quando a um conflito de normas seriam aplicáveis dois critérios, que, contudo, não poderiam ser ao mesmo tempo utilizados na solução da antinomia, pois a aplicação levaria à preferência de uma das normas, e a de outro resultaria na escolha de outra norma. (*omissis*)...”

²¹⁵ Idem. Ibidem. p. 79.

²¹⁶ Idem. Ibidem. p. 79.

aplicação restrita à experiência concreta e serem de difícil generalização, são de grande utilidade²¹⁷”.

A verificação de conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico existe. A resolução de tal conflito passa por utilização de metacritérios, como noticia Diniz, “passar da linguagem legal para a dos juristas²¹⁸”. A autora apresenta suas conclusões no caso de conflito entre o critério de especialidade o critério cronológico.

“Em caso de antinomia entre o *critério de especialidade* e o *cronológico*, valeria o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. Esse metacritério é parcialmente inefetivo, por ser menos seguro que o anterior, podendo gerar uma antinomia real. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalise derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.²¹⁹”

Enfim, ainda que se atente às constatações de que o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não seja tão seguro, é importante destacar-se que tal metacritério aplica-se com bastante perfeição ao conflito de normas apresentado, pois permite a convivência da norma do inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor com a norma do § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, tornando o conflito de normas aparente, como já esposado.

Finalmente, e para tentar esclarecer o conflito das normas, é interessante analisar-se a questão de conflitos entre critérios sob uma perspectiva retórica, como leciona Diniz.

“Se analisarmos o assunto sob a perspectiva retórica, de grande valia será a aplicação da argumentação *a contrario*, por fundar-se no princípio da diferença que permite um juízo teleológico e axiológico. Deveras, se, em certos casos, a norma ordena ou permite determinada conduta somente a certas pessoas, as demais, em iguais situações, não são por ela abrangidas, por ser norma excepcional, que apenas vale para as circunstâncias normadas. Esse instrumento está ínsito no sistema em

²¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 80.

²¹⁸ Idem. Ibidem. p. 80.

²¹⁹ Idem. Ibidem. p. 80.

diretivas que, embora não sejam normas postas, não deixam de ter certo valor vinculante, com a ‘inclusão de um importa na exclusão do outro’²²⁰.”

Ou seja, além do metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali* há que se entender que a norma inserta no Código do Consumidor diz que a cláusula compromissória só é nula entre consumidor e fornecedor, as demais pessoas, em igual situação, não possuem vedação em utilizar do instituto, ou seja, as determinações da Lei Consumerista não tiram o sentido de existência das determinações posta pela Lei de Arbitragem. Desta feita, percebe-se que a aplicação do metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali* ganha segurança, já que reforçado pelo argumento retórico²²¹.

Não bastasse o argumento retórico para dirimir a questão, ainda que fosse o caso de ser verificado entre a norma do Código e a norma da Lei de Arbitragem uma antinomia real, então, para resolver o conflito, seria importante aplicar-se o que Diniz denominou de “*critério dos critérios*”. Assim lecionou a autora sobre este critério.

“Num caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o *critério dos critérios* para solucionar o conflito normativo seria o *princípio supremo da justiça*: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa. Isso é assim porque os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam na interpretação ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência jurídica popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis.²²²”

Assim, ainda que não houvesse possibilidade de se solucionar o conflito de normas com os critérios da lei, pois ele seria real e não aparente, o critério a ser utilizado para valorar uma norma e não outra remeteria a valores e objetivos sociais consagrados. No caso brasileiro, ainda no ordenamento jurídico, portanto o conflito entre a norma consumerista e a lei de arbitragem continuaria aparente, já que a Constituição Federal de 1988 consagra como valor jurídico a proteção do

²²⁰ DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 81.

²²¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil**. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 4. out/nov/dez 2004. Porto Alegre: Síntese. p. 22.

²²² DINIZ, Maria Helena. Op. cit. p. 81.

consumidor, não tendo este texto consagrado valor especial à arbitragem, portanto a proteção da norma consumerista continuaria válida, valendo a norma de Lei de Arbitragem para outros casos que não os contratos de consumo²²³.

Portanto, há incidência do § 2º do artigo 2º para embasar a argumentação de que a Lei de Arbitragem no seu § 2º do artigo 4º convive com a disposição do inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, afastando-se, portanto, o posicionamento de que teria havido revogação tácita do dispositivo da Lei consumerista.

Por fim, é importante constatar que o inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor diz respeito a todos os tipos de contratos de consumo e não somente aos contratos de adesão. O *caput* do artigo 51 do Código dispõe: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:”, assim a lei não discrimina a abusividade das cláusulas para contratos de adesão ou contratos negociados, o que interessa é que o contrato seja de consumo, isto é, celebrado entre um consumidor e fornecedor, conforme leciona Nelson Nery Júnior, ao comentar o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: “O termo está tomado aqui como significando todo e qualquer pacto ou estipulação negocial entre fornecedor e consumidor, seja pela forma escrita ou verbal, pela técnica de contrato de adesão ou de ‘contrato de comum acordo’²²⁴”.

O § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem diz respeito à forma de validação de cláusula compromissória em contratos de adesão, dispondo: “§ 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a

²²³ No mesmo sentido. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Cláusula compromissória, contrato de adesão e juízo arbitral**. in Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 30. abril/junho 1999. p. 86. “Por isso, entendemos que o novo dispositivo deva ser interpretado não isoladamente, mas de forma sistemática e teleológica com todo o microsistema do Código de Defesa do Consumidor e sob o prisma das garantias e direitos insculpidos na Constituição Federal, sob pena de chegarmos à conclusão pouco sensata e antagônica ao espírito da lei e do próprio legislador.”

²²⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. in **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 475.

assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”. Percebe-se, pois, que a Lei de Arbitragem só fez referência ao termo “contrato de adesão”, não tendo feito referência expressa aos contratos de consumo.

Assim, em se considerando os termos de ambas as normas, percebe-se que a lei posterior, Lei de Arbitragem, não se referiu a contratos de consumo negociados, regulando apenas os contratos de adesão. Tem-se, então, que não seria possível admitir-se cláusula compromissória em contrato de consumo negociado, mas seria a mesma admitida em contrato de consumo de adesão. Esta situação, em se considerando os estritos textos de ambas as normas, é teratológica, vez que um consumidor que em tese pode negociar amplamente não poderá utilizar-se de cláusula compromissória, pois a lei inquina a mesma de nulidade, enquanto o mesmo consumidor, num contrato onde uma parte impinge sua vontade sobre a outra de forma cabal – o contrato de adesão²²⁵ – pode assinar tal cláusula, possuindo esta valor legal, ainda que a Lei de Arbitragem tenha tomado o cuidado de dar ao aderente o poder de a instituir ou não, ou seja, tentar impor a validade de cláusula compromissória em contrato de consumo de adesão é tratar todas as demais normas do sistema de proteção ao consumidor como inexistentes, o que não é juridicamente correto.

É interessante notar, ainda que se possa pensar em revogação tácita na matéria referente ao contrato de adesão existente no Código de Defesa do Consumidor, esta não se operou aos contratos de consumo como um todo, pois nem todos os contratos de consumo são contratos de adesão. Enfim, não há no dispositivo da Lei de Arbitragem dispositivo regulando a questão referente a todos os contratos de consumo, fala-se genericamente em “contrato de adesão”, que não é necessariamente contrato de consumo.

Lembrando Lemes ao criticar a ausência de rigor técnico do Código de Defesa do Consumidor quando usa a expressão “utilização compulsória de

²²⁵ EFING. Antônio Carlos. **Fundamentos das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 232. “Os contratos de adesão, por sua vez, constituem uma oposição à idéia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pela outra parte, simplesmente aderindo ao contrato já definido em todos os seus termos. A manifestação de vontade de uma das partes se reduz à mera anuência a uma proposta da outra.”

arbitragem”²²⁶, o mesmo pode ser dito com relação a Lei de Arbitragem, quando usa a expressão “contrato de adesão”. De fato, a expressão pode ser utilizada envolvendo tanto contratos ditos de consumo, portanto sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, quanto a contratos civis e comerciais²²⁷, desde que uma parte pré-estabeleça as cláusulas do contrato unilateralmente²²⁸.

Citadas por Nery Júnior e Nery em seus comentários ao Código Civil brasileiro estão conclusões da Jornada de Direito Civil III, sob auspícios do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal.

“167. Com o advento do CC, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o CDC, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.

171. O contrato de adesão, mencionado no CC 423 e 424, não se confunde com o contrato de consumo²²⁹.”

Desta feita pode-se falar em contratos de consumo de adesão e contratos civis de adesão, portanto não há que se dizer que o § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem tenha se tornado letra morta. O Código Civil prevê a figura do contrato de adesão, e para os contratos de adesão previstos no Estatuto civilista valem as determinações da Lei de Arbitragem. Nos contratos de adesão sujeitos ao regime do Código de Defesa do Consumidor não há que se falar em instituição de cláusula prevendo a utilização da arbitragem para dirimir conflitos previamente em contrato, pois o artigo 51 visa a proteger o consumidor no momento da contratação, sabendo que em tal momento este agente não possui as mesmas

²²⁶ LEMES. Selma M. Ferreira. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. A arbitragem nas relações de consumo no direito brasileiro e comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 121.

²²⁷ Código civil brasileiro. “**Art. 423**. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou **Art. 424**. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

²²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 551. “O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez e solução do negócio, exigência das economias de escala.”

²²⁹ NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. de A. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 388.

informações que o fornecedor, ou seja, o artigo 51 e incisos tem por objetivo evitar que práticas contratuais ocorram em função do desequilíbrio entre fornecedor e consumidor, conforme os paradigmas reformulados pela nova teoria contratual.

A teoria prevê que tal desequilíbrio é real e não meramente legislativo, não podendo ser desfeito pela pena do legislador, é por isso, que ainda que tivesse sido revogado expressamente o inciso VII do artigo 51 do Código consumerista, ainda prevaleceriam as normas tornando clausulações de derrogação ou eleição de foro impostas pelo fornecedor, ainda que aceitas expressamente pelo consumidor e que o este tomasse iniciativa dar azo à utilização de tais cláusulas, abusivas, portanto nulas, em face da determinação do inciso XV do artigo 51²³⁰ e de todo sistema de proteção do vulnerável e hipossuficiente construído pela Lei consumerista por expressa determinação constitucional.

No que concerne especificamente ao inciso XV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, por sua clareza, vale a transcrição do magistério de Nelson Nery Júnior. comentando especificamente o inciso.

“Esta disposição configura *norma de encerramento*, que possibilita ao juiz ampla margem para integrar o conceito jurídico indeterminado e dizer o que significa ‘estar em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor’. Essa possibilidade e a dicção do *caput* do art. 51 – que, com a expressão ‘entre outras’, permite a consideração de outras hipóteses de cláusulas proibidas além das enumeradas na lei – fazem com que o sistema de cláusulas abusivas do CDC seja insuscetível de lacuna.

O ‘sistema’ de proteção ao consumidor encerra conceito mais amplo do que o de um ‘Código’ de proteção do consumidor. Incluem-se no ‘sistema de proteção ao consumidor’ as disposições legais de proteção do consumidor em sentido estrito, bem como as relativas à proteção *indireta* do consumidor, como as leis de combate à concorrência desleal e leis antitruste. Assim, fazem parte do ‘sistema de proteção ao consumidor’ as disposições do CDC, da Lei de Economia Popular (Lei n° 1.521/51), da Lei Delegada n° 4/62, da Lei n° 8.002/90, da Lei n° 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Econômica), da Lei Antitruste (Lei n° 8.158/91), de outros diplomas legais que tutelem, direta ou indiretamente, os direitos e interesses do consumidor, bem como das normas administrativas que digam respeito à ordem econômica e aos direitos e interesses do consumidor.

Cláusulas que ofendem o ‘sistema de proteção do consumidor’ são abusivas e, conseqüentemente, nulas de pleno direito (art. 51, n° XV, CDC). São, por exemplo,

²³⁰ “XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;”

cláusulas de eleição de foro diferente do do (*sic*) domicílio do consumidor, cláusulas-surpresa etc.²³¹,”

Assim, não se deve perder de vista as características dos contratos de consumo, em que uma das partes é sempre vulnerável com relação à outra, senão técnica e economicamente, econômica ou tecnicamente, tendo sido tal situação reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Há que se ter em consideração os princípios esposados na nova teoria dos contratos, onde houve relativização dos dogmas da autonomia privada, da liberdade de contratar e da igualdade entre as partes, sendo que tal relativização reflete-se especialmente no momento da contratação firmada entre um consumidor e um fornecedor, inclusive, quando ainda antes de surgido qualquer conflito, estipulam cláusula determinando a utilização da arbitragem. A presunção da Lei consumerista é que, ainda que negociando, em função de estar na posição de consumidor, há um hipossuficiência e vulnerabilidade desta parte, fazendo com pactos onde este abra mão previamente de proteção de direitos, *in casu* a proteção estatal através do Judiciário, não produzam efeitos. É importante frisar, o artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, outorgou ao Estado a defesa do consumidor, concorde-se ou não com o texto.

Portanto, não resta senão concluir que a cláusula compromissória firmada em qualquer contrato de consumo é nula, por ofender a disposição do inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que não foi revogada. Concluindo-se, ainda, serem aplicadas as disposições do § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem aos contratos de adesão previstos no Código Civil brasileiro.

3.1.2. A JURISPRUDÊNCIA E O *LEADING CASE* BRASILEIRO

Uma vez superados os aspectos teóricos da arbitragem envolvendo a questão da arbitrabilidade objetiva e subjetiva dos contratos de consumo, especificando-se a diferenciação existente em tais contratos no que se refere ao compromisso arbitral e à cláusula compromissória, faz-se necessária a apresentação de um *leading case* brasileiro sobre a questão.

²³¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 519 – 520.

Em recente artigo sobre controle judicial da sentença arbitral tema noticiou Eduardo Grebler que a jurisprudência brasileira tem revelado tendência de preservação das sentenças arbitrais nacionais.

“As decisões dos tribunais de apelação brasileiros, relativas a sentenças arbitrais nacionais submetidas a controle judicial, revelam claramente a tendência de preservar as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais em nosso país. A jurisprudência disponibilizada *on-line* pelos trinta tribunais de segunda instância dos vinte e sete Estados brasileiros e do Distrito Federal, pelos cinco tribunais regionais federais e pelo Superior Tribunal de Justiça, apresenta quatorze decisões versando o controle de sentenças arbitrais (proferidas pelos Tribunais de Justiça ou Alçada dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, do Distrito Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça), treze das quais foram mantidas e apenas uma anulada.²³²”

Dentre tais decisões merece destaque, por estar ligada ao objeto de estudo, a decisão proferida no Tribunal de Justiça de Goiás, Autos de apelação cível 200200796610, datada de 17 de setembro de 2002, em processo em que figuravam com partes *Weltiman de Jesus Santigo e M. Pimentel Engenharia Ltda*, no qual se pleiteava a nulidade de cláusula compromissória em contrato de adesão, sendo necessária a transcrição da ementa do julgado para melhor compreensão do litígio.

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. COISA JULGADA MATERIAL. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. I – O TEMA EM QUESTÃO, AINDA, É MUITO NOVO EM NOSSA JURISPRUDÊNCIA E ESPARSOS SÃO OS DOUTRINADORES QUE SE DESTINAM AO SEU ESTUDO. NO ENTANTO, CONCLUI-SE QUE HAVENDO CONVENÇÃO DAS PARTES PARA SOLUÇÃO DE EVENTUAIS CONFLITOS ATRAVÉS DA ARBITRAGEM, E EM SENDO AS MESMAS CAPAZES E O DIREITO DISPONÍVEL, EXCLUI-SE A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SOLUÇÃO DE QUALQUER CONTROVÉRSIA, SEM, HAVER, CONTUDO, UMA LESÃO AO DISPOSTO NO ARTIGO QUINTO, XXXV, DE NOSSA CARTA MAGNA. II – TENDO O CONTRATO EM DISCUSSÃO SIDO RESCINDIDO POR SENTENÇA ARBITRAL PROLATADA PELA 2ª CORTE DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM, DESTA CAPITAL, CONFIGUROU-SE A COISA JULGADA MATERIAL, DEVENDO A PRESENTE AÇÃO REVISIONAL SER EXTINTA SEM JULGAMENTO DE MÉRITO (ART. 267, V, CPC). III – SEGUNDO INTELIGÊNCIA DO ARTIGO QUARTO E SEU PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI 9.307/96, A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EXISTENTE NO

²³² GREBLER, Eduardo. **Controle judicial da sentença arbitral.** in Revista brasileira de arbitragem. Ano II. N° 5. jan/fev/mar. 2005. Porto Alegre: Síntese. p. 54.

CONTRATO EM ANÁLISE É PERFEITAMENTE VÁLIDA, UMA VEZ QUE SE TRATA DE UM CONTRATO DE COMPRA E VENDA E NÃO DE ADESÃO. IV – SEM A PROVA EFETIVA E INCONTESTE DE TER A PARTE AGIDO COM DOLO AO IMPETRAR O PRESENTE RECURSO E NÃO VISLUMBRANDO QUALQUER AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 17 DO CPC, NÃO HÁ COMO IMPOR-SE À PARTE, A CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. V – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.”

Da análise do Acórdão destaca-se o reconhecimento pelo tribunal goiano dos ditames da Lei de Arbitragem, no entanto percebe-se que este tribunal terminou por afastar da análise do julgamento a questão acerca dos contratos de adesão, por entender que o contrato celebrado pelas partes não estaria em tal categoria, pois seria um contrato de compra e venda negociado pelas partes. Esta decisão não constitui *leading case* para este trabalho, pois não enfrentou de frente a questão dos contratos de consumo, limitando-se a enfrentar a questão dos contratos de adesão superficialmente. No entanto, a decisão serve como indicativo do rigor a ser adotado pelo julgador na configuração de um contrato de adesão firmado entre as partes, indicando que a adesividade deve estar claramente configurada.

No que concerne às sentenças arbitrais estrangeiras, as quais sofriam homologação perante o Supremo Tribunal Federal até o final de 2004, Grebler apresenta constatação de que após a entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem houve sensível redução nas negativas de homologação proporcionalmente ao número de pedidos homologados, denotando um aumento do prestígio da arbitragem também quando internacional²³³.

O *leading case* a ser analisado ocorreu perante o Supremo Tribunal Federal e denota o prestígio destacado por Grebler. A decisão diz respeito a homologação de sentença arbitral estrangeira em que figurava como requerente *Aiglon Dublin*

²³³ GREBLER, Eduardo. Op. cit. p. 56 – 57. “No período de 1958 a 2003, o Supremo Tribunal Federal exerceu controle sobre vinte e oito sentenças arbitrais estrangeiras, cujo reconhecimento no Brasil foi requerido pela parte vencedora e contestado pela parte vencida na arbitragem. Dessas, quatorze homologações foram deferidas e quatorze negadas. Vale observar que até o início de vigência da Lei de Arbitragem, de 23.09.1996, de um total de vinte e três pedidos contestados, doze foram denegados, sendo dois por falta de dupla homologação e seis por falta de citação rogatória; após a vigência da Lei de Arbitragem, de um total de cinco pedidos contestados, apenas dois foram denegados, sendo um por falta de comprovação de existência de convenção arbitral e outro por defeito de representação na citação.”

Limited (“Aiglon”) e como requerida *Teka Tecelagem Kuenrich S/A* (“Teka”). O número do processo é 5.847 e este tramitou perante o Tribunal Pleno, tendo como Relator o Ministro Maurício Corrêa. O julgamento data de 1º de Dezembro de 1999.

O caso dizia respeito a homologação de sentença arbitral proferida em arbitragem administrada pela *Liverpool Cotton Association Limited*, esta com sede no Reino Unido (local da arbitragem), em que a empresa *Teka Tecelagem Kuenrich* foi condenada a pagar US\$1.893.318,09 (um milhão, oitocentos e noventa e três mil, trezentos e dezoito dólares americanos e nove centavos) à empresa *Aiglon Dublin Limited*, valor este, conforme relatório do Acórdão,

“(omissis)...correspondente à diferença do preço de aquisição de mercadoria estipulado por época da assinatura do contrato de compra e venda, e de termos de sua rescisão, mais juros de 10,25% (dez vírgula vinte e cinco por cento) ao ano, bem como juros de 2% (dois por cento) anuais, a partir de 06.06.97 até o devido pagamento, tudo conforme ajustado em contrato firmado entre as partes.”

A empresa requerida contestou alegando não ter havido a caução para garantia dos encargos do pedido homologatório, alegando que não havia sido celebrado contrato nem prevista cláusula compromissória; admitindo, ainda, que em caso de existência do contrato e de cláusula, esta não cumpriria as formalidades da lei, alegando ainda que o laudo fosse nulo por falta de contraditório e ampla defesa.

Em réplica a requerente sustentou a eleição do Tribunal Arbitral de *Liverpool Cotton Association Ltd* para dirimir controvérsias advindas do contrato, sustentando ainda que a sentença arbitral constituir-se-ia em título executivo judicial na forma da Lei de Arbitragem brasileira e que a requerida não poderia utilizar-se das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, pois não seria destinatária final do bem comercializado, mas sociedade mercantil.

O Relator, Ministro Maurício Corrêa, abre seu voto analisando a questão acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem e que fora analisada nos Autos de Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, tendo este concluído da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, especialmente no que concerne aos efeitos da cláusula compromissória em vincular às partes previamente à jurisdição arbitral.

Em seu voto o Relator deixa claro que ao Tribunal caberia tão somente apreciar os requisitos formais fixados pela Lei para validade da sentença arbitral. Tendo afastado a necessidade de caução para homologação de sentença estrangeira, citando o julgado SE ° 3.407. Foi afastada a alegação da requerida de inexistência do contrato, pois as provas documentais juntadas nos Autos demonstravam de forma diversa. Ainda, em decorrência de provas juntadas no processo, foram afastadas as alegações de afronta ao contraditório e ampla defesa.

O Relator afastou a alegação da requerida de que a sentença arbitral deveria submeter-se a dupla homologação, pois a cláusula compromissória teria sido celebrada antes da vigência da nova Lei de Arbitragem, mas o pedido de homologação fora protocolizado já na vigência da lei nova, sendo a Lei de Arbitragem norma de caráter processual, portanto de incidência imediata aos casos pendentes de julgamento.

A questão apontada neste julgamento para que este se configure como o *leading case* envolvendo o tema pesquisado, está no voto do Relator quando este analisa a questão da cláusula compromissória em contrato de adesão e da incidência do Código de Defesa do Consumidor levantadas pela parte requerida como empecilhos para homologação da sentença arbitral. Por serem o ponto nodal do julgamento em questão, o trecho do voto do Relator referente a tais questões merece transcrição literal.

*“35. Sustenta, ainda, a contestante, que o **contrato é de adesão** e, por isso, a cláusula arbitral deveria estar escrita **em negrito**, como determina o artigo 4º, §2º, da Lei 9.307/96, sob pena de nulidade.*

*36. Embora seja esta questão ínsita ao mérito, insuscetível de apreciação em procedimento homologatório perante este Tribunal, respondo-a. Ao compulsar-se o documento de fls. 221/222, desponta claro que a empresa vendedora foi livremente escolhida pela TEKA, nada obstante a existência de centenas de outros fornecedores de algodão no mercado internacional. É evidente que o **contrato de adesão** não é caracterizado pelo impresso com espaços em branco, como crê a requerida, mas pelas condições que uma das partes impõe à outra e não sujeitas a discussão. Na hipótese, as cláusulas insertas na avença dizem respeito ao local em que a mercadoria seria entregue, à forma de conferência de peso, à extensão do seguro, ao pagamento do frete e, finalmente, às regras de arbitragem, tudo isso sujeito a modificações, segundo entendimentos prévios. Não consta que contrato de tal configuração jurídica seja de adesão ou que algumas de suas cláusulas possam ser consideradas leoninas, matéria, ademais, alheias à natureza do procedimento homologatório.*

*37. De igual forma, o laudo exarado pela **Liverpool Cotton Association Ltd.** nada tem a ver com o **Código Nacional de Defesa do Consumido**, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de*

produto destinado a consumidor final, conforme prevê o artigo 2º, que define o consumidor como toda ‘pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final’.”

Das razões do voto, ressalta-se o reconhecimento dado pelo Relator à impossibilidade de analisar se cláusula compromissória era de adesão ou não, pois tal conduta adentraria no mérito do feito, o que não seria permitido no procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira. Denota-se, portanto, um respeito ao princípio da “competência-competência” por parte do julgador, reconhecendo-se que caberia ao árbitro a análise da questão.

Outro aspecto relevante do voto do Relator são as considerações feita pelo mesmo, sendo que este ressalta que não necessárias por dizerem respeito ao mérito do feito, sobre a caracterização de contrato de adesão. O julgador aplica uma concepção restritiva a contrato de adesão, sendo necessária estar claramente configurada tal situação. O julgador, por sua vez, afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor, vez que entende que a requerida não é destinatária final. Cláudia Lima Marques cita este *leading case* nos termos seguintes.

“O Supremo Tribunal Federal no caso *Teka versus Aiglon* apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do CDC. Neste *leading case*, o STF deixou bem claro que os bens e serviços utilizados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como comércio internacional não estão abrangidos pelo CDC. Certo é que o STF não utilizou a definição de contrato de adesão do art. 54 do CDC e negou-se a usar o CDC. A Suprema corte estabeleceu que a destinação final exigida pelo art. 2º do CDC deve levar em conta as circunstâncias do caso. Esta distinção concreta e casuística é de suma importância, ou todo o comércio internacional e nacional, que é em grande parte feito através de contratos de adesão e condições gerais de venda, passaria a ser regulado pelos princípios do CDC, em flagrante injustiça para os fornecedores, em um primeiro momento, e para os verdadeiros consumidores em um segundo momento²³⁴.”

Marques dá atenção à idéia finalista posta pelo Relator, que também afasta incidência de norma de ordem pública. No entanto, e o mais relevante, e que fica como lição, deste julgado, aprovado por unanimidade pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal é o aspecto de ser necessário analisar o mérito da causa para analisar se uma cláusula compromissória tem valor ou não em suposto contrato de

²³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 277 – 278.

adesão e de consumo. Assim, o julgado serve para se inferir que para que ocorra interferência estatal em arbitragem envolvendo contratos de consumo deve ocorrer uma nulidade auferível de plano, sem ter que se adentrar no mérito da decisão arbitral.

Por fim, atente-se que a atual competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras deslocou-se para o Superior Tribunal de Justiça, que pode vir a modificar entendimento já consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por conta de uma visão mais ligada dos julgadores com defesa dos princípios de ordem pública, uma visão mais “progressista”, segundo leciona Gama Júnior²³⁵. No entanto, em face da brevidade da mudança de competência de uma Corte superior para outra, acredita-se ser prematuro qualquer diagnóstico.

3.2. PRINCÍPIO DA “COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA” E IMPERATIVIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O *leading case* brasileiro demonstrou a aplicação e reconhecimento pelo Judiciário nacional do princípio da “competência-competência”, tal princípio é definido doutrinariamente como o poder inerente a um árbitro para dizer de sua competência em um litígio arbitral, dizendo sobre a arbitrabilidade do litígio tanto no aspecto subjetivo, quanto no aspecto objetivo. De fato, compete ao árbitro o poder de dizer se a convenção de arbitragem permite a resolução do conflito pela via arbitral ou não. O princípio implica dois efeitos: um positivo e um negativo. O positivo é o poder do árbitro em dizer de sua competência. O negativo consiste no fato de que a jurisdição estatal não pode dizer sobre a competência que está sendo analisada pelo árbitro²³⁶.

²³⁵ GAMA JÚNIOR, Lauro. **O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: novas perspectivas?** in Revista brasileira de arbitragem. Ano II. n° 5. jan/fev/mar. 2005. Porto Alegre: Síntese. p. 64. “A jurisprudência do STF, especialmente após o advento da Lei n° 9.307/96, deverá guiar o STJ por algum tempo, como é natural. Mas é provável que esta Corte, em virtude de suas posições mais progressistas, venha a tratar *diversamente* alguns temas, como os contornos da afronta à *ordem pública*, que impede a homologação de um julgado estrangeiro ou a concessão de *exequatur* a uma carta rogatória.”

²³⁶ VIDAL, Dominique. **Droit français de l’arbitrage commercial international**. Paris: Gualino éditeur, 2004. p. 171. *S’il y a litige sur la validité de la clause compromissoire ou sur*

No aspecto legal, conforme noticia João Bosco Lee, a disposição do parágrafo único ao artigo 8º da Lei de Arbitragem consagra tal princípio quando determina que: “Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.” Além disso, Lee leciona que o princípio da “competência-competência” também se manifesta no artigo 25 da Lei de Arbitragem.

“O princípio da *compétence-compétence* do árbitro também se manifesta no caso em que o árbitro, no curso do procedimento arbitral, depara-se com uma questão inarbitrável. O art. 25 estabelece que, sobrevindo controvérsia em relação de direitos indisponíveis, o árbitro remeterá esta questão ao Poder Judiciário, estando suspenso o processo arbitral. No entanto, o árbitro tem a faculdade de analisar a matéria, para aí então se declarar incompetente. Se uma das partes recorrer ao Judiciário, antes que o árbitro se tenha manifestado, o juiz competente deve considerar-se incompetente pois cabe ao árbitro, *a priori*, a análise da arbitrabilidade da matéria controvertida.²³⁷”

Em artigo sobre considerações acerca da cláusula compromissória Arnold Wald traz considerações acerca do princípio da “competência-competência” que merecem ser destacadas por sua objetividade.

“Corolário lógico tanto dos efeitos positivos como do negativo da cláusula compromissória é a regra da *Kompetenz-Kompetenz*, que assegura ao árbitro ou tribunal arbitral o poder de decidir, primeiramente sobre sua própria competência. À jurisdição estatal caberá rever a posição dos árbitros unicamente em momento posterior, quando instada a reconhecer, executar ou mesmo controlar a validade da sentença arbitral. Não se trata, portanto, de competência exclusiva da jurisdição

l'étendue de la compétence des arbitres, le contentieux est en principe tranché par l'arbitre; ou bien celui-ci constate son incompétence, par exemple la nullité de la clause d'arbitrage prend fin; ou bien il se déclare compétent, et la procédure d'arbitrage se poursuit. Le point de savoir si c'est à juste titre ou à tort que l'arbitre retient ou récuse sa compétence pourra faire l'objet d'un contrôle judiciaire ultérieur; mais pour l'heure, l'arbitre est compétent pour arrêter ou continuer la procédure; c'est l'effet 'positif' du principe de 'competence-competence'. Corrélativement, le tribunal étatique est incompétent, c'est l'effet 'négatif' du principe.

²³⁷ LEE, João Bosco. **A especificidade da arbitragem comercial internacional.** in Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. Paulo B. Casella (coord). 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 182.

arbitral, como ocorre quanto ao mérito da controvérsia, mas sim de competência “prioritária” da mesma.²³⁸”

A questão atinente aos contratos de consumo sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor diz respeito à nulidade prevista no artigo 51, VII. Assim, pelo princípio da “competência-competência”, quem poderia dizer da nulidade da cláusula seria o árbitro do litígio e não a jurisdição estatal. No entanto, a questão a ser respondida é: não poderia a jurisdição estatal, em face de ser o Código do consumo norma de ordem pública, norma imperativa, ou como diz a doutrina internacional “lei de polícia²³⁹”, interferir e adiantar-se ao árbitro declarando a nulidade da cláusula?

A doutrina noticia que seria admitida a interferência da jurisdição estatal em caso de nulidade manifesta de cláusula compromissória²⁴⁰. Desta feita, a nulidade da cláusula independeria de qualquer interpretação acerca de direito, aplicando-se

²³⁸ WALD, Arnold. **Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados em suas relações internacionais.** In Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. Ano 5. n° 18. out-dez. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 303.

²³⁹ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. **Traité de l’arbitrage commercial international.** Paris: Litec, 1996. p. 860. *Les lois de police traduisent en effet un fort interventionnisme qui justifie que l’on porte atteinte à l’application du contrat au nom de certaines politiques étatiques, tandis que la théorie des lacunes et la conception large des usages ont souvent pour but de permettre d’écarter les dispositions de la loi régissant le contrat au profit de l’application pure et simple des stipulations contractuelles.*

On s’accorde aujourd’hui à définir les lois de police (encore parfois appelées “lois d’application immédiate” ou “lois d’application nécessaire”) de manière purement fonctionnelle comme des règles qui ne pourraient atteindre but qu’elles se sont assigné si elles n’étaient appliquées à un certain nombre de situations qu’elles définissent.

²⁴⁰ VIDAL, Dominique. Op. cit. p. 175. *Par exception à ce principe de compétence-compétence, le juge étatique peut écarter la clause d’arbitrage – et corrélativement se déclarer compétent – lorsque la clause est affectée d’une cause de “nullité manifeste”. La Cour de cassation précise que la nullité manifeste de la clause d’arbitrage est seule de nature à faire obstacle au principe de compétence-compétence (Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2001, American Bureau Shipping c/ Copropriété Maritime Jules Verne et autres, Rev. arb. 2001.529, E. Gaillard, RTD com. n° 1 2002, p. 49), et veille au respect d’une interprétation étroite de la notion de nullité manifeste (Cass. Civ. 1^{re}, 1er déc. 1999, Metu; Cass. Civ. 1^{re}, 1er déc. 1999, Exporties, Rev. arb. 2000.96; Ph. Fouchard).*

tão somente disposição expressa de lei, daí o entendimento que a interpretação da noção de nulidade manifesta seja restritiva.

Assim, para responder se há possibilidade de intervenção da autoridade estatal prévia, determinando ser nula cláusula compromissória, é necessário recordar que o contrato de consumo é definido pela situação das partes contratantes, consumidor e fornecedor, e não necessariamente pelo objeto do contrato.

O alcance do conceito de consumidor previsto no Código de Defesa do Consumidor não é pacífico, pois a doutrina consumerista divide-se entre aqueles adeptos da corrente maximalista e finalista do direito do consumidor, e mesmo entre adeptos de uma determinada corrente existem diferentes pontos de vista acerca do conceito de consumidor. Assim, não há como se dizer que haveria uma nulidade manifesta em cláusula compromissória, vez que a necessidade interpretativa, o ponto de vista do aplicador da lei, seria relevante para definir o conceito de consumidor e fornecedor, por consequência de contrato de consumo e só daí então analisar se a cláusula seria nula.

Assim, constata-se inexistir nulidade manifesta decorrente de cláusula compromissória inserida em contrato de consumo. Portanto, e conforme o efeito positivo e negativo do princípio da “competência-competência”, o árbitro é competente para análise da validade da cláusula compromissória, estando afastada da apreciação da arbitrabilidade do litígio a jurisdição estatal.

No entanto, conforme noticiado por Wald, o controle acerca da decisão do árbitro acerca da validade ou não de cláusula compromissória pode ser feito em outros momentos, quando a jurisdição estatal é instada a reconhecer, executar ou mesmo controlar a validade de um laudo arbitral²⁴¹. Desta feita mostra-se necessária a possibilidade de controle jurisdicional sobre o laudo arbitral em contrato de consumo.

²⁴¹ WALD, Arnold. Op. cit.

3.3. SENTENÇA ARBITRAL E CONTRATOS DE CONSUMO

A sentença prolatada por árbitro equivale à sentença prolatada por autoridade judicial, constituindo tal característica o ponto nodal da Lei brasileira de arbitragem, conforme o magistério de Selma M. Ferreira Lemes.

“Entre as diversas inovações importantes hauridas com a Lei de Arbitragem, Lei 9.307, de 23.09.96, duas delas representam a espinha dorsal do instituto, dando-lhe sustentabilidade: o efeito vinculante da cláusula compromissória e a equivalência da sentença arbitral à sentença judicial²⁴².”

A sentença arbitral deve conter os requisitos do artigo 26 da Lei de Arbitragem. Assim na decisão deve conter relatório, fundamentos da decisão, e dispositivo. De fato, cabe citar novamente Lemes que lecionou com clareza sobre a questão.

“Os requisitos da sentença arbitral são idênticos aos da sentença judicial, estabelecendo o art. 26 que na sentença deverá constar o relatório, os fundamentos da decisão onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando expressamente se os árbitros julgaram por equidade, e o dispositivo, no qual os árbitros resolverão as questões que lhes foram submetidas e estabelecerão o prazo para cumprimento da decisão, se for o caso, e, por fim, esclarecerão a data e local em que foi proferida. Os árbitros, sempre verificando a extensão de sua competência outorgada pelas partes, poderão decidir que a parte vencida assumas as despesas processuais, custas recolhidas à instituição de arbitragem que administrou o processo arbitral e os honorários advocatícios²⁴³.”

A lei brasileira não diferencia arbitragem interna e arbitragem internacional, fazendo distinção tão somente entre sentença arbitral nacional e sentença arbitral estrangeira, sendo, conforme notícia Martins “sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional e, opostamente, doméstica ou interna a que tenha sido prolatada em qualquer uma das unidades da federação nacional”²⁴⁴, com o cuidado de se atentar para a questão, prudentemente levantada por Valença Filho, de que toda sentença arbitral é estrangeira a determinado

²⁴² LEMES, Selma M. Ferreira. A sentença arbitral. in Revista de arbitragem e mediação. Ano 2. n° 4. jan-mar. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 26.

²⁴³ LEMES, Selma M. Ferreira. Op. cit. p. 28.

²⁴⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. **Anotações sobre sentença proferida em sede arbitral.** in Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 397.

ordenamento, sendo “correto, contudo, distinguir, **para fins homologatórios**, a sentença proferida no Brasil, da sentença proferida no estrangeiro²⁴⁵” (grifo no original). Em face de não haver leis diferentes para regular arbitragem interna e arbitragem internacional, João Bosco Lee leciona que o Brasil adota um “sistema monista” em sua lei de arbitragem, qual seja “uma unificação legislativa da arbitragem interna e da arbitragem internacional²⁴⁶”.

A importância de se verificar que a Lei de Arbitragem brasileira não faz distinção entre arbitragem interna e internacional e no fato de existir na legislação diferenciação no tratamento de sentença nacional e estrangeira, quando da necessidade de homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça²⁴⁷, é relevante para se entender como se pode operar o controle de sentenças arbitrais envolvendo contratos de consumo.

Além disso, antes de se verificar efetivamente o controle das sentenças arbitrais envolvendo contratos de consumo, é relevante ressaltar quais seriam os limites para intervenção estatal na sentença arbitral. O controle estatal sobre uma sentença arbitral nacional dá-se através de, conforme notícia Lemes, demanda de anulação da sentença arbitral²⁴⁸. No entanto tal demanda deve ser proposta em 90 dias, sob pena de decorrido o prazo, “sem que se tenha proposto ação de anulação

²⁴⁵ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 97.

²⁴⁶ LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 178.

²⁴⁷ A competência para homologação de sentenças arbitrais estrangeiras era do Supremo Tribunal Federal até o final de 2005, estando tal competência atualmente em mãos do Superior Tribunal de Justiça por conta da Emenda Constitucional 45/2004.

²⁴⁸ LEMES, Selma M. Ferreira. **A sentença arbitral**. in Revista de arbitragem e mediação. Ano 2. n° 4. jan- mar. 2005. p. 29 – 30. “No campo das providências judiciais, após ditada a sentença arbitral e sendo o caso de impugná-la, prevê a lei a possibilidade de ser proposta ação de anulação da sentença arbitral, desde que presentes as situações previstas no rol taxativo do art. 32 que, em nome de garantia e certeza jurídica, ampliou seus motivos relacionados na antiga regulamentação (art. 1.100 do CPC). Entre as causas suscetíveis de anulação arroladas no art. 32 encontramos o caso de ser nulo o compromisso, leia-se, quando for nula a convenção de arbitragem. A lei se refere, por razões óbvias, ao instrumento que daria nascimento aos poderes do árbitro, seja a cláusula arbitral ou o compromisso arbitral. Ora, se a arbitragem nasceu acoimada de vícios, é evidente que a sentença arbitral decorrente acompanhará o mesmo fim: sua anulação. O Tribunal Arbitral ou o árbitro único não tinha competência para decidir, faltava-lhe jurisdição.”

da sentença arbitral, esta passa a ser imutável em relação às partes e seus sucessores que estão obrigados a respeitá-la²⁴⁹”. Após tal prazo a sentença faz coisa julgada material.

No que concerne aos contratos de consumo questão controvertida está na nulidade de cláusula compromissória. Pode a parte, por entender que a cláusula compromissória assinada e que deu origem à arbitragem seja nula, pois a relação de consumo existiria entre as partes, pedir, com fulcro no artigo 33 da Lei de Arbitragem²⁵⁰ a declaração da nulidade da sentença arbitral?

Em tese o pedido de declaração da nulidade seria cabível. Entretanto, a nulidade deve ser passível de ser analisada pela autoridade estatal de plano, sem maiores necessidades interpretativas, consoante já apontado pela doutrina e jurisprudência citadas neste estudo, pois, se for necessário para jurisdição estatal interpretar a relação de mérito, adentra a jurisdição que as partes outorgaram com exclusividade ao árbitro.

Além disso, conforme cita Valença Filho, existe diferença entre a análise da nulidade de sentença arbitral e de convenção arbitral.

“Ressalte-se, contudo, que a nulidade da convenção não obedece ao sistema de nulidades aplicável à sentença arbitral e aos atos processuais em geral. Aplica-se à convenção de arbitragem o sistema de nulidade dos negócios jurídicos em geral, informado pelos princípios e regras aplicáveis ao direito privado. Aqui, mais uma vez, aflora a natureza transversal da disciplina, meio pública, meio privada, que é a arbitragem²⁵¹.”

Enfim, a pergunta que novamente deve ser respondida é se haveria nulidade manifesta em cláusula compromissória inserta em contrato de consumo. A resposta é negativa, pois não existe conceituação exata, de cunho formal, de contrato de consumo no direito brasileiro. O que existem são elementos caracterizadores do contrato: as partes contratantes, mas quanto uma parte contratante específica, o consumidor, conforme se verificou o conceito não é extraído sem se analisar o caso sujeito à demanda, ou seja, o mérito do litígio, o

²⁴⁹ LEMES. Op. cit. p. 31.

²⁵⁰ Lei 9.307/1996. “**Art. 33.** A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.”

²⁵¹ VALENÇA FILHO. Clávio de Melo. Op. cit. p. 106 – 107.

qual é de exclusiva competência do árbitro, até por que a arbitragem não admite recurso ao Judiciário para revisão do mérito da decisão, conforme leciona Muniz.

“A sentença arbitral não está sujeita a recurso ao Judiciário. A lei, levando em conta a livre, espontânea e consciente vontade das partes em escolherem a arbitragem para resolver a pendência e valendo-se de uma faculdade (não se trata de imposição ou exigência) posta pelo Estado a serviço da justiça e do indivíduo, concede certeza e segurança àquilo que foi decidido e acordado pelas partes, devendo prevalecer a máxima segundo a qual o que foi pactuado deve ser cumprido.²⁵²”

Assim, uma parte que alegue nulidade de cláusula compromissória, pois seria consumidora, não teria sua pretensão levada adiante, pois a autoridade estatal precisaria ingressar na análise do mérito da demanda para concluir sobre tal questão, analisando especificamente o caso, sendo tal fato afastado pela Lei de Arbitragem brasileira.

Diferentemente da sentença nacional, o controle sobre sentença estrangeira faz-se de forma concentrada perante o Superior Tribunal de Justiça, através de procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, devendo-se atentar para o que apresenta Valença Filho acerca do tema.

“A descrição do direito positivo brasileiro, em matéria de homologação de sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, há que se empreender a partir do estudo das regras postas pelo direito convencional, pois o regime jurídico comum se restringe às sentenças arbitrais que não caibam no âmbito de aplicabilidade de qualquer das convenções internacionais em vigor. O regime prescrito na Lei de Arbitragem posiciona-se numa relação de subsidiariedade para com o regime prescrito pelo direito convencional: somente as sentenças arbitrais que não recaiam sobre o campo de aplicação das convenções internacionais têm sua homologação governada pelo regime da Lei de Arbitragem.²⁵³”

O presente estudo não pretende analisar uma a uma as convenções acerca do tema, restringido-se ao regime da convenção mais genérica sobre o tema, Convenção de Nova Iorque e à análise das disposições da Lei de Arbitragem. A homologação de sentença arbitral estrangeira está regulada pela Convenção de Nova Iorque, com ingresso no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto

²⁵² MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 140.

²⁵³ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit. p. 191.

Legislativo 52 de 2002 e pelos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem. No que concerne ao direito do consumidor cumpre ressaltar que ainda que a matéria seja de ordem pública, conforme verificado é arbitrável. Assim também leciona Valença Filho.

“Esclareça-se, de início, que a regulamentação da matéria por regras destinadas à proteção da ordem pública, de aplicação imediata ou imperativas não torna o direito indisponível nem, por conseguinte, inarbitrável a matéria. Cabe ao árbitro, zeloso pela eficácia da sua sentença, aplicar as regras dotadas de tais características, emanadas dos Estados onde eventualmente possam as partes requerer a homologação da sentença.”²⁵⁴

O importante, no que concerne aos contratos de consumo e homologação de sentença arbitral estrangeira é se for argüida na homologação a nulidade de cláusula compromissória perante o Superior Tribunal de Justiça. De fato, não há que se olvidar que a solução passa por uma análise por parte do tribunal do mérito da questão analisada pelo árbitro, o que impossibilita a intervenção do tribunal brasileiro.

No entanto, conforme determinação da Convenção de Nova Iorque e da Lei de Arbitragem brasileira poderia, em tese, o Tribunal não homologar sentença arbitral que contrariasse preceitos de ordem pública. No entanto, como alerta Caivano, existem diferenças entre a noção de ordem pública internacional e ordem pública interna, nem sempre se confundindo a última com a primeira²⁵⁵. De fato, ao se tratar de controvérsia submetida a arbitragem internacional, o entendimento de tal diferenciação é importante, pois a Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem brasileira tratam de afronta à ordem pública como critério de não homologação de sentença arbitral.

²⁵⁴ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Op. cit. p. 225.

²⁵⁵ CAIVANO, Roque J. **Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.** in Arbitragem comercial internacional. PUCCI, Adriana Noemi. (coord). São Paulo: LTr, 1998. p. 156. *Aun cuando la diferencia entre orden público interno y orden público internacional pueda parecer difusa, resulta necesario separar claramente ambos conceptos: si bien toda norma de orden público internacional (todo principio jurídico básico) es a su vez una norma de orden público interno (los ordenamientos jurídicos suelen traducir en prohibiciones concretas aquellos principios), no toda norma de orden público interno es a su vez un principio de orden público internacional.*

Conforme ensinam Ricci e Franco, é recomendável a consulta a legislações mais afeitas à arbitragem para entender o conceito de ordem pública existente na Convenção de Nova Iorque e na Lei de Arbitragem²⁵⁶. Assim, e por considerar a similitude da legislação francesa no que concerne à diferenciação sentença arbitral nacional e estrangeira com a brasileira, é relevante a opinião dos doutrinadores daquele país sobre o tema ordem pública nas arbitragens.

Pela simplicidade na exposição do raciocínio, cita-se Vidal, que em manual bilíngüe acerca da arbitragem comercial internacional apresenta a diferenciação entre ordem pública interna e externa e ilustra com exemplo que se encaixa ao tema estudado. Para este autor a ordem pública interna constitui-se de preceitos que são imperativos por uma conveniência interna de um Estado, e são formalmente imperativos, sendo imperativos pela fonte, mas não pelo conteúdo²⁵⁷, já a ordem pública internacional diz respeito a valores superiores que não se imiscuem a uma ordem jurídica, sendo compartilhados amplamente pela comunidade de países²⁵⁸. Dentro desta concepção, da forma em que é prevista a

²⁵⁶ RICCI, Edoardo e FRANCO, Mariulza. **Após ratificação da convenção de Nova Iorque: novos problemas.** in Revista brasileira de arbitragem. Ano I. n° 2. abr/maio/jun. 2004. Porto Alegre: Síntese. p. 101. “Alguns direitos, mais avançados do que outros, podem nos ajudar na compreensão da evolução em curso. Como exemplo, considere-se o Direito francês, que faz distinção entre sentenças arbitrais proferidas na França e sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro.”

²⁵⁷ VIDAL, Dominique. *Droit français de l'arbitrage commercial international*. Paris: Gualino éditeur, 2004. p. 83. *L'ordre public interne tient sa force de l'autorité de l'organe étatique qui pose la règle; parmi de telles dispositions, certaines ne sont impératives que parce que l'autorité les a posées, sans que leur contenu n'applique un principe supérieur d'organisation de la société; elles sont impératives par leur forme, plus précisément par leur source, et non par leur substance. De telles dispositions peuvent assurément être d'ordre public interne; mais leur impérativité ne se maintiendra pas au delà des frontières de l'État législateur; un tel ordre public interne, qui est de simple convenance législative ou réglementaire, n'est pas d'ordre public international.*

²⁵⁸ Idem. Ibidem. p. 83. *En revanche, parmi les règles d'ordre public interne, d'autres représentent aussi une réponse à des besoins réels et supérieurs d'organisation de la société; le plus souvent, de tels besoins de législation, ainsi que les règles que y répondent, ne sont pas particuliers à un État et, même si l'on peut admettre quelques particularités nationales dans la manière dont la difficulté apparaît ou dans la façon dont le système juridique réagit (le “donné” et le “construit”, selon François Gény), il importe de constater que les grandes questions législatives*

vedação da lei consumerista à adoção de cláusula compromissória em contratos de consumo, não parece tal vedação ser comum a todos os sistemas jurídicos, reconhecidos de forma ampla pela comunidade internacional. Vidal dá notícia de jurisprudência francesa em que questão relativa a direito do consumidor foi afastada enquanto empecilho à realização validade de arbitragem internacional²⁵⁹.

Assim, quer por que a não ofenda a ordem pública internacional, quer por que análise acerca da condição de consumidor seja interpretativa e adentre ao mérito do litígio, matéria de exclusividade do árbitro, não há como o Judiciário negar homologação a uma sentença arbitral estrangeira por suposta nulidade de cláusula compromissória.

No entanto, para sentença arbitral nacional, existe a possibilidade de intervenção do Judiciário quando a nulidade da cláusula for manifesta. Já se disse que não há tal possibilidade aprioristicamente. De fato, só poderia haver intervenção estatal se fosse considerada uma manifestação da nulidade, pelo árbitro, *a posteriori*, pois somente ao árbitro é dado conhecer o mérito da causa, e isto diz respeito inclusive à conceituação de consumidor e fornecedor. Ora, o

sont souvent similaires, au moins sur un plan régional (c'est-à-dire continental), parfois même sur un plan mondial; tel est évidemment le cas à propos d'aspects importants du respect de la condition humaine, individuelle ou collective, mais aussi de certains aspects du droit économique ou contractuel dont le respect est essentiel aux intérêts du commerce international.

²⁵⁹ VIDAL, Dominique. Op. cit. p. 87. *La jurisprudence française a confirmé cette analyse à propos de l'article 2061 C. civ (Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 1999, Zanzi, Rev. arb. Ph. Fouchard; RC 1999.546 B. Bureau; RTD com. 1999.380, E. Loquin; JDI 1999.784; S. Poillot-Peruzzeto: l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international). De même, à propos d'un contrat international de consommation (affaire Jaguar), un TGI avait déclaré le litige inarbitrable dès lors qu'il met en cause la réglementation d'ordre public protectrice du consommateur. La cour de Paris (7 décembre 1994, Rev. arb. 1996, p. 245; RTD com. 1995.401, Dubarry et Loquin) infirme et se prononce pour la validité de l'arbitrage. Selon la Cour de cassation, (Cass. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Rev. arb. 1997.537, E. Gaillard) la clause compromissoire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international; ayant retenu que ce contrat mettait en jeu les intérêts du commerce international, peu importe que l'achat fût destiné à usage personnel, sous la réserve des règles d'ordre public international. De même, une clause d'arbitrage contenue dans un contrat de "conseiller" entre une société et un non-commerçant est valable du fait du caractère international des opérations concernées (Cass. civ. 1^{re}, 28 janvier 2003, Nègre c/ Vivendi, RCDIP n° 4 – 2003 p. 643, note F. Jault Seseke; JDI 2003 p. 473, note P. Kahn).(grifo não no original).*

árbitro pode reconhecer que as partes celebraram contrato de consumo, e que, apesar da parte ter levantado a questão nulidade, o árbitro, mesmo assim considerar a cláusula válida, existe então uma manifestação expressa de uma nulidade, avençada pela parte e não acatada pelo árbitro, apesar deste reconhecer ser o contrato celebrado entre as partes de consumo. A nulidade manifesta-se pelo julgamento do árbitro de forma cristalina, podendo então o Judiciário ser chamado para julgar sobre esta nulidade, sob o argumento de ofensa à ordem pública.

4 CONCLUSÃO

O estudo procurou analisar os contratos de consumo diante do fenômeno da arbitragem, em face da constatação de que tais contratos constituem a maioria dos contratos celebrados e de que a arbitragem surge como meio efetivo e apto a resolver controvérsias em uma sociedade cada vez mais globalizada, na qual os contratantes, e aí também os consumidores, por conta de recente revolução tecnológica, têm condições de celebrarem contratos com agentes de todos os lugares do mundo.

No entanto, os ditos contratos de consumo têm regulação embasada em outras premissas, outros princípios, pois tais contratos decorrem de um fenômeno novo, decorrente da revolução nos métodos de produção e venda, que criou uma sociedade diferente, em que os contratantes portam-se de forma diferente, a sociedade de massas.

Para analisar as premissas que orientam os contratos de consumo, primeira parte do objeto do estudo, foi necessário verificar-se as premissas que orientam a denominada “teoria clássica dos contratos”, termo usado como contraponto a uma “nova teoria dos contratos”, mas não como se uma teoria fosse necessariamente melhor ou pior do que a outra, mas sim em face de uma teoria não responder a alguns desafios colocados pela sociedade de massas em matéria de direito contratual, tais como: contratação em massa, os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

Na teoria clássica constatou-se que a concepção de contrato decorre de um período histórico muito especial, pós Revolução Francesa, em que, havia também forte influência de uma filosofia voluntarista. Assim, os valores que orientam a teoria clássica dos contratos são: a liberdade de contratar, a autonomia privada e a igualdade entre os contratantes.

A liberdade de contratar é corolário da liberdade do indivíduo, a contratação é fruto da manifestação soberana da vontade do indivíduo, a qual não pode ser tolhida pelo ente estatal. Assim, os indivíduos são livres para contratar, podendo

estipular livremente contratos tanto em relação à forma, quanto em relação ao conteúdo.

A autonomia privada, verdadeiro cerne da “teoria clássica dos contratos”, é conseqüência da influência da filosofia voluntarista sobre a teoria dos contratos. A vontade, o declarado pelo indivíduo é o que importa, pois esta vontade é expressão de sua liberdade. Assim, para preservar a liberdade é necessário se preservar a autonomia privada, não devendo esta sofrer ingerência de fatores externos.

O terceiro pilar da teorização clássica dos contratos é a igualdade entre as partes, não uma igualdade no plano material, que segundo esta teoria não é possível, mas em âmbito jurídico, pois ao contratar, desde que livres e com vontade não viciada, uma parte é igual à outra. O princípio da igualdade entre os contratantes foi decorrência direta da Revolução Francesa, que rompia com os padrões do Antigo Regime.

Os três pilares - liberdade de contratar, autonomia privada e igualdade entre os contratantes - da teoria clássica dos contratos entraram em crise em decorrência de fenômenos surgidos em face de novas formas de contratação, típicas de uma sociedade onde a produção e a contratação operavam-se em massa, em grande quantidade e de forma uniforme, onde as partes não mais discutiam amplamente conteúdo contratual, chegando a ponto de uma parte, sozinha, impor à outra todo um conteúdo de contrato – os chamados contratos de adesão. Em tal sociedade a liberdade de contratar viu-se diminuída, a autonomia privada era tão somente dizer sim ou não e a igualdade contratual não passava de ficção. Reconhecendo os problemas existentes na teorização anterior, a doutrina, a jurisprudência e os ordenamentos jurídicos albergaram novos princípios para guiar os novos tipos contratuais, criando-se uma nova concepção de contrato.

A nova concepção do contrato parte da premissa que uma das partes na relação contratual é sempre vulnerável e hipossuficiente perante a outra, seja por desconhecer as técnicas de produção, seja por uma questão econômica, ou por ambas, é importante constatar que a nova teoria dos contratos reconhece um desequilíbrio intrínseco entre partes em contratos celebrados na sociedade de massas, justificando-se a relativização dos princípios da teoria clássica dos contratos no intuito de se restabelecer o equilíbrio contratual.

No direito brasileiro foi promulgado, por ordem das determinações consagradas na Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, instrumento jurídico que criou um verdadeiro microsistema onde a proteção do consumidor era tomada como necessária para o restabelecimento do equilíbrio dos contratos. As normas de tal Código, já que deveriam ser aplicadas independentemente da vontade das partes, são consideradas como de ordem pública e interesse social.

O Código de Defesa do Consumidor consagrou a relativização dos princípios da teoria clássica dos contratos, tendo ainda consagrado os princípios da vulnerabilidade e da hipossuficiência do consumidor em face do fornecedor. Os princípios pretendem reduzir a desigualdade existente na relação de consumo, com consumidor sendo explorado para vantagem unilateral do fornecedor.

A Lei Consumerista trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro conceituação de consumidor e fornecedor. Enquanto a última é de fácil entendimento, a concepção de consumidor exige trabalho interpretativo a ponto de a doutrina ter-se dividido em correntes acerca do conceito de consumidor: uma maximalista e outra finalista.

O contrato de consumo é a relação jurídica de caráter contratual celebrada entre um consumidor de um lado e um fornecedor de outro. Assim, o que caracteriza um contrato de consumo não é o conteúdo por este regulado, mas a posição dos contratantes. Logo, um contrato de consumo só é verificado quando se verifica um consumidor e um fornecedor num contrato qualquer.

Nos contratos de consumo e no direito do consumidor brasileiro, não se verificam distinções entre anulabilidades e nulidades, verificando-se tão somente nulidades. As nulidades estão insertas em rol exemplificativo no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, sendo relevante para este estudo a nulidade inserta no inciso VII deste artigo.

Num segundo momento o estudo dedicou-se à análise da arbitragem em contratos de consumo, quando a mesma puder ser utilizada. A Lei de Arbitragem brasileira diferencia cláusula compromissória de compromisso arbitral, tendo sido constatada a possibilidade de arbitragem envolvendo contratos de consumo desde que a convenção de arbitragem decorresse de compromisso arbitral, isto é, quando já instalado uma questão controvertida entre consumidor e fornecedor.

A análise da arbitragem nos contratos de consumo passou pelo estudo da arbitrabilidade destes contratos, havendo como conclusão de que os contratos de consumo, tanto subjetiva, quanto objetivamente são arbitráveis, em se tratando de arbitragem firmada por compromisso arbitral, enquanto permaneceria a dúvida com relação à arbitrabilidade subjetiva quando a arbitragem decorresse de cláusula compromissória inserta em contrato de consumo.

Para dirimir esta dúvida, foi feita análise do artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, tal inciso prevê a nulidade da cláusula contratual em contrato de consumo que obrigue as partes à utilização compulsória da arbitragem. No estudo foram apresentadas opiniões tanto de doutrinadores consumeristas, quanto arbitralistas, destacando-se a opinião restritiva por parte da doutrina consumerista, e uma posição mais moderada da corrente arbitralista. Concluiu-se que o caráter compulsório existente hoje na cláusula compromissória está em ser a parte poder se ver compelida, por ordem judicial, a celebrar convenção de arbitragem. Assim, o estudo concluiu ser referente o inciso VII do artigo 51 à atual concepção de cláusula compromissória. O estudo afastou corrente que entende revogado o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, VII, em face da disposição do § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem, o qual regulou a arbitragem nos contratos de adesão.

A análise da doutrina pátria e estrangeira e da legislação nacional tornou possível concluir-se pela expressa vedação de utilização de cláusula compromissória em contratos de consumo, pois o Código consumerista continuaria regulando a matéria, já que é lei especial sobre o tema e não foi expressamente revogada, referindo-se o § 2º do artigo 4º da Lei de Arbitragem a arbitragens celebradas tendo em vista contratos de adesão previstos no Código Civil.

Houve, então, a análise de um *leading case* acerca do tema, tendo-se constatado que o Tribunal brasileiro considerou intervenção no mérito decidir se um contrato ou não é de adesão, afastando também do litígio as normas consumeristas. Desta feita, a jurisprudência brasileira recente, pelo menos antes da mudança do foro competente para homologação de sentença arbitral estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, mostra-se favorável às conclusões deste estudo, não se sabendo aprioristicamente quais serão os caminhos a serem travados pela jurisprudência brasileira futura.

Questão a ser enfrentada quando se analisam contratos de consumo e arbitragem é a questão atinente ao princípio da “competência-competência” e seus reflexos em tais contratos. De fato, pelo princípio citado a competência para dizer do feito e aplicação das normas consumeristas é do árbitro, estando afastada a possibilidade de intervenção estatal até a decisão final em sede de arbitragem, são os efeitos positivo e negativo do princípio da “competência-competência”.

Uma última questão e que decorre diretamente dos efeitos do princípio da “competência-competência” em arbitragens envolvendo contratos de consumo diz respeito à possibilidade de intervenção estatal na sentença. Analisando a questão controvertida envolvendo contratos de consumo e que poderia gerar intervenção estatal nas arbitragens, a nulidade de cláusula compromissória, concluiu-se não ser viável a intervenção estatal, pois é necessária uma atividade interpretativa acerca do mérito da questão para se concluir se há ou não relação de consumo. A possibilidade de procedimento no sentido de anular a sentença ou evitar a homologação do laudo arbitral, em caso de sentenças arbitrais estrangeiras, em decorrência de cláusula compromissória supostamente nula, pois ofensiva ao Código consumerista é remota, só podendo ocorrer, conforme constatado, se o árbitro, em uma sentença arbitral nacional, disser expressamente que reconhece a presença da cláusula compromissória e reconhece a presença de consumidor e fornecedor, mas mesmo assim não aplica o Código, pois ofenderia a ordem pública. Já numa arbitragem estrangeira nem tal fato seria possível, em face da diferenciação feita entre “ordem pública interna” e “ordem pública internacional”, sendo relevante para impedir a homologação da sentença o último conceito de ordem pública. Conforme constatou o estudo as normas consumeristas ainda não são consideradas como fazendo parte de uma “ordem pública internacional”.

A arbitragem pode ser utilizada em contratos de consumo, respeitando-se as peculiaridades do instituto e a lei. Questões pontuais acerca de problemas envolvendo contratos de consumo e cláusulas compromissórias devem ser resolvidas pela jurisprudência, que vai fixar critérios mais específicos. Enfim, não há que se dizer que é inviável arbitragem em contratos de consumo, também para estes contratos tal método alternativo de soluções de controvérsias é permitido.

5 REFERÊNCIAS

CAIVANO, Roque J. **Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.** *in* Arbitragem comercial internacional. PUCCI, Adriana Noemi. (coord). São Paulo: LTr, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **O processo arbitral.** *In* Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 1, n° 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-abr 2004.

DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international.** Paris: Editora Economica, 1982.

DE PAULA, Adriano Perácio. **Da arbitragem nas relações de consumo.** *in* Revista de direito do consumidor. n. 32. outubro – dezembro 1999. São Paulo: RT.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada.** São Paulo: Saraiva, 2004.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FELLOUS, Beyla Esther. **Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Cláusula compromissória, contrato de adesão e juízo arbitral.** *in* Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 30. abril/junho 1999.

FILOMENO, J. G. B. *in* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

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

GAMA JÚNIOR, Lauro. **O STJ e a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras: novas perspectivas?** in Revista brasileira de arbitragem. Ano II. n° 5. jan/fev/mar. 2005. Porto Alegre: Síntese.

GREBLER, Eduardo. **Controle judicial da sentença arbitral.** in Revista brasileira de arbitragem. Ano II. N° 5. jan/fev/mar. 2005. Porto Alegre: Síntese.

GRINOVER, A. P. e VASCONCELLOS E BENJAMIM, A.H. in **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** São Paulo: EDIPRO, 2003.

LACERDA, Belizário Antônio de. **Comentários à lei de arbitragem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LEE, João Bosco. **A especificidade da arbitragem comercial internacional.** in Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. Paulo B. Casella (coord). 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul.** Curitiba: Juruá, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 – (Série Métodos em Direito – v. 1)

LEMES, Selma. Maria Ferreira Arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. in **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. in Revista de arbitragem e mediação. Ano 2. n° 4. jan-mar. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARTINS. Pedro A. Batista. Aspectos atinentes às disposições gerais. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Aspectos jurídicos do compromisso. in **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Da convenção de arbitragem e seus efeitos. in **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MATTOS NETO, Antônio José. **Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem.** in Revista de processo. n. 122. abril de 2005. São Paulo: RT.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NERY JÚNIOR, N. e NERY, R. M. de A. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOVAES, Carlos Pinto de. **A globalização e o Brasil**. Disponível em: <http://www.fecap.br/portal/Arquivos/Negocios/A_globalizacao_e_o_Brasil.pdf> Acesso em: 23 jun. 2005.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Manual da monografia jurídica**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RICCI, Edoardo e FRANCO, Mariulza. **Após ratificação da convenção de Nova Iorque: novos problemas**. in Revista brasileira de arbitragem. Ano I. n° 2. abr/maio/jun. 2004. Porto Alegre: Síntese.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SHIGUEMATSU, P. J. L. in **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão. São Paulo: LTr, 1999.

STAMBLEBEN, Jurgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba. (Coord). 2. ed. **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1999. p. 33 – 95.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e sentença arbitral**. Curitiba: Juruá, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil**. Revista Brasileira de Arbitragem. n. 4. out/nov/dez 2004. Porto Alegre: Síntese.

VIDAL, Dominique. **Droit français de l'arbitrage commercial international**. Paris: Gualino éditeur, 2004.

WALD, Arnold. **Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos estados em suas relações internacionais**. *In* Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. Ano 5. n° 18. out-dez. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais.

20 anos sem Tancredo **O Tempo**, Belo Horizonte, MG, 21 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/tancredo.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2005.