

Augusto Barbosa Santos Filho

A arbitragem em relações de consumo sob a perspectiva da análise econômica do direito

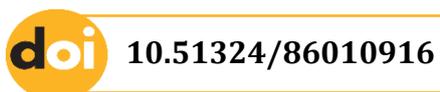
Augusto Barbosa Santos Filho

**A arbitragem em relações de consumo sob a perspectiva da análise econômica do
direito**



2021 Uniedusul Editora - Copyright da Uniedusul
Editor Chefe: Me. Welington Junior Jorge
Diagramação e Edição de Arte: Uniedusul Editora
Revisão: O autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)	
S237a	Santos Filho, Augusto Barbosa. A arbitragem em relações de consumo sob a perspectiva da análise econômica do direito [livro eletrônico] / Augusto Barbosa Santos Filho. – Maringá, PR: Uniedusul, 2021. Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-86010-91-6 1. Arbitragem. 2. Direito do consumidor. I. Título. CDD 343.81
Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422	



O conteúdo dos capítulos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

Permitido fazer download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos os créditos aos autores, mas sem de nenhuma forma utilizá-la para fins comerciais.

www.uniedusul.com.br

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 01	09
CENÁRIO DA PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O USO DA ARBITRAGEM EM LITÍGIOS DE CONSUMO	
BREVES NOÇÕES INICIAIS	09
1.1.1 A arbitragem	09
1.1.2 A disciplina jurídica das relações de consumo	11
1.2 A CONVERGÊNCIA DOS REGIMES JURÍDICOS	14
1.2.1 O choque entre a liberdade e as vulnerabilidades	14
1.2.2 A arbitrabilidade dos direitos do consumidor	16
1.2.2.1 A polêmica em torno da redação do art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor	17
1.2.2.2 Sobre a controvérsia a respeito da disponibilidade dos direitos do consumidor	21
1.3 HIPÓTESES DE TRATAMENTO DA ARBITRABILIDADE DAS QUESTÕES CONSUMERISTAS	23
1.3.1 A vedação ao uso da arbitragem nas relações de consumo	23
1.3.2 A permissão genérica da arbitragem para a solução de lides consumeristas	25
1.3.3 A arbitragem com regramento específico para as questões de consumo ...	28
1.4 PANORAMA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO	31
1.4.1 O veto presidencial à nova lei de arbitragem	31
1.4.2 As hipóteses elencadas pelo Superior Tribunal de Justiça	33
1.4.2.1 O equilíbrio interpartes no momento da formação do contrato	34
1.4.2.2 A instauração por iniciativa do polo mais fraco	35
1.4.2.3 O fornecedor no polo ativo da demanda e a concordância do oblatos	36
1.4.3 A proposta redacional de Cláudia Lima Marques	37
1.5 O OBJETO DA ANÁLISE	39
CAPÍTULO 02	41
A METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	
2.1 SOBRE A LAW & ECONOMICS	41
2.1.1 Premissas da AED	42
2.1.2 A economia comportamental	45
2.2 A ECONOMIA DO CONTRATO NA VISÃO DA AED	47
2.2.1 As finalidades do direito dos contratos para a AED	48
2.2.2 Os princípios do direito contratual na perspectiva da AED	49
2.2.2.1 O combate ao oportunismo	49
2.2.2.2 A atribuição de riscos	51
2.2.2.3 O paternalismo legal	52
2.3 A ANÁLISE ECONÔMICA E O DIREITO CONSUMERISTA	54
2.3.1 A lógica econômica do regramento consumerista	54
2.3.2 O consumidor e o (não) intervencionismo legal e judicial	57
2.3.3 Perspectiva econômica sobre o contrato de adesão	60
2.4 ECONOMIA E ARBITRAGEM	61
2.5 METODOLOGIA DA AED A SER UTILIZADA	63

CAPÍTULO 03	66
ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS CONSUMERISTAS NO CENÁRIO BRASILEIRO	
3.1 A DIRECIONALIDADE	66
3.1.1 Análise da estrutura de incentivos	66
3.1.2 Os reflexos no poder judiciário	68
3.1.3 Averiguação sobre os possíveis oportunismos	69
3.2 A GRATUIDADE PARA O CONSUMIDOR	71
3.2.1 Os incentivos e os reflexos no poder judiciário	72
3.2.2 Os riscos de oportunismos	73
3.2.3 Efeitos da combinação entre as normas sobre direcionalidade e as normas sobre gratuidade	75
3.3 A RELEVÂNCIA DO FATOR TEMPO	77
3.4 A INFLUÊNCIA DO VALOR DA CAUSA	80
3.4.1 A arbitragem expedita como potencial via de resolução de conflitos consumeristas	81
3.4.2 A arbitragem fast track e as normas a serem criadas	82
3.5 A INDISPENSABILIDADE DE ADVOGADO PARA O CONSUMIDOR IDOSO NA ARBITRAGEM DE CONSUMO	85
3.6 A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DAS NORMAS CONSTANTES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA ARBITRAGEM DE CONSUMO	86
3.6.1 A influência na estrutura de incentivos, na quantidade de processos no poder judiciário e nos riscos de oportunismo das normas estudadas	87
3.6.2 Dificuldades atinentes à efetividade da norma que obriga a observância do CDC	89
3.7 A VEDAÇÃO AO USO DA ARBITRAGEM EM RELAÇÕES QUE ENVOLVAM SERVIÇOS FINANCEIROS, SECURITÁRIOS, BANCÁRIOS, DE CRÉDITO E DE PLANO DE SAÚDE	91
3.8 O COMPROMISSO ARBITRAL E A ARBITRAGEM DE CONSUMO	93
3.9 OBSERVAÇÕES FINAIS	95
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	102

Augusto Barbosa Santos Filho

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Assessor Jurídico da Defensoria Pública do Estado da Bahia.

<http://lattes.cnpq.br/7649214089052931>

Introdução

A utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos surgidos em relações de consumo se trata de questão bastante controvertida no direito brasileiro. A base da discussão encontra-se na disparidade entre a forma com que o ordenamento dispõe sobre arbitragem, conferindo ampla margem de liberdade negocial aos sujeitos contratantes, e o modo como regula as relações de consumo, impingindo elevado nível de dirigismo contratual.

Encontra-se o mesmo dilema na discussão sobre a arbitrabilidade dos direitos trabalhistas. Se, de um lado, a necessidade do ser humano de possuir uma fonte de renda, no mundo capitalista, para o sustento próprio torna evidente a vulnerabilidade do trabalhador, a fluidez e a dinamicidade com que ocorrem as relações de consumo, a pequenez da escala de atuação do consumidor individualmente considerado e o espectro massificado de produção e oferta põem em relevo a fragilidade do consumidor. Desse modo, como permitir que dois sujeitos de portes tão distintos (fornecedor e consumidor) possam se utilizar de instituto que confere tamanha liberdade, uma vez havendo o sério risco de aproveitamento malicioso, pela parte mais forte, de sua hegemonia em detrimento do sujeito vulnerável?

Não se pode olvidar, de outro lado, que, a despeito dos esforços empreendidos para se ampliar o acesso à justiça, o estabelecimento da via judiciária como a única forma de resolução jurisdicional de conflitos dificulta a defesa dos interesses dos consumidores, não raramente desestimulados, pela morosidade estatal, a prosseguir com seus pleitos ou a mesmo ingressar com uma demanda. O incentivo aos meios adequados de resolução de controvérsias é uma tônica do cenário brasileiro contemporâneo e, não por outro motivo, se encontra ressaltado no novo sistema processual civil.

Desta feita, acredita-se que a análise econômica do direito, através de seu arsenal teórico especulativo sobre o comportamento humano, de base utilitarista, tendo como lastro metodológico o individualismo, oferece singular perspectiva sobre a questão, podendo abrir caminhos para possíveis soluções ao dilema que configura o uso da arbitragem em relações de consumo.

A estrutura do presente trabalho, por conseguinte, inicia-se com a caracterização do cenário que envolve a problemática em apreço no mundo contemporâneo, seja com a

menção e a análise dos debates jurídicos mais relevantes em torno da matéria no Brasil, seja com o estudo das hipóteses de tratamento e de experiências estrangeiras, notoriamente a vivência estadunidense e a portuguesa. Do quanto analisado, destacam-se e individualizam-se os objetos de estudo, características que integram e fatores que influenciam a arbitragem consumerista.

No segundo capítulo, apresentam-se as bases da análise econômica do direito, seus conceitos elementares, bem como se apresenta uma visão geral de como essa perspectiva enxerga o contrato, as relações de consumo e a arbitragem. A metodologia adotada lastreia-se na sistematização feita por Mackaay e Rousseau, que divide a análise em três etapas.

O terceiro capítulo, por fim, tem o fulcro de aplicar o método ao problema, fazendo os objetos de estudo identificados no primeiro capítulo passarem pelas três fases de Mackaay e Rousseau, a fim de que se obtenham as respostas que essa singular perspectiva sobre o direito pode oferecer.

Capítulo 01

CENÁRIO DA PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO O USO DA ARBITRAGEM EM LITÍGIOS DE CONSUMO

A utilização da arbitragem, meio heterocompositivo privado de resolução de conflitos, no deslinde de controvérsias surgidas no bojo de uma relação consumerista, especialmente protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, suscita variadas polêmicas – para entendê-las, indispensável se faz perpassar pelas características elementares dos regimes jurídicos da arbitragem e das relações de consumo.

1.1 BREVES NOÇÕES INICIAIS

A disparidade no tratamento da autonomia privada dos sujeitos nas searas arbitralista e consumerista põe-se em evidência com uma rápida análise de seus fundamentos, princípios e regras básicas, além de ser a pedra angular de todos os debates que circundam a viabilidade de sua convergência.

1.1.1 A arbitragem

A arbitragem corresponde a uma alternativa à jurisdição estatal, na qual se identifica a “intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”¹. Desse conceito de Carmona, percebe-se o caráter privatista do instituto, tanto em sua gênese – a avença entre particulares capaz de conferir temporariamente poderes jurisdicionais a um (ou mais) terceiro(s) – quanto em seu desenvolvimento, assim como se nota a importância que lhe é dada pelo ordenamento brasileiro ao delinear a natureza de título executivo *judicial* à sentença arbitral².

Evidente, desde já, portanto, a relevância seminal das vontades das partes no instituto³, visto que é da concordância delas que nasce a própria possibilidade de sua

¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 33.

² “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral”. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

³ “Com efeito, é assente, em doutrina, o caráter consensual e facultativo da arbitragem ou, por outras palavras, a indispensabilidade do elemento *vontade* para sua constituição”. LOPES, João Batista. *Arbitragem: natureza,*

instauração futura, por meio da inserção de cláusula compromissória em contrato ou através de compromisso arbitral posterior ao surgimento do conflito, da mesma maneira que também é consequente da convergência dessas vontades a viabilidade da realização da série de negócios jurídicos necessários tanto à instituição⁴ quanto ao desenvolvimento do processo arbitral. Esse amplo espaço de atuação conferido à vontade dos sujeitos, distanciando-se da autoridade estatal, resulta, nas palavras de José Carlos de Magalhães, “da necessidade de afirmação da sociedade civil de independência, em busca de rumos próprios na identificação de valores e princípios divorciados dos padrões oficiais impostos”⁵.

Tais liberdades, que começam com a escolha dos próprios árbitros que julgarão o litígio, são concedidas expressamente na lei de arbitragem brasileira (lei nº 9.307/1996), permitindo-se às partes eleger o direito que regerá o procedimento e aquele que servirá de base para o julgamento⁶, não havendo óbices à realização dos mais diversos negócios jurídicos processuais⁷, que melhor se coadunem com os interesses envolvidos e com a natureza das questões discutidas, uma vez respeitados os princípios previstos no art. 21, §2º – quais sejam os do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

No âmbito do processo arbitral, portanto, têm o árbitro e as partes a prerrogativa de eleger quais atos praticar, além de quando e como praticá-los, trazendo, conforme bem salienta Eduardo Parente, “à tutela arbitral um dado de autorreferência e, com isso, autonomia”⁸ – reforçada, inclusive, pela confidencialidade, um dos maiores atrativos do

requisitos e eficácia da cláusula compromissória. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 47, p. 247-255, 2015. p. 249.

⁴ “[...] desde a cláusula compromissória até o pacto celebrado com os árbitros para que assumam a obrigação de decidir as controvérsias submetidas ao seu julgamento”. NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 263-284, 2016. p. 264.

⁵ O autor refere-se especificamente aos litígios privados de natureza comercial, é bom salientar, mas nada obsta reconhecer esse mesmo sentimento em casos outros de instauração da arbitragem. MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem, o contrato e a globalização. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 241-253, 2016. p. 242.

⁶ “Art. 2º [...] § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

⁷ Conceito: “[...] o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais”. DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 58.

⁸ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 52.

instituto, que diz respeito não apenas ao sigilo das informações trocadas como também à própria existência do conflito entre as partes⁹.

As limitações ao espectro de liberdade típico da arbitragem são, antes de impostos por lei, consequentes de sua própria natureza. Nascendo da vontade de sujeitos contratantes, nada mais lógico do que concluir que seus efeitos restringem-se, subjetivamente, àqueles que a avençaram e, objetivamente, às matérias atinentes àquele específico negócio jurídico. Também dessa premissa infere-se que somente podem figurar como parte em uma arbitragem os sujeitos que são capazes de contratar – incluindo-se nessa restrição os representados não plenamente capazes, como bem observa Machado de Melo, quando afirma serem a representação legal (derivada do poder familiar sobre menor) e o regime de tomada de decisão apoiada incompatíveis com a amplitude conferida ao exercício da autonomia e a informalidade propostas pela lei de arbitragem¹⁰.

O poder jurisdicional do árbitro, de seu lado, ainda que reconhecido abstratamente pela lei, é imediata e concretamente conferido pelas partes, não pelo Estado. Desta feita, a despeito das limitações, que, em verdade, são bastante singelas e lógicas, resta claro que, em sede de arbitragem, possuem os sujeitos contratantes uma ampla margem de autonomia negocial, desde a estipulação da cláusula compromissória até as avenças de cunho processual no decorrer do procedimento. Tal constatação, em toda sua obviedade, dota-se de especial relevância para a matéria em apreço, notoriamente quando colocada lado a lado com o regime jurídico das relações de consumo.

1.1.2 A disciplina jurídica das relações de consumo

O direito do consumidor ganhou corpo, na esteira do surgimento e do desenvolvimento do também protetivo direito trabalhista, ao longo do século XX, resultando da influência das noções solidaristas no mundo do Direito, notoriamente no âmbito dos contratos, como, em mais de uma ocasião, analisou San Tiago Dantas¹¹, integrando, assim,

⁹ Cavalcanti Rocha observa que se trata de princípio que pode ser flexibilizado pela vontade das partes, pelo prejuízo a terceiro não participante e nos casos em que um ente público vê-se envolvido. ROCHA, Pedro Cavalcanti. Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no código de processo civil de 2015 (lei 13.105/2015). *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 201-223, 2016. p. 209.

¹⁰ MELO, Diogo Leonardo Machado de. Restrições à representação na celebração da convenção de arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 115-126, 2016. p. 123-124.

¹¹ V.g., “As transformações subseqüentes da política dos Estados democráticos, com reflexo no direito contratual, foram inspiradas pelo princípio da solidariedade social, que, desde o meado do século XIX, tende a prevalecer, por influência das idéias socialistas, sobre o individualismo puro do período anterior [...] Nasce a tese da proteção social dos mais fracos, destinada a corrigir as consequências desumanas do liberalismo jurídico – favorecendo o empregado em relação ao empregador; o devedor em relação ao credor; o inquilino

a maré de reconhecimento dos chamados direitos sociais. Diz-se “ganhou corpo” e não “nasceu” ou “surgiu” tendo em vista não apenas a precaução de se evitar fazer afirmações categóricas de cunho histórico, mas também as reconhecidas normas esparsas identificadas desde a Antiguidade, tais quais as que viabilizavam as ações redibitória e estimatória, na seara dos contratos de compra e venda, contra vícios ocultos, presentes no direito justiniano e recebidas, posteriormente, pelo Código de Napoleão, conforme pontua Konder Comparato¹².

Essa verdadeira revolução no direito ocidental no desenrolar do século XX decorreu da compreensão de que a isonomia – igualdade formal de todos perante a lei – não refletia um estado de coisas equivalente na realidade concreta¹³, repleta dos mais diversos tipos de desigualdade, sendo o negócio jurídico um dos instrumentos através dos quais esse desnivelamento não apenas se exteriorizava como também se alimentava – de modo ainda mais explícito nas relações de trabalho e nas relações de consumo, nas quais a desproporção de poderes entre as partes encontrava-se de maneira mais gritante.

Frente a essa constatação, o direito legislado, positivo, passou, então, a regradar essas relações jurídicas negociadas, visando suprir a desigualdade fática existente entre os contratantes, em um movimento que veio a ser conhecido como dirigismo contratual¹⁴. O fenômeno não mudou as bases do direito dos contratos, fincadas no período liberal, quais sejam a *pacta sunt servanda* (sua força obrigatória), a liberdade contratual e o respeito à ordem pública, mas as submeteu a uma revitalização de acordo com os novos parâmetros solidaristas, aumentando as limitações às duas primeiras e ampliando o espectro da terceira¹⁵.

Nota-se que a trajetória do direito consumerista no Brasil aponta para o incômodo provocado na população pela praxe abusiva dos fornecedores, aproveitando-se, estes, de

em relação ao senhorio; a vítima em relação ao autor do dano, ou ao seu responsável indireto; o consumidor em relação ao fornecedor”. DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 261-276, 2016. p. 267.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 77, p. 27-46, 2011. p. 31.

¹³ “Percebe-se que o contrato, fundado somente na liberdade e na igualdade formal, ocultava graves desigualdades substanciais, gerando um desequilíbrio entre os pactuantes. Cai por terra o dogma da igualdade formal, diante da existência de contraentes fortes e fracos”. BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 57, p. 69-94, 2014. p. 85.

¹⁴ “A expressão ‘dirigismo contratual’ significa, para Josserand, seu criador, que o contrato se tornou uma operação dirigida, seja pelo poder público, legislador ou juiz, seja por um só dos contratantes, que impõe sua fórmula e suas condições ao outro”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 30.

¹⁵ “[...] o princípio da autonomia da vontade não foi lesado por qualquer das inovações verificadas, limitando-se a sofrer, diante do princípio de supremacia da ordem pública, restrições compatíveis com o seu elastério [...] A doutrina revisionista representa um importante temperamento do princípio da obrigatoriedade dos contratos”. DANTAS, San Tiago. Op.cit. p. 269 e 273.

sua supremacia na relação contratual – como bem e sinteticamente relata Amanda Flávio de Oliveira, "a proteção do consumidor no Brasil surgiu, efetivamente, de um anseio social claro", "antes mesmo do reconhecimento constitucional do direito correlato"¹⁶.

A disparidade de armas entre as partes de uma relação de consumo se manifesta em múltiplas formas de vulnerabilidade, as quais, segundo Cláudia Lima Marques, são: (I) a técnica, relativa ao desconhecimento sobre as especificidades do objeto; (II) a jurídica, consistente na ignorância sobre questões de direito mais específicas, ou mesmo gerais, do consumidor, de um lado, e a maior possibilidade de um assessoramento jurídico, por parte do fornecedor, de outro; (III) a fática, que põe o fornecedor em posição de superioridade em decorrência do seu poderio econômico e da essencialidade do produto ou serviço ofertado para o consumidor; e (IV) a informacional, intrínseca à relação de consumo, resultante da expertise do fornecedor, que detém todas as informações sobre o produto/serviço e possui, em consequência, o dever de prestá-las condignamente ao consumidor¹⁷. Presumidas essas variadas fraquezas, especialmente se considerando as condições de vida da população brasileira, a lei entra para tentar restabelecer o equilíbrio da balança, tratando desigualmente os realisticamente desiguais.

Figura simbólica do cerceamento fático da autonomia negocial do consumidor é o contrato de adesão, corriqueiro no mundo contemporâneo, tendo em vista a dinamicidade que imprime nas transações cotidianas, diminuindo custos e poupando tempo, mas impondo, simultaneamente, a vontade do fornecedor, uma vez que este é quem elabora a totalidade das normas contratuais, sem qualquer (ou com ínfima) participação da contraparte¹⁸.

Vê-se, portanto, que a autonomia do consumidor resta bastante mitigada pelas suas vulnerabilidades, situação potencializada pelas circunstâncias da contemporaneidade, caracterizada pela virtualização dos atos, a despersonalização física da figura do fornecedor – onde se observa, por exemplo, o fenômeno da propagação dos *call centers*, com os consumidores tendo que reportar suas dúvidas, queixas, reclamações, etc. a funcionários com conhecimento muitas vezes (in)devidamente delimitado sobre os produtos

¹⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Desenvolvimento econômico, capitalismo e direito do consumidor no Brasil: afastando o argumento de 'paternalismo jurídico'. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 243-263, 2016. p. 258.

¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 320 a 336.

¹⁸ "A limitação da liberdade de negociação de uma das partes é causada pela própria estrutura dos contratos por adesão, onde cláusulas e condições são normalmente fixadas unilateralmente por uma parte devido ao seu poder de negociação, em virtude de sua força econômica ou ainda por força de sua capacidade jurídica e técnica quanto ao objeto do contrato". ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. A interpretação das cláusulas do contrato de adesão pelos princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 381-409, 2016. p. 384.

e serviços – e a banalização do ato de assinatura dos 'termos de uso' na *internet*: panorama intrincado, fluido e rapidamente metamorfoseável que desafia o direito diuturnamente¹⁹. E a arbitragem, por sua flexibilidade, celeridade e inerente capacidade de adaptação²⁰, integra esse movimento de inovação constante, não surpreendendo, portanto, que, em algum momento, viesse a contatar, também, as relações contratuais de consumo.

1.2 A CONVERGÊNCIA DOS REGIMES JURÍDICOS

A disparidade no tratamento conferido à autonomia dos sujeitos, tendo, de um lado, um forte dirigismo contratual pelo Estado e, do outro, uma ampla margem de liberdade negocial, corresponde ao mais elementar dos problemas atinentes à conjugação das disciplinas jurídicas da arbitragem e das relações consumeristas.

1.2.1 O choque entre a liberdade e as vulnerabilidades

A arbitragem notoriamente se desenvolveu no campo dos litígios internacionais, tendo em vista que, ao envolver atores de nacionalidades distintas, buscava-se evitar a prevalência de qualquer das soberanias em jogo, e no âmbito das relações empresariais, nas quais o dinamismo negocial não se compatibiliza nem com a morosidade da atividade jurisdicional do Estado nem com a rigidez dos regramentos positivos, não raramente desinteressantes aos intentos estratégicos das partes.

Em qualquer das situações, está-se diante de sujeitos em paridade de armas, ou seja, pessoas (naturais ou jurídicas) de porte econômico, carga informacional sobre o objeto litigioso do processo e sapiência jurídica, senão idênticas, muito próximas entre si, o que garante que as liberdades conferidas pela arbitragem serão devidamente aproveitadas por todas as partes envolvidas, cada uma exercendo sua autonomia em contrapeso e em diálogo com a outra – também por isso a arbitragem configura ambiente propício à

¹⁹ “As fontes, os institutos e a metodologia tradicionais da Ciência Jurídica tornam-se insuficientes e inadequados para responder à complexidade própria de uma sociedade pós-moderna. E, em função disso, exige-se uma superação dos modelos jurídicos clássicos, impondo-se a necessidade de construir estruturas aptas a dar respostas aos novos problemas que surgem”. BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 57, p. 69-94, 2014. p. 74.

²⁰ Tradução livre: “Constantemente encarando novas realidades e desafios, a arbitragem conseguiu se adaptar a certas situações às quais, a princípio, parecia impossível se conformar. [...] Por exemplo, 20 anos atrás, muitos certamente não pensavam que a arbitragem seria capaz de encarar e resolver problemas de concorrência, de direito tributário ou trabalhista, de propriedade intelectual, de falência ou insolvência, suborno e corrupção, etc. [...] E hoje – a despeito de que com alguns limites – nós temos visto que, em vários países, alguns desses conflitos podem ser arbitráveis”. JÚDICE, José Miguel. Collective arbitration in Europe: the European way might be the best way. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 2016. p. 281-282.

autocomposição²¹. Nos dizeres de Cláudia Lima Marques²², “todos sabem [...] que a arbitragem privada é para iguais, assim foi criada nos mercados italianos na idade média e evolui no mundo do comércio internacional”.

Estando em jogo, todavia, uma relação de consumo, o cenário muda drasticamente. Ao assinar um contrato, o consumidor comum, em regra, não terá a noção jurídica necessária para discernir as consequências da anuência a uma cláusula compromissória²³, sequer saberá, certamente, *o que é* uma arbitragem, quais os seus custos e seus procedimentos. Ponha-se em relevo que, tendo, a maioria dos contratos de consumo, a natureza de contrato de adesão, o consumidor, obviamente, não será o responsável pela inserção dessa cláusula, nem terá oportunidade de discuti-la, impelido que estará pela necessidade de aquisição do produto ou contratação do serviço e impedido que se encontrará, no mais das vezes, de fazer quaisquer modificações.

O desequilíbrio, contudo, não se esvai apenas com o momento da contratação. Estando em posição de superioridade técnica-informacional e detendo, por causa dela, a confiança do oblato, o fornecedor pode se aproveitar da vulnerabilidade jurídica do consumidor no decorrer do próprio procedimento arbitral, escolhendo e impondo as normas processuais que melhor lhe convierem, assim como selecionando, estrategicamente em detrimento à contraparte, o direito material (ou a falta dele, uma vez optando pela equidade) que servirá de base para o julgamento²⁴. A não obrigatoriedade da presença de advogado na arbitragem, perfeitamente entendível como regra geral, apenas aprofunda a fragilidade do consumidor.

Isso para não falar da escolha dos árbitros – tendo a empresa, em regra, o assessoramento e a proximidade com o mundo jurídico que o oblato normalmente não possui, até na seleção do julgador ou do painel de julgadores (cada qual com seus posicionamentos e experiências próprios, que influenciarão na escolha do fornecedor, mas

²¹ Mariani observa também que a especialização dos árbitros nas matérias discutidas, o que desincentiva distorções fáticas e jurídicas pelas partes, bem como a celeridade do processo mitigam oportunismos e encorajam a realização de acordos. MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

²² MARQUES, Cláudia Lima. Veto à lei 13.129/2015 que atualizou a lei de arbitragem e ao artigo sobre arbitragem de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 521-538, 2016. p. 536.

²³ Afirma o Min. Luis Felipe Salomão, em voto de relator: “Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.189.050/SP. Brasília, 01 de março de 2016. Lex: jurisprudência do STJ.

²⁴ No mesmo sentido: “Não tem o consumidor comum como entender ou opinar previamente sobre questões jurídicas que influenciarão a decisão final, permitindo às empresas que elejam os caminhos que lhe são mais benéficos, direcionando a decisão em benefício próprio”. TAPAI, Marcelo. A arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 590-598, 2016. p. 595.

muito possivelmente não chegarão ao conhecimento do consumidor), o empresário encontrará mais um meio oportunista de se aproveitar das vulnerabilidades do oblato.

Desta feita, resta claro que, a princípio e sem ressalvas, a simples abertura à possibilidade de uso da arbitragem em relações de consumo, como qualquer outra matéria arbitrável, dá margem a riscos de aprofundamento das já existentes vulnerabilidades do consumidor, contrariando, assim, o ordenamento protetivo. Para que se torne uma alternativa viável, necessário se faz estudar a possibilidade de conjugação das premissas de ambos os regimes jurídicos.

1.2.2 A arbitrabilidade dos direitos do consumidor

Ponto fulcral sobre a questão diz respeito à adequação ou não, no Brasil, das relações consumeristas à arbitrabilidade objetiva prevista no *caput* art. 1º da lei de arbitragem²⁵, que assevera serem dirimíveis pela via arbitral apenas os direitos patrimoniais disponíveis. A polêmica existe porquanto o código de defesa do consumidor, também no *caput* de seu art. 1º²⁶, afirma que as normas nele contidas são de ordem pública e interesse social.

A discussão é bipolarizada. Leonardo Roscoe Bessa²⁷, posicionando-se contra a arbitrabilidade da matéria e afirmando comungar a maior parte da doutrina desse mesmo entendimento, levanta os seguintes argumentos: (I) é dever do *Estado* promover a defesa do consumidor, na forma da lei, conforme disciplina o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal, sendo a principal norma protetiva justamente o CDC; (II) a arbitragem em contratos de adesão seria extremamente desvantajosa ao consumidor e, conseqüentemente, nula de pleno direito; (III) as normas do CDC, por terem a natureza de ordem pública, são indisponíveis e, por isso, não arbitráveis; e (IV) o julgamento arbitral pode não se basear na lei, o que permitiria a não aplicação do código de defesa do consumidor na resolução da controvérsia.

²⁵ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁶ “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.”. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

²⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. Da proteção contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Cib). *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. 403-464. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 442-443.

O primeiro argumento não merece prosperar porquanto a arbitragem é igualmente autorizada e regulada pelo Estado, visando a ampliar o acesso à justiça, a ajudar a desafogar o Judiciário e a oferecer um meio alternativo célere de resolução de conflitos, e se ele permitiu o desenvolvimento de referido instituto, não há motivo para se pensar que o fez também não pensando no interesse dos consumidores. Quando se julgou a constitucionalidade da lei de arbitragem²⁸, reconhecida por maioria pelo Supremo Tribunal Federal, a corrente vencedora via na lei um avanço, chegando o então presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, a comentar, após a decisão, que esperava que fosse dada confiança ao instituto²⁹. O ministro Carlos Velloso ressaltou, em seu voto, referir-se a lei a direitos patrimoniais e terem as partes a faculdade de renunciar ao seu direito de recorrer à justiça, porquanto existe um *direito* e não um *dever* de ação.

Saliente-se, oportunamente, que inexistente menção no texto constitucional de que a defesa do consumidor é dever *exclusivo* do Estado. Em verdade, Roscoe Bessa parece querer reforçar, buscando o amparo da Carta Magna, sua tese de que o Código de Defesa do Consumidor proíbe a arbitragem, o que da mesma maneira não merece prosperar, senão veja-se.

1.2.2.1 A polêmica em torno da redação do art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor

O legislador consumerista elencou, no inciso VII do art. 51, a previsão de arbitragem compulsória como cláusula contratual nula de pleno direito: “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”³⁰. Ao que, no entanto, visou a inserção do vocábulo “compulsória” nesse dispositivo legal? Selma

²⁸ O caso chegou à Suprema Corte por conta da homologação de uma sentença estrangeira (SE 5206). “Trata-se de uma ação movida a partir de 1995. A empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar um laudo arbitral dado na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9307, que dispensaria a homologação dessa sentença na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem*. Notícias STF: 12 de dezembro de 2001 (republicação). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>>. Acesso em: 26 out. 2017.

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem*. Notícias STF: 12 de dezembro de 2001 (republicação). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>>. Acesso em: 26 out. 2017.

³⁰ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

Lemes³¹ aponta que a arbitragem obrigatória trata-se daquela prevista em lei como único meio resolutivo de determinadas controvérsias, figura encontrada esparsamente na história do ordenamento jurídico brasileiro e que não se coaduna com o sistema hoje vigente, por conta do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que diz: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”³². Por conseguinte, segundo a autora, a utilização do vocábulo “compulsória” no CDC não se revestiu de rigor técnico³³.

Questiona-se, então, qual teria sido a intenção do legislador ao inserir esse termo, uma vez sendo tecnicamente equivocado. Nelson Nery Júnior, ao comentar o referido dispositivo, advoga pela sua interpretação *a contrario sensu*, afirmando que “não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem”, afinal “o juízo arbitral é importante fator de composição de litígios, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo”³⁴. Vê-se, desse modo, que a preocupação lastreia-se na proteção da vontade do consumidor, tendo-se, nisso, uma diretriz.

Importante dado a ser lançado nessa questão diz respeito à temporalidade das normas: o CDC foi promulgado seis anos antes da lei de arbitragem, de modo que, quando entrou em vigor, o ordenamento ainda não considerava a cláusula compromissória autoexecutável, exigindo-se, para a instauração da arbitragem, a avença posterior ao surgimento do conflito, chamada de compromisso arbitral³⁵. Em assim sendo, a cláusula compromissória já não possuía qualquer poder de retirar, por si só, o poder jurisdicional do Estado sobre as questões atinentes ao contrato em que se encontrava inserida, podendo-se afirmar, sob esse ponto de vista, que o uso do vocábulo “compulsória” ou se tratou, novamente, de atecnia ou se referiu à vinculação entre as partes para um futuro compromisso arbitral, uma vez temendo-se a utilização da cláusula compromissória como uma promessa vinculativa de assinatura de eventual negócio jurídico superveniente, qual

³¹ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. 1. ed. 113-141. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 120.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

³³ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. 1. ed. 113-141. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 121.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. v. I. 10. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 590.

³⁵ “[...] a cláusula arbitral eventualmente prevista em um documento contratual era entendida como não autoexecutável, mas simples compromisso de, na ocorrência de um conflito de interesses, as partes, então, decidirem submeter, ou não, o impasse a um juízo arbitral”. STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a lei 9.307/1996. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 177-183, 2016. p. 178.

seja o compromisso arbitral, já que ela não tinha o poder, por si só, de atar os sujeitos contratantes diretamente à arbitragem.

Interpretação doutrinária apoiada por Selma Lemes³⁶, Claudia Lima Marques³⁷ e Carlos Alberto Carmona³⁸ extrai do dispositivo legal em apreço norma que nega validade à toda e qualquer cláusula compromissória em contrato de consumo, mas permite a instauração de arbitragem por meio de compromisso posterior ao nascimento da controvérsia. Defende-se, neste trabalho, todavia, que tal interpretação tanto conferia sentido de inócua repercussão no período anterior à vigência da lei de arbitragem, uma vez que somente o compromisso arbitral mesmo tinha o condão de retirar *in concreto* os poderes jurisdicionais do Estado sobre a questão, quanto também não se coaduna com o sistema que passou a vigorar após a promulgação da lei de arbitragem, senão veja-se.

A lei 9.307/1996 igualou, em seu art. 3º³⁹, os efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral: agora ambos possuem o mesmo efeito negativo, de afastar a lide do Judiciário, e o mesmo efeito positivo, de levar a demanda ao juízo arbitral⁴⁰. Nessa senda é que a interpretação dos supramencionados autores (Lemes, Marques e Carmona), segunda a qual toda e qualquer cláusula compromissória em contrato consumerista de adesão é nula de pleno direito, encontra guarida, porquanto, de fato, a lei de arbitragem confere poder vinculativo à cláusula compromissória. No entanto, para tal, necessário se faz inferir que o termo “compulsória”, utilizado no artigo 51, inciso VII, do CDC, trata-se, agora, de mera redundância, o que aqui não se defende.

Ao dispor sobre a nulidade da cláusula que obrigue a resolução de lides por arbitragem, a norma, como visto, permite, a *contratio sensu*, disposição contratual não vinculativa. Mas o que seria, hoje, essa não vinculação? A liberdade de escolha do meio solucionador de controvérsia *apenas pelo consumidor*. Cria-se, assim, regime especial para

³⁶ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. 1. ed. 113-141. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.123.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 407-414, 2014. p. 413.

³⁸ “Pode gerar impressão falsa o art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor [...] Descartou-se, assim, a validade de uma cláusula compromissória em contrato que discipline relação de consumo, sem que isso signifique a impossibilidade de introduzir a arbitragem pela via do compromisso: *surgida a controvérsia, podem as partes, de comum acordo, celebrar compromisso arbitral para submeter o dissenso à solução de árbitros*”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 68. (grifado).

³⁹ “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”. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁴⁰ ROCHA, Pedro Cavalcanti. Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no código de processo civil de 2015 (lei 13.105/2015). *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 201-223, 2016. p. 214.

as cláusulas compromissórias em contratos de consumo, as quais passam a ter, como condição suspensiva, não somente o surgimento da lide, como também a manifestação posterior de vontade *do consumidor* na instauração da arbitragem, dispensando-se nova declaração volitiva por parte do fornecedor. Afinal, se o fornecedor não deseja a arbitragem, que simplesmente retire, já que é ele quem dirige o contrato, a cláusula do corpo do texto.

No âmbito das relações de consumo, portanto, tendo em vista as vulnerabilidades do oblato e a predominância do regime de adesão, que interferem negativamente na formação da vontade do sujeito mais frágil, nada mais lógico do que modular a eficácia da cláusula compromissória não apenas ao surgimento do litígio como também à posterior manifestação de vontade da parte que, no momento da pactuação, via cerceado o exercício de sua autonomia.

Deste modo, discorda-se de Carmona, Selma Lemes e Cláudia Lima Marques, por se entender, neste trabalho, que a cláusula compromissória presente em contrato de consumo é sim válida, uma vez contendo manifestação de vontade não viciada por parte do fornecedor, a qual deve ser preservada e não necessariamente renovada – tem, todavia, sua eficácia modulada também pelo aperfeiçoamento da vontade da contraparte, que apenas aderiu ao conjunto das disposições contratuais no momento da pactuação, visando primordialmente ao objeto central do contrato. Note-se que, não havendo qualquer vício de consentimento no que toca ao consumidor sobre o contrato em geral e respeitando a cláusula compromissória os requisitos formais impostos pelo sistema jurídico, não há motivo para se falar em invalidade desta – confere-se ao oblato, no entanto, proteção especial, dando-lhe oportunidade de refletir sobre essa disposição em específico, tendo em vista seus efeitos.

Importante dado que também pode se extrair do dispositivo em apreço é sua influência na própria redação da cláusula compromissória: tendo em vista a vulnerabilidade jurídica do consumidor, tal disposição deve lhe deixar claro que a arbitragem configura, para ele, uma *faculdade*, não uma obrigação.

A posição defendida por Roscoe Bessa⁴¹, portanto, diverge tanto da corrente de Marques, Lemes e Carmona, quanto da que é neste trabalho defendida. O risco de desvantagens para o consumidor na arbitragem, desprovida esta de qualquer ressalva, como ele mesmo aponta, sem dúvidas, existe, conforme supramencionado em tópico

⁴¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Da proteção contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Cib). *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. 403-464. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 442-443.

anterior, mas isso não afasta por completo a possibilidade de o próprio ordenamento jurídico, a doutrina e/ou a jurisprudência virem a reger devidamente o caso.

1.2.2.2 Sobre a controvérsia a respeito da disponibilidade dos direitos do consumidor

O argumento mais forte de Roscoe Bessa, no entanto, diz respeito à, para ele, indisponibilidade dos direitos consumeristas, característica que, por conseguinte, vai contra a vedação da própria lei de arbitragem, a qual, logo no *caput* do seu art. 1º, afirma serem dirimíveis pela via arbitral apenas os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁴². Bruno Miragem⁴³, por sua vez, defende que há direitos do consumidor que são indisponíveis e outros que são disponíveis (podendo, estes, ser discutidos em sede de arbitragem). Kohlbach de Faria⁴⁴ afirma, não muito diferentemente, que se encontra parcela de disponibilidade em determinados pontos de questões que, *a priori*, dizem respeito a direitos indisponíveis. Chega-se a discutir, hoje em dia, a disponibilidade de direitos da personalidade⁴⁵ – por que, então, atribuir de maneira absoluta o caráter indisponível aos direitos consumeristas? Veda-se, assim, inclusive, a possibilidade de se transacionar em relações de consumo, eminentemente patrimoniais como são?

A celeuma encontra motivação legal na redação do art. 1º do CDC, que diz: “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”⁴⁶. A atribuição expressa da natureza de “ordem pública” ao regramento consumerista alicerça os argumentos em favor de sua completa indisponibilidade, mas a inferência não merece prosperar, senão veja-se. O que o ser “de ordem pública” implica é a obrigatoriedade de sua observância por todos, de modo a que não ocorram violações, nas palavras de Mariani⁴⁷. Por via de consequência, trazendo a questão à arbitragem, Nelson Nery Júnior arrebatava que “em síntese, está vedado ao árbitro proferir qualquer decisão contrária aos dispositivos legais considerados matéria de

⁴² “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁴³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 406.

⁴⁴ FÁRIA, Marcela Kohlbach de. A possibilidade da instituição da arbitragem em demandas coletivas – PL 5.139/2009: análise da experiência norte-americana. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 34, p. 233-251, 2012. p. 248.

⁴⁵ Vide, por exemplo, os estudos de Roxana Borges sobre a questão em: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁶ BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁴⁷ MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69-70.

ordem pública”⁴⁸. A própria lei de arbitragem expressamente o dispõe no §1º de seu art. 2º, ao ressaltar a proteção da ordem pública⁴⁹.

Em verdade, interpretação combinada desse dispositivo com o discutido *caput* do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor leva à conclusão de que, na hipótese de ser levado litígio à seara arbitral sobre o qual incidam as normas protetivas do CDC, essas *devem* ser observadas, não havendo que se falar em liberdade de escolha do direito material a servir de lastro para o julgamento. Essa, portanto, é a interpretação mais acertada das normas em comento, refutando-se, assim, o argumento final de Roscoe Bessa, que versa sobre o risco de a arbitragem desenrolar-se sem o amparo da lei⁵⁰ – o ordenamento, analisado sistematicamente, não deixa dúvidas de que as normas de ordem pública constituem exceção à liberdade de seleção do direito material e da opção pela equidade na arbitragem.

Assim sendo, não parece de todo equivocada quem defende a indisponibilidade dos direitos consumeristas, partindo do pressuposto de que a coercibilidade do dirigismo contratual enquanto supridor das vulnerabilidades do oblato constitui argumento defensável e condizente com as diretrizes contemporâneas (mas, claro, igualmente criticável, especialmente pelo seu viés absoluto, como aqui se observou). Entretanto, mesmo considerando como verdadeira a natureza de indisponibilidade, no sentido de que não se pode abrir mão desses direitos, inexistente incompatibilidade com a arbitragem, tendo em vista que, como visto, apenas se cerceará uma de suas liberdades em prol da observância obrigatória dessas regras. Quanto à possibilidade de autocomposição, esta também existe no processo estatal, notoriamente após a entrada em vigor do novo código de processo civil⁵¹, que especialmente a estimula, não servindo, portanto, de argumento contra a arbitrabilidade da matéria.

⁴⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 45, p. 323-373, 2011. p. 337.

⁴⁹ “§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

⁵⁰ BESSA, Leonardo Roscoe. Da proteção contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Cib). *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. p. 403-464. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 442-443.

⁵¹ “Art. 3º [...]§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 out. 2017.

1.3 HIPÓTESES DE TRATAMENTO DA ARBITRABILIDADE DAS QUESTÕES CONSUMERISTAS

Analisados os problemas centrais sobre a arbitragem nas relações de consumo e tendo encontrado resposta quanto à possibilidade jurídica de adequação da disciplina consumerista ao procedimento arbitral no Brasil, urge que se estudem os caminhos viáveis à solução do impasse existente entre as liberdades da arbitragem e as vulnerabilidades do oblato. Três são as respostas possíveis: (I) a proibição total do instituto no âmbito das relações de consumo; (II) a permissão genérica, indiscriminada, de seu uso; e (III) a autorização dotada de regramento específico. Para cada uma existe um estudo de caso.

1.3.1 A vedação ao uso da arbitragem nas relações de consumo

O caminho mais simples corresponde à proibição pura e simples. Trata-se, portanto, do posicionamento supra-analisado de Roscoe Bessa⁵², para quem o encontro entre as liberdades da arbitragem e o desequilíbrio das relações de consumo necessariamente implicará desvantagem do oblato. O raciocínio não é equivocado, conforme já demonstrado, mas, como visto, não analisa a viabilidade de estabelecimento de normas específicas para a questão que supririam a disparidade de armas – possivelmente, o próprio autor não acredita que qualquer regramento próprio tenha o condão de efetivamente reequilibrar a relação nesse caso, mas isso não está explícito ou mesmo implícito no texto, tratando-se de mera confabulação.

Confabulação essa que, no entanto, não é de todo dispensável, tendo em vista que é esse pensamento que fundamenta a solução aqui analisada – acredita-se que inexistente conjunto de normas capaz de dirimir, na prática, o desnível de poderes que se configuraria em uma arbitragem de consumo. A consequência desse posicionamento é a concentração da atividade de resolução de conflitos consumeristas nas mãos do Estado – o estudo de caso pertinente corresponde, justamente, à vivência brasileira.

Explique-se: não se está afirmando que o Brasil proíbe a arbitragem em relação de consumo, o que seria uma contradição ao quando examinado até aqui – já foi visto que o ordenamento aponta para a direção contrária. Todavia, o que se verifica, na realidade, é uma quase inexistência desse tipo de arbitragem, conforme observa Marcus da Costa

⁵² Tratado no tópico 1.2.2 do presente trabalho. BESSA, Leonardo Roscoe. Da proteção contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Cib). *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. p. 403-464. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 442-443.

Ferreira⁵³, para a qual influem variadas circunstâncias, tais quais o caráter ainda recente da inserção da arbitragem na vida brasileira (a despeito de ter sido prevista já nas ordenações portuguesas e, no direito exclusivamente interno, desde a primeira Constituição, somente após a promulgação da lei de arbitragem de 1996 é que se percebe um acolhimento fático do instituto⁵⁴) e as próprias incertezas concernentes à viabilidade dessa espécie de arbitragem.

Desta feita, o cenário brasileiro contemporâneo pode ser analisado concretamente como proibitivo à arbitragem de consumo, a fim de que se verifique as consequências dessa opção legislativa. Advindas a constitucionalização e a codificação dos direitos do consumidor, ao fim da década de 1980 e começo da década de 1990, e passadas cerca de três décadas, o cenário, deve-se dizer, ainda é preocupante.

Tem-se, por um lado, uma crescente judicialização de conflitos surgidos no seio de relações consumeristas, conforme se observa todo ano a partir dos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça: “Direito do Consumidor: Responsabilidade de Fornecedor/Indenização por dano moral” corresponde ao 4º assunto mais recorrente no Poder Judiciário brasileiro no ano de 2015, compreendendo 1.667.654 processos, 9,6% do total⁵⁵. Disso se depreende a larga escala de descumprimento dos deveres do fornecedor no panorama brasileiro.

A crescente busca pelo Judiciário aponta também para os efeitos positivos da série de avanços observados em termos de facilitação do acesso à justiça no âmbito da defesa do consumidor, tais quais, conforme elencado por Corrales de Andrade⁵⁶, a assistência jurídica gratuita e integral, a criação de juzizados especiais cíveis, a legitimação ativa de associações, a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor e o redimensionamento do instituto da coisa julgada.

Apesar da progressiva aproximação à justiça, ainda se observa que muitos dos pleitos jamais chegam ao judiciário, por inúmeros motivos: Soares⁵⁷ enumera a dificuldade de acesso em diversas localidades do país, o desconhecimento do consumidor (que muitas

⁵³ FERREIRA, Marcus da Costa. Juzizados especiais cíveis e julgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011. p. 60.

⁵⁴ Vários autores o relatam. V.g., STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a lei 9.307/1996. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 177-183, 2016; WALD, Arnaldo. Arbitragem: presente, passado e futuro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 59-78, 2016.

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016 – infográficos: ano-base 2015, Brasília: CNJ, 2016. p. 10.

⁵⁶ ANDRADE, Christiano Augusto Corrales de. *Da autonomia da vontade nas relações de consumo*. São Paulo: Editora de Direito, 2002. p. 140.

⁵⁷ SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio integral na defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.108, p. 89-117, 2016. p. 92.

vezes nem mesmo percebe ter sido lesado) e a falta de ânimo por parte do oblato (que escolhe arcar com o ônus de uma cobrança indevida ou com a consequência de outro tipo qualquer de infração) em encarar um processo. Esse último sentimento decorre e se mantém tendo em vista a morosidade e a burocracia típicas do processo estatal, que inibem o consumidor comum a procurar a tutela dos seus direitos.

Em assim sendo, qualquer meio de resolução de conflitos, seja ele estatal ou não, deveria ser bem-vindo. Verbicaro Soares oportunamente salienta que a má confecção da norma vetada na lei 13.129/2015, a qual versava sobre arbitragem de consumo, corresponde a desperdício de oportunidade política do legislador que “impinge ao consumidor, de uma só vez, o custo jurídico da dependência, quase que exclusiva, em relação ao judiciário”⁵⁸.

Não há de se negar que o Estado brasileiro, monopolista na questão, tem proporcionado vias facilitadoras da tutela consumerista. Optar por expressamente manter essa exclusividade não deixa de ser uma saída frente aos grandes riscos oportunistas de uma arbitragem de consumo, e é com base nesse posicionamento que o PLS 281/2012, de atualização do CDC, contém dispositivo que proíbe de vez as cláusulas compromissórias⁵⁹. Todavia, partindo do pressuposto de que é possível estabelecer um regramento que viabilize a arbitragem ao mesmo tempo em que proteja o oblato, pelo que aqui se advoga, necessário se faz estudar mais aprofundadamente a questão, na esteira do pensamento de Selma Lemes, segundo o qual a vedação da utilização da arbitragem para a solução de conflitos consumeristas “a par de fornecer analgésico ao paciente ministra-lhe cicuta”⁶⁰, afinal, toda contribuição, mesmo que pequena, para a harmonia das relações de consumo deve ser bem-vinda.

1.3.2 A permissão genérica da arbitragem para a solução de lides consumeristas

A segunda hipótese corresponde ao exato oposto da primeira: considera-se os direitos consumeristas plenamente arbitráveis, sem qualquer ressalva ou mitigação.

⁵⁸ SOARES, Dennis Verbicaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o Brasil? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 445-484, 2016. p. 479.

⁵⁹ “Art. 101. Na ação de responsabilidade contratual e extracontratual do fornecedor de produtos e serviços, inclusive no fornecimento a distância nacional e internacional, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título: [...] III – são nulas as cláusulas de eleição de foro e de arbitragem celebradas pelo consumidor”. BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 281, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>>. Acesso em: 28 out. 2017.

⁶⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. 1. ed. 113-141. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.140.

Exemplo prático clássico dessa opção corresponde ao caso estadunidense, de onde se tiram os maiores argumentos contra a arbitragem de consumo, tendo em vista que a irrestrrição tem permitido uma série de condutas oportunistas, conforme se verá.

Primeiramente, há de se pontuar que o direito norte-americano possui duas figuras de grande impacto no âmbito da responsabilidade civil, quais sejam as *class actions* e os *punitive damages*. As primeiras correspondem às ações coletivas, nas quais se reúne o grupo de pessoas lesadas pela conduta geradora do dano, muitas vezes cada uma com um prejuízo relativamente pequeno, para fazer frente ao fornecedor – grande estímulo constitui os honorários advocatícios, que incentivam os causídicos a organizarem e patrocinarem esse tipo de causa⁶¹. Os *punitive damages*, por sua vez, configuram verdadeira sanção civil, correspondentes a valor pecuniário distinto da compensação pelo dano, cujo objetivo é justamente o de desestimular a reiteração da prática que foi objeto do julgamento, não dificilmente chegando à casa dos milhões, a depender do porte da empresa e de sua participação no mercado. Ambas as figuras vêm sofrendo duras críticas internas, mas, inegavelmente, têm surtido efeito na modulação das condutas dos agentes, para o bem e para o mal.

Tanto assim o é que se observa na cultura de lá a utilização da arbitragem, pelas empresas, como meio estratégico de evitar ambas as figuras⁶². Explique-se – não raramente têm estipulado os fornecedores cláusulas compromissórias cheias que preveem uma série de desvantagens ao consumidor, tais quais: a exclusão da possibilidade de se ingressar em ação coletiva, a inviabilidade total de ir a juízo, ainda que para se defender em ação iniciada pelo fornecedor⁶³, e a distribuição das custas de modo a que fiquem a cargo do oblato, previamente e independentemente do resultado⁶⁴. Lembrando que os contratos de consumo são, em regra, de adesão, percebe-se que, aproveitando-se da

⁶¹ Alderman relata que as leis do consumidor americanas preveem o pagamento desses honorários à parte vencedora. Por óbvio, se o valor da causa é maior (como em uma *class action*), maiores também serão os honorários, e, por conseguinte, o incentivo. As críticas mais fortes ao instituto das ações coletivas, também relata Alderman, são justamente contra o interesse econômico dos advogados. Vide: ALDERMAN, Richard M. Acesso à justiça e reparação de danos aos consumidores nos Estados Unidos: o efeito da arbitragem compulsória aos consumidores. Tradução: Laís Bergstein. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 315-351, 2016. p. 334 e 342, respectivamente.

⁶² “Os efeitos rigorosos das *class actions* no Direito norte-americano têm obrigado as empresas multinacionais que desejarem atuar firmemente no mercado daquele país terem uma maior cautela com o planejamento estratégico de mercado prévio, para blindar sua posição jurídica e patrimônio, através de cláusulas de arbitragem que impeçam o manuseio das ações coletivas”. SOARES, Dennis Verbicaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o Brasil? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 445-484, 2016. p. 459.

⁶³ MAGGS, Peter B. Abusividade da cláusula de arbitragem no direito norte-americano, em especial nos contratos com consumidores. Tradução por: MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 193-219, 2011. p. 202.

⁶⁴ MAGGS, Peter B. Op. cit. 198.

ausência de limitação, as empresas têm cortado, já nas cláusulas compromissórias, praticamente todas as possibilidades de tutela dos direitos dos consumidores de forma *unilateral*, imposta, tendo em vista que o oblato em nada participa da confecção do contrato, apenas anuindo com seu conjunto, o que, em regra, é motivado pela própria necessidade de consumo. Tem-se, assim, que o cenário norte-americano apresenta as mazelas que a arbitrabilidade desregrada das relações consumeristas pode proporcionar, com os fornecedores utilizando-se das liberdades arbitrais em claro aproveitamento das vulnerabilidades do oblato, expandindo sua hegemonia contratual.

Os tribunais, no entanto, não têm deixado essa prática passar despercebida. Maggs⁶⁵ relata que, das inúmeras decisões judiciais sobre abusividade de cláusulas compromissórias, quatro grupos temáticos de destacam: as que trazem a proibição de ingresso em ações coletivas, os custos excessivos de tempo e dinheiro em comparação com o montante em litígio, as que preveem limitação dos danos e as que obrigam apenas uma das partes (no caso, o consumidor) a se submeter à arbitragem (as chamadas cláusulas assimétricas⁶⁶).

A utilização da arbitragem como instrumento de estratégia econômica evidencia-se em estudo de Eisenberg, Miller e Sherwin, no qual se observou que: entre os contratos de consumo examinados, mais de 75% incluíram cláusulas de arbitragem compulsória; entre os contratos de trabalho analisados, mais de 90% continham cláusulas de arbitragem; e em apenas 6,1% dos contratos entre empresários da amostra encontrava-se tais cláusulas⁶⁷. Sendo a arbitragem um ambiente propício à resolução de litígios entre iguais, notável a constatação de que a praxe revela sua utilização, de um lado, marcante em contratos com sujeitos vulneráveis (consumidor e trabalhador) e, do outro, bastante singela, no âmbito dos negócios paritários.

Os problemas não param por aí. Não bastasse o abuso na redação e na imposição de cláusulas compromissórias perversas, encara-se ainda o escândalo da NAF (*National Arbitration Forum* – Fórum Nacional de Arbitragem), que revelou a indevida relação – envolvendo, inclusive, laços financeiros em fundo de compensação mútuo de perdas – entre a instituição, responsável por 214.000 arbitragens de consumo relativas a cartões de

⁶⁵ MAGGS, Peter B. Op. cit. p. 212.

⁶⁶ “[...] aquela que confere a uma das partes a opção de recorrer a um ou mais mecanismos de resolução de litígios enquanto que a outra não dispõe do mesmo leque de opções [...]”. HENRIQUES, Duarte Gorjão. Cláusulas arbitrais assimétricas: uma perspectiva portuguesa. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 41, p. 45-78, 2014. p. 50.

⁶⁷ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P.; SHERWIN, Emily. Arbitration's summer soldiers: an empirical study of arbitration clauses in consumer and nonconsumer contracts. *University of Michigan journal of law reform*, v. 41, p. 870-896, 2008. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/106>. Acesso em: 29 out. 2017. p. 883.

crédito só em 2006, e os escritórios de advocacia que patrocinavam essas causas no lado dos fornecedores⁶⁸, de onde se entende o motivo de a maioria desses litígios terem sido decididos em favor das empresas.

O fato escancara, assim, outra questão polêmica: a persecução do lucro por entidades que exerçam a arbitragem, combinada com o poderio financeiro dos fornecedores, corresponde a, provavelmente, o maior dos temores atinentes à arbitragem de consumo, qual seja o julgamento tendencioso provocado pelo interesse econômico. Essa possibilidade, já verificada na prática estadunidense, como visto, não pode, de forma alguma, ser deixada de lado no exame da matéria.

Desta feita, conclui-se que a permissão irrestrita do uso da arbitragem em relações de consumo não se coaduna com qualquer sistema jurídico de matriz protetiva, tendo em vista a série de comportamentos oportunistas à qual se abre espaço. Ademais, conforme já abordado, o ordenamento brasileiro proíbe expressamente, no art. 51, inciso VII, do CDC⁶⁹, a estipulação da arbitragem compulsória, excluindo-se, assim, de imediato, a aplicabilidade dessa opção.

1.3.3 A arbitragem com regramento específico para as questões de consumo

A terceira e última hipótese trata-se de solução em que se ajustam as diretivas de ambos os regimes jurídicos, mitigando o espectro de liberdade da arbitragem em prol da manutenção de garantias protetivas ao consumidor. A Europa traz alguns exemplos vívidos dessa opção, sendo a experiência portuguesa a escolhida para o presente estudo de caso.

Constate-se, de imediato, conforme relatos de Marcus da Costa Ferreira, que as leis de arbitragem brasileira e portuguesa assemelham-se em grande parte, diferindo fortemente, no entanto, no grau de intervenção estatal, muito maior em terras lusitanas, onde se permite, por exemplo, ingressar com recurso da sentença arbitral⁷⁰. Daí se tira a primeira pista de que o caso português apresenta abismais distinções da experiência norte-americana.

⁶⁸ MAGGS, Peter B. Abusividade da cláusula de arbitragem no direito norte-americano, em especial nos contratos com consumidores. Tradução por: MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 193-219, 2011. p. 205-206.

⁶⁹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 out. 2017.

⁷⁰ FERREIRA, Marcus da Costa. Juizados especiais cíveis e julgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011. p. 59 e 63.

Os centros de arbitragem lusitanos dependem de autorização do Ministro da Justiça para exercerem suas atividades⁷¹ e, no que concerne àqueles voltados aos conflitos de consumo, podem ser divididos em dois grandes grupos, quais sejam os de competência horizontal (tratam sobre qualquer matéria de consumo, tendo sua jurisdição, todavia, delimitada pela territorialidade) e os de competência vertical (especializados em determinadas matérias, mas com jurisdição sobre toda a extensão do país)⁷². Cada um dos de competência horizontal possui regulamento próprio (há quem advogue atualmente pela uniformização dos regramentos, como Marques Cebola⁷³), optando, boa parte deles, conforme observa Ferreira⁷⁴, pelo árbitro único (em vez da arbitragem colegiada), o qual é indicado pelo Conselho da Magistratura, não dificilmente sendo um juiz aposentado ou mesmo da ativa.

Outra característica marcante é a unidirecionalidade, ou seja, o fato de que somente o consumidor pode figurar no polo ativo da demanda – Verbicaro aponta que a experiência espanhola comunga dessa diretiva⁷⁵. Marcus da Costa Ferreira⁷⁶ mantém posicionamento concordante com a ideia, argumentando que, caso se abrisse a possibilidade para que fornecedores pleiteassem, os centros de arbitragem seriam inundados com pedidos de cobrança, o que desestabilizaria sua estrutura. Marques Cebola⁷⁷, por sua vez, advoga pelo fim da unidirecionalidade, ressaltando materialmente, todavia, as demandas de cobrança, sob o mesmo argumento de Ferreira.

O procedimento nos centros portugueses compreende algumas etapas⁷⁸: a primeira, informacional, em que o consumidor tira dúvidas sobre seus direitos e, com base nisso, prossegue ou, ciente de que a ordem jurídica não o protege naquela determinada situação, desiste; a segunda, de mediação, em que o centro entra em contato com o fornecedor visando a um acordo; a terceira, conciliatória, quando as partes são chamadas a uma tentativa de resolução entre si; e, por fim, na ausência de autocomposição, a quarta, arbitral. Note-se que mediação e conciliação possuem distinção conceitual diferente da brasileira – lá, o divisor de águas corresponde ao terceiro: o mediador deve necessariamente ser

⁷¹ CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-46, 2012. p. 23.

⁷² CEBOLA, Cátia Marques. Op. cit. p. 26

⁷³ CEBOLA, Cátia Marques. Op. cit. p. 31.

⁷⁴ FERREIRA, Marcus da Costa. Op. cit. p. 69.

⁷⁵ SOARES, Dennis Verbicaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o Brasil? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 445-484, 2016. p. 464.

⁷⁶ FERREIRA, Marcus da Costa. Op. cit. p. 67.

⁷⁷ CEBOLA, Cátia Marques. Op. cit. p. 35.

⁷⁸ FERREIRA, Marcus da Costa. Op. cit. p. 64.

estranho ao processo, participando da relação com o único propósito de mediar, tarefa após a qual ele se desvencilha do procedimento⁷⁹.

Outra observação importante corresponde à não obrigatoriedade de comparecimento por parte do fornecedor. Isso porque a arbitragem é voluntária para ambas as partes, de modo que pode a empresa se negar a participar do procedimento sem que lhe seja atribuída nenhuma espécie de sanção⁸⁰.

A mediação, a conciliação e a arbitragem oferecidas pelos centros lusitanos são, em regra, gratuitas, tendo em vista o costumeiro valor diminuto das causas (a princípio, restringidas à alçada de primeira instância, não superior à quantia de 5000 euros, já se encontrando, hoje, todavia, centros que não disponham sobre qualquer limite de valor⁸¹), apesar de tal característica não ser expressamente prevista nem na lei de arbitragem voluntária nem nos próprios regulamentos, como observa Ferreira⁸². O autor pontua também a facultatividade da presença de advogado⁸³ e a possibilidade de julgamento por equidade, o que, todavia, implica renúncia ao direito de recorrer⁸⁴.

É possível concluir que os centros de arbitragem portugueses exercem função similar aos juizados especiais cíveis brasileiros, uma vez observadas similaridades no que tange ao valor da causa, à gratuidade (no Brasil, de primeira instância), à figura do julgador especializado na matéria de consumo (lembrando que, em Portugal, se trata, em regra, também de magistrados), à facultatividade da assistência por causídico (no Brasil, referente aos litígios de valor inferior a vinte salários mínimos⁸⁵), à unidirecionalidade (empresas de grande porte não podem demandar, a não ser por pedido contraposto, nos juizados brasileiros⁸⁶⁻⁸⁷) e mesmo à reduzida duração. Marcus da Costa Ferreira, cujo artigo objetiva justamente estabelecer comparações entre Brasil e Portugal, afirma serem os

⁷⁹ CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-46, 2012. p. 29.

⁸⁰ FERREIRA, Marcus da Costa. Juizados especiais cíveis e julgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011. p. 64-65.

⁸¹ CEBOLA, Cátia Marques. Op. cit. p. 36-37.

⁸² FERREIRA, Marcus da Costa. Op. cit. p. 67.

⁸³ FERREIRA, Marcus da Costa. Op. cit. p. 72.

⁸⁴ FERREIRA, Marcus da Costa. Op. cit. p. 73.

⁸⁵ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018.

⁸⁶ “Art. 8º, § 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: I - as pessoas físicas capazes, excluídos oscessionários de direito de pessoas jurídicas; II - as *peçoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte* na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; III - as *peçoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público*, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; IV - as *sociedades de crédito ao microempreendedor*, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001”. BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁸⁷ “É admissível pedido contraposto no caso de ser a parte ré pessoa jurídica”. FONAJE. Enunciado 31. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 30 out. 2017.

juílgados de paz os similares aos juizados especiais nacionais, percebendo-se, inclusive, a influência da lei 9.099 na confecção da respectiva lei lusitana⁸⁸. Entretanto, pelo quanto observado, não resta dúvidas quanto à proximidade das características e dos nichos sociais objetivados pelos centros portugueses de arbitragem e pelos juizados especiais brasileiros.

Desta feita, põe-se em relevo que, a fim de que se viabilize a arbitragem em relações de consumo, de modo a também impedir oportunistas dos fornecedores, pressupõe-se um maior grau de interferência estatal – não necessariamente no nível do caso lusitano, por óbvio, inclusive porque, como salientado, a experiência de lá se aproxima bastante da vivência dos juizados especiais brasileiros.

Necessário se faz, portanto, analisar o instrumentário já oferecido no cotidiano jurídico nacional, para adequar a arbitragem, com as características que aqui lhe são conferidas, às relações de consumo.

1.4 PANORAMA BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Urge, nesse momento, verificar o atual estágio de discussão da matéria no âmbito brasileiro, a fim de que se extraia da doutrina e da jurisprudência as diretivas hoje utilizadas para balizar a questão, uma vez já perpassados a análise dos diplomas normativos relevantes e o debate acadêmico sobre o problema seminal da própria viabilidade jurídica da arbitragem em relações de consumo no cenário nacional.

1.4.1 O veto presidencial à nova lei de arbitragem

O projeto de lei 406/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros, que visava a realizar alterações pontuais na lei de arbitragem de 1996, propunha, entre outras, uma mudança no art. 4º desta, para que fosse inserida, como §3º, a seguinte disposição: “Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição”.

A proposta sofreu duras críticas negativas, devendo-se ressaltar o relevante papel da BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor) e, especialmente,

⁸⁸ FERREIRA, Marcus da Costa. Juizados especiais cíveis e juílgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011. p. 75-76.

de Cláudia Lima Marques⁸⁹ nesse aspecto, tendo em vista o quanto empreenderam esforços para que o texto fosse vetado. Da redação entregue, apontava-se que a referência à *eficácia* da cláusula compromissória ia contra o previsto no art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, que trata a obrigatoriedade da arbitragem como estipulação nula de pleno direito, ou seja, viciada no âmbito da *validade*.

As omissões, no entanto, foram o grande alvo de críticas ao texto, notoriamente o silêncio quanto à realização da arbitragem em língua portuguesa e à gratuidade para o consumidor, a ausência de ressalvas quanto aos consumidores hipervulneráveis⁹⁰ e a não referência à aplicabilidade do CDC. Esta última, no entanto, como supra-analisado neste trabalho, já decorre de análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio, sendo, sua previsão expressa, muito mais do que uma necessidade jurídica, uma atitude que reforça a proteção ao oblató e pacifica a matéria.

As maiores críticas, portanto, se direcionavam à alegada natureza lacunosa da proposta legislativa, tendo sido, elas, acolhidas pelo Executivo, que decidiu, por fim, vetar o dispositivo. Tanto assim o é que, nas razões do veto, diz-se que tais previsões “autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo [...] tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor”⁹¹. A despeito de haver quem enxergue, nessa redação, intenção clara de proibir definitivamente qualquer tipo de arbitragem de consumo, como Jacques Brauner⁹², não parece restar qualquer dúvida de que a motivação do veto se baseou nas possíveis consequências da entendida *imprecisão* do texto proposto, que deveria ser mais bem esmiuçado – do contrário, o Ministério da Justiça não se utilizaria da expressão “sem os devidos recortes”, de onde se depreende que o ordenamento não é avesso à arbitragem de consumo, mas exige dela uma regulação específica e pormenorizada.

⁸⁹ V.g., MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 407-414, 2014. p. 412-414.

⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Veto à lei 13.129/2015 que atualizou a lei de arbitragem e ao artigo sobre arbitragem de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 521-538, 2016. p. 537.

⁹¹ BRASIL. Presidência da República. Mensagem 162, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/msg/vep-162.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

⁹² BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Convenção de arbitragem. Possibilidade em tese nas relações de consumo. Inaplicabilidade no caso de o consumidor ingressar com ação. Conceito de vulnerabilidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 598-604, 2016. p. 602.

Desta feita, o PLS 406/2013 foi promulgado, tornando-se a lei 13.129/2015, sem realizar as modificações originariamente pensadas para o §2º do art. 4º da lei de arbitragem, permanecendo, este, portanto, com sua redação inalterada⁹³.

1.4.2 As hipóteses elencadas pelo Superior Tribunal de Justiça

Independentemente do que se interprete das razões do veto, fato é que, atualmente, a arbitragem de consumo permanece sem uma regulação legislativa própria, dependendo, assim, dos parâmetros determinados pela jurisprudência e das contribuições da doutrina para se desenvolver.

Nessa senda, surge importante precedente do Superior Tribunal de Justiça, qual seja o recurso especial 1.189.050/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em que foi estabelecido um rol de hipóteses em que a arbitragem em relações de consumo seria considerada válida.

No caso, o autor havia ajuizado ação contra empresa fornecedora de serviços de engenharia, de quem havia adquirido um imóvel, postulando a entrega da documentação para o financiamento com o agente financeiro, o cômputo e a demonstração dos valores pagos ou devidos como sinal e/ou saldo devedor, devidamente atualizados, baixa da hipoteca, imissão na posse, condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais e a declaração de nulidade de diversas cláusulas, dentre as quais a que estabelece a arbitragem. O pedido concernente à anulação da cláusula compromissória foi julgado improcedente pelo magistrado de primeiro grau, sendo reconhecida, portanto, sua validade, o que acabou por também extinguir o processo, porém sem resolução do mérito, no que tange a todos os demais pleitos do autor. O respectivo Tribunal de Justiça, de São Paulo, negou provimento à apelação interposta.

Chegando à quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial do autor foi provido. Afirmando que a simples propositura de ação judicial pelo consumidor constitui ato suficiente a demonstrar seu desinteresse na instauração da arbitragem, o Ministro relator assinalou que o peticitante não apresentara, em sua defesa, qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal: as condições de equilíbrio apresentadas pelo

⁹³ “§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”. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 31 out. 2017.

consumidor no momento da pactuação, a iniciativa de instauração da arbitragem pelo próprio oblato ou a concordância expressa deste, em caso de iniciativa do fornecedor⁹⁴.

Do julgado, depreende-se, portanto, que, em ocorrendo qualquer dessas exceções, na visão do tribunal (ao menos, de sua quarta turma, que seguiu, à unanimidade, o voto do relator), a arbitragem de consumo estaria conforme o ordenamento jurídico brasileiro. Cada uma dessas hipóteses merece uma análise pormenorizada.

1.4.2.1 O equilíbrio interpartes no momento da formação do contrato

Quanto às *condições paritárias entre os sujeitos no momento da pactuação*, a princípio, seria possível considerar uma atecnia do relator, tendo em vista que resta pacificado doutrinariamente o entendimento de que *todo* consumidor é vulnerável (Jacques Brauner o reforça em sua crítica ao julgado⁹⁵), não havendo que se falar em paridade. Em rápida e necessária digressão, tem-se que, no Brasil, consumidor é a pessoa física que adquire um produto ou contrata um serviço com intuito não profissional e a pessoa natural ou jurídica que, mesmo fazendo uso profissional do produto ou serviço, vê reconhecida, judicialmente, sua vulnerabilidade – conceituação essa baseada na teoria do finalismo aprofundado⁹⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem se posicionado de modo a ponderar essa inferência imediata da vulnerabilidade na relação de consumo – exemplo latente corresponde aos julgados sobre responsabilidade por prejuízos em fundos de investimento, situações em que o órgão julgador leva fortemente em consideração as características do investidor para atribuir ou não as benesses do regime protetivo, já havendo, inclusive, manifestação no sentido de reconhecer a relação consumerista e a aplicabilidade do CDC, obstando-se, contudo, a incidência de regras específicas nele contidas, como a inversão do ônus da prova⁹⁷.

Essa postura parece acertada, tendo em vista que analisa, caso a caso, as condições particulares de cada demandante. Certo é que o ser fornecedor, por si só, já atribui uma *expertise* sobre o produto ou serviço que o consumidor, via de regra, não tem, de onde se

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.189.050/SP. Brasília, 01 de março de 2016. Lex: jurisprudência do STJ. Ementa.

⁹⁵ BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Convenção de arbitragem. Possibilidade em tese nas relações de consumo. Inaplicabilidade no caso de o consumidor ingressar com ação. Conceito de vulnerabilidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 598-604, 2016. p 602.

⁹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 591.

⁹⁷ Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.214.318-RJ. Brasília, 12 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do STJ.

conclui que a vulnerabilidade (que Cláudia Lima Marques denomina informacional⁹⁸, como visto) sempre existirá – entretanto, considere-se, por exemplo, que um sujeito adquira, para fins pessoais, um produto ou serviço com o qual costuma lidar profissionalmente, o que seria o caso de um gerente de banco que investe, para gozo próprio, em uma série de fundos de investimentos: estar-se-ia diante, claramente, de uma relação de consumo, tendo, todavia, o consumidor, conhecimentos específicos sobre o objeto contratado.

Desta feita, conclui-se que a primeira das hipóteses aventadas, apesar de contrariar o quanto estabelecido doutrinariamente, coaduna-se com posturas prévias apresentadas pelo tribunal, as quais merecem prosperar. Veja-se, tendo em vista a específica questão em análise, situação em que figure no polo do consumidor um indivíduo que já foi árbitro ou que já participou anteriormente de arbitragem – não haveria de se falar em desconhecimento do instituto, de suas consequências, da natureza da cláusula compromissória, etc. Assim sendo, defende-se que a averiguação *in concreto* das características do postulante, de seu nível de conhecimento do objeto contratado, bem como das circunstâncias que envolveram a contratação, configura elemento importante no devido julgamento das lides de consumo.

1.4.2.2 A instauração por iniciativa do polo mais fraco

No que concerne à hipótese da *iniciativa do consumidor*, trata-se de elemento capital na discussão em apreço, sobre a qual não existe muita controvérsia, sendo, inclusive, conforme já analisado, a única opção viável em alguns dos países que adotam, de maneira salutar, a arbitragem de consumo, como Portugal e Espanha.

Diferente não poderia ser, partindo-se do pressuposto de que, se o próprio sujeito localizado no polo vulnerável da relação escolhe a via arbitral, há de se presumir que exerce plenamente sua autonomia negocial, especialmente levando-se em conta que, na prática, frente a um conflito surgido em relação de consumo, o oblato, quando se predispõe a solucioná-lo jurisdicionalmente (vide supracitada problemática de acesso à justiça), procura, *prima facie*, orientação jurídica sobre o caso (seja através de advogado particular, seja através de umas primeiras explanações pela defensoria pública ou por núcleos de prática jurídica, seja diretamente nos juizados especiais ou no Procon, etc.), suprimindo, assim, em certo grau, sua vulnerabilidade jurídica, de modo que, face à lide já existente, pode muito bem optar pela via estatal, se assim se sentir mais seguro.

⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 336.

Acabando, no entanto, por escolher a arbitragem, a opção deve ser entendida, em regra, como ato de exercício pleno de sua autonomia, porquanto, caso contrário, presumir-se-ia que a iniciativa do consumidor corresponde a atitude tomada com *fundamento* em sua vulnerabilidade e, por isso, passível de ser desconsiderada – o que, se levado a cabo em toda situação, seria passível de anular qualquer ato praticado pelo oblato, visto que, em regra, este é considerado inerentemente frágil. Vide argumento utilizado por Jacques Brauner⁹⁹, concernente à mera e desatenciosa assinatura de um papel: “A utilização da arbitragem poderá fragilizar ainda mais o consumidor ainda quando se diga que teria sido por sua iniciativa a instauração do procedimento, o que poderia significar, na prática, alguma assinatura em documento nesse sentido”. Sem dúvidas, o risco de ocorrência deste oportunismo existe, assim como o mesmo existe em qualquer situação na qual esteja em jogo uma relação contratual, inclusive fora do âmbito do consumo. Para tanto, o ordenamento jurídico oferece remédio na forma de anulação por vício de consentimento, bastando que este seja arguido pela parte.

Desta feita, o temor exacerbado que lastreia a visão segundo a qual, inclusive quando de iniciativa do oblato, a arbitragem consumerista não merece ser permitida consiste paternalismo jurídico exagerado, uma vez que considera o consumidor não um vulnerável, mas, sim, um verdadeiro irresponsável por qualquer de suas atitudes. Ademais, existe figura saneadora no caso de ocorrência fática de oportunismo do fornecedor, encontrada já na teoria geral do negócio jurídico, qual seja a invalidação por vício de consentimento.

1.4.2.3 O fornecedor no polo ativo da demanda e a concordância do oblato

Finalmente, a terceira hipótese, em que se vislumbra a *iniciativa do fornecedor somada ao aceite expresso do consumidor*, é mais problemática. De imediato, o fato de se prezar pelo segundo aceite do consumidor, uma vez que o primeiro se deu com a assinatura do contrato (em regra) de adesão, momento em que a autonomia negocial do cidadão encontra-se bastante limitada, constitui raciocínio que respeita as diretrizes protetivas.

Vê-se, inclusive, que o posicionamento trazido no julgado coaduna-se com a leitura aqui feita do art. 51, inciso VII, do CDC, qual seja a necessidade de aperfeiçoamento da vontade do consumidor com relação à arbitragem após o surgimento do conflito, não sendo

⁹⁹ BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Convenção de arbitragem. Possibilidade em tese nas relações de consumo. Inaplicabilidade no caso de o consumidor ingressar com ação. Conceito de vulnerabilidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 598-604, 2016. p. 603.

preciso, de outro lado, reafirmação de vontade por parte do fornecedor. O Ministro relator traz essa ideia logo na ementa, ao afirmar que “a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira [...]”¹⁰⁰.

Como se daria, então, esse aperfeiçoamento da vontade do oblato? Ou na hipótese de instauração por iniciativa do consumidor, já analisada, ou na hipótese de instauração pelo fornecedor combinado com um aceite expresso da contraparte, que, como visto, o tribunal também acredita ser válida. Nessa situação, no entanto, o temor de Brauner, relativo à desatenciosa assinatura de documento¹⁰¹, adquire uma maior base de sustentação, potencializado, ainda, pelo fato de que, estando no polo passivo da demanda, é o patrimônio do consumidor o objeto visado. Além disso, também ganha corpo o perigo apontado por Cláudia Lima Marques¹⁰² de o consumidor ver-se processado e julgado sem sequer saber do fato, sendo condenado por conta, inclusive, de sua revelia.

Importante, portanto, é investigar os impactos que o regramento sobre a legitimidade para instaurar a arbitragem de consumo pode proporcionar: se seria melhor adotar, da mesma forma que em Portugal e Espanha, a unidirecionalidade, permitindo que apenas o consumidor possa figurar no polo ativo da demanda arbitral, ou se se abriria a possibilidade de também o fornecedor ser legitimado a figurar como autor da lide em sede de arbitragem consumerista. O caso será analisado economicamente no capítulo pertinente.

1.4.3 A proposta redacional de Cláudia Lima Marques

Digna de nota, por fim, devido ao seu maior nível de detalhamento, a sugestão de texto legislativo feita por Cláudia Lima Marques¹⁰³, na qual se observam: a vedação à

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.189.050/SP. Brasília, 01 de março de 2016. Lex: jurisprudência do STJ. Ementa.

¹⁰¹ BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Convenção de arbitragem. Possibilidade em tese nas relações de consumo. Inaplicabilidade no caso de o consumidor ingressar com ação. Conceito de vulnerabilidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 598-604, 2016. p. 603.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 407-414, 2014. p. 413.

¹⁰³ “Na relação de consumo fica proibida a cláusula que imponha a arbitragem ao consumidor, ou lhe retire o direito de recorrer ao Judiciário individualmente ou em ação coletiva, assim como de se beneficiar de decisões em ações coletivas. §1º O consumidor pode, se há um litígio após a conclusão de um contrato, concordar expressamente em instituir uma arbitragem, se gratuita para ele e se houverem sido dadas garantias de imparcialidade da instituição arbitral escolhida, cujos árbitros devem aplicar as normas do Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto à inversão do ônus da prova, assim como as demais leis de ordem pública, que garantam direitos aos consumidores, sob pena de poder o consumidor em 15 dias após o laudo pedir sua anulação no Judiciário. §2º O consumidor analfabeto e em estado de superendividamento não poderá se submeter à arbitragem privada. §3º O consumidor de 60 anos ou mais somente poderá se submeter à arbitragem privada acompanhado de advogado. §4º Fica proibida a arbitragem frente a consumidores em matéria de serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários, inclusive nos planos de saúde”. MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso

obrigatoriedade da arbitragem e, conseqüentemente, o resguardo do direito de se recorrer ao judiciário, individual ou coletivamente; a concordância expressa do consumidor após o surgimento do litígio; a gratuidade; a demonstração de garantias de imparcialidade pela instituição; a aplicação obrigatória do CDC, sob pena de nulidade da sentença arbitral, argüível em, no máximo, quinze dias; a proibição ao analfabeto e ao superendividado de figurar como parte em uma arbitragem; a necessária assessoria de advogado no caso de parte idosa; e a vedação em matéria de serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários, incluindo planos de saúde.

A vedação à compulsoriedade, como visto, decorre já da redação do art. 51, inciso VII, do CDC, sendo sua menção um reforço e um sinal de coesão sistêmica; a proteção do direito de se utilizar do maquinário de jurisdição estatal é consequência direta da primeira norma, conforme também supra-analisado; sobre a concordância expressa pós-conflito, trata-se da instituição da arbitragem por meio de compromisso arbitral, contra a qual a autora já havia demonstrado não possuir maiores ressalvas; as garantias de imparcialidade constituem medida administrativa que se coaduna com a proteção tanto ao consumidor quanto à credibilidade dos centros de arbitragem; a necessária aplicação do CDC encontra-se já determinada pelo ordenamento jurídico, de modo que torná-la explícita apenas reforça, oportunamente, o que já existe; a impossibilidade de os hipervulneráveis analfabetos (para quem exigências formais do contrato relativas às cláusulas e mesmo compromissos arbitrais pouco ou mesmo em nada influenciam) e superendividados (devido à maior fragilidade situacional) participarem de arbitragens, tendo em vista seu maior espectro de fraqueza, campo propício aos oportunismos hegemônicos da contraparte, mais dificilmente evitáveis, assim como a obrigatoriedade de presença de advogado para o idoso, também potencialmente considerável como hipervulnerável, configuram sugestões bastante pertinentes; e, por fim, a vedação em matéria dos serviços apontados decorre – referindo-se, a autora, à tese francesa de Sophie Gjidara¹⁰⁴, segundo a qual, tendo o crédito como fundamentos a confiança e o tempo, o endividamento gera, por consequência, a dependência jurídica frente aos credores – do aprofundamento das vulnerabilidades do consumidor – a referência aos planos de saúde se dá tendo em vista o fato de estes comungarem dos mesmos princípios: fidúcia e longa duração.

do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 141.

¹⁰⁴ GJIDARA, Sophie. *L'endettement et le droit privé*. Paris: LGDJ, 1999. p. 34 e ss. *apud* MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 139.

Desta feita, fica evidente que a doutrinadora lançou um olhar mais preocupado com as consequências da questão, notoriamente no que tange aos hipervulneráveis, reforçando noções que, na perspectiva do presente trabalho, o ordenamento jurídico já proporciona. Não por outro motivo, elementos capitais dessa proposta serão, a seguir, oportunamente analisados.

1.5 O OBJETO DA ANÁLISE

Cumpra, finalmente, examinados os mais latentes problemas envolvendo a questão objeto de estudo na contemporaneidade, especialmente em suas repercussões jurídicas, destacar aquilo que será objeto da análise econômica do direito, a que se propõe este trabalho. O exame especulativo comportamental tem o condão de evidenciar possíveis consequências práticas de determinada atividade legislativa, revelando-se, dessa maneira, instrumento de grande valia no estudo da específica problemática em apreço, uma vez estando em jogo graves riscos de oportunismos.

Em assim sendo, tendo como motivação tudo o quanto examinado até aqui, incluindo-se as experiências estrangeiras, bem como as particularidades inerentes ao cenário brasileiro, serão pormenorizadamente averiguados, individualmente e em conjunto, os efeitos:

1. da direcionalidade;
2. da gratuidade para o consumidor;
3. da influência do fator tempo na decisão das partes contratantes;
4. do valor da causa;
5. da exigência de assessoria jurídica por advogado para o consumidor idoso;
6. da possibilidade de anulação da sentença arbitral por inobservância do CDC; e
7. da proibição de arbitragem em relações que envolvam serviços financeiros, securitários, bancários, de crédito e de plano de saúde.

A ordem de análise dos objetos de estudo é importante pelo seguinte: primeiramente, necessário se faz averiguar os impactos que a legitimidade para instaurar arbitragem de consumo provocaria, afinal, primordial se faz saber se a prerrogativa cabe a apenas uma ou às duas partes contratantes, tendo em vista que os incentivos provocados por essa escolha moldam todo o resto do regramento, tratando-se, portanto, da base sobre a qual se construirá a análise; a gratuidade para o consumidor, por atingir a distribuição dos encargos financeiros da arbitragem, regulando diretamente os ônus de natureza pecuniária das partes, vem em segundo lugar; em seguida, vê-se como o fator tempo, em comparação

ao processo judicial, e o valor da causa influenciam na escolha dos sujeitos, dentro dos sistemas investigados e construídos até então; por fim, vêm as imposições legais, deixadas por último, pois precisam ser estudadas não de forma solta mas, sim, dentro de estruturas definidas quanto à direcionalidade, para que se possa averiguar seus efeitos dentro desses cenários.

Desta feita, antes de se partir para o seu efeito exame, urge estudar o *instrumento* da investigação, as lentes através das quais se esmiuçar o objeto agora delimitado: a análise econômica do direito.

Capítulo 02

A METODOLOGIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A utilização de elementos pertencentes à ciência econômica com fins de interpretação e compreensão do fenômeno jurídico, pode-se dizer, vem sendo pensada há séculos – Mackaay e Rousseau¹⁰⁵, por exemplo, falam em Hobbes, Maquiavel e Locke, enquanto Mechelany Veloso¹⁰⁶ aponta Adam Smith. Orlando Gomes¹⁰⁷ afirmou serem visíveis as relações entre direito e economia quando se isola determinado instituto jurídico a fim de confrontá-lo com seu substrato socioeconômico.

A economia fornece, segundo Cooter e Ullen, “uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis”¹⁰⁸, não havendo que se correlacionar à ela, portanto, necessariamente, a ideia de pecúnia, porquanto, conforme desmistifica Posner¹⁰⁹, economia trata de utilização de recursos, independentemente da ocorrência de trânsito monetário. Desta feita, a análise do direito sob o prisma econômico pauta-se, nas palavras de Viola e Porto¹¹⁰, na eficiência como critério avaliativo e aplicativo de normas jurídicas, configurando, assim, uma metodologia consequencialista, influenciada pelo utilitarismo.

O mais recente marco histórico do estudo do direito sob a perspectiva econômica corresponde ao movimento originado nos Estados Unidos ao fim da década de 1950, escola conhecida por *Law & Economics*.

2.1 SOBRE A *LAW & ECONOMICS*

A Universidade de Chicago, pode-se dizer, é a fonte, onde se encontra o ponto genético, do movimento. Afinal de contas, seu periódico, que passou a ser publicado em 1958, veiculou, dois anos depois, o seminal artigo de Ronald Coase sobre o custo social,

¹⁰⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

¹⁰⁶ VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos – art. 421 do código civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, p. 99-122, 2014. p. 113.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. Relações entre o direito e a economia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 12-14, 1967. p. 14.

¹⁰⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25.

¹⁰⁹ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 6.

¹¹⁰ VIOLA, Rafael; PORTO, Antonio José Maristrello. Constituição, economia e contrato: as transformações do direito civil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Gotti de (Coord). *Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI*. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 294-5.

relevante marco da AED (análise econômica do direito). Como se não bastasse, é também da Universidade de Chicago o professor autor da obra que firmou, de vez, a recepção pelos juristas do movimento até então dominado por economistas: o juiz federal Richard A. Posner e seu *Economic analysis of law*¹¹¹, cuja primeira edição data de 1972.

2.1.1 Premissas da AED

Ideologicamente de base liberal, em constante remissão à ideia de Estado mínimo e à credibilidade da noção que tem no mercado o principal provedor de mecanismos regulatórios de si mesmo (autorregulação, no caso), a AED, como modelada pela escola de Chicago, adotou, conforme salientam Amanda Flávio e Felipe Ferreira¹¹², a figura do *homo economicus* como modelo comportamental representativo do ser humano, caracterizada pela racionalidade, pelo individualismo e pela habilidade de elaborar juízos com base nos objetivos subjetivamente traçados.

Essa figura será analisada com base em algumas premissas, tais quais, como sistematizado, por exemplo, por Pugliese e Salama¹¹³: a escassez (noção de que os recursos disponíveis no mundo são escassos, de modo a ser necessário equacionar, resolver, sua alocação), a maximização racional (ideia de que as pessoas fazem escolhas com o fulcro e atingir seus objetivos da melhor maneira possível), o equilíbrio (padrão encontrado em uma interação no qual os sujeitos maximizam, simultaneamente, seus interesses particulares), os incentivos (dados da vida que estimulam comportamentos determinados, também entendidos como preços implícitos) e a eficiência (a maximização de ganhos atrelada à minimização dos custos – pontue-se que o critério de Pareto para aferição desse quesito determina que ele somente exista quando há aumento do bem-estar de uma ou mais pessoas *sem que ocorra o decréscimo de bem-estar de outrem*¹¹⁴).

Arremata-se, do conjunto desses pilares metodológicos, na esteira de Posner, que o ser humano, conceituado como maximizador racional de seus próprios interesses, responde a incentivos, ou seja, havendo mudança do panorama em que se insere, o

¹¹¹ Mais detalhes históricos em: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8-19.

¹¹² OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 13-38, 2012. p. 17.

¹¹³ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, São Paulo, n. 1, v. 4, p. 15-28, 2008. p. 16-7.

¹¹⁴ VIOLA, Rafael; PORTO, Antonio José Maristrello. Constituição, economia e contrato: as transformações do direito civil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Gotti de (Coord). *Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI*. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 297.

indivíduo, vislumbrando possibilidade de melhorar seu bem-estar a partir dessa alteração do estado de coisas circundante, assim o fará¹¹⁵.

A mudança de cenário caracterizada como incentivo¹¹⁶, obviamente, pode se apresentar, entre tantas outras possibilidades, como uma atividade normativa – elaboração, alteração ou revogação de determinada norma – ou através do exercício do poder jurisdicional – uma decisão ou conjunto de decisões judiciais. Ou seja, os estímulos comportamentais podem surgir do mundo jurídico¹¹⁷, sendo esse aspecto o objeto de incidência da AED. Nessa senda, conforme salientam Mackaay e Rousseau, os indivíduos “não ficam passivos diante da mudança de regras às quais são submetidos. [...] As pessoas continuam livres para reagir como entenderem e não, obrigatoriamente, no sentido desejado pelo legislador, assumindo, claro, as consequências”¹¹⁸.

As noções, trazidas pelos autores, de que os cidadãos não necessariamente obedecerão à regra posta e também não necessariamente agirão voltados aos fins estipulados pelo legislador, dependendo, sua postura, do quanto a regra se coaduna ou se desvia dos seus próprios interesses, são de especial valia para o presente estudo, a exemplo da averiguação do grau de impacto das normas sobre o cálculo orçamentário e lucrativo dos agentes econômicos atuantes no mercado de consumo¹¹⁹.

Essa perspectiva consequencialista configura elemento relevante na atividade legislativa, tendo em vista que permite especular os efeitos concretos que uma norma tende a provocar. Todavia, e é importante fazer essa ressalva, a persecução do que é eficiente não se confunde nem se sobrepõe à discussão do que é justo, mas pode para ela contribuir significativamente¹²⁰. Posner arremata que “há mais na justiça do que economia [...]”

¹¹⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 4.

¹¹⁶ “Incentivo é algo que induz a pessoa a agir. Como as pessoas racionais tomam decisões comparando custo e benefício, elas respondem a incentivos, que têm papel importante no estudo da economia”. MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana. 2. ed. 5. reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 7.

¹¹⁷ “Portanto, entre duas ou mais alternativas, o agente racional escolhe aquela que lhe seja mais favorável ou menos gravosa. Essa ideia está presente no pensamento de Norberto Bobbio quando discute a fixação de prêmios, recompensas e punições que deve, de alguma forma, permear o sistema jurídico de forma a se obter certos comportamentos desejáveis e inibir os indesejáveis”. SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 111, p. 9- 29, 1998. p. 9.

¹¹⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

¹¹⁹ “Nesta senda, ao contrário do que se imagina de tais empresas, a consultoria jurídica dos efeitos pós-venda/pós-contrato se realiza unicamente com base nos lucros. Se o cálculo de número de demandas (judiciais e extrajudiciais) ajuizadas por consumidores contra uma determinada cláusula abusiva, por exemplo, somadas ao pagamento de eventual sucumbência dos processos (custo), for insignificante perante a vantagem obtida, é absolutamente seguro afirmar que continuarão a se conduzir sem a mínima intenção de prevenir litígios”. ADDARIO, Marilsen Andrade. Conceituação de consumidor: destinatário final ou uso não profissional? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 75, 166-213, 2010. p. 207.

¹²⁰ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, São Paulo, n. 1, v. 4, p. 15-28, 2008. p. 18.

Sempre, todavia, a economia pode proporcionar valoroso esclarecimento, mostrando à sociedade do que é preciso abrir mão para alcançar um ideal não econômico de justiça. A demanda por justiça tem seu preço”¹²¹.

Em assim sendo, encara-se, constantemente, escolhas de alto nível de dificuldade, porquanto, na escassez de recursos que caracteriza o mundo vivente, não raramente precisa-se optar entre dois ou mais valores socialmente relevantes. Conforme bem observa Vernalha Guimarães, a ciência do que é sacrificado importa mais do que a ciência do que é assegurado¹²², especialmente (e isso é observação do presente trabalho, não do autor) por conta da obviedade e clareza com que se enxerga o segundo em contraponto à obscuridade que normalmente envolve o primeiro.

Vide, exemplificativamente, a questão da popularmente conhecida como PEC das domésticas¹²³: se, por um lado, não há, de fato, qualquer motivo jurídico para se discriminar negativamente as empregadas domésticas dos demais empregados, sendo, portanto, *justo* a equiparação trazida pela lei complementar, por outro, o custo social dessa atividade normativa foi sentida por importante parcela desse grupo, tendo em vista que, por ser a figura do patrão, nessa específica relação de trabalho, pessoa física, em regra, igualmente trabalhadora, a imposição dos encargos empregatícios típicos fez com que muitos deles extinguissem o contrato pela onerosidade que havia se tornado excessiva. Ou seja, com o objetivo de se atingir o que é justo, sacrificou-se o emprego de parte das domésticas, que então trabalhava para pessoas cuja faixa de renda restringia os gastos possíveis nessa relação. Desse modo, ainda na esteira da lição de Vernalha Guimarães¹²⁴, percebe-se que, normalmente, o bem dispensado não se trata de um bem indesejado – no exemplo acima, a empregabilidade, bem não apenas desejado como especialmente caro aos cidadãos brasileiros, foi preterida frente às noções de justiça e igualdade, valores também bastante prezados pela sociedade.

Resta claro, portanto, que a análise econômica constitui relevante instrumento tanto na produção normativa quanto na atividade decisória jurisdicional, não se tratando, todavia, de elemento único ou sempre preponderante, pois, por exemplo, os ideais de justiça e segurança jurídica de uma comunidade em determinado período histórico escapam do

¹²¹ Tradução livre de “[...] there is more to justice than economics [...] Always, however, economics can provide value clarification by showing the society what it must give up to achieve a noneconomic ideal of justice. The demand for justice is not independent of its price”. POSNER, Richard A. Op. cit. p. 25-6.

¹²² GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Análise econômica do direito: como a dogmática civil do direito de humanidade pode contribuir para atender ao anseio e bem-estar da sociedade? *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 74, p. 231-255, 2017. p. 243.

¹²³ BRASIL. Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹²⁴ GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Op. cit. p. 243.

domínio econômico – especificamente sobre o contrato, cerne do presente trabalho e mais adiante explorado, Benetti Timm¹²⁵ aponta para a confluência de uma série de racionalidades (política, econômica, jurídica, ética, etc.), cujas pretensões regulatórias, segundo o autor, não raramente, apresentam vocação excludente das demais, nascendo daí o motivo de se falar, por exemplo, em “moralização da relação contratual”, “politização do contrato”, etc., se tratando, cada uma dessas perspectivas, de fragmentos da complexa realidade contratual.

Importante frisar, por fim, que essa AED, segundo bem observa Gesta Leal¹²⁶, averigua os efeitos de certa norma sobre o bem-estar coletivo a partir do somatório simples das respostas individuais a tais normas (o supramencionado individualismo metodológico). O autor continua, asseverando que a realidade demonstra ser difícil controlar e manipular a integralidade das variáveis interferentes nas relações sociais de modo a garantir o ótimo de Pareto, sendo este, portanto, um tipo ideal de difícil materialização. Foi com lastro também nesse entendimento, entre outros, que a AED ampliou-se, gerando ramificações que questionam a metodologia clássica e propõem adições que merecem ser mencionadas.

2.1.2 A economia comportamental

As discussões sobre os fundamentos da AED estimularam, como narram Mackaay e Rousseau¹²⁷, o surgimento de outras linhas de pensamento acerca das relações entre direito e economia, a partir da década de 1980. Além da principal escola econômica, associada à supramencionada metodologia, Escola de Chicago, passou-se a identificar a produção de pesquisas na área por institucionalistas e neoinstitucionalistas, pela Escola Austríaca, pela Escola ligada às normas sociais e por aquelas relacionadas à *Behavioral Law and Economics*. Previu-se que essa pluralidade de linhas distintas levaria à fragmentação e posterior desaparecimento do movimento, todavia, conforme relatam os autores, o que se tem observado no novo milênio é a gradual integração, na corrente principal, daquelas que aparentavam ser dissidentes¹²⁸. Dessa forma, o que indiciava ser um sinal de enfraquecimento do movimento se tornou, ao contrário, matéria de

¹²⁵ TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato: a “hipercomplexidade” do sistema contratual em uma economia de mercado. In: TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e economia*. 1. ed. p. 107-119. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 110.

¹²⁶ LEAL, Rogério Gesta. As múltiplas dimensões da relação entre economia e direito. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, n. 19 e 20, p. 437-468, 2010. p. 450-3.

¹²⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 13.

¹²⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

fortalecimento e aprimoramento de suas bases. Como apontam Maristrello Porto e Thevenard Gomes¹²⁹, por vezes as mudanças propostas pelas ramificações não são radicais, apenas alteram pressupostos teóricos que não são centrais para a abordagem econômica.

Importante papel nesse cenário foi/é desempenhado pela corrente da economia comportamental (*behavioral law and economics*), que se propõe a explicar algumas anomalias ausentes da escola principal¹³⁰, substituindo, desse modo, o paradigma da racionalidade absoluta pelo paradigma da racionalidade limitada¹³¹ - em assim sendo, o argumento principal dessa corrente corresponde à ideia de que os indivíduos, normalmente, não decidem conforme os padrões de racionalidade estabelecidos pela teoria econômica clássica, mas, sim, adotam “atalhos”, simplificações de problemas de mais elevada complexidade, chamados de vieses comportamentais, que podem levar a erros¹³².

Alguns desses vieses, como elencados por Amanda Flávio e Felipe Ferreira¹³³, são: o excesso de confiança (a tendência das pessoas em acreditar que eventos positivos tem mais chance de ocorrer com elas do que com outras pessoas e que eventos negativos, ao contrário, tem menos probabilidade de acontecer com elas do que com outras pessoas), a confirmação (percepção dos dados da vida como reforço de interesses particulares e reiteração de convicções pessoais), a retrospectiva (superestimação das previsões feitas anteriormente quando estas vêm a se confirmar) e a ancoragem e ajustamento (avaliação de possibilidades a partir de um ponto de referência e posterior adequação das informações adicionais à estimativa estabelecida *a priori*).

De outro lado, Maristrello Porto e Thevenard Gomes¹³⁴, por sua vez, citam três vieses que têm o condão de influenciar as escolhas na hipótese de contratação por adesão: os custos irrecuperáveis (consequência da aversão humana às perdas, o que leva a parte aderente a valorizar os custos de transação¹³⁵ já despendidos e a ser por isso impelida a avançar mesmo que não inteiramente satisfeita com as disposições contratuais), a

¹²⁹ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão. *Revista de direito empresarial*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, p. 51-73, 2012. p. 66.

¹³⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 15.

¹³¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 13-38, 2012. p. 19.

¹³² PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Op. cit. 66.

¹³³ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Op. cit. p. 27-8.

¹³⁴ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Op. cit. p. 67-70.

¹³⁵ Tratam-se dos custos envolvidos, por exemplo, com a formulação das normas previstas em um contrato. “Mercados reduzem custos que as partes suportariam para se reunir e fazer a troca, ou seja, ‘custos de transação’. Os ‘custos de transação’ aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorrer em virtude das restrições que impedem os atores do mercado de concluí-la”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93.

dissonância cognitiva (relativa ao desconforto causado pela constatação simultânea de ideias conflitantes, que leva à reinterpretação da realidade – trata-se de uma ojeriza ao confronto de ideias, que provoca no aderente uma dificuldade de mudança de opinião sobre a escolha da contraparte mesmo quando o contrato apresentado não lhe pareça dos melhores) e o viés confirmatório (a interpretação tendenciosa, já supramencionada, dos dados da realidade).

Tanto para Amanda Flávio e Felipe Ferreira quanto para Maristrello Porto e Thevenard Gomes, a economia comportamental é a corrente que oferece o instrumental mais apropriado à análise do direito consumerista – seja em seu aspecto descritivo do comportamento dos sujeitos, seja em seu aspecto normativo, auxiliador da elaboração de normas com base justamente na descrição feita¹³⁶ – por se aproximar com maior precisão da realidade cognitiva e decisória do sujeito vulnerável que é o consumidor.

Ressalte-se, entretanto, a defesa de Posner quanto à acusada irrealidade do modelo econômico tradicional, em que o jurista afirma ser, o reducionismo, a própria essência da perquirição científica, asseverando que, quando certa teoria almeja reproduzir fielmente o mundo empírico em toda a sua complexidade, não se está diante, de fato, de uma teoria, mas, sim, de uma descrição¹³⁷. Para o autor, desse modo, a simplificação constitui elemento basilar de qualquer teoria. Não há de se negar a importância do reconhecimento e estudo das complexidades verificáveis na realidade concreta, todavia tentar agregar todas elas a um modelo especulativo comportamental acarretaria engessamento e dificuldade elevada de refutação, o que esvaziaria, portanto, seu valor teórico-científico.

2.2 A ECONOMIA DO CONTRATO NA VISÃO DA AED

Diante da possibilidade de uma contratação, o indivíduo, como bem sintetizam Pugliese e Salama¹³⁸, sopesa, entre outros fatores, os custos de se monitorar o adimplemento pela contraparte e a eficácia dos remédios contratuais e legais na hipótese de não cumprimento – quanto maiores os custos, menor o interesse do sujeito em proceder com a avença. E isso se dá porque, salvo os negócios jurídicos instantâneos (aqueles em

¹³⁶ OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 13-38, 2012. p. 24.

¹³⁷ Texto original: “However, abstraction – reductionism, if you like – is of the essence of scientific inquiry. [...] A theory that sought faithfully to reproduce the complexity of the empirical world in its assumptions would not be a theory – an explanation – but a description”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 16.

¹³⁸ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, São Paulo, n. 1, v. 4, p. 15-28, 2008. p. 19.

que as obrigações se esgotam em um único momento), a essência econômica do contrato é, nas palavras de Sztajn e Zylbersztajn¹³⁹, o de promessa. Os autores ressaltam, ainda, a importância, na AED, da teoria dos contratos incompletos¹⁴⁰, segundo a qual as partes deixam, propositadamente ou não, lacunas em seus negócios jurídicos, tendo em vista que prever todas as contingências possíveis de acontecer no curso da execução contratual constitui esforço bastante custoso, quando não de meta simplesmente impossível – desse modo, cabe à justiça prover as soluções. Em assim sendo, esboça-se, desde logo, como a AED vislumbra o papel do direito contratual na sociedade.

2.2.1 As finalidades do direito dos contratos para a AED

Robert Cooter e Thomas Ulen¹⁴¹ asseveram que uma teoria do direito que busca a eficiência de Pareto deve ser *responsiva*, ou seja, que satisfaça os interesses das pessoas afetadas pela norma, e não *dogmática*, seu exato oposto, que seria a teoria jurídica que frustra os desejos dos indivíduos sobre os quais incide a norma, advogando os autores, nessa senda, pela maior responsividade (e, conseqüentemente, menor dogmatismo) do direito contratual. Na esteira desse pensamento basilar, os autores arrematam que “a eficiência econômica exige que se faça cumprir uma promessa se tanto o promitente quanto o promissário queriam a executabilidade quando ela foi feita”¹⁴².

Lastreados nessa perspectiva valorizadora sobretudo do interesse das partes contratantes, Cooter e Ulen sistematizam¹⁴³, utilizando-se, para tanto, do que chamam de jogos do agente e do principal, de modo a estudar o comportamento de sujeitos contratantes em circunstâncias específicas, aquelas que, segundo eles, são as finalidades do direito contratual sob a ótica econômica:

- i) possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes;
- ii) incentivar a revelação eficiente de informações dentro da relação contratual;
- iii) estabelecer a indenização perfeita por quebra de expectativa, que seria aquela que cria incentivos para o cumprimento e a quebra eficientes;
- iv) assegurar uma confiança ótima;

¹³⁹ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 102-112. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 103.

¹⁴⁰ SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Op. cit. p. 109.

¹⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 207-8.

¹⁴² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit. p. 208.

¹⁴³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit. p. 211-236.

- v) minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações supletivas eficientes¹⁴⁴ (sendo normas supletivas aquelas que são facultativas, opcionais, ao contrário das imperativas, as quais têm o condão de desconsiderar ou alterar as condições previstas em um contrato¹⁴⁵);
- vi) promover relações duradouras, que resolvem o problema da cooperação recorrendo menos ao tribunais para a execução de contratos.

Desta feita, os autores consideram o direito contratual, no bojo de sua teoria econômica, um método que proporciona um conjunto de regras e regulamentações dispositivas que orientam os indivíduos a cumprirem as cinco primeiras finalidades traçadas.

De outro lado, Mackaay e Rousseau¹⁴⁶ sintetizam a finalidade do direito contratual na fórmula de Wittman, qual seja minimizar os custos de transação associados ao contrato, que são: os de formulação das regras contratuais pelas partes no momento da negociação, o das regras contratuais formuladas por terceiros (notoriamente o Estado, por meio da legislação) e o dos acidentes de percurso residuais, os quais, por serem evitáveis, devem ser assumidos.

2.2.2 Os princípios do direito contratual na visão da AED

Os princípios estruturantes do direito dos contratos, na visão de Mackaay e Rousseau¹⁴⁷, que aqui se adota, são: o combate ao oportunismo, a atribuição de riscos e o paternalismo legal.

2.2.2.1 O combate ao oportunismo

O que seria oportunismo? Os autores definem-no como o “comportamento de um dos contratantes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos

¹⁴⁴ “A ideia de custo de transação é importante quando se discute eficiência alocativa, mesmo no campo do direito, pois as normas de tutela das partes mais fracas numa relação jurídica, para corrigir falhas de mercado, podem provocar distorções impedindo a normal e eficiente alocação da riqueza, assim como podem facilitar as operações no mercado por oferecer maior segurança, reduzindo os custos de transação”. SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 111, p. 9- 29, 1998. p. 13.

¹⁴⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 229.

¹⁴⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 419.

¹⁴⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 222.

ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante”¹⁴⁸. Trata-se, portanto, de conduta aproveitadora, que reduz ou mesmo dizima, em proveito próprio, o espectro de ganhos da contraparte – quando da avença, cada sujeito contratante possui interesses na realização do negócio, os quais são prejudicados, total ou parcialmente, com a ocorrência de oportunismo. Posner assevera ser, a função basilar do direito dos contratos, impedir que as pessoas se comportem de maneira oportunista em detrimento à sua contraparte, encorajando, assim, a otimização do tempo da atividade econômica e tornando desnecessárias as custosas medidas de autoproteção¹⁴⁹. Azevedo¹⁵⁰ abrange um pouco a ideia ao se referir à eliminação de ações não cooperativas.

Papel relevante do direito, por conseguinte, corresponde justamente ao estabelecimento de regras que desestimulem a prática de comportamentos oportunistas, normalmente cominando-lhes sanções. Tais normas seriam, portanto, imperativas, ou seja, não derogáveis pelas partes. Economicamente, os efeitos desse tipo de regramento permitem, ainda na lição de Mackaay e Rousseau¹⁵¹, a redução do nível de autoproteção das pessoas, tornando menos custosas as contratações e aumentando o espectro de confiança dos cidadãos, mais seguros a respeito do adimplemento correto das obrigações pactuadas. Em assim sendo, alarga-se, também, o número de contratos realizados. O preço, todavia, resta configurado no estreitamento do âmbito de negociação das partes, já que o sistema impõe, tendo em vista frear os oportunismos, delimitações e sanções.

A dificuldade encontra-se, entretanto, na dosagem de intervenção legislativa, no nível ideal de dirigismo contratual, porquanto cada dispositivo normativo isoladamente considerado tem o condão de provocar notáveis impactos sociais sob o ponto de vista econômico. Mackaay e Rousseau refugiam-se, como solução para esse problema, na tutela da boa-fé como instrumento genérico adequado para combater o oportunismo, especialmente levando-se em conta a propensão que a rapidez dos avanços tecnológicos observáveis hoje em dia tem de abrir portas, diuturnamente, para novos tipos de oportunismo¹⁵². Ademais, a referência a um princípio pode, em certos casos, ser mais eficiente do que a promulgação de regras específicas, tendo em vista que o excesso

¹⁴⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.* p. 222.

¹⁴⁹ Texto original: “Thus the fundamental function of contract law (and recognized as such at least since Hobbes’s day) is to deter people from behaving opportunistically toward their contracting parties, in order to encourage the optimal timing of economic activity and make costly self-protective measures unnecessary”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 81.

¹⁵⁰ AZEVEDO, Paulo Furquim. *Contratos – uma perspectiva econômica*. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 112-136. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 119.

¹⁵¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Op. cit.* p. 417.

¹⁵² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 424.

legislativo pode, ao revés de atingir seu objetivo de proporcionar segurança jurídica, gerar insegurança nos cidadãos, engessando, desse modo, as relações. A generalidade do princípio, no entanto, também possibilita discricionariedades por parte do Judiciário – todavia, a sua concretização em institutos específicos constitui dado capaz de frear, em certa medida, esse aspecto¹⁵³.

No sistema jurídico brasileiro, há de se salientar, a boa-fé objetiva já configura elemento de especial envergadura no direito contratual, falando-se, inclusive, em sua incidência, geradora de obrigações, nas fases pré e pós-contratuais. Zanellato¹⁵⁴, aludindo aos ensinamentos de outros autores¹⁵⁵, elenca quatro funções essenciais da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico, quais sejam: a de informação e conformação das normas jurídicas, a de interpretação, a de integração do contrato e a de limitação do exercício de direitos subjetivos.

Percebe-se, desse modo, que o oportunismo configura ato atentatório à boa-fé objetiva, entendida esta como modelo de conduta socialmente prezado, pautado na lealdade, sendo, desse modo, este princípio, a última salvaguarda do cumprimento não oportunista dos contratos, tendo em vista que, mesmo quando uma conduta desse tipo não encontrar regra ou instituto concretizador específico (como a vedação ao *venire contra factum proprium*, por exemplo) que a condene, a amplitude do princípio será capaz de alcançá-la. A ressalva fica por conta da necessidade de ponderação por parte dos aplicadores do direito, potencialmente tentados a se voltar ao princípio com discricionariedade, o que pode provocar resultados econômicos indesejáveis, bem como o próprio esvaziamento do seu conteúdo.

2.2.2.2 A atribuição de riscos

O risco, na lição de Mackaay e Rousseau, é entendido como “o evento danoso cuja superveniência é incerta tanto quanto à realização como quanto à data”¹⁵⁶. Ou seja, o risco corresponde ao dano *com potencial* de acontecer futuramente – existe, portanto, íntima

¹⁵³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 424.

¹⁵⁴ ZANELLATO, Marco Antonio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 141-194, 2015. p. 163.

¹⁵⁵ Nota de rodapé do autor: “Confirmam-se, a propósito, entre outros, os ensinamentos de: Díez-Picazo, Luis. Prólogo à obra de WIEACKER. *El principio general de la buena fe*, p. 19; Gorphe, François, ob. cit. p. 128; Carbonnier, Jean. *Derecho civil. Estudio Introductorio*, p. 397; WIEACKER, Franz, ob. cit., p. 50; Breccia, Ugo, ob. cit., p. 86.”. ZANELLATO, Marco Antonio. Op. cit. p. 163. A obra de François Gorphe referenciada é: Gorphe, François. *Le principe de la bonne foi*. Paris: Dalloz, 1928. Já a de Ugo Breccia: BRECCIA, Ugo. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 1968.

¹⁵⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 440.

relação entre as noções de risco e potencialidade, sendo considerado maior o primeiro tanto mais o dano tenha probabilidade de se materializar.

A incerteza que lhes é inerente faz com que as partes não sejam, via de regra, igualmente capazes de prevê-los ou de preveni-los. Desse modo, elemento basilar do direito dos contratos configura a distribuição dos riscos do negócio, tendo como diretriz a seguinte noção: o ônus de arcar com as perdas resultantes do dano recaem sobre a parte contratante mais apta a evitá-lo, designada *cheapest cost avoider*¹⁵⁷ (algo como “evitador ao menor custo”, ou seja, aquele que pode, de forma menos dispendiosa, prevenir a ocorrência do dano, a materialização do risco).

Sendo os contratos, como visto, naturalmente incompletos, uma vez que os indivíduos não esmiuçarão todas as possíveis intercorrências sempre que forem contratar (às vezes por não as preverem, às vezes por não acreditarem que elas possam de fato acontecer), muitos riscos não serão regulados e distribuídos no instrumento do contrato, cabendo à justiça decidir sobre quem deve recair o ônus de arcar com os prejuízos deles decorrentes, quando quer venham a se concretizar. A fórmula, para tanto, é a do *cheapest cost avoider*, devendo-se averiguar qual das partes tinha melhores condições de prever e evitar a ocorrência do evento danoso, tendo em vista, inclusive, o fato de que certamente a ela seria atribuída a responsabilidade no momento da pactuação, se as partes tivessem resolvido dispor expressamente sobre o assunto no instrumento do contrato.

A lição vem desde Posner, quando o autor afirmava que relevante função dos contratos é distribuir os riscos de modo a que eles sejam atribuídos aos seus maiores portadores – materializando-se o risco, a parte a quem ele havia sido designado deve pagar¹⁵⁸. Depreende-se dessa noção econômica que, para um eficiente direito contratual, existe sempre a obrigação de evitar a ocorrência do dano por parte de quem tem mais capacidade de preveni-lo, sendo o descumprimento dessa obrigação fato ensejador de responsabilidade.

2.2.2.3 O paternalismo legal

O paternalismo, na visão de Mackaay e Rousseau, caracteriza-se pelo “conjunto de regras que modificam um ato jurídico para lhe conferir efeito diferente daquele visado pelo

¹⁵⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 440-1.

¹⁵⁸ Texto original: “Remember that an important function of contracts is to assign risks to superior risk bearers. If the risk materializes, the party to whom it was assigned must pay”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 108.

agente, o que pode até eliminar completamente o feito”¹⁵⁹. Seguindo lição de Buckley¹⁶⁰, os autores distinguem o paternalismo suave do paternalismo duro.

O paternalismo suave configura-se no caso em que os efeitos do ato jurídico são modificados para que mais adequadamente correspondam à intenção do agente, sem questionar suas preferências – visa, portanto, proteger o indivíduo de sua inexperiência e de sua racionalidade limitada¹⁶¹. Convém, nessa hipótese, questionar se o agente se autoimporia, nos momentos de maior lucidez, as restrições que se deseja aplicar. Ou seja, o paternalismo suave parte de um exercício de confabulação sobre a atitude o sujeito protegido no caso de ter se visto desprovida das limitações de racionalidade no momento da pactuação – ela teria estipulado as restrições que, agora, se pretende impor ao negócio? Esforça-se, assim, para constatar qual seria o interesse da própria pessoa protegida, se a proteção lhe é realmente desejável – é a questão que incide sobre a proteção ao consumidor, na visão dos autores¹⁶².

De outro lado, o paternalismo duro, também chamado de perfeccionismo, corresponde ao caso em que se impede o agente de prosseguir com seus interesses porque essas preferências são consideradas negativas – ruins, imorais ou inaceitáveis – para a própria pessoa (perfeccionismo privado) ou para terceiros (perfeccionismo social)¹⁶³. É possível perceber o paternalismo duro, analisando-se o regramento consumerista brasileiro, na proibição das chamadas publicidades abusivas¹⁶⁴, por exemplo, que configura perfeccionismo social.

Desse modo, o conceito de paternalismo aqui utilizado corresponde a essa noção apresentada pela AED, técnica, desprovida da carga pejorativa comumente atribuída ao termo, que Amanda Flávio discute em artigo, onde ela afirma que “quase sempre, rotulam-se por ‘paternalistas’ as condutas com as quais o sujeito discorda e que tenham elementos de ação protetiva”¹⁶⁵. Veja-se: o paternalismo é aqui visto como *princípio* do direito

¹⁵⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 443.

¹⁶⁰ BUCKLEY, Frank H. *Just Exchange – a theory of contract*, Londres: Routledge, 2005 *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 443.

¹⁶¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 443.

¹⁶² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 444.

¹⁶³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 443.

¹⁶⁴ “Art. 37 [...]§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 14 dez. 2017.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Desenvolvimento econômico, capitalismo e direito do consumidor no Brasil: afastando o argumento de ‘paternalismo jurídico’. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 243-263, 2016. p. 254.

contratual. No entanto, pontue-se que, como qualquer outro dado da vida, o excesso é indesejável, não sendo diferente, portanto, com a atitude paternalista. Mas, reforce-se, toda vez que neste trabalho houver referência a paternalismo, estar-se-á referindo ao conceito econômico, não ao vulgar, denotativo por si só de excesso e dotado de carga pejorativa.

2.3 A ANÁLISE ECONÔMICA E O DIREITO CONSUMERISTA

A percepção de que o mundo contemporâneo potencializa a vulnerabilidade do consumidor, além de sentida por qualquer cidadão, é sinalizada por inúmeros autores, dentre os quais Schwartz¹⁶⁶, para quem a complexidade das relações de mercado e a mudança de paradigma produtivo – da standardização para a variedade, em detrimento da qualidade dos produtos – impõem o aperfeiçoamento e a adaptação dos mecanismos de contenção.

Cumpre, assim, averiguar brevemente algumas das perspectivas que a análise econômica do direito traz sobre o direito do consumidor como um todo.

2.3.1 A lógica econômica do regramento consumerista

Analisando singularmente a relação de consumo, na esteira do individualismo metodológico, constata-se, de pronto, que a vulnerabilidade informacional do consumidor configura elemento relevante para a AED. Vê-se que Posner, ao falar de uma simples compra e venda, sem se referir necessariamente a um vínculo consumerista, já afirmava que “via de regra, o detentor terá acesso a menor custo do que o comprador à informação sobre as características da sua propriedade e pode, desse modo, evitar erros sobre essas características de modo mais barato que os possíveis compradores”¹⁶⁷. Ou seja, o fornecedor é o *cheapest cost avoider* dos riscos que envolvem seus produtos ou serviços.

A assimetria de informação, além de afetar a distribuição dos riscos contratuais, constitui porta de acesso ao oportunismo, tratando-se, na lição de Mackaay e Rousseau¹⁶⁸, de uma das duas espécies de assimetria que proporcionam condutas oportunistas, sendo,

¹⁶⁶ SCHWARTZ, Fabio. A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica – pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustendo do país. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 94, p. 15-35, 2014. p. 19.

¹⁶⁷ Tradução livre de: “In general, If not in every particular case, the owner Will have Access at lower cost than the buyer to information about the characteristics of his property and can therefore avoid mistakes about these characteristics more cheaply than prospective buyers can”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 90.

¹⁶⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 428-9.

a outra, a assimetria provocada por monopólio situacional ou temporal ou falha no poder de negociação, que abrange os casos, por exemplo, dos vícios de consentimento que, no ordenamento brasileiro, denominam-se lesão e estado de perigo.

Ainda no campo das informações, outro dado relevante que potencializa a fragilidade do consumidor é bem observado por Azevedo¹⁶⁹, quando este relata que fração relevante das informações relativas a uma relação contratual não são observadas, sendo que, entre as que são observadas, somente pequena parcela é utilizável nas instâncias judiciais – a vulnerabilidade jurídica do consumidor vai contra a valorização que o direito confere à prova, de modo que, não raramente, o oblato vê-se desprovido, quando necessita, de lastro probatório para seu pleito, por simples ignorância ou por ocorrência de qualquer viés comportamental. De outro lado, o fornecedor, mais inteirado sobre o regramento jurídico, também não dificilmente, esquivava-se de produzir documentação que sabe poder ser utilizada futuramente como prova contra si.

Na lição de Posner¹⁷⁰, a fraude no âmbito do consumo se trata de um problema mais sério do que a fraude em relações comerciais por dois motivos: a disparidade de recursos e expertise entre as partes, já mencionada, e a dificuldade de elaboração de eficazes remédios legais para causas de pequeno valor. Mackaay e Rousseau reforçam esse segundo fator, afirmando que “a pequena escala em que o consumidor opera torna ilusório o recurso a mecanismos tradicionais de resolução de conflitos”¹⁷¹. Trazendo a noção de custos, pode-se asseverar que, frente aos custos inerentes a um processo judicial (tratando-se não somente de aspectos monetários, obviamente, mas, também, de fatores como o tempo e a energia despendidos), inúmeros – senão maioria dos – pleitos de consumo tornam-se pouco convidativos economicamente, preferindo, o consumidor, arcar com os prejuízos de pequena monta (ainda que reiterados) do que ter de arcar com os dispêndios de uma lide judicial.

Desse modo, levando-se em conta, entre outros fatores, os suprarreferidos casos das informações não observadas e da desproporção entre os custos da litigância e os prejuízos vulgares de consumo, que oxigenam condutas oportunistas, é que se identifica o papel do direito consumerista. Miragem¹⁷² relata que a imposição de deveres aos fornecedores ora influencia (intervenção por indução) ora determina (intervenção por

¹⁶⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim. Contratos – uma perspectiva econômica. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 112-136. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 126.

¹⁷⁰ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 97-8.

¹⁷¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 471.

¹⁷² MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 39-87, 2012. p. 40-1.

direção) a conduta dos agentes econômicos, visando à correção das falhas de mercado e ao estabelecimento de um padrão de conduta nas relações com o consumidor e na manutenção e incremento do nível de qualidade e eficiência dos produtos e serviços ofertados.

Discutindo o direito de concorrência, Miragem¹⁷³ leciona ainda que somente se identifica um maior nível de eficiência do mercado quando os benefícios dessa eficiência são distribuídos aos consumidores em geral, sendo o bem-estar do consumidor identificado na obtenção de vantagens decorrentes de três aspectos: melhores preços, melhor qualidade e maior diversidade de oferta. São, portanto, esses três efeitos, relevantes fatores na determinação do grau de eficiência dos atos, sob a perspectiva econômica.

Importante ressalva a ser feita, nesse ponto, às lições de Bruno Miragem sobre os efeitos da lei no comportamento dos agentes e, conseqüentemente, nas características do mercado, corresponde à supramencionada atitude racional dos indivíduos frente à imposição legal observada por Mackaay e Rousseau¹⁷⁴, que afirmam que as pessoas não necessariamente obedecerão ao regramento, podendo elas, simplesmente, preferirem por perseguir seus interesses contrários à norma, assumindo o custo do descumprimento. A reiteração desse dado é de suma relevância para a análise econômica, notoriamente tendo em vista a especial atenção conferida aos *interesses* do indivíduo. Não se olvide, também, que vieses comportamentais (estudados pela economia comportamental) também têm o condão de influenciar a não obediência à lei pelas pessoas.

Finalmente, cumpre arrematar com uma constatação óbvia, mas relevante, de Mackaay e Rousseau, segundo a qual se observa a conduta embebida de boa-fé quando o sujeito se abstém de tirar proveito das vulnerabilidades da contraparte¹⁷⁵. Todavia, não é todo oportunismo que merece ser sancionado – para os autores, a intervenção estatal não se justifica quando a autoproteção é suficiente para evitar a conduta oportunista, sendo, desse modo, necessário, para que a atuação do sistema jurídico ocorra, que haja certo nível de gravidade¹⁷⁶. A despeito do nível de abstração da conclusão (“certo nível de gravidade”), a ideia merece ser levada em consideração porquanto configura freio importante à ânsia protetiva capaz de levar ao já mencionado quadro de excesso legislativo, que pode mais atrapalhar do que ajudar a vida do consumidor. A análise econômica, sem

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 69.

¹⁷⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

¹⁷⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 428.

¹⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 429.

dúvidas, proporciona instrumentário capaz de estabelecer, ao menos, uma média do que seria esse patamar de gravidade – no entanto, como toda produção normativa, a delimitação definitiva acontece por critérios de ordem política. Não se advoga, aqui, a interferência desse critério na AED – se reconhece, ao contrário, que há elementos para além da economia na elaboração das leis e referências serão feitas a essa limitação de alcance ao longo do trabalho, quando quer que necessárias.

2.3.2 O consumidor e o (não) intervencionismo legal e judicial

Averiguados, até o momento, os pontos de vista que admitem ser preciso, sob a ótica econômica, intervenção estatal nas relações de consumo, cumpre referir-se a linhas de pensamento que lançam um olhar sobre os efeitos da exclusividade dos mecanismos de mercado como contentores do escopo dos negócios jurídicos.

Exemplificativamente, Maristrello Porto e Thevenard Gomes¹⁷⁷ analisam a questão das cláusulas abusivas, em um contexto competitivo, sob a ótica da teoria econômica neoclássica – tais disposições poderiam ser usadas pelas partes como mecanismo de sinalização de comprometimento com a execução do contrato. Ou seja, o sujeito que, a princípio, não demonstrasse ter possibilidade real de adimplir com suas obrigações contratuais poderia estipular disposições tidas como desproporcionais ou desvantajosas como sinalização, para a contraparte, de que ele se esmerará na execução do contrato¹⁷⁸. A norma legal que veda a eficácia ou a validade dessas cláusulas impossibilita que esses indivíduos realizem uma série de negócios jurídicos – esse é ‘preço’ comum do paternalismo, a exclusão de certa camada da população de relações contratuais, normalmente as pessoas que o ordenamento mais deseja proteger.

O fornecimento, pelo próprio mercado, de remédios suficientes para o saneamento de oportunismos, como, por exemplo, a ação dos concorrentes para desmentir informações falsas divulgadas por um fornecedor sobre seu produto ou serviço, é levantado, como hipótese, por Posner¹⁷⁹. No entanto, o autor, logo em seguida, aponta uma série de “poréns” a essa perspectiva¹⁸⁰, tais quais: tirando pelo exemplo mencionado, a ação corretiva dos concorrentes não é instantânea, e as perdas ocorridas nesse lapso temporal (que são

¹⁷⁷ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão. *Revista de direito empresarial*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, p. 51-73, 2012. p. 53.

¹⁷⁸ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão. *Revista de direito empresarial*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, p. 51-73, 2012. p. 60.

¹⁷⁹ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 98.

¹⁸⁰ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 98-9.

ganhos para o fornecedor fraudulento) podem exceder os prejuízos supervenientes pela má reputação; mais além, se o agente oportunista captura apenas pequena parcela da demanda de cada um dos seus concorrentes, nenhum deles terá interesse suficiente em despender gastos com a procura pela informação da existência da fraude e com sua posterior divulgação; e, de forma mais generalizada, se o erro na informação do produto ou serviço se referir a característica inerente ao produto ou serviço, existindo, portanto, também no que é ofertado pelos concorrentes, nenhum deles terá incentivo para desmentir o rival, ao contrário, tendo em vista que se beneficiam da mentira ou omissão propagada. Ademais, há de se levar em conta o importante fato de que nem sempre há competição – em monopólios e cartéis disfarçados, não havendo verdadeira concorrência, nada este instituto pode fazer, obviamente.

Se, por um lado, argumentos podem ser levantados e discutidos no que concerne à não intervenção estatal através de legislação que promova dirigismo contratual, via de regra associados à ideia central de que a ingerência do Estado sobre a liberdade de contratar, conferir preços e definir níveis de qualidade pode gerar distorções econômicas ineficientes, tendo em vista que nenhum planejador central (incluindo o Estado) possui informações suficientes e completas acerca dos interesses e predileções dos consumidores ou das estruturas de custo dos produtores e fornecedores¹⁸¹ (resume-se à velha, mas sempre pertinente, premissa de que ninguém individualmente considerado – seja pessoa física, seja instituição – detém o poder de controlar todas as variáveis de todos os agentes do mercado), por outro, também há quem critique, com alguma razão, a atuação mais invasiva dos julgadores, seja quando aplicam normas por analogia ou extensão, seja quando se utilizam de fórmulas gerais, com ressaltado viés politizado.

Os agentes econômicos, conforme aponta Mechelany Veloso¹⁸², veem na atuação parcial do judiciário e imprevisibilidade das decisões um fator de risco que ameaça suas atividades no mercado – isso porque a alteração, com grau de discricionariedade, de disposições contratuais, visando à salvaguarda da parte que os magistrados consideram mais frágil, malferir a segurança jurídica, sinalizando instabilidade aos interessados em contratar, e pode gerar efeitos economicamente indesejáveis aos próprios indivíduos protegidos (o famigerado caso da soja verde é um exemplo latente disso¹⁸³, quando a atuação do judiciário, modificando cláusulas contratuais, a pedido e em prol de produtores

¹⁸¹ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Op.cit. p. 58-9.

¹⁸² VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos – art. 421 do código civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, p. 99-122, 2014. p. 109.

¹⁸³ Sobre o caso, vide: TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, instituições e arbitragem: o caso da “soja verde”. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 16, p. 38-47, 2008.

rurais, acabou por prejudicá-los em longo prazo, tendo em vista a quebra da confiança dos seus compradores).

A queixa encontra respaldo fático, não se tratando de mero exagero da classe detentora dos bens de produção (é uma posição enviesada pelos seus interesses, obviamente, mas não uma acusação irreal) – pesquisa realizada com 6,5% do total de membros da magistratura brasileira mostra a politização das decisões, indicando, em porcentagens, em quais áreas do direito os juízes acreditam ser mais frequente a opção por se decidir com base mais em posicionamento político do que em interpretação e aplicação estrita do ordenamento jurídico, estando a seara dos direitos consumeristas, por exemplo, em quarto lugar, entre as onze elencadas¹⁸⁴. Ou seja, vê-se que os próprios juízes admitem serem preponderantemente guiados por tendências políticas pessoais em certos momentos de sua atividade jurisdicional.

O ímpeto de proteção ao mais fraco constitui posicionamento contemporâneo consuetudinário da constatação da existência corriqueira de explorações, opressões e fraudes. Konder Comparato¹⁸⁵ observou que a ideia de proteção sistemática ao consumidor é estranha à economia clássica, uma vez que esta entende ser o consumidor a figura que, em verdade, *dita* as regras do mercado (em virtude da lei da oferta e demanda, basicamente), sendo relativamente recente o reconhecimento de que é preciso levar em conta, primordialmente, na análise do mercado, o poderio econômico dos organismos produtores. O autor reporta-se ainda aos americanos, que ressaltam o fato paradoxal de que o consumidor pobre acaba tendo mais gastos do que o rico, em virtude de seu menor grau de discernimento ou das próprias condições de mais profunda necessidade econômica em que se encontra¹⁸⁶.

Em assim sendo, a postura ativa do judiciário não é, em regra, desprovida de justa e verdadeira motivação – todavia, é preciso se estar atento a esse ímpeto protetivo, pois as decisões dele decorrentes podem gerar insegurança jurídica capaz de desestabilizar o próprio mercado em que se encontra inserida a parte fragilizada, conferindo ganhos a ela, por um lado (os efeitos diretos da decisão), mas gerando-lhe prejuízos, por outro (os efeitos mediatos, supervenientes, do julgado). O olhar econômico, portanto, mostra-se, mais uma vez, essencial para atividade jurisdicional.

¹⁸⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 244-283. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 266.

¹⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 77, p. 27-46, 2011. p. 27-8.

¹⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 77, p. 27-46, 2011. p. 29.

2.3.3 Perspectiva econômica sobre o contrato de adesão

Importante figura nas relações de consumo, como já mencionado, é o contrato de adesão, e a razão é clara – tendo em vista a economia de escala, “o vendedor”, nas palavras de Posner, “está apenas tentando evitar custos de negociar e traçar um acordo em separado para cada comprador”¹⁸⁷. A eliminação de custos de transação, portanto, é a justificativa principal para essa espécie de contrato, o que dinamiza sobremaneira as relações de consumo. Ainda na lição de Posner¹⁸⁸, a otimização dos termos é atingida por meio de competição entre fornecedores, que, visando a conseguir a clientela dos concorrentes, estipulam cláusulas mais benéficas aos consumidores, cabendo a estes “votar ou escolher com os pés”, nas palavras de Mackaay e Rousseau¹⁸⁹, ou seja, retirar-se do fornecedor que oferece condições menos vantajosas e se dirigir àquele que oferece as mais vantajosas. A ressalva feita pelo autor corresponde aos mercados monopolizados.

Os contratos padronizados, entretanto, sinalizam Cooter e Ulen¹⁹⁰, não raramente possuem muitas cláusulas fixadas uniformemente em todo seu segmento da economia, o que estreita o âmbito da concorrência (pois, no que os termos são iguais, os agentes não competem sobre as matérias que eles similarmente dispõem), podendo reduzir sua intensidade – o que corrói, em certa medida, o argumento de otimização pela competição trazido por Posner. Todavia, os autores observam que a uniformidade de condições entre concorrentes pode sinalizar tanto a existência de um cartel quanto, ao contrário, a ocorrência de intensa competição, tendo em vista justamente a diminuição significativa dos custos de transação e a redução do escopo concorrencial a poucos elementos diferenciadores, especialmente o preço, simplificando, assim, a concorrência¹⁹¹ - pegando a lição de Mackaay e Rousseau¹⁹², segundo quem o uso dos contratos de adesão faz com que a concorrência mostre-se pelo conjunto objeto + preço + condições contratuais, nessa situação de padronização dos termos do contrato entre concorrentes explorado por Cooter e Ulen, na hipótese de concorrência perfeita, e não de cartel ou monopólio, o conjunto se resume a objeto + preço: simplifica-se, portanto, a competição.

¹⁸⁷ Tradução livre de: “The seller is just trying to avoid the costs of negotiating and drafting a separate agreement with each purchaser”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986. p. 102.

¹⁸⁸ POSNER, Richard A. Op. cit. p. 102.

¹⁸⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 465.

¹⁹⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 301.

¹⁹¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 302.

¹⁹² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 465.

A principal observação negativa feita sobre os contratos de adesão corresponde à ampla restrição do poder negocial do aderente – Cooter e Ulen, todavia, ao se referirem às situações de aproveitamento da vulnerabilidade de um comprador, dando como exemplo, inclusive, as cláusulas que estipulam arbitragem compulsória, ressaltam que o problema não é a ausência de barganha, mas, sim, a ignorância do aderente¹⁹³.

Ainda na esteira das características fragilizadoras da contraparte, Mackaay e Rousseau tecem consideração relevante: os contratos celebrados pelos consumidores, via de regra, não justificam o dispêndio de altos custos de transação envolvendo pesquisa, análise minuciosa dos termos contratuais, etc., levando-o a recorrer frequentemente a simplificações, heurísticas, em virtude de sua racionalidade limitada – desse modo, normalmente se atentam apenas às partes destacadas ou as referentes ao objeto principal da negociação, deixando de lado as cláusulas com disposições acessórias, que podem conter previsões draconianas¹⁹⁴. Ademais, mesmo percebendo-as, vieses comportamentais, como o excesso de confiança, têm papel relevante nessa situação, bem como as próprias vulnerabilidades técnica, informacional e jurídica.

Desta feita, cabe à autoridade pública legislar sobre cláusulas específicas, não cabendo, obviamente, a proibição aos contratos de adesão como um todo, e é o que se observa nos ordenamentos contemporâneos – Mackaay e Rousseau delineiam isso também¹⁹⁵. Valendo lembrar o custo social desse dirigismo, que retira, por exemplo, a possibilidade de contratação de alguns setores da comunidade que poderiam se utilizar dessas cláusulas aparentemente desvantajosas como matéria de convencimento para conseguir contratar. Cada disposição normativa, reiterar-se, tem o potencial de influenciar a dinâmica das relações regradas. A análise econômica, dessa forma, novamente, constitui instrumento de valor na confecção legislativa, observando os interesses que as normas irão frustrar, aqueles que elas vão influenciar, os que elas irão vincular e, por fim, aqueles que elas não conseguirão alterar.

2.4 ECONOMIA E ARBITRAGEM

Cumprido lançar um olhar econômico também sobre a arbitragem. Pugliese e Salama¹⁹⁶ sistematizam as principais vantagens que o instituto confere às partes de uma

¹⁹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit. p. 303.

¹⁹⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 466-7.

¹⁹⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 467.

¹⁹⁶ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, São Paulo, n. 1, v. 4, p. 15-28, 2008. p. 19-20.

relação contratual, quais sejam a redução dos custos de transação da prestação jurisdicional, a menor probabilidade de erros *in judicando* e, por consequência desses dois fatores, a menor probabilidade de ocorrência de condutas não desejáveis. Explique-se: a maior flexibilidade da arbitragem, associada ao fato de que não possui o árbitro a carga dos milhares de processos que têm sobre os ombros os juízes estatais, possibilita uma maior agilidade na resolução do conflito. A especialização do árbitro, por sua vez, faz com que a probabilidade de erros no julgamento da causa diminua consideravelmente em comparação à magistratura estatal, que, via de regra, não domina assuntos de maior especificidade técnica que extrapolam a área jurídica. Por fim, em decorrência da previsão de um julgamento célere e justo, as partes não se veem estimuladas a praticar condutas oportunistas e não desejáveis, incentivando, assim, a cooperação na execução contratual. Isso quando a arbitragem é *ex ante facto*, ou seja, na existência de cláusula compromissória, sendo prevista antes do surgimento do conflito. Quando a arbitragem se instaura por meio do compromisso arbitral, *ex post facto*, de outro modo, ainda segundo os autores¹⁹⁷, não há mais como influir no bom desenvolvimento da relação contratual, porquanto o conflito já existe – nesse caso, os ganhos com a arbitragem restringem-se às vantagens comparativas com o poder judiciário, o que não é pouco. Benetti Timm arremata que a celeridade encontrada em sede arbitral “permite que o agente econômico que não cumpra com seu contrato seja rapidamente ‘punido’ e a parte prejudicada consiga reverter seu prejuízo, também diminuindo os custos de transação”, o que evita que o empresário utilize-se do Judiciário como mecanismo para postergar o adimplemento da obrigação¹⁹⁸.

Essa utilização do Judiciário como meio de atrasar o adimplemento obrigacional, inclusive, aparece, na já referida pesquisa de Pinheiro, feita com magistrados brasileiros, como uma das causas da morosidade judicial, sendo mais frequente em algumas áreas, como o direito tributário¹⁹⁹, do que em outras – trata-se, portanto, de um ciclo vicioso, em que a lentidão já existente incentiva proteladores a dela se aproveitar e, desse modo, eles acabam por alimentá-la. Note-se que o âmbito dos direitos dos consumidores, ao lado da seara do direito ambiental e do espectro do direito de propriedade industrial, figura como a área em que menos se vê essa intenção de postergação por parte de quem ingressa com a ação – o dado é relevante para mostrar o real interesse dos consumidores na resolução do conflito quando buscam o judiciário.

¹⁹⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. Op. cit. p. 21.

¹⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, instituições e arbitragem: o caso da “soja verde”. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 16, p. 38-47, 2008. p. 46.

¹⁹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 244-283. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 253.

A “concorrência” oferecida pelo judiciário brasileiro à arbitragem apresenta ainda outras características, também apontadas pela pesquisa de Pinheiro: a carência de recursos do judiciário, a legislação e a forma de atuação dos juízes e de outros operadores do Direito²⁰⁰, especialmente advogados, também causas provocadoras da morosidade latente. No que diz respeito à tutela consumerista, pontue-se que a pesquisa revela que, sob a ótica dos próprios magistrados, a justiça estadual é a que apresenta, no geral, o pior desempenho, aparecendo em último lugar, por exemplo, no quesito agilidade²⁰¹. Os dados são especialmente relevantes para o presente estudo, pois esses atributos do processo judicial configuram importantes fatores no cálculo econômico da problemática em apreço. O próprio Pinheiro, na introdução do seu artigo, sintetiza que “se a organização da atividade econômica reflete, em parte, a necessidade de adaptações ao hiato de desempenho do Judiciário, quanto maior ele for, maiores devem ser as adaptações necessárias e, a princípio, o seu impacto sobre o desempenho da economia”²⁰². A assertiva do autor coaduna-se com a premissa de que as pessoas reagem aos incentivos dados pelo cenário em que se inserem, não necessariamente se resignando ao que lhe é oferecido – neste caso, duas reações possíveis saltam aos olhos: a utilização oportunista, a benefício próprio, da falha apresentada, como visto na própria pesquisa, e o desestímulo à procura pelo mecanismo defeituoso, quando necessário, de parcela significativa da população, conforme ainda se percebe na cultura brasileira.

2.5 METODOLOGIA DA AED A SER UTILIZADA

Perpassados noções e conceitos básicos da análise econômica, urge que se delineie o método através do qual se estudará o objeto do presente trabalho – o uso da arbitragem em relações de consumo. Adota-se, como marco teórico-metodológico, a esquematização feita por Mackaay e Rousseau²⁰³ – pontue-se, conforme observam os autores, que os clássicos da AED, como Posner e Cooter/Ulen, não se esmeraram nessa articulação de etapas de análise.

Relembre-se que a premissa metodológica da AED é o individualismo, através do qual as escolhas coletivas da sociedade são analisadas como somatório de escolhas

²⁰⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit. p. 253.

²⁰¹ PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit. p. 252.

²⁰² PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit. p. 245.

²⁰³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 665-675.

individuais²⁰⁴. Ou seja, qualquer instituto ou norma é visto sob a perspectiva do indivíduo sobre quem ela incide, averiguando-se sua interferência nos interesses desse sujeito. Ademais, “uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas escolhas”²⁰⁵.

Partindo-se desse ponto, Mackaay e Rousseau apresentam as espécies de abordagem propostas pela AED (com lastro na lição de Friedman²⁰⁶) e as etapas por meio das quais a análise se procede. Quanto aos tipos (ou níveis) de análise, tem-se: a análise dos efeitos da norma (ou seja, a previsão de como ela irá ser recepcionada pelas pessoas), o fundamento da norma (averigua a razão da sua existência particular) e a regra desejável (trata-se do julgamento sobre a norma existente, comparando-a com aquela que seria a norma eficiente).

No que tange às etapas²⁰⁷, os autores assim as sistematizam:

I) a estrutura de incentivos – esta fase pretende, tendo em vista que normas distintas implicam custos também distintos para as partes, atualizar essa estrutura. O postulado da escolha racional antecipa que os sujeitos “adaptarão seus comportamentos de forma a reduzir a incidência dos ônus que o direito lhes impõe”²⁰⁸ – elabora-se, assim, um modelo simples de comportamento dos indivíduos envolvidos. Desta feita, convém também proceder à comparação entre a norma e a sua exata oposta. Esta etapa relaciona-se intimamente com o primeiro nível de análise.

II) os objetivos subjacentes – a comparação feita na fase anterior permite, aqui, concluir qual das normas chega a seu objetivo sob a menor quantidade de custos: ou seja, qual a mais eficiente. O objetivo subjacente a que se refere a nomenclatura reporta-se, portanto, à eficiência. No presente trabalho, adota-se, como objetivo comum às normas analisadas, a redução na demanda pelo poder judiciário, ou seja, a propagação do uso da arbitragem nas relações de consumo, medindo-se, portanto, a eficiência, com base nesse critério²⁰⁹.

²⁰⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 41.

²⁰⁵ PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 170, 159-173, 2006. p. 162.

²⁰⁶ FRIEDMAN, David D. *Law's order – what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 11. *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 666.

²⁰⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 669-674.

²⁰⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 670.

²⁰⁹ Vide trecho da justificação do PLS 406/2013: “Ademais, as experiências positivas obtidas com a utilização da arbitragem recomendam a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, contribuindo para a redução de ações no Poder Judiciário, na medida em que carrega perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada com o decantado volume de processos”. BRASIL. Projeto de lei do Senado nº 406, de 2013. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

III) o aumento do realismo – nessa etapa, incluem-se os custos de transação, momento em que se manifestam variadas regras de direito contratual que visam a, justamente, reduzi-los. Cabe, neste momento, portanto, averiguar se o fulcro de minimização desses custos é ou não atingido pela norma, comparando-se os que ela economiza com os que ela mesma provoca, ponderando-se, também, com os riscos de oportunismos. Como, no caso em apreço, averiguar-se-á, principalmente, a adoção da arbitragem por meio de cláusula compromissória, constante em contratos, em regra, de adesão, os quais, conforme visto, reduzem significativamente custos de transação, a terceira etapa compreenderá basicamente a análise dos riscos de oportunismo, lembrando que combatê-los configura um dos princípios do direito contratual, na perspectiva da AED. Os custos de transação aparecerão, eventualmente, como elementos diferenciadores entre as normas estudadas. Nesta fase, encerra-se a análise conceitual, que é a que será abarcada neste trabalho.

IV) estudos empíricos – constitui a observação sistemática da realidade para que se possa comprovar ou refutar as hipóteses levantadas. Pelo maior nível de dificuldade e de necessidade de apuro técnico, os autores recomendam a participação de economistas na realização dessa etapa.

A despeito de serem utilizadas pesquisas de campo que trazem dados da realidade concreta neste trabalho, elas cumprirão o papel não de compreender a quarta fase, mas de trazer uma radiografia da contemporaneidade, fornecendo os incentivos que o panorama brasileiro traz à situação estudada, correspondendo, portanto, à análise conceitual. O estudo empírico resta prejudicado simplesmente porque as normas que aqui se estudam não existem (ainda) no mundo concreto.

Capítulo 03

ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRABILIDADE DE LITÍGIOS CONSUMERISTAS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Destacado o objeto de estudo e explicado o instrumento de análise, resta, portanto, proceder com a investigação cerne deste trabalho. Importante destacar, de início, que serão levadas em conta as características do panorama brasileiro contemporâneo, tais quais o papel dos juizados especiais e a morosidade da justiça comum, como fatores relevantes e influentes nas escolhas dos sujeitos integrantes da relação jurídica estudada.

3.1 A DIRECIONALIDADE

O primeiro elemento a ser analisado corresponde a característica presente no ordenamento português, conforme supramencionado com base em artigos de Marcus da Costa Ferreira²¹⁰ e Cátia Marques Cebola²¹¹, e na experiência espanhola, como informado por Verbiccaro Soares²¹², qual seja a unidirecionalidade – limitação do poder de instaurar a arbitragem e, por via de consequência, de figurar no polo ativo da demanda a apenas uma das partes contratantes, no caso, o consumidor.

Vê-se que essa restrição coaduna-se com a índole protetiva do ordenamento brasileiro, ao concentrar no judiciário as demandas que envolvam a invasão do patrimônio do consumidor, visto que seriam estas, em regra, as iniciadas por interesse do fornecedor.

3.1.1 Análise da estrutura de incentivos

Quais tipos de incentivos, portanto, essa norma provocaria? Certamente, sua existência diminuiria significativamente, *prima facie*, o interesse do fornecedor em inserir cláusula compromissória em seus contratos padronizados, tendo em vista que ele estaria abrindo portas para que seus consumidores tivessem outros meios de resolver suas pretensões resistidas na relação, ao mesmo tempo em que não perceberia a mesma

²¹⁰ FERREIRA, Marcus da Costa. Juizados especiais cíveis e julgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011. p. 67.

²¹¹ CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-46, 2012. p. 35.

²¹² SOARES, Dennis Verbiccaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o Brasil? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 445-484, 2016. p. 464.

vantagem para si. No entanto, o interesse do fornecedor, nesse caso, poderia existir no sentido de utilizar essa cláusula como atrativo para o mercado, como sinalização da qualidade de seu produto ou serviço²¹³ – ou seja, ao indicar a arbitragem como meio alternativo de o consumidor levar suas queixas a uma instância julgadora, abrindo o leque de opções do aderente, enquanto não se beneficia da mesma vantagem, o fornecedor envia uma mensagem diferenciada de confiabilidade, de comprometimento, de seriedade à contraparte, algo similar, por exemplo, à hoje corriqueira garantia inclusa na compra e venda de produtos²¹⁴.

Recorde-se a lição de Cooter e Ulen²¹⁵ sobre a simplificação da concorrência por meio de similares contratos de adesão, tão comuns no cenário brasileiro de consumo: na semelhança da maioria das cláusulas, poucos elementos acabam se tornando reais diferenciadores, a exemplo do preço. A cláusula compromissória, uma vez vigorando a unidirecionalidade como regra na arbitragem de consumo, poderia ser utilizada como fator de atração do consumidor. Pontue-se que isso dependeria de uma propagação da cultura da arbitragem, que, via de regra, já se observa²¹⁶⁻²¹⁷, embora não no âmbito das relações consumeristas, conforme supramencionado, e que certamente seria um componente contratual trazido por novos *players* do mercado, tendo em vista seu interesse de atrair a demanda dos concorrentes já atuantes.

²¹³ “Quem pretende oferecer um bem ou serviço cuja qualidade superior não aparece na inspeção, deve se voltar para uma atividade que seja observável pelos consumidores e que indica esse nível de qualidade – sinal – e cujos fornecedores de bens ou serviços de qualidade média não possam facilmente imitar, ou apenas poderão fazê-lo a custo proibitivo”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 410.

²¹⁴ “[...] a garantia serve de sinal para indicar a qualidade superior do bem, para distingui-lo daqueles de qualidade média e para aqueles cuja garantia estendida seria muito custosa. A garantia é um dos meios empregados para informar o consumidor e ficar fora do ‘mercado de abacaxis’”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 496.

²¹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 301.

²¹⁶ “Os processo arbitrais se multiplicaram. De alguns poucos no fim do século passado, passaram a ser centenas no campo comercial, com um aumento de 10 a 20% - senão mais – por ano. Temos uma verdadeira inflação de Câmaras Arbitrais – mais de cem – das quais uma dezena tem o padrão internacionalmente exigido e acabam concentrando a maioria dos casos”. WALD, Arnaldo. Arbitragem: presente, passado e futuro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 59-78, 2016. p. 69.

²¹⁷ Ana Carolina da Matta Chasin conclui, tendo por base levantamento realizado por Selma Lemes em 2013 (LEMES, Selma. Arbitragem em valores. Levantamento de valores e procedimentos das câmaras CIESP/FIESP, CCBC, AMCHAM, CAMARA/FGV e CAMARB. Arquivo pessoal.): “Tanto os valores quanto o número de procedimentos tiveram aumento expressivo no período: os cerca de R\$ 3 bilhões arrolados para 2011 equivalem a aproximadamente 12 vezes os mais de R\$ 247 milhões referentes ao ano de 2005. Já o total de casos aumentou cerca de 6 vezes”. CHASIN, Ana Carolina da Matta. *A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal*. 198 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 123. Saliente-se que tais dados dizem respeito a cinco grandes câmaras de arbitragem dedicadas ao comércio internacional – o Centro de Arbitragem e Mediação da CCBC, a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp, o Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM), a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e a Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB).

O que se observaria, entretanto, caso a unidirecionalidade não fosse regra ou caso ela fosse regra, mas favorecendo apenas o fornecedor? No primeiro caso, notar-se-ia, por um lado, uma mais imediata inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão e, conseqüentemente, também uma utilização mais rapidamente notável da arbitragem de consumo, porquanto estaria às mãos do sujeito com maior sapiência jurídica da relação a possibilidade de se utilizar do instituto para contestar seus interesses. O mesmo seria observado na hipótese da unidirecionalidade exclusiva do fornecedor.

3.1.2 Os reflexos no poder judiciário

Atente-se, agora, para o quanto as três situações impactariam na quantidade de processos a tramitar no Poder Judiciário. A primeira, da unidirecionalidade do consumidor, tem o condão de surtir efeito mais tímido, tendo em vista que dependeria da iniciativa do fornecedor de inserir a cláusula compromissória nos contratos, mesmo não havendo vantagens imediatas para si, e da popularização da arbitragem para que conseguisse reduzir a demanda do judiciário, ainda mais levando em consideração a desconfiança natural das pessoas com o que é novidade e com o que é relativo à iniciativa privada²¹⁸.

A segunda hipótese, atinente à bidirecionalidade, corresponde à situação que mais positivamente poderia impactar na diminuição de lides a serem processadas pelo maquinário estatal, pelo óbvio motivo de que, havendo a permissão para que ambas as partes figurem no polo ativo da arbitragem, o interesse do fornecedor aumentaria significativamente tanto em incluir cláusulas compromissórias em seus contratos quanto em instaurar arbitragens quando quer que surgisse uma lide, o que também aceleraria a propagação do conhecimento pelos consumidores sobre o instituto e, conseqüentemente, também a procura por parte destes pela via arbitral. Retirar-se-ia, portanto, do judiciário, grande parte das lides de consumo.

A terceira hipótese, por sua vez, relativa à unidirecionalidade do fornecedor, se encontra em uma posição intermediária, porquanto os fornecedores, com maior acesso a

²¹⁸ Especificamente no que concerne à desconfiança sobre a arbitragem, Karim Youssef confere sintética explicação, apontando a imagem de ‘homens de negócio’ atribuída aos árbitros como relevante fundamento: “The fear that private arbitrators would under-enforce public laws has very widely served as the reason to consider certain matters non-arbitrable. The image of arbitrators as ‘commercial men’ biased to business and hostile to public regulation of commercial activity, or presumably unable to deal with complex public law issues has nourished this classic fear. Furthermore, if arbitrators did not correctly apply public law issues, there is no remedy, since awards are final”. YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Hague: Kluwer law international, 2009. p. 47-68. *apud* MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

informações jurídicas, certamente se direcionariam com maior notoriedade e em menor lapso temporal do que os consumidores na primeira hipótese à arbitragem, todavia, não se permitiria retirar da estrutura estatal as demandas dos consumidores, amplíssima parcela dos conflitos consumeristas²¹⁹.

Desta feita, conclui-se que, em termos de impacto no desafogamento do maquinário judicial estatal, a bidirecionalidade corresponde à hipótese que traz os melhores resultados. Pode-se, neste momento, excluir da investigação a hipótese da unidirecionalidade do fornecedor, tendo em vista que ela nem se coaduna com o sistema protetivo nacional, atribuindo vantagem exclusivamente à parte que não se encontra em posição de vulnerabilidade, nem se configura como a que apresentaria resultados mais significativos na redução da demanda pelo judiciário, não havendo, portanto, qualquer motivo para adotar uma norma que a preveja.

3.1.3 Averiguação sobre os possíveis oportunismos

Em assim sendo, analise-se, agora, como a bidirecionalidade e a unidirecionalidade do consumidor relacionam-se com os oportunismos possíveis na relação estudada. A bidirecionalidade, por um lado, sendo naturalmente não restritiva, não constitui modalidade de freio a oportunismos de forma imediata, revelando-se, no entanto, mais um meio de, da perspectiva do fornecedor, fazer-se conhecer judicialmente dívidas dos consumidores, o que, observando-se do plano da economia de escala, reduziria a inadimplência e poderia proporcionar, por conta disso, uma diminuição dos preços dos produtos e serviços ofertados - lembre-se da já mencionada lição de Bruno Miragem²²⁰, na qual o autor aponta que os menores preços configuram uma das vantagens percebidas pelo consumidor quando da existência de um mercado eficiente.

A unidirecionalidade do consumidor, por sua vez, busca claramente impedir a ocorrência dessa utilização da arbitragem como mecanismo relacionado às dívidas contraídas pelo polo mais fraco da relação. Vide a supracitada discussão doutrinária lusitana sobre se se deveria mesmo ou não se adotar a bidirecionalidade no sistema.

²¹⁹ Note-se que, no relatório anual do CNJ, faz-se referência explicitamente à “responsabilidade de fornecedor/indenização por dano moral” como o 4º assunto mais recorrente no Poder Judiciário brasileiro em 2015. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016 – infográficos: ano-base 2015, Brasília: CNJ, 2016. p. 10.

²²⁰ MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 39-87, 2012. p. 69.

português²²¹⁻²²², em que concordam as autoras divergentes ao menos em um ponto: a não permissão para a cobrança de dívidas através de arbitragem. Por via de consequência, relegar-se-ia os fornecedores de grande porte à busca pela via judicial comum, lembrando que os juizados especiais não admitem pessoa jurídica de maior envergadura no polo ativo da demanda²²³, salvo quando por pedido contraposto²²⁴. Todavia, considerando-se que empresas de grande porte já possuem, via de regra, assessoria jurídica e meios próprios de coagir indiretamente o consumidor a adimplir suas obrigações, especialmente no caso de contratos relacionais²²⁵, ou seja, aqueles de prestação continuada de produtos ou serviços, deve-se ponderar se realmente se deseja abrir as portas da arbitragem aos fornecedores, especialmente ao se ressaltar que empresas de menor porte, figura também protegida pelo ordenamento²²⁶, já podem se beneficiar das vantagens dos juizados especiais.

Note-se, também, que é na hipótese da bidirecionalidade que se vislumbra o risco temido por Cláudia Lima Marques²²⁷ quanto aos casos em que o consumidor fica revel e é condenado, sem saber o motivo. Quando se adota a unidirecionalidade, no entanto, não há que se falar em revelia do consumidor por completa ignorância deste, uma vez já estando ele no processo arbitral.

²²¹ Ferreira mantém posicionamento concordante com a unidirecionalidade do consumidor. FERREIRA, Marcus da Costa. Juizados especiais cíveis e julgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011. p. 67.

²²² Marques Cebola, por outro lado, advoga pela bidirecionalidade. CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-46, 2012. p. 35.

²²³ “Art. 8º, § 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: I - as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; II - as pessoas enquadradas como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte na forma da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; III - as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999; IV - as sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.194, de 14 de fevereiro de 2001”. BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²²⁴ “É admissível pedido contraposto no caso de ser a parte ré pessoa jurídica”. FONAJE. Enunciado 31. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

²²⁵ V.g., “Outra situação que, em um primeiro momento da vigência do CDC, foi entendida como constrangimento ilícito do consumidor, visando à cobrança da dívida, é a interrupção do fornecimento de serviços essenciais. Este entendimento, entretanto, embora adotado pelo STJ até 2002, foi modificado, admitindo-se a interrupção, observado o dever de notificação prévia, em face do que dispõe expressamente o artigo 6º da Lei de Concessões”. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 335.

²²⁶ De acordo com a teoria do finalismo aprofundado, hoje preponderante no direito brasileiro, o conceito de consumidor pode ser aplicado à pessoa jurídica que, mesmo utilizando o produto ou serviço para fins profissionais, tenha sua vulnerabilidade judicialmente reconhecida. V.g., MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 591.

²²⁷ MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 407-414, 2014. p. 413.

Desta feita, no que tange ao critério relativo ao sujeito com legitimidade de instaurar a arbitragem, a bidirecionalidade, por um lado, proporciona uma utilização e uma propagação do instituto de forma mais rápida e notória, sendo mais eficiente no que concerne à redução de demandas no judiciário, e podendo proporcionar redução do preço dos serviços e dos produtos ofertados, como efeito da maior repressão à inadimplência; a unidirecionalidade do consumidor, todavia, provocaria uma reação consideravelmente mais tímida em termos de utilização do instituto e, por via de consequência, pouco impactaria, *prima facie*, no desafogamento do judiciário, abrindo-se a possibilidade, no entanto, de os *players* do mercado, especialmente os novos, utilizarem-se da cláusula compromissória como atrativo de demanda. A unidirecionalidade do consumidor também mantém o procedimento comum como única via de acesso à justiça dos fornecedores de grande porte, claramente os sujeitos hegemônicos do mercado (e os litigantes habituais observados nos processos judiciais sobre relações de consumo).

3.2 A GRATUIDADE PARA O CONSUMIDOR

A análise sobre a estipulação legal acerca da obrigatoriedade de a arbitragem se dar de forma gratuita para o consumidor constitui elemento basilar do estudo em questão, uma vez que averigua o relevante fator da distribuição do ônus financeiro entre as partes contratantes, que, via de regra, possuem enorme disparidade de porte econômico entre si. A princípio, a gratuidade da arbitragem para o consumidor reflete o benefício da gratuidade de justiça, encontrado no judiciário, como amparo aos economicamente fragilizados e, ao mesmo tempo, estímulo para que esses sujeitos vulneráveis da relação pleiteiem o que lhes é de direito. No entanto, quando se lança a ideia no âmbito privado, em que há, mais claramente, o risco de o poderio econômico da parte privilegiada interferir no julgamento (como observado no supramencionado caso norteamericano envolvendo a NAF²²⁸), necessário se faz averiguar com um pouco mais de atenção os reflexos que esse tipo de norma pode gerar, quais tipos de incentivo se busca criar e os oportunismos que se quer evitar.

²²⁸ V.g., MAGGS, Peter B. Abusividade da cláusula de arbitragem no direito norte-americano, em especial nos contratos com consumidores. Tradução por: MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, 2011. p. 206.

3.2.1 Os incentivos e os reflexos no poder judiciário

Ao se eximir uma das partes de determinada obrigação, evidentemente, cria-se um estímulo para esse sujeito – e é o que aqui se vislumbra. Ao estipular a obrigatoriedade da gratuidade ao consumidor, o legislador estabelece o incentivo pela busca à arbitragem, ao menos a equiparando, em termos de dispêndios financeiros, ao aparato estatal, em que se pode pleitear o benefício da gratuidade de justiça.

Impõe-se, entretanto, todos os custos ao fornecedor, justamente quem, como visto, deve inserir a cláusula compromissória nos contratos. *Prima facie*, tem-se um claro desestímulo a essa parte – por que colocaria uma cláusula compromissória em seus contratos de adesão sabendo que a eventual arbitragem dar-se-á totalmente às suas custas? Comparando-se com a opção de não inserir a cláusula e ter de sempre se submeter ao maquinário estatal, neste espaço, os gastos, em regra, são os mesmos que teria em sede de arbitragem, como assessoria jurídica (a qual, normalmente, já possui integrada à sua organização) e eventuais despesas extras, a exemplo dos honorários periciais, tendo, contudo, a possibilidade de se beneficiar, ao final, dos efeitos da não sucumbência, fora que não possui qualquer obrigação pecuniária para/com o julgador, tendo em vista que o juiz é bancado pelo Estado, enquanto que, na arbitragem, no caso de vigorar a gratuidade, o fornecedor teria que juntar a seu cálculo os honorários do(s) árbitro(s).

Em assim sendo, ao se fixar a gratuidade ao consumidor, estabelece-se, à primeira vista, estímulo a que o sujeito vulnerável busque o instituto, criando-se, todavia, barreira fática a que isso realmente aconteça, qual seja o desinteresse prévio do fornecedor em inserir a cláusula compromissória em seus contratos. Vislumbra-se, desse modo, situação em que o legislador cria um benefício, por um lado, ao mesmo tempo em que retira a possibilidade de se usufruí-lo, pelo outro.

A proibição expressa, por sua vez, da obrigatoriedade da gratuidade ao consumidor, ou seja, a norma que imponha a distribuição do ônus financeiro da arbitragem entre as partes, incentiva a inserção da cláusula compromissória nos contratos pelo fornecedor, por um lado, uma vez que pode lhe ser economicamente interessante, em termos comparativos, os gastos financeiros divididos da arbitragem somados às demais vantagens do instituto em relação ao processo estatal, ao mesmo tempo em que desestimula a opção pela arbitragem de parte do consumidor, pelo outro – tendo a possibilidade de ser beneficiado com a gratuidade de justiça oferecida pelo Estado, o vulnerável não teria motivo de ordem exclusivamente financeira para optar pela jurisdição privada.

Vê-se, desse modo, que a obrigatoriedade, analisada singularmente, seja relativa à imposição da gratuidade, seja relativa à sua proibição, gera elevados desníveis de incentivos entre os sujeitos contratantes, ora desestimulando a busca pela arbitragem por parte do consumidor, ora fulminando o interesse do fornecedor em inserir a cláusula compromissória em seus contratos, sempre, portanto, resultando na não utilização do instituto. Em assim sendo, percebe-se que tanto a norma impositiva quanto a norma proibitiva, averiguadas isoladamente, tenderiam a provocar impacto zero na diminuição dos processos que tramitam no judiciário.

Quais seriam, então, os efeitos da escolha pela terceira (e última) opção legislativa, qual seja o silêncio, o não intervencionismo na questão, deixando livre a opção pela distribuição do ônus financeiro entre as partes? A gratuidade seria oferecida pelo fornecedor em duas situações: (I) na hipótese de sinalização, ou seja, como modo de enviar uma mensagem sobre a confiabilidade do produto ou serviço ao consumidor, dizendo-lhe que, em havendo qualquer problema, sua resolução poderá ser atingida, no âmbito privado, de forma gratuita; e (II) na existência de interesses outros do fornecedor, relacionados às demais vantagens da arbitragem, como a celeridade, em comparação com as características do processo estatal. Outra possibilidade corresponderia à atribuição total do ônus ao consumidor. Da parte deste, entretanto, não lhe sendo garantida a gratuidade e levando-se em conta somente esse fator, não haveria interesse em escolher a arbitragem, uma vez havendo o benefício da gratuidade de justiça no judiciário. Pontue-se, todavia, que necessária se fará a análise combinada das normas sobre direcionalidade com as normas sobre gratuidade, tendo em vista a influência das primeiras nos efeitos produzidos pelas segundas. Antes, contudo, cabe averiguar, ainda isoladamente, os casos de oportunismo envolvendo a gratuidade.

3.2.2 Os riscos de oportunismos

Duas são as hipóteses de oportunismos que saltam aos olhos quando da análise da gratuidade para o consumidor, quais sejam a utilização da não gratuidade como desestímulo à busca pela resolução da controvérsia pelo consumidor, o que, entretanto, somente surte efeito quando da existência da cláusula de barreira (que impede a busca pelo judiciário), e a influência, na hipótese da gratuidade obrigatória para o consumidor, do poderio financeiro do fornecedor na decisão, a partir do momento em que todos os custos ficam por sua conta.

Conforme analisado supra, encontram-se, no exemplo norte-americano, ambos os oportunismos: tanto os julgamentos enviesados em decorrência de acertos financeiros escusos entre ente arbitral e fornecedor, como no escândalo da NAF²²⁹, fortemente auxiliados pela cláusula impeditiva de ingresso no judiciário por parte do consumidor, o que, inclusive, dispensava a utilização da gratuidade como atrativo, quanto o uso dos encargos financeiros da arbitragem como desincentivo, reforçado pela costumeira previsão de pagamento adiantado e independente do resultado²³⁰.

No panorama brasileiro, todavia, o cenário muda. Vê-se que a cláusula de barreira, essencial em ambos os casos, é incompatível com o sistema legal pátrio²³¹, além de ser jurisprudencialmente rechaçada²³², e a arbitragem somente se pode instituir, em relações consumeristas, como estudado em capítulo anterior, com a aceitação do consumidor após o surgimento do conflito, tendo, esse sujeito, a prerrogativa de, preferindo, optar pela via estatal. Desse modo, a tentativa de desestimular o consumidor a levar suas pretensões resistidas à resolução jurisdicional por meio da atribuição exclusiva ou repartida dos ônus financeiros da arbitragem não surte qualquer efeito, tendo em vista que o consumidor pode se socorrer do poder judiciário e do benefício da gratuidade de justiça.

A influência do poderio financeiro do fornecedor no julgamento da lide, no entanto, merece atenção. Nancy Andrighi²³³ sugere a atribuição do dever de fiscalização ao Ministério Público como ferramenta para coibir esse tipo desvirtuamento e proteger o consumidor de acertos escusos entre fornecedores e instituições de arbitragem. No entanto, a simples previsão de fiscalização não deve bastar para o legislador – podendo-se criar mecanismos de incentivos e barreiras eficientes a oportunismos, não há motivo para sobrecarregar em demasia o *Parquet*: que ele seja o fiscalizador, sim, mas que a norma ajude por si só a impedir a proliferação de ocorrências de condutas indesejadas²³⁴.

²²⁹ V.g., MAGGS, Peter B. Abusividade da cláusula de arbitragem no direito norte-americano, em especial nos contratos com consumidores. Tradução por: MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 193-219, 2011. p. 206.

²³⁰ MAGGS, Peter B. Op. cit. p. 198.

²³¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 jan. 2018.

²³² V.g., “a [...] instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira [...] É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.189.050/SP. Brasília, 01 de março de 2016. Lex: jurisprudência do STJ. Ementa.

²³³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, n. 9, p. 13-21, 2006. p. 21.

²³⁴ “Os formuladores de políticas públicas nunca devem esquecer os incentivos: muitas políticas alteram os custos e benefícios para as pessoas e, portanto, alteram seu comportamento”. MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana. 2. ed. 5. reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 7.

Em assim sendo, como o regramento sobre gratuidade pode influir nessa questão? A princípio, a resposta é simples. Olhando-se exclusivamente para esse fator, a atribuição integral dos ônus financeiros da arbitragem, por via de lei, a qualquer das partes confere ao sujeito escolhido o poder de influir no julgamento, senão sob uma perspectiva individualizada do caso, sob uma ótica de escala – sendo o fornecedor, parte economicamente mais forte, a decisão favorável a seus interesses enseja a continuação da escolha pelo mesmo órgão julgador²³⁵, enquanto a frustração de seus interesses pode provocar a mudança de ente decisor, o que constitui elemento potencialmente relevante, pensando-se sob a ótica lucrativa, para o(s) árbitro(s). Sendo, todavia, o consumidor, haveria a possibilidade de haver semelhante influência? Sim, porém não de forma imediata. Uma vez não sendo este o litigante habitual que normalmente é o fornecedor, a decisão que lhe é desfavorável pode interferir na escolha de futuros consumidores litigantes, por meio da circulação da informação, especialmente pela *internet*, de que tal e qual centro de arbitragem ou determinado grupo de árbitros não decide favoravelmente aos consumidores. Para tais efeitos, no entanto, há a dependência de que essa proliferação informativa ocorra eficientemente, em meio ao excesso de informações hoje em dia circulantes, e apesar das vulnerabilidades do consumidor. Em assim sendo, o ônus financeiro a cargo exclusivamente do consumidor também pode, ainda que de maneira mais tímida do que a da hipótese do fornecedor, influir na decisão do árbitro. Todavia, não se olvide que, uma vez ficando às suas custas o ônus financeiro da arbitragem, o consumidor, via de regra, tenderá a optar pelo aparato estatal, no qual pode se beneficiar da gratuidade de justiça.

Finalmente, de modo que a se chegue a conclusões efetivas, necessário se faz analisar conjuntamente o regramento da gratuidade com o da direcionalidade.

3.2.3 Efeitos da combinação entre as normas sobre direcionalidade e as normas sobre gratuidade

Aderindo o sistema à unidirecionalidade do consumidor, a opção pela gratuidade vinculativa agrega um peso em favor do desestímulo à inserção da cláusula compromissória pelos fornecedores, inclusive pelos novos, os quais teriam interesse em atrair demanda por meio da sinalização, pelo simples fato de que, por estarem iniciando suas atividades, ainda instáveis, portanto, economicamente, a previsão do certo ônus financeiro em sede de

²³⁵ “Câmaras ou árbitros reiteradamente indicados pelas grandes empresas, para milhares de ações envolvendo consumidores, podem, ao longo do tempo, se amoldar aos interesses daquele que os indica”. TAPAI, Marcelo. A arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 590-598, 2016. p. 595.

arbitragem, ainda que esta seja eventual, pode constituir fator determinante na exclusão dessa estratégia de inserção no mercado.

Combinando-se, entretanto, a gratuidade com a bidirecionalidade, vislumbra-se certa contraposição de incentivos, no sentido de que, uma vez sendo, os fornecedores, os sujeitos que, primeiramente, irão buscar a arbitragem em vez de o aparato estatal, propagando com maior rapidez a cultura da arbitragem no âmbito das relações consumeristas e levando, por conseguinte, o conhecimento sobre o instituto, na prática, ao consumidor, a gratuidade servirá de estímulo para que este, sujeito vulnerável da relação, também opte pela resolução de conflitos através da via arbitral.

Em assim sendo, vê-se que a gratuidade, em termos de estrutura de incentivos, gera melhores resultados se adotada em um sistema que preveja a bidirecionalidade da arbitragem de consumo; de outro modo, a não estipulação legal sobre gratuidade combina-se mais eficientemente com a unidirecionalidade do consumidor, inclusive por caracterizar contraposição de incentivos – sendo somente o consumidor o sujeito legitimado a instaurar a arbitragem, a abertura para que a distribuição dos gastos com o processo fique a cargo das partes ou mesmo se configure escolha exclusiva do fornecedor, por meio de fixação sobre a questão já na cláusula compromissória constante em contrato de adesão, configura um dado de equilíbrio na atribuição de estímulos.

Perceba-se que o somatório das normas não gera relevantes mudanças no que tange aos impactos na redução de processos tramitando no judiciário, continuando a bidirecionalidade a ser a que mais notórios efeitos observam-se nessa perspectiva, vislumbrando-se, no entanto, uma diminuição ainda maior, tendo em vista o incentivo proporcionado pela gratuidade aos consumidores na busca pela arbitragem.

No que toca, finalmente, aos oportunismos, cabe verificar quais as possibilidades em ambas as combinações. Quanto à unidirecionalidade do consumidor somada ao silêncio legislativo sobre a distribuição dos ônus financeiros, percebe-se que, somente sendo o consumidor o legitimado a figurar no polo ativo da demanda, caberá a ele optar entre a arbitragem e o processo estatal, sopesando os gastos (tanto financeiros quanto temporais) que terá em cada uma das opções e escolhendo a que melhor lhe convir.

A bidirecionalidade agregada à gratuidade obrigatória para o consumidor, por seu lado, promove o risco de ocorrência da supramencionada influência econômica do fornecedor, tendo em vista tanto o fato de é ele que arcará sempre com os gastos da

arbitragem quanto a sua característica de litigante habitual²³⁶⁻²³⁷, notoriamente quando se trata de empresa de grande porte, que, combinados, abrem a possibilidade de enviesar o julgamento arbitral. Adotando-se essa opção legislativa, vê-se que mais incisivamente precisará atuar o Ministério Público e ainda mais atenção será necessário conferir ao estabelecimento de perfis de conduta e de imparcialidade dos árbitros, aspecto já bastante estudado atualmente²³⁸, ao mesmo tempo em que mecanismos de incentivo à manutenção da credibilidade das instituições especializadas em arbitragem devem se trabalhados e constantemente aprimorados.

Desse modo, conclui-se que, em termos de distribuição de incentivos, tanto a bidirecionalidade aliada à gratuidade obrigatória para o consumidor quanto o silêncio legislativo sobre a distribuição dos gastos associado à unidirecionalidade do consumidor configuram panoramas de equilíbrio que levam em conta as vulnerabilidades da parte mais fraca e o porte do sujeito hegemônico. No que tange ao impacto na redução dos processos tramitando no judiciário, a bidirecionalidade segue como a opção que proporcionaria maiores efeitos, sendo estes potencializados pela gratuidade obrigatória para o consumidor. Por fim, a não estipulação legal sobre a distribuição dos ônus financeiros entre as partes associada à unidirecionalidade do consumidor corresponde à escolha que melhor previne oportunismos.

3.3 A RELEVÂNCIA DO FATOR TEMPO

A influência da duração dos processos na decisão das partes entre a arbitragem e o maquinário estatal merece ser analisada separadamente, tendo em vista tanto seu aspecto

²³⁶ “Há, conforme visto, um tipo de fornecedor que age em larga escala e que tem nas normas de defesa do consumidor uma variável a ser considerada no cálculo econômico de eficiência tendo como objetivo a maximização do lucro”. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v.87, p. 93-121, 2009. p. 102.

²³⁷ “O orçamento anual das empresas conta com uma rubrica específica para eventuais perdas em processos judiciais. Dezenas de milhões de reais são provisionados para tal intento. Aos escritórios de advocacia, são transmitidas as diretrizes de como atuar nos casos: se proporão ou não acordos, o valor máximo que dispõem para a eventualidade de realizá-los, se devem recorrer de decisões desfavoráveis ou se é mais interessante, em termos estritamente contábeis, pagar a condenação e assim por diante”. SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio integral na defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.108, p. 89-117, 2016. p. 108.

²³⁸ V.g., WALD, Arnaldo. A ética e a imparcialidade na arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 39, p. 17-37, 2013; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação dos árbitros. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 39, p. 39-51, 2013; LEMES, Selma Ferreira. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 371-386, 2016; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Regulamentação privada ou pública da ética: o juiz e o árbitro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 391-404, 2013.

conjuntural quanto o valor atribuído contemporaneamente ao tempo, elemento cada vez mais escasso na vida das pessoas no mundo de hoje. Diferentemente dos tópicos anteriores, não se trata de análise de qual norma é a mais eficiente ou qual a norma que melhor previne oportunistas, mas, sim, de investigação do impacto de certas características da arbitragem e do processo estatal, quais sejam a celeridade e a morosidade, respectivamente, na tomada de decisão dos sujeitos contratantes. As normas aqui referidas são as já estudadas nos tópicos prévios.

Pesquisa realizada, em 2014, por Álvaro de Carvalho Pinto Pupo, referenciada por Sá Ribeiro²³⁹, mostra que a média de duração de um processo arbitral corresponde a catorze meses, enquanto que um processo estatal demora em torno de sete anos. Ciente de tal disparidade, como essa diferença impacta na decisão dos sujeitos contratantes de uma relação de consumo?

Na hipótese de se optar pela unidirecionalidade somada ao não regramento sobre gratuidade, a menor duração do processo arbitral configura atrativo para o consumidor optar pela jurisdição privada, entrando, portanto, na lista dos “prós” em favor da arbitragem, dependendo, a escolha final, da influência de outros fatores relevantes, como o custo geral e a distribuição desse ônus financeiro. Todavia, de parte do fornecedor, a celeridade da arbitragem, dentro desse cenário, constitui, ao contrário, desestímulo à inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão, uma vez que a rapidez na resolução de conflitos de interesse preponderante do consumidor (já que é ele que inicia sempre a arbitragem) não se coaduna, via de regra, com os interesses do fornecedor – vê-se que grande parte dos pleitos relativos ao regramento consumerista diz respeito à responsabilidade civil dos fornecedores²⁴⁰, de modo que, tomando essa espécie de demanda como exemplo, não se vislumbra interesse, por parte das empresas do mercado de consumo, em abrir portas para que seus consumidores tenham a chance de ver resolvidos mais celeremente seus pedidos indenizatórios, enquanto podem relegá-los ao poder judiciário, cuja acentuada morosidade pode ensejar não apenas o desincentivo pela litigância como também o abandono da causa por parte daqueles que se aventuram a um processo estatal. Desta feita, o fator tempo apenas reforça a estrutura de incentivos atinente a essa opção legislativa, na qual, a princípio, os fornecedores atuantes não identificam vantagens suficientes para aderir à

²³⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras questões controversas. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 48, p. 185-202, 2016. p. 192.

²⁴⁰ Note-se que, no relatório anual do CNJ, faz-se referência explicitamente à “responsabilidade de fornecedor/indenização por dano moral” como o 4º assunto mais recorrente no Poder Judiciário brasileiro em 2015. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2016 – infográficos: ano-base 2015, Brasília: CNJ, 2016. p. 10.

arbitragem, sendo esta potencialmente utilizada apenas quando houver desejo de se promover alguma sinalização sobre o produto ou serviço, o que comumente se percebe nos *players* que são novos no mercado.

Por outro lado, o impacto do fator tempo na hipótese de adoção da bidirecionalidade associada à gratuidade obrigatória para o consumidor manifesta-se de forma distinta: uma vez havendo claro interesse tanto do fornecedor quanto do consumidor na resolução célere dos conflitos que envolvem suas pretensões resistidas, já que ambos podem figurar no polo ativo da demanda, o maior dinamismo do processo estatal configura atrativo a ambas as partes – tanto para o fornecedor inserir a cláusula compromissória nos contratos e instaurar a arbitragem quando do surgimento do conflito quanto para o consumidor optar pela via arbitral ao invés de o judiciário estatal. Pontue-se, entretanto, que, sendo necessário o aceite do consumidor após o nascimento da lide, quando a instauração da arbitragem se der por iniciativa do fornecedor, o fator tempo pode provocar a recusa do consumidor em se submeter ao processo arbitral, forçando, assim, a contraparte a buscar o vagaroso maquinário estatal para resolver a questão – nessa senda, caso perceba a ocorrência reiterativa desse tipo de atitude, ver-se-á compelido, o fornecedor, a retirar a cláusula compromissória de seus contratos de adesão, uma vez não vislumbrando maiores vantagens em manifestar sua vontade na instauração de arbitragens, já que, quando o interesse preponderante é o seu, encontra-se desprovido dos benefícios do instituto, devido à recusa do consumidor.

Registre-se, por fim, dois fatores que vão contra a previsão de habitualidade da ocorrência desse comportamento (a não concessão do segundo aceite quando da instauração pelo fornecedor) por parte do consumidor: primeiramente, sua vulnerabilidade jurídica – a aceitação posterior ao surgimento do conflito visa a possibilitar a uma tomada de decisão melhor informada sobre as características do instituto da arbitragem, o que pode, no entanto, simplesmente não acontecer, na prática, em determinados casos (configurando a mera assinatura de documento, temida, por exemplo, por Jacques Brauner²⁴¹), de modo que o consumidor pode não ter ciência de seu poder de recusa ou aderir com base na confiança atribuída à contraparte, especialmente em contratos relacionais. O segundo fator corresponde aos supramencionados vieses comportamentais e às noções de justiça e segurança, que escapam à racionalidade econômica, na hipótese,

²⁴¹ BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Convenção de arbitragem. Possibilidade em tese nas relações de consumo. Inaplicabilidade no caso de o consumidor ingressar com ação. Conceito de vulnerabilidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 598-604, 2016. p. 603.

por exemplo, de o consumidor desejar ver julgada o quanto antes uma lide em que acredita piamente não dever absolutamente nada ao fornecedor.

A propagação dessa conduta de recusa do consumidor na arbitragem de iniciativa do fornecedor depende, primeiramente, da existência de uma assessoria jurídica ao consumidor, que possa lhe esclarecer as opções, partindo do pressuposto de que o fornecedor, via de regra, não teria interesse em exercer esse papel informativo, e, em seguida, da popularização da cultura arbitral, que disseminaria a informação, tornando-a mais acessível.

Em assim sendo, pode-se concluir que o fator tempo, no geral, fortalece as estruturas de incentivos e, conseqüentemente, o grau de impacto na redução dos processos do judiciário, das normas até aqui analisadas, tanto a da unidirecionalidade do consumidor associada ao silêncio legislativo sobre a distribuição dos ônus financeiros da arbitragem quanto a da bidirecionalidade combinada com a gratuidade obrigatória para o consumidor.

3.4 A INFLUÊNCIA DO VALOR DA CAUSA

Tal qual o fator tempo, a análise do valor da causa não diz respeito à produção normativa, mas, sim, à influência de um elemento externo na escolha dos agentes. Neste caso específico, trata-se da noção de custo-benefício entre os custos da arbitragem e o valor da causa em questão. Ainda na esteira da pesquisa feita por Álvaro de Carvalho Pinto Pupo, referenciada por Sá Ribeiro, a arbitragem, do modo como se encontra atualmente no Brasil, somente se revela uma opção financeiramente desejável em lides cujo valor chega à casa dos milhões²⁴². O dado não surpreende, partindo da ideia de que a maior utilização do instituto se dá no âmbito das relações empresariais, as quais envolvem, com frequência, vultosas quantias de dinheiro.

Desta feita, nesse cenário, a arbitragem de consumo, qualquer que seja a opção legislativa adotada (uni ou bidirecionalidade, imposição ou silêncio sobre gratuidade), tende a não se propagar, uma vez que a maioria das relações consumeristas compreende quantias relativamente pequenas – em assim sendo, se vislumbraria a viabilidade da

²⁴² Em tabela comparativa, observa-se que: (I) nas lides cujo valor da causa é inferior a R\$100.000,00, o custo médio do procedimento arbitral é de R\$13.500,00, enquanto que os gastos no processo judiciário giram em torno de R\$ 3.076,95; (II) nas lides cujo valor da causa não ultrapassa R\$1.000.000,00, o custo médio da arbitragem é de R\$50.480,00, enquanto que os dispêndios no judiciário somam cerca de R\$30.076,95; e, por fim, (III) nas lides cujo valor da causa é superior a R\$10.000.000,00, a média de gastos no procedimento arbitral é de R\$79.460,00, enquanto no judiciário é de R\$114.296, 95. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras questões controvertidas. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 48, p. 185-202, 2016. p. 192.

arbitragem apenas nas causas envolvendo valores milionários. Mesmo havendo a possibilidade de financiamento da arbitragem²⁴³, a opção ainda assim não compensaria economicamente para a maioria das lides, senão àquelas cujo valor da causa encontra-se em patamares imediatamente inferiores ao nível ótimo de custo-benefício, uma vez conferindo, os sujeitos, maior valia a vantagens outras do instituto, como a celeridade, a flexibilidade e/ou a especialidade do árbitro sobre a matéria.

Em assim sendo, conclui-se que, para que a arbitragem de consumo se torne realidade, necessária será uma mudança estrutural do cenário do instituto no Brasil, de modo a que se crie um nicho voltado para as especificidades das relações consumeristas e do regramento que venha a ser elaborado para a matéria.

3.4.1 A arbitragem expedita como potencial via de resolução de conflitos consumeristas

No âmbito mesmo do direito empresarial e internacional, já existe o que pode servir de base para essa arbitragem mais adequada ao espectro dos vínculos de consumo, qual seja a arbitragem *fast track*²⁴⁴, também conhecida como arbitragem expedita. Compreende um procedimento mais simplificado, compactado, em regra conduzido por apenas um árbitro e cuja única audiência não costuma ultrapassar o limite de um dia. Detratores podem arguir, equivocadamente, desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa – o que ocorre, em verdade, é uma compressão de momentos processuais adequados, ou seja, retração de prazos relativos à preclusão. Tendo em vista a, em regra, simplicidade das questões atinentes às lides de consumo, em grande parte das vezes, de lastro probatório exclusivamente documental, a arbitragem *fast track* configura uma saída adequada para a questão.

Vê-se, assim, que o desenvolvimento da arbitragem de consumo no Brasil depende da criação desse nicho especializado, cujos valores se adequem à pequena escala da relação consumerista e tenha a possibilidade de se revelar um “concorrente” de nível para o judiciário estatal. Neste ponto, cumpre afirmar que será com maior dificuldade que a

²⁴³ Arnaldo Wald tece algumas considerações a respeito em: WALD, Arnaldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 33-41, 2016.

²⁴⁴ “[...] como novos campos que mereceriam ser estudados com certa urgência, caberia pensar na arbitragem *fast track*, realizada em pouco tempo (alguns meses) e com custo baixo, tendo em relação às formas clássicas hoje consagradas o mesmo papel que os juizados de pequenas causas, os juizados especiais, tiveram, com muito sucesso, no campo judiciário, em relação ao processo tradicional e à justiça comum”. WALD, Arnaldo. Arbitragem: presente, passado e futuro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 59-78, 2016. p. 76.

arbitragem se espalhará no âmbito das causas de competência dos juizados especiais cíveis, tendo em vista que, para tanto, a redução dos custos, em comparação com as arbitragens “comuns”, teria que ser ainda maior, tornando-a, talvez, economicamente impraticável – ao menos para as causas cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos. Ademais, o fator tempo também pesaria menos a favor da arbitragem, tendo em vista que, comparativamente à justiça comum, os processos dos juizados especiais costumam ser mais céleres, de modo que o custo de oportunidade²⁴⁵ na opção pela arbitragem diminuiria significativamente.

Note-se que, tal qual na análise do fator tempo, o valor da causa, neste cenário, apenas reforça a estrutura de incentivos, o impacto na diminuição de processos no judiciário e os riscos de oportunismos das normas até aqui estudadas, senão veja-se.

3.4.2 A arbitragem *fast track* e as normas a serem criadas

No que toca à hipótese da bidirecionalidade associada à gratuidade obrigatória para o consumidor, a arbitragem expedita potencializa seus prós e contras da seguinte maneira. Relativamente aos incentivos, da parte do fornecedor, sendo este de grande porte e não podendo, por conta disso, pleitear nos juizados especiais, senão por via de pedido contraposto, a arbitragem de menores custos e ainda mais célere configura grande atrativo – o cálculo a ser feito corresponde aos ganhos que um julgamento mais rápido pode proporcionar com os gastos totais da arbitragem, por conta da gratuidade para o consumidor. Tendo em vista a característica de litigante habitual dessas empresas de maior envergadura, uma adoção mais imediata e de grande espectro da arbitragem *fast track* torna também mais rápida a propagação do conhecimento sobre ela entre os consumidores. Da parte destes, por seu turno, uma vez inexistindo preocupação pecuniária, o fator preponderante na decisão será o fator tempo, que torna atraente a arbitragem expedita mesmo quando em comparação com o procedimento dos juizados especiais. Sendo mais notória a escolha pela arbitragem, tanto por parte dos fornecedores, quanto por parte dos

²⁴⁵ “O custo de oportunidade de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo. Ao tomarem qualquer decisão, como a de frequentar a faculdade, por exemplo, os tomadores de decisões precisam estar cientes dos custos de oportunidade que acompanham cada ação possível. Atletas universitários que podem ganhar milhões se abandonarem os estudos e se dedicarem ao esporte profissional estão bem cientes de que, para eles, o custo de oportunidade de cursar a faculdade é muito elevado. Não é de surpreender que muitas vezes concluam que o benefício de estudar não compensa o custo de fazê-lo”. MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana. 2. ed. 5. reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 6.

consumidores, percebe-se, conseqüentemente, um maior impacto na redução dos processos que tramitam no judiciário.

Os riscos, entretanto, também são potencializados. Não somente o supramencionado alargamento do risco oportunista de o poderio econômico do fornecedor poder influenciar o julgamento, como também a retração procedimental, que diminui significativamente o lapso temporal relativo à produção de prova, levando-se em conta a vulnerabilidade jurídica do consumidor (especialmente tendo em vista que, na arbitragem, a presença de advogado não é obrigatória), pode interferir negativamente na defesa dos interesses do sujeito mais fraco, notoriamente quando figurar no polo passivo da demanda.

Na hipótese da unidirecionalidade do consumidor combinada com o silêncio legislativo sobre a distribuição dos ônus financeiros, por sua vez, o pequeno espectro de adoção da arbitragem e o conseqüente tímido impacto na redução de processos no judiciário são igualmente percebidos no cenário em que existe a arbitragem expedita. A inserção de cláusulas compromissórias como sinalização segue sendo a mais provável hipótese de adoção do instituto, sobre a qual a diminuição de custos e de duração apenas endossa o nível de atratividade tanto para os fornecedores quanto para os consumidores. Não se percebe, assim, como as qualidades da arbitragem expedita, sendo somente utilizável pelo consumidor, podem aumentar o interesse dos fornecedores, especialmente os já atuantes no mercado, em inserir cláusulas compromissórias em seus contratos. De outro lado, nas relações que porventura contenham a previsão de arbitragem, os custos e duração reduzidos constituem chamarizes para o consumidor, especialmente quando este supervalorizar o fator tempo na resolução da controvérsia.

Pontue-se que, nesse cenário, quem quer que potencialmente exerça função de árbitro ou forneça, enquanto entidade, a arbitragem de consumo precisa, para atrair maior público, desenvolver níveis ainda menores de custos, o que, certamente, inclusive para efeitos compensatórios, virá associado a uma perspectiva de escala, ou seja, de quantidade de casos julgados, quando não de metas – o que também pode ser observado na hipótese da bidirecionalidade. Se a visão massificada, para não dizer industrializada, do instituto assusta, em um primeiro momento, a lembrança de que o serviço público não raramente também trabalha com essa ideologia de metas, em especial levando-se em conta a exorbitante quantidade de processos em trâmite, afrouxa a crítica negativa sobre essa previsão atinente à jurisdição privada.

Os riscos de oportunismos, por seu turno, não se veem aumentados pela arbitragem expedita dentro dessa hipótese, continuando, desse modo, bastante reduzidos. O porém a ser levantado, tendo por base o risco de influência do porte financeiro do fornecedor no

juízo, corresponde à possibilidade (extremamente factível) de somente existir uma entidade de arbitragem de consumo – ou existirem instituições em número bastante pequeno – dentro do espectro territorial alcançável a menores custos pelo consumidor, o que pode ensejar acordos escusos entre esses entes e os fornecedores atuantes no local. Nessa senda, duas forças podem atuar contra esse possível oportunismo: uma, a opção pelo judiciário, sempre presente, que pode retirar a demanda pela arbitragem de consumo em caso de se propagar a informação de reiterados julgamentos enviesados, e a outra, a fiscalização mais simplificada para o Ministério Público – se são poucos os sujeitos investigados, menos trabalhosa e mais acurada é a investigação. Na hipótese da bidirecionalidade, pontue-se, o contrapeso a esse oportunismo pode se restringir à segunda força, o Ministério Público, porquanto tal especulado sistema de corrupção de arbitragem de consumo talvez possua o condão de se manter exclusivamente com as demandas dos fornecedores.

A compactação do procedimento e a conseqüente diminuição do período de produção de provas não provoca, quando o consumidor encontra-se no polo ativo da demanda, tantos impactos negativos na defesa dos seus interesses quanto os potencialmente sentidos na hipótese de ele figurar no polo passivo da lide. Isso porque, mesmo no processo civil estatal, existe limitação dos momentos de produção de provas²⁴⁶ e a iniciativa do consumidor já precisaria se ver munida do lastro probatório documental necessário (ressalvadas as hipóteses em que se permite a inversão do ônus da prova), tanto no judiciário quanto na arbitragem expedita.

Desta feita, percebe-se que, para que a arbitragem de consumo se torne uma realidade notável no cenário brasileiro, não basta a estabilização da matéria sob a ótica legislativa, precisando o mercado reagir – necessários se fazem a inventividade e o empreendedorismo humano para que se crie, de fato, adequações do instituto para as características das relações consumeristas, cabendo à norma legal estabelecer parâmetros que suficientemente protejam os consumidores de oportunismos e estimulem, o quanto possível, a proliferação da arbitragem.

²⁴⁶ “De acordo com o art. 434 do CPC, incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar-lhe as alegações. De uma forma geral, tem-se que a petição inicial deve estar acompanhada, sob pena de invalidade, dos chamados documentos indispensáveis (art. 320, CPC), que podem ser classificados em substanciais e fundamentais”. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 228. As hipóteses de juntada posterior de documentos, expressamente previstas no código de processo civil, são abordadas pelos autores nas páginas seguintes, 229 e 230.

3.5 A INDISPENSABILIDADE DE ADVOGADO PARA O CONSUMIDOR IDOSO NA ARBITRAGEM DE CONSUMO

O requisito em questão foi trazido por Cláudia Lima Marques²⁴⁷, com vistas a conferir proteção extra ao indivíduo de idade avançada, considerado hipervulnerável. Trata-se, aqui, da análise de um possível dispositivo normativo, assim como o foram as averiguações concernentes à direcionalidade e à gratuidade obrigatória para o consumidor, entretanto, diverge delas por se tratar de um escopo bem mais reduzido, restrito a apenas parcela da população, e, conseqüentemente, por corresponder a uma investigação não sobre os efeitos de escala da norma, mas, sim, sobre as opções que o sujeito sobre o qual ela incide possui quando da sua existência e quando da sua inexistência no ordenamento jurídico.

Na hipótese da unidirecionalidade do consumidor associada ao não regramento sobre gratuidade, o ônus de arcar com o advogado constitui diferencial apenas no que tange às causas cujo valor encontra-se abaixo do limite de vinte salários mínimos, tendo em vista que, nessas, é possível se pleitear nos juizados especiais cíveis sem a presença de um causídico²⁴⁸. Nas demais causas, se trata de despesa comum entre a arbitragem e o judiciário – o impacto é que deixa de ser um atrativo a mais para a arbitragem a possível dispensa desse ônus financeiro, que pode não existir em caso de advocacia *pro bono*, como a observada nos núcleos de prática jurídica das faculdades de direito, tendo em vista que a defensoria pública (ao menos tomando por base a do estado da Bahia) já não atua nas varas de consumo dos juizados especiais cíveis e, certamente, também não atuaria nos casos de arbitragem. Desta feita, nota-se que, em termos de estrutura de incentivos, o requisito analisado pouco impacta nessa hipótese, tampouco interfere na prevenção de oportunismos, cujos riscos de ocorrência já são bastante escassos nesse cenário. A presença obrigatória de advogado tem a função de aprimorar a defesa técnica do pleito do idoso, além de assessorá-lo devidamente em meio à rapidez do procedimento e no que toca às possibilidades de autocomposição. Vê-se, portanto, que a existência do requisito no ordenamento que adota a unidirecionalidade silente sobre gratuidade não promove alterações econômicas significativas.

²⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95, p. 99-145. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 141.

²⁴⁸ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 09 jan. 2018.

De outro lado, no que tange à hipótese da bidirecionalidade combinada com a gratuidade obrigatória para o consumidor (no que concerne aos custos da arbitragem, bom lembrar, não abrangendo os gastos com advogado), a influência na estrutura de incentivos não é dessemelhante à observada no caso da unidirecionalidade, havendo impacto, no entanto, no âmbito da prevenção de oportunismos, uma vez que pode, nesse cenário, figurar, o consumidor, no polo passivo da demanda. Desta feita, a obrigatoriedade de advogado para o consumidor idoso configura importante barreira para possíveis oportunismos surgidos em decorrência da hipervulnerabilidade do sujeito e da concisão do procedimento da arbitragem expedita.

Em verdade, ampliando um pouco essa ideia, na hipótese de adoção do sistema da bidirecionalidade associada à gratuidade obrigatória, a obrigatoriedade de assessoria por advogado pode configurar requisito para todos os casos em que o consumidor figure como réu da demanda, visando a barrar não somente oportunismos como também situações prejudiciais proporcionadas pelas vulnerabilidades do consumidor e a singularidade do procedimento. Há de se pensar, no entanto, sobre o ônus financeiro que se cria para o consumidor, uma vez considerando a não atuação da defensoria pública, que, todavia, exerce sua função para o consumidor-réu na hipótese de a empresa (via de regra, de grande porte) pleitear no judiciário, visto que somente pode fazê-lo por meio do procedimento comum.

Conclui-se, assim, que a norma criadora do requisito da presença de advogado na arbitragem de consumo em que seja parte pessoa idosa coaduna-se tanto com o sistema previsto na hipótese da unidirecionalidade do consumidor quanto com o ordenamento que adote a bidirecionalidade associada à gratuidade obrigatória para o consumidor, não provocando impactos negativos de vulto significativo no primeiro caso e constituindo óbices a oportunismos no segundo.

3.6 A OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DAS NORMAS CONSTANTES DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA ARBITRAGEM DE CONSUMO

Conforme analisado no capítulo um, o requisito da aplicação do regime consumerista na arbitragem que verse sobre relações abrangidas por ele decorre do próprio ordenamento jurídico brasileiro do modo como hoje se encontra vigente, independentemente de criação legislativa que explicita esse requisito. Tal se dá por conta da combinação do quanto

disposto no art. 1º do CDC²⁴⁹ – que caracteriza suas normas como de ordem pública – com a norma extraível do texto constante do art. 2º, §1º, da lei de arbitragem²⁵⁰, segundo a qual as partes são livres para escolher o direito material a servir de base para o julgamento, desde que respeitada a ordem pública. Que esse requisito seja expressamente previsto no regramento específico sobre arbitragem de consumo também corresponde a ideia trazida por Cláudia Lima Marques²⁵¹. Vê-se, desse modo, que a norma possui coerência com o sistema – cabe, agora, averiguar seu possível impacto na realidade concreta.

3.6.1 A influência na estrutura de incentivos, na quantidade de processos no poder judiciário e nos riscos de oportunismo das normas estudadas

Verifica-se que, na hipótese de adoção da unidirecionalidade do consumidor, o estabelecimento do requisito da obrigatoriedade de aplicação do regime protetivo muito pouco ou em nada altera a estrutura de incentivos. Isso porque o sistema em apreço já conta, por si só, com o baixo interesse dos fornecedores pela via arbitral, uma vez podendo ela ser acionada exclusivamente pelo consumidor, de modo que o fato de ter de ser aplicado o regramento consumerista não diminui – tampouco aumenta – o estímulo às empresas atuantes no mercado de consumo pela adoção da arbitragem por meio da inserção de cláusulas compromissórias em seus contratos de adesão.

Por outro lado, ao garantir a observância do regime consumerista, endossa-se o poder de atração de público daqueles que porventura optarem por incluir cláusulas compromissórias em seus contratos como meio de sinalização, uma vez conferindo a ela ainda maior credibilidade. Desta feita, observa-se, também, por via de consequência, que tende a zero a influência desse requisito no que concerne ao grau de diminuição do número de processos que tramitam no judiciário sobre lides de consumo. E, no que tange aos oportunismos, tal qual a norma atinente à presença de causídico nos casos em que for parte um consumidor idoso, a observância obrigatória do CDC tão somente serve para

²⁴⁹ “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”. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁵⁰ Art. 2º [...] § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

²⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 141.

reduzir, ainda mais, o já diminuto espectro, característico da hipótese em questão, de risco de oportunismos e de situações prejudiciais decorrentes da vulnerabilidade do consumidor.

Na hipótese em que se opta pela bidirecionalidade associada à gratuidade obrigatória para o consumidor, por sua vez, percebe-se algum impacto na estrutura de incentivos, uma vez cerceada a possibilidade oportunista, por parte do fornecedor, de se utilizar da arbitragem como meio de se evadir, maliciosamente, sem a anuência ou o devido entendimento da contraparte, da incidência do sistema protetivo nacional – algo que provocaria efeitos similares aos observados na supramencionada experiência norte-americana, com as chamadas cláusulas de barreira²⁵². Eventualmente, há de se pontuar, essa restrição negocial pode frustrar interesses do próprio consumidor, quando este não se encontrar em tão acentuada vulnerabilidade jurídica – entretanto, como a regra é a presença dessa fragilidade, leva-se em conta o dado mais corriqueiro.

Em assim sendo, a flexibilidade de escolha do direito material, uma vez dirimida, deixa de ser um atrativo para a arbitragem, notoriamente do ponto de vista do fornecedor, tornando a questão um denominador comum entre a jurisdição privada e a jurisdição estatal – ou seja, o dado não transforma o pró em um contra, apenas retira a qualidade de diferencial positivo²⁵³. Todavia, as demais vantagens da arbitragem já devem ser suficientes para manter, em grande parte, o interesse dos fornecedores pelo instituto na hipótese averiguada. É possível conjecturar, no entanto, que, se inexistente a obrigatoriedade da observância do CDC, nesse caso, mais sedenta seria a procura pela arbitragem por parte dos fornecedores e, conseqüentemente, também maior seria o impacto na redução de novos processos no judiciário.

Pode-se concluir, portanto, que, a despeito de proporcionar algum efeito quantitativo negativo na adoção da arbitragem, a incidência obrigatória das normas do CDC, tendo em vista as vantagens outras apresentadas pela jurisdição privada, especialmente a *fast track*, não abala fortemente a estrutura de incentivos e o impacto no judiciário que são característicos da hipótese da bidirecionalidade aliada à gratuidade para o consumidor,

²⁵² “Finalmente, talvez o mais relevante é que na maioria dos contratos de consumo a disposição que impõe a arbitragem também suprime do consumidor a liberdade de optar por litigar coletivamente, como parte de uma ação coletiva. [...] Ninguém nega, no entanto, que em muitos casos a ação coletiva é a maneira mais eficiente e eficaz para solucionar uma disputa”. ALDERMAN, Richard M. Acesso à justiça e reparação de danos aos consumidores nos Estados Unidos: o efeito da arbitragem compulsória aos consumidores. Tradução: Laís Bergstein. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 315-351, 2016. p. 341-342.

²⁵³ Trata-se de raciocínio similar ao trazido por Cooter e Ulen sobre os contratos de adesão altamente similares entre concorrentes: a semelhança da maioria das cláusulas simplifica a competição, a partir do momento em que o diferencial resume-se a poucos elementos. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 302. Vendo o judiciário e a arbitragem como concorrentes, a aplicação obrigatória do CDC na arbitragem passa a contar como se uma cláusula comum a ambos fosse.

além do que constitui barreira ao relevante potencial oportunismo da evasão maliciosa, por parte do fornecedor, do sistema consumerista pátrio.

3.6.2 Dificuldades atinentes à efetividade da norma que obriga a observância do CDC

A norma, entretanto, apresenta alguns entraves quanto à sua efetividade. Como verificar que as normas do CDC estão sendo realmente aplicadas e, em caso negativo, o que fazer para que se incida o regramento protetivo? A questão bate de frente com uma relevante característica da arbitragem: a imutabilidade da decisão por meio de recurso ao judiciário. A força da coisa julgada arbitral constitui importante fator de independência e de credibilidade do instituto, não podendo ser diferente, sob o risco de a arbitragem acabar por configurar apenas mais um grau de jurisdição, mais uma instância, do judiciário brasileiro. Desse modo, o mérito da sentença arbitral precisa ser protegido²⁵⁴.

A denúncia ao Ministério Público, por si só, poderia sinalizar a ocorrência de irregularidades e ensejar providências que visassem à adequação futura da conduta da entidade, mas em nada interferiria nos casos já ilicitamente julgados. Cláudia Lima Marques²⁵⁵ sugere a pena de nulidade às decisões que não observem o sistema de proteção ao consumidor – vê-se que a ideia não se choca com a imutabilidade da sentença arbitral, porquanto não prevê a alteração do julgamento, mas, sim, sua anulação. É uma forma de controle que não malfez a independência da arbitragem.

A questão, no entanto, precisa ser analisada com cuidado: qual seria o limite da intervenção judicial? Deveria o magistrado tão somente observar se a lei consumerista foi observada ou precisaria analisar também se o regramento foi aplicado *corretamente*? Tendo sempre em vista a importância de se reforçar a independência da arbitragem, em se adotando o requisito em apreço, a atuação do juízo estatal deve ser limitada ao máximo, inclusive para que se evite oportunismos das partes contratantes, que podem, em um ambiente normativo propício, voltar-se ao judiciário sempre que virem frustrados, em sede de arbitragem, os seus interesses.

²⁵⁴ “[...] o controle estatal da sentença proferida pelos árbitros é excepcional e suas hipóteses de cabimento devem ser interpretadas de forma estrita; não é admissível o controle do mérito da decisão arbitral, excluída, portanto, eventual revisão sobre eventual *error in iudicando*; não se pode, a pretexto de falta de adequada motivação, pretender que o Judiciário reveja os fundamentos de fato e de direito adotados pelo órgão arbitral”. YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 155-163, 2016. p. 156.

²⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 141.

Essa procura tendenciosa pelo judiciário não corresponde a elemento estranho à jurisprudência nacional, por meio de alegações que, em regra, focam ou na redação da cláusula compromissória ou em vícios de consentimento – a averiguação da conduta do agente demandante no decorrer da relação contratual tem se mostrado fator imprescindível para solução desses pleitos, uma vez conferindo substrato suficiente para endossar ou contradizer o quanto alegado²⁵⁶. Desta feita, a criação do requisito da incidência obrigatória do CDC apenas abriria mais uma possibilidade para essa espécie de conduta, que já se verifica atualmente, cabendo, portanto, aos juízes estatais a construção de uma jurisprudência que, tal qual nos casos supracitados, impeça o sucesso de condutas oportunistas – a criação de um texto legal específico, sucinto, como adendo à norma impositiva central, já estabilizaria significativamente a questão.

O oportunismo inevitável, todavia, corresponde à utilização do judiciário como meio exclusivamente protelatório – ou seja, no caso de o sujeito, mesmo sabendo da fragilidade e improcedência de seu pleito, ingressar com uma demanda judicial apenas para prorrogar a discussão em torno da lide e, assim, tardar o cumprimento de eventual obrigação que nasça do título executivo que configura a sentença arbitral. Reitere-se que, via de regra, as demandas que atacam as cláusulas compromissórias após o encerramento de um procedimento arbitral já constituem via de acesso aberta a esse oportunismo no sistema que vige atualmente. Entretanto, note-se que, promovendo-se os devidos instrumentos, pode-se cercear inclusive o sucesso desse tipo de conduta pelo caminho da alegação de não observância do CDC, senão veja-se.

A norma, uma vez limitando, primeiramente, a análise judicial à simples verificação de se incidiu ou não o regime do CDC no procedimento arbitral, e abrindo a possibilidade para o juiz indeferir liminarmente o pedido, em caso de improcedência, dinamiza significativamente o processo que venha a discutir a questão, frustrando o ímpeto oportunista do agente (seja fornecedor, seja consumidor), sem desrespeitar o sistema – percebe-se que a única prova relevante, neste caso, em regra, é a própria sentença arbitral (somando-se possivelmente a ele outros documentos relativos à arbitragem), sobre o qual se encerra o espectro de análise do juiz, tendo em vista que somente sobre ele precisa, o

²⁵⁶ Selma Lemes diseca sobre a hermenêutica a ser utilizada para averiguar a vontade das partes com relação à arbitragem quando de alegações judiciais que atacam as cláusulas compromissórias em: LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro B.; GARCEZ, José M. Rossani (coords). *Reflexões sobre Arbitragem - in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, p. 188-208. São Paulo: LTr, 2002.

magistrado, se debruçar para resolver a questão²⁵⁷. Sendo perceptível a improcedência, o que favorece o réu, dispensando-se, portanto, sua manifestação²⁵⁸, o indeferimento liminar corresponde ao instrumento pertinente para encerrar o processo, apto à formação da coisa julgada material. Em síntese, como a observância obrigatória do CDC se trata de um requisito que, em regra, é de simples constatação, bastando, para sua comprovação, normalmente, apenas prova documental, o seu desrespeito também se torna facilmente verificável, ao contrário, por exemplo, do caso de alegações de vício de consentimento.

Desta feita, recebendo o tratamento processual adequado, a observância obrigatória do CDC nas arbitragens de consumo, uma vez tendo lastro probatório, a princípio, simples, constitui requisito de mais célere constatação, o que torna a arguição de seu descumprimento no judiciário suscetível de receber um processamento também mais rápido, frustrando potenciais expectativas oportunistas de sujeitos simplesmente insatisfeitos com decisões arbitrais que lhes são desfavoráveis.

3.7 A VEDAÇÃO AO USO DA ARBITRAGEM EM RELAÇÕES QUE ENVOLVAM SERVIÇOS FINANCEIROS, SECURITÁRIOS, BANCÁRIOS, DE CRÉDITO E DE PLANO DE SAÚDE

A proibição de utilizar da arbitragem em lides de consumo que envolvam serviços financeiros, securitários, bancários, de crédito e de plano de saúde também foi trazida por Cláudia Lima Marques²⁵⁹, se tratando, no entanto, de sugestão que, diferentemente da gratuidade (observada na experiência estrangeira, como a lusitana) e da aplicação obrigatória do CDC (que, aqui, na esteira de lições doutrinárias como a de Nelson Nery Júnior²⁶⁰, entende-se já ser extraível do próprio ordenamento jurídico do modo como

²⁵⁷ No que hoje prevê o sistema processual civil, apenas seria possível a improcedência aventada neste capítulo apenas após a firmação de tese em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, no que restaria concretizada a hipótese de tutela da evidência prevista no art. 311, II e parágrafo único, do CPC: “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; [...] Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 13 jan. 2018.

²⁵⁸ “Não há, por isso, qualquer violação à garantia do contraditório, tendo em vista que se trata de um julgamento de *improcedência*. O demandado não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça”. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 17. ed. rev. ampl. e at. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 595.

²⁵⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 141.

²⁶⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 45, p. 323-373, 2011. p. 337.

atualmente se encontra), trata-se de inovação trazida pela autora. Sua preocupação lastreia-se na característica de contrato relacional, de longa duração, dessas espécies de negócio jurídico, o que, tendo em vista a dependência do consumidor, potencializa a sua vulnerabilidade²⁶¹. A proposição, vê-se, tem como foco evitar condutas oportunistas. Cumpre, no entanto, analisá-la sob o manto das duas hipóteses normativas aqui estudadas.

No que tange à hipótese da unidirecionalidade do consumidor, percebe-se que essa limitação de mercado impactaria ainda mais a já potencialmente singela adoção da arbitragem por meio de cláusulas compromissórias e, por via de consequência, também os efeitos na redução de novos processos no judiciário. Tendo em vista o pequeno espectro de riscos oportunistas comportados pela hipótese, a vedação pouco influiria nesse aspecto. Pense-se, no entanto, na inexistência dessa norma – primeiramente, a estrutura de incentivos não seria impactada, mas e os oportunismos? A questão é verificar se o sistema adotante da unidirecionalidade do consumidor, como construído até aqui, seria suficiente, por si só, de evitar os oportunismos que a norma proibitiva visa a coibir.

Em contratos de consumo de longe duração, em que há certa dependência do consumidor em relação ao produto ou serviço ofertado, tendo em vista a continuidade, a legitimidade exclusiva do consumidor para demandar por meio do juízo arbitral já configura barreira relevante aos riscos de oportunismo. O que se teme, nesta hipótese, é a influência do poderio financeiro do fornecedor no julgamento da lide, tendo por base a confiança que, via de regra, se estabelece do consumidor em relação à empresa contratante. Adicione-se os vieses comportamentais, tal qual o da confirmação²⁶², e tem-se um cenário em que o sujeito vulnerável vê-se mais compelido a aceitar as possíveis sugestões de entidades arbitrais por parte do fornecedor para a resolução das controvérsias, promovendo, assim, uma preponderância da vontade do fornecedor na seleção do julgador, o que facilita a ocorrência de acertos escusos em detrimento do consumidor.

O contraponto a essa tendência compreende tanto a atuação do Ministério Público, de um lado, quanto a circulação de informação entre consumidores, pelo outro, especialmente levando-se em conta o grande porte e, conseqüentemente, a grande quantidade de clientes que normalmente caracterizam essas empresas. Ademais, o

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 139.

²⁶² “O viés confirmatório é uma predisposição de um indivíduo para a seleção adversa de informações que confirmem suas hipóteses ou preconceitos anteriormente estabelecidos, independentemente de a informação ser ou não verdadeira. [...] Efeitos comuns deste tendência são: a interpretação falaciosa, a polarização de atitude ou a correlação ilusória (em que as pessoas percebem falsamente uma associação entre dois eventos ou situações)”. PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão. *Revista de direito empresarial*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, p. 51-73, 2012. p. 69-70.

aprimoramento dos perfis de conduta esperados dos árbitros também corresponde a fator potencialmente relevante aqui, tendo em vista a preocupação com a credibilidade do instituto.

Por outro lado, no que tange à hipótese da bidirecionalidade combinada com a gratuidade obrigatória para o consumidor, a vedação retira, obviamente, setor do mercado potencialmente utilizador do instituto, impactando também na diminuição de novos processos no judiciário, que seria, portanto, mais singela. Reduziria, no entanto, os riscos de oportunismos dos casos em que figura no polo ativo da demanda os fornecedores, os quais, tendo em vista a especialidade relacional desses contratos e a diferenciada necessidade dos produtos ou serviços para o consumidor, perceberiam maior espectro de atuação oportunista, por conta da vulnerabilidade acentuada em que se encontra o sujeito mais frágil.

Vê-se, portanto, que a adoção da norma proibitiva em apreço faz mais sentido no cenário em que vigora a bidirecionalidade associada à gratuidade do consumidor, tendo em vista a maior margem de riscos de oportunismos, o que exigiria, em caso de sua inexistência, uma atuação mais forte dos supramencionados (na hipótese da unidirecionalidade) contrapesos. Por outro lado, na hipótese da unidirecionalidade do consumidor, em que o espectro de riscos oportunistas já é diminuto, a vedação pode ser considerada dispensável, porquanto fatores externos de inibição e combate a oportunismos restam potencialmente suficientes para coibir o que a norma proibitiva pretende evitar.

3.8 O COMPROMISSO ARBITRAL E A ARBITRAGEM DE CONSUMO

Note-se que a análise se deu, até o momento, tendo em vista a opção pela arbitragem por meio de cláusulas compromissórias, questão mais controvertida no ordenamento jurídico pátrio. A escolha pelo instituto por meio do compromisso arbitral, superveniente ao surgimento do conflito, como se trata de questão mais pacificada na doutrina²⁶³⁻²⁶⁴, a despeito de haver posicionamentos contrários²⁶⁵, conforme visto no capítulo um, foi deixada para incidir na investigação nesse momento posterior, em que a análise das possíveis normas já passou sob os prismas de todos os objetos de estudo

²⁶³ V.g., CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 68.

²⁶⁴ V.g., MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 407-414, 2014. p. 413.

²⁶⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Da proteção contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Cib). *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. p. 403-464. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 442-443.

selecionados neste trabalho. Cumpre, então, averiguar como esse dado se insere nas duas hipóteses normativas aqui verificadas.

Percebe-se, primeiramente, que a possibilidade de se avançar sobre arbitragem em momento superveniente ao da pactuação configura uma opção a mais para que o instituto seja escolhido, o que amplia a estrutura de incentivos. Aumenta-se, de um lado, a já sólida e abrangente estrutura de incentivos da hipótese da bidirecionalidade aliada à gratuidade do consumidor, e, de outro, corresponde a bem-vindo incremento, tendo em vista que prescinde da iniciativa dos fornecedores em inserir cláusulas compromissórias em seus contratos, à singela estrutura de incentivos observada na hipótese da unidirecionalidade do consumidor combinada com o silêncio legislativo sobre a distribuição dos ônus financeiros da arbitragem – vê-se que após o surgimento da controvérsia, com as partes já cientes do valor da causa e do impacto de outros fatores relevantes, como o tempo, sobre os seus interesses, a liberdade conferida pelo ordenamento para se pactuar sobre os encargos pecuniários do instituto transforma-se em importante atrativo. O porém fica por conta da iniciativa do consumidor, o que exige sua informação acerca da arbitragem, seja pelo aconselhamento de advogado próprio ou mesmo do fornecedor (que, como visto em relação aos contratos relacionais, pode abrir portas a oportunismos, os quais são, no entanto, mais facilmente repreendidos e evitáveis, levando-se em conta o pequeno espectro de riscos que caracteriza essa hipótese normativa), seja pela mais remota possibilidade de popularização do instituto.

Alargando a estrutura de incentivos de ambas as situações, nota-se, também, por conseguinte, o acréscimo do impacto na diminuição de novas lides a tramitar no maquinário estatal do poder judiciário.

Finalmente, no que toca aos oportunismos, a via do compromisso arbitral tão somente reitera, em menor intensidade, os riscos já existentes em ambas as hipóteses, senão veja-se. O fato de se dar após o surgimento do conflito e de configurar uma avença à parte, fora do contexto de um contrato de adesão, possui o condão de chamar a atenção do consumidor de modo mais impactante e de exigir maior ponderação sobre seu conteúdo. Certamente, suas vulnerabilidades, ainda assim, podem dar margem a atitudes oportunistas do fornecedor, que não diferem daquelas identificadas na análise da arbitragem escolhida por meio de cláusula compromissória, a exemplo da influência do poderio financeiro do fornecedor no julgamento da lide – seja pelo aconselhamento acatado com base na confiança, na hipótese especialmente da unidirecionalidade do consumidor, seja pelo fato de o total dos ônus financeiros ficarem a cargo do fornecedor, notoriamente no caso da bidirecionalidade aliada à gratuidade para o consumidor. Desse modo, não

sendo diferentes os riscos de oportunismos, dispensa-se a criação de mecanismos repressivos distintos, bastando aqueles já supramencionados, como a atuação do Ministério Público e a circulação de informação entre consumidores, especialmente pela *internet*.

3.9 OBSERVAÇÕES FINAIS

Resta, então, tecer alguns comentários finais aplicáveis a ambas as hipóteses normativas estudadas neste trabalho. Primeiramente, há de se ressaltar que, tendo em vista a desconfiança do público com a iniciativa privada, que, conforme supracitado, Karim Youssef bem sintetiza²⁶⁶, a arbitragem de consumo, para ganhar espaço, precisa investir em uma imagem de credibilidade, de modo a combater esse dado adverso da realidade, o que configura importante fator de inibição aos oportunismos aqui analisados, especialmente na hipótese da unidirecionalidade do consumidor, em que somente este pode instaurar o procedimento – a atração do público depende, necessariamente, da confiabilidade inspirada pelo instituto, o que não comporta a ocorrência de condutas oportunistas. De outro lado, na hipótese da bidirecionalidade aliada à gratuidade para o consumidor, percebe-se que essa necessidade de se manter uma imagem de credibilidade frente ao público torna-se menos intensa, tendo em vista a possibilidade de também os fornecedores figurarem no polo ativo das demandas.

Uma série de mecanismos pode ser utilizada no desenvolvimento dessa credibilidade da arbitragem no mercado de consumo, tais quais: o supramencionado estabelecimento de perfis de conduta a serem exigidos dos árbitros, a independência dos julgadores em relação à empresa fornecedora, a provisão adequada de informações ao consumidor, etc.

Quanto aos analfabetos e analfabetos funcionais, especial foco de preocupação de Cláudia Lima Marques²⁶⁷ nessa discussão sobre arbitragem em relações de consumo, identifica-se, na proibição de figurarem como parte de arbitragem, mais uma conduta paternalista suave, na definição trazida por Mackaay e Rousseau²⁶⁸ com lastro na lição de

²⁶⁶ YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Hague: Kluwer law international, 2009. p. 47-68. *apud* MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 16.

²⁶⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 139-141.

²⁶⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 443.

Buckley²⁶⁹, em que se intenta proteger o sujeito de sua inexperiência, de sua racionalidade limitada – neste caso, a vedação faz sentido, pois a hipervulnerabilidade baseada no acentuadamente menor grau de escolaridade do analfabeto e de discernimento do analfabeto funcional, que lhes dificulta sobremaneira a compreensão, se choca com o maior nível de negociação identificado na arbitragem.

Outra questão relevante trata-se das cláusulas compromissórias que preveem o ente arbitral em seu texto. Na hipótese da bidirecionalidade, o dado em nada adiciona aos riscos de oportunismo, porquanto a possibilidade de influência no julgamento pelo fornecedor já existe, como visto, devido à outra característica desse sistema, qual seja a gratuidade obrigatória para o consumidor, que deixa todos os custos do procedimento sobre os ombros da parte economicamente mais forte.

Na hipótese da unidirecionalidade do consumidor, todavia, o dado encontra a possibilidade de provocar maior impacto, uma vez que o poder de escolha da instituição e/ou dos árbitros recairia exclusivamente sobre o fornecedor, tendo em vista a natureza do contrato de adesão, diminuindo o efeito, portanto, da pressão potencialmente exercida pelos consumidores contra a produção de julgamentos enviesados pelo poder econômico dos fornecedores, uma vez que a possibilidade de troca de um ente arbitral por outro através da concorrência não existiria, pois não estaria em suas mãos, restando-lhes a opção de escolher entre o órgão arbitral imposto e o judiciário. De outro lado, note-se que a não especificação do ente julgador na cláusula compromissória eleva os custos de transação quando da instauração de arbitragem, incluindo-se neles os relativos à procura e à seleção do ente arbitral pelo consumidor, o que poderia desincentivá-lo a optar pela arbitragem – ademais, a função de freio a oportunismos restaria esvaziada na supramencionada hipótese de haver apenas um ou poucos órgãos arbitrais na localidade.

Pontue-se, em seguida, a questão da confidencialidade, notável característica da arbitragem. Vê-se que ela tem o poder de atrair o interesse dos fornecedores para o instituto, por conta da possibilidade de se manter em sigilo inclusive a própria existência desses litígios consumeristas. Se, por um lado, a confidencialidade constitui fator de relevante impacto positivo na estrutura de incentivos, por outro, também tem o condão de aumentar o risco de oportunismos, uma vez dificultando (senão impedindo por completo) a atuação de mecanismos externos de contenção, como a atuação de Ministério Público, cujo poder investigatório restaria bastante restringido, e a circulação de informações entre consumidores, tendo em vista a possibilidade de haver cláusula contratual a respeito do

²⁶⁹ BUCKLEY, Frank H. *Just Exchange – a theory of contract*, Londres: Routledge, 2005 *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 443.

silêncio posterior a respeito do litígio, que iniba o ímpeto de tornar pública a ocorrência de condutas oportunistas por parte dos consumidores.

Percebe-se, desse modo, que a permissão para a incidência da confidencialidade na arbitragem de consumo melhor se adéqua à hipótese da unidirecionalidade para o consumidor, em que a vantagem proporcionada pelo incremento à singela estrutura de incentivos não encontra vultoso óbice no aumento do pequeno espectro de riscos de oportunismos, inclusive porque mesmo as condutas oportunistas temidas a respeito da confidencialidade encontram contrapeso relevante na legitimidade exclusiva do consumidor para a instauração do procedimento. De outro lado, a permissão do sigilo na hipótese da bidirecionalidade associada à gratuidade para o consumidor não apresenta o mesmo grau de vantagens, tendo em vista que não se perceberia aumento relevante em sua já ampla estrutura de incentivos, sendo um fator mais reiterativo de interesses preexistentes do que propriamente um elemento de atração isolado, ao mesmo tempo em que se veria indesejável incremento no também já extenso espectro de riscos oportunistas característico dessa hipótese normativa.

Registre-se, finalmente, o papel que pode ser desempenhado pela Defensoria Pública como tribunal arbitral para as pessoas (naturais e jurídicas) economicamente mais necessitadas, o que, inclusive, consta de sua lei orgânica²⁷⁰, em redação dada pela lei complementar nº 132, de 2009²⁷¹. Do mesmo modo, aventa-se a possibilidade da arbitragem *pro bono*, a ser exercida, por exemplo, nos centros universitários, em modelos similares aos núcleos de prática jurídica e a outros projetos de extensão hoje existentes²⁷². Vê-se, em ambos os casos, assim como na arbitragem prevista na lei dos juizados especiais - e na possibilidade de o Ministério Público atuar como árbitro - , fatores que ajudariam, significativamente, no alargamento da estrutura de incentivos de ambas as hipóteses normativas aqui estudadas, por conta da quebra, para todas as partes contratantes, da barreira econômica constituída pelos custos da arbitragem, visto que se daria, nesses casos, de forma gratuita.

²⁷⁰ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] II – promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, *arbitragem* e demais técnicas de composição e administração de conflitos” (grifo nosso). BRASIL. Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

²⁷¹ BRASIL. Lei complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

²⁷² Esse último parágrafo foi acrescentado por conta das observações e dos questionamentos feitos pelo prof. Fredie Didier Jr., integrante da banca examinadora deste trabalho, que foi realizada aos 26 dias de fevereiro de 2018. Ambas as possibilidades, da atuação da defensoria e da arbitragem *pro bono*, foram ideias trazidas por ele.

Conclusão

O dilema básico que envolve o uso da arbitragem em relações de consumo contrapõe as vulnerabilidades do consumidor, de um lado, e as liberdades conferidas pela arbitragem, do outro. As hipóteses de tratamento dessa intrincada questão compreendem as duas saídas extremas, quais sejam a sua proibição completa no ordenamento jurídico e a sua permissão generalizada, bem como a resposta de maior complexidade e, portanto, mais desafiadora, que corresponde à criação de um regramento especificamente voltado para o caso.

Defendeu-se, no presente trabalho, que nem a proibição nem a permissão genérica se coadunam com o ordenamento brasileiro, por, respectivamente, ir contra o incentivo aos meios extrajudiciários de resolução de conflitos e malferir o sistema protetivo do consumidor. Entende-se, nessa senda, que o art. 51, VII, do código de defesa do consumidor deve ser interpretado da seguinte maneira: a cláusula compromissória constante em contratos de consumo não é inválida, dependendo, todavia, a sua eficácia, tanto do surgimento do conflito, quanto do aperfeiçoamento da vontade do consumidor (que vê sua autonomia negocial mitigada, no momento da pactuação, por conta da natureza do contrato de adesão), caracterizado por um segundo aceite na adoção do instituto. Essa leitura do dispositivo legal encontra amparo no entendimento expresso pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.189.050/SP, oportunidade em que se demonstrou o posicionamento segundo o qual o mero ingresso com a demanda no judiciário já consubstancia a ausência de vontade do consumidor em adotar a arbitragem como meio resolutivo da controvérsia, bastando essa atitude para que a cláusula compromissória não se efetive.

Baseando-se nessas premissas, respaldadas também nas razões do veto presidencial à lei 13.105/2015, texto oficial em que claramente se expressa não um intento proibitório absoluto ao uso da arbitragem em litígios consumeristas, mas, sim, uma preocupação com a precisão do dispositivo legal que venha a tratar do assunto, partiu-se para a apresentação das premissas, dos conceitos elementares e da lógica da análise econômica do direito, instrumental teórico utilizado para averiguar as possibilidades normativas regulatórias da questão em apreço.

Procedendo, então, com a análise individualizada de cada objeto de estudo destacado no capítulo um, selecionados com base nas experiências estrangeiras, diretrizes jurisprudenciais e sugestões doutrinárias (notoriamente, de Cláudia Lima Marques), fazendo-os passar pelas três etapas sistematizadas por Mackaay e Rousseau – análise da estrutura de incentivos, dos objetivos subjacentes (averiguação da eficiência, que, aqui, teve como critério a potencialidade da norma de ajudar no desafogamento do poder judiciário, ao promover adoção crescente da arbitragem) e dos riscos de oportunismos – chegou-se à formação de dois sistemas: um em que se legitima apenas o consumidor a iniciar um processo arbitral, a que se chamou unidirecionalidade; outro em que se permite que tanto fornecedor quanto consumidor ingressem com um pleito na seara arbitral, a que se intitulou bidirecionalidade.

Vê-se, partindo de uma perspectiva generalizada, que a hipótese da unidirecionalidade do consumidor, silente no que diz respeito à distribuição dos encargos financeiros da arbitragem, configura a opção que menos enseja a ocorrência de oportunismos, ao mesmo tempo em que, também, pouco estimula a escolha pela arbitragem, dentro do jogo de interesses das partes contratantes. Não por outro motivo é que proibições como a vedação ao uso da arbitragem em contratos relacionais encontram menor ressonância nesse cenário, sendo mais facilmente dispensáveis.

A hipótese da bidirecionalidade aliada à gratuidade obrigatória para o consumidor, por outro lado, corresponde à opção que mais incentiva a adoção da arbitragem, comportando, também, todavia, mais amplo espectro de riscos oportunistas, o que exige o fortalecimento dos mecanismos externos de fiscalização e controle e eleva o grau de necessidade do estabelecimento das supramencionadas proibições.

Percebe-se que ambos os sistemas neste trabalho delineados forma determinados pela combinação dos dois primeiros objetos de estudo apontados no capítulo um (a questão atinente à direcionalidade e a obrigatoriedade ou não da gratuidade para o consumidor), sendo que os outros cinco foram investigados incidindo sobre esses dois modelos e acabaram por, no máximo, modular algumas de suas características sem, no entanto, alterá-las drasticamente.

No que tange à aplicabilidade obrigatória do código de defesa do consumidor, em especial, viu-se que se trata de requisito que economicamente se coaduna com ambas as hipóteses, merecendo especial atenção, no entanto, o tratamento a lhe ser conferido pelo ordenamento jurídico processual, no que concerne à dinâmica de sua verificação, a qual, por seu lado, já oferece o suporte da simplicidade, decorrente do seu aspecto probatório eminentemente documental.

Algumas questões relevantes, não destacadas como objeto de estudo, mas merecedoras de atenção neste trabalho, foram observadas no item derradeiro no terceiro capítulo. Pontuou-se a importância da busca por credibilidade a que os entes especializados em arbitragem se propõem, tendo em vista a cultural desconfiança com a iniciativa privada, o que constituiria fator mitigador dos riscos de oportunismos. Apontou-se também que a proibição da utilização do instituto por analfabetos e analfabetos funcionais, foco de especial atenção de Cláudia Lima Marques, tem guarida no paternalismo suave, conforme estudado por Buckley, Mackaay e Rousseau. No que tange à confidencialidade da arbitragem, viu-se que, na hipótese da bidirecionalidade, sua permissão apresenta consideráveis riscos de oportunismos, espectro que não se observa na hipótese da unidirecionalidade do consumidor. Quanto ao papel do compromisso arbitral, notou-se que tão-somente alarga a estrutura de incentivos de ambas as hipóteses normativas aqui analisadas, do mesmo modo que o potencial papel da defensoria pública e do ministério público como árbitros e da propagação do uso da arbitragem prevista na lei dos juizados especiais e da arbitragem *pro bono*, visto que se tratam de casos em que o processo arbitral se daria gratuitamente a ambas as partes contratantes.

Desta feita, a ponderação legislativa resume-se, no fim das contas, ao dilema que põe em lados opostos a maior utilização do instituto e os menores riscos de oportunismos: os sistemas neste trabalho propostos apresentam vantagens comparativas entre si, ou seja, no que um modelo apresenta resultados tidos como positivos (grande adoção da arbitragem e conseqüente maior redução de processos no judiciário, de um lado, e o pequeno espectro de riscos oportunistas, do outro), o outro modelo mostra conseqüências quase que diametralmente opostas (singelo incentivo à escolha pela arbitragem e grande espectro de riscos de oportunismos, respectivamente).

A opção por um ou outro sistema, como de costume na perspectiva econômica, é trágica, tendo em vista que, claramente, ao se escolher determinada vantagem, abre-se mão de outra e acolhe-se, por arrastamento, alguma desvantagem. A escolha notoriamente se guiará por critérios sociopolíticos, que ultrapassam a esfera da análise econômica, a qual teve, aqui, o objetivo de propor as combinações mais economicamente interessantes dos objetos de estudo de estudo destacados.

Independentemente da opção, importante frisar que o texto legal que porventura venha a regulamentar a arbitragem de consumo conste também do código de defesa do consumidor, tendo em vista que é este o diploma normativo mais próximo das pessoas, tanto no que diz respeito à própria ciência de sua existência quanto no que concerne à proximidade fática, uma vez que, para além do acesso via *internet*, encontra-se seu

exemplar frequentemente nos estabelecimentos comerciais. E o mais relevante aspecto de uma norma, qualquer que seja, é a informação que tem sobre ela a população, sua destinatária.

Referências

Documentos oficiais do Legislativo, do Executivo e do Conselho Nacional de Justiça:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. *Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>.

BRASIL. *Lei complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>.

BRASIL. *Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>.

BRASIL. *Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>.

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.

BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>.

BRASIL. *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>.

BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

BRASIL. *Presidência da República. Mensagem 162, de 26 de maio de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/msg/vep-162.htm>.

BRASIL. *Projeto de lei do Senado nº 281, de 2012*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>>.

BRASIL. *Projeto de lei do Senado nº 406, de 2013*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016 – infográficos: ano-base 2015*, Brasília: CNJ, 2016.

Jurisprudência:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.189.050/SP*. Brasília, 01 de março de 2016. Lex: jurisprudência do STJ.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.214.318/RJ. Brasília, 12 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do STJ.

Doutrina e trabalhos acadêmicos:

ADDARIO, Marilsen Andrade. Conceituação de consumidor: destinatário final ou uso não profissional? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 75, 166-213, 2010.

ALDERMAN, Richard M. Acesso à justiça e reparação de danos aos consumidores nos Estados Unidos: o efeito da arbitragem compulsória aos consumidores. Tradução: Laís Bergstein. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 315-351, 2016.

ANDRADE, Christiano Augusto Corrales de. *Da autonomia da vontade nas relações de consumo*. São Paulo: Editora de Direito, 2002.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, n. 9, p. 13-21, 2006.

AZEVEDO, Paulo Furquim. Contratos – uma perspectiva econômica. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 112-136. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 57, p. 69-94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. Da proteção contratual. In: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Clb). *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. p. 403-464. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2017.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos da personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAUNER, Daniela Corrêa Jacques. Convenção de arbitragem. Possibilidade em tese nas relações de consumo. Inaplicabilidade no caso de o consumidor ingressar com ação. Conceito de vulnerabilidade. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 598-604, 2016.

BUCKLEY, Frank H. *Just Exchange – a theory of contract*, Londres: Routledge, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*, 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

CEBOLA, Cátia Marques. Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: panorama português. *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 11-46, 2012.

CHASIN, Ana Carolina da Matta. *A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal*. 198 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

- COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 77, p. 27-46, 2011.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DANTAS, San Tiago. Evolução contemporânea do direito contratual. Dirigismo – Imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, p. 261-276, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, 17. ed. rev. ampl. e at. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P.; HERWIN, Emily. Arbitration's summer soldiers: an empirical study of arbitration clauses in consumer and nonconsumer contracts. *University of Michigan journal of law reform*, v. 41, p. 870-896, 2008. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/106>. Acesso em: 04 nov. 2017.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. A possibilidade da instituição da arbitragem em demandas coletivas – PL 5.139/2009: análise da experiência norte-americana. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 34, p. 233-251, 2012.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Regulamentação privada ou pública da ética: o juiz e o árbitro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 391-404, 2013.
- FERREIRA, Marcus da Costa. Juizados especiais cíveis e julgados de paz, os modelos do Brasil e de Portugal: semelhanças e dissemelhanças *Revista luso-brasileira de direito do consumo*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 19-105, 2011.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 87, p. 93-121, 2009.
- FRIEDMAN, David D. *Law's order – what economics has to do with law ant why it matters*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- GJIDARA, Sophie. *L'endettement et le droit privé*. Paris: LGDJ, 1999.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GOMES, Orlando. Relações entre o direito e a economia. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 12-14, 1967.
- GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. Análise econômica do direito: como a dogmática civil do direito de humanidade pode contribuir para atender ao anseio e bem-estar da sociedade? *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 74, p. 231-255, 2017.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. Cláusulas arbitrais assimétricas: uma perspectiva portuguesa. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 41, p. 45-78, 2014.

JÚDICE, José Miguel. Collective arbitration in Europe: the European way might be the best way. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 51, p. 279-294, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. As múltiplas dimensões da relação entre economia e direito. *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, n. 19 e 20, p. 437-468, 2010.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. 1. ed., p. 113-141. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro B.; GARCEZ, José M. Rossani (coords). *Reflexões sobre Arbitragem - in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*, p. 188-208. São Paulo: LTr, 2002.

LEMES, Selma M. Ferreira. O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 371-386, 2016.

LOPES, João Batista. Arbitragem: natureza, requisitos e eficácia da cláusula compromissória. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 47, p. 247-255, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na arbitragem e impugnação dos árbitros. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 39, p. 39-51, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. A arbitragem, o contrato e a globalização. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 241-253, 2016.

MAGGS, Peter B. Abusividade da cláusula de arbitragem no direito norte-americano, em especial nos contratos com consumidores. Tradução por: MARQUES, Cláudia Lima. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 193-219, 2011.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5ª edição norte-americana. 2. ed. 5. reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens coletivas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 95, p. 99-145, 2014. p. 141.

MARQUES, Cláudia Lima. Veto à lei 13.129/2015 que atualizou a lei de arbitragem e ao artigo sobre arbitragem de consumo. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 521-538, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de. Anotação ao PLS 406, de 2013 sobre arbitragem. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 407-414, 2014.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Restrições à representação na celebração da convenção de arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 115-126, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 39-87, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 263-284, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. v. 1. 10. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. *Revista de direito privado*, São Paulo, v. 45, p. 323-373, 2011.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Desenvolvimento econômico, capitalismo e direito do consumidor no Brasil: afastando o argumento de 'paternalismo jurídico'. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 243-263, 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão: uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 81, p. 13-38, 2012.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, n. 170, 159-173, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, judiciário e economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 244-283. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contratos de adesão. *Revista de direito empresarial*, Belo Horizonte, ano 9, n. 1, p. 51-73, 2012.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3. ed. Boston: Little, Brown & Company, 1986.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista direito GV*, São Paulo, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Comentários sobre a arbitragem no Brasil: custos, eficiência e outras questões controvertidas. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 48, p. 185-202, 2016.

ROCHA, Pedro Cavalcanti. Apontamentos sobre as principais alterações no instituto da arbitragem no código de processo civil de 2015 (lei 13.105/2015). *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 201-223, 2016.

SCHWARTZ, Fabio. A defesa do consumidor como princípio da ordem econômica – pressuposto inarredável para a atuação dos órgãos públicos e imprescindível para o desenvolvimento sustentado do país. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 94, p. 15-35, 2014.

SOARES, Dennis Verbicaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o Brasil? *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 445-484, 2016.

SOARES, Roberto Oleiro. A indenização punitiva e a função punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais e a questão da eficácia do princípio integral na defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 108, p. 89-117, 2016.

STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a lei 9.307/1996. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 177-183, 2016.

SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, n. 111, p. 9- 29, 1998.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia dos contratos: a natureza contratual das firmas. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e economia*. p. 102-112. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAPAI, Marcelo. A arbitragem como meio alternativo para a solução de conflitos. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 590-598, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, instituições e arbitragem: o caso da “soja verde”. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 16, p. 38-47, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do contrato: a “hipercomplexidade” do sistema contratual em uma economia de mercado. In: TIMM, Luciano Benetti (org). *Direito e economia*. 1. ed. p. 107-119. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica da função social dos contratos – art. 421 do código civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, p. 99-122, 2014.

VEIRA, Romana Leite. A arbitragem e o papel do ministério público como árbitro. *Revista acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. Fortaleza, ano 2, n.1., 2010. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/ed12010/artigos/8Arb_papel.pdf>.

VIOLA, Rafael; PORTO, Antonio José Maristrello. Constituição, economia e contrato: as transformações do direito civil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Gotti de (Coord). *Tratado de direito constitucional: constituição no século XXI*. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

WALD, Arnaldo. Alguns aspectos positivos e negativos do financiamento da arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 49, p. 33-41, 2016.

WALD, Arnaldo. Arbitragem: presente, passado e futuro. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 59-78, 2016.

WALD, Arnaldo. A ética e a imparcialidade na arbitragem. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 39, p. 17-37, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre o caráter subsidiário do controle jurisdicional estatal da sentença arbitral. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo, v. 50, p. 155-163, 2016.

YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas; BREKOULAKIS, Stavros. *Arbitrability: international and comparative perspectives*. The Hague: Kluwer law international, 2009.

ZANELLATO, Marco Antonio. Boa-fé objetiva: formas de expressão e aplicações. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 100, p. 141-194, 2015.

ZANETTI, Andrea Cristina; TARTUCE, Fernanda. A interpretação das cláusulas do contrato de adesão pelos princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 106, p. 381-409, 2016.

