

Coordenadores

Anderson Schreiber
Daniel Amorim Assumpção Neves
Débora Brandão
Fernanda Tartuce
Flávio Tartuce

Conselho Editorial

Ana Beatriz Presgrave
Ana Luiza Maia Nevares
Angelica Carlini
Arlete Aurelli
Carlos Nelson Konder
Cecília Aspertti
Cesar Calo Peghini
Cláudia Lima Marques
Daniel Mitidiero
Ênio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Junior
Freddie Didier Junior
Giselda M. F. Novaes Hironaka
Gisele Góes
Gustavo Tepedino
Heloísa Helena Barboza
Humberto Theodoro Jr.
José Fernando Simão
José Rogério Cruz e Tucci
Luiz Guilherme Marinoni
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marco Jobim
Maria Helena Diniz
Marilia Pedroso Xavier
Maurício Bunazar
Pablo Malheiros Cunha Frota
Pablo Stolze Gagliano
Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei
Rolf Madaleno
Sílvio de Salvo Venosa
Susana Henriques da Costa
Trícia Navarro

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

Ano XVIII – Nº 106

Jan-Fev 2022

Repositório Autorizado de Jurisprudência
Superior Tribunal de Justiça – nº 63/2008

Classificação Qualis/Capes: B1

Editor

Fábio Paixão

Coordenadores

Anderson Schreiber – Daniel Amorim Assumpção Neves – Débora Brandão
Fernanda Tartuce – Flávio Tartuce

Conselho Editorial

Ana Beatriz Presgrave – Ana Luiza Maia Nevares – Angelica Carlini
Arlete Aurelli – Carlos Nelson Konder – Cecília Aspertti – Cesar Calo Peghini
Cláudia Lima Marques – Daniel Mitidiero – Énio Santarelli Zuliani
Eroulths Cortiano Junior – Fredie Didier Junior – Giselda M. F. Novaes Hironaka
Gisele Góes – Gustavo Tepedino – Heloísa Helena Barboza – Humberto Theodoro Jr.
José Fernando Simão – José Rogério Cruz e Tucci – Luiz Guilherme Marinoni
Marco Aurélio Bezerra de Melo – Marco Jobim – Maria Helena Diniz
Marilia Pedroso Xavier – Maurício Bunazar – Pablo Malheiros Cunha Frota
Pablo Stolze Gagliano – Rodolfo Pamplona Filho
Rodrigo Reis Mazzei – Rolf Madaleno – Sílvio de Salvo Venosa
Susana Henriques da Costa – Trícia Navarro

Colaboradores deste Volume

Adegbmar José Ferreira – Erik Frederico Gramstrup – Estevão Schultz Campos
Fernanda Rosa Coelho – Flávio Tartuce – Frederico de Carvalho Figueiredo
Hamilton Gomes Carneiro – Handel Martins Dias – João Hora Neto
Juliana Justo Botelho Castello – Leandro Almeida de Santana
Maria Tereza Targino Hora – Mateus Côrte Vitória – Paloma Tonon Boranelli
Patrício Ferreira – Pedro Bragatto – Reginaldo Gonçalves Gomes
Zilda Mara Consalter

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

Publicação bimestral da Editora Magister à qual se reservam todos os direitos, sendo vedada a reprodução total ou parcial sem a citação expressa da fonte.

A responsabilidade quanto aos conceitos emitidos nos artigos publicados é de seus autores.

Artigos podem ser encaminhados para o e-mail: editorial@editoramagister.com.br. Não devolvemos os originais recebidos, publicados ou não.

As íntegras dos acórdãos aqui publicadas correspondem aos seus originais, obtidos junto ao órgão competente do respectivo Tribunal.

Esta publicação conta com distribuição em todo o território nacional.

A editoração eletrônica foi realizada pela Editora Magister, para uma tiragem de 5.000 exemplares.

Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil

v. 1 (jul./ago. 2004).— Porto Alegre: Magister, 2004

Bimestral.

v. 106 (jan./fev. 2022)

Coordenadores: Anderson Schreiber, Daniel Amorim Assumpção Neves, Débora Brandão, Fernanda Tartuce e Flávio Tartuce.

ISSN 1807-0930

1. Direito Civil – Periódico. 2. Processo Civil – Periódico.

CDU 347(05)

CDU 347.9(05)

Ficha catalográfica: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

Capa: Apollo 13

Editora Magister

Diretor: Fábio Paixão

Alameda Coelho Neto, 20
Boa Vista – Porto Alegre – RS – 91340-340

Sumário

Doutrina

1. Relação de Consumo e Arbitragem <i>Flávio Tartuce e Pedro Bragatto</i>	5
2. Direito Real de Laje e suas Fissuras <i>João Hora Neto e Maria Tereza Targino Hora</i>	30
3. O Processo de Desbiologização nas Relações Familiares Pós-Modernas: Repercussão Jurídica na Família Multiespécie <i>Zilda Mara Consalter e Paloma Tonon Boranelli</i>	60
4. A Legitimidade Ativa da Ordem dos Advogados do Brasil para a Ação Civil Pública <i>Handel Martins Dias, Fernanda Rosa Coelho e Mateus Corte Vitória</i>	86
5. Contornos da Assistência Jurídica Gratuita ao Cidadão Brasileiro Hipossuficiente no Código de Processo Civil de 2015: Novidades, Avanços e Perspectivas <i>Adegar José Ferreira, Hamilton Gomes Carneiro e Leandro Almeida de Santana</i>	99
6. Súmula nº 568: os Poderes Indeterminados do Relator no Julgamento Monocrático no Superior Tribunal de Justiça <i>Patrício Ferreira e Juliana Justo Botelho Castello</i>	123
7. A Discretoriedade como Forma de Escolher os Temas do Recurso Extraordinário e sua Semelhança à do <i>Writ of Certiorari</i> <i>Reginaldo Gonçalves Gomes e Frederico de Carvalho Figueiredo</i>	149
8. Os Aspectos Obrigacionais da Incorporação Imobiliária e a Sanção Civil ao Incorporador de Fato <i>Erik Frederico Gramstrup e Estevão Schultz Campos</i>	160

Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Registros Públicos. Ação de Retificação de Nome. Duplicação de Consoante Inserta no Apelido de Família. Pretendida Conciliação entre Assinatura Artística e Nome Registral. Instâncias Ordinárias que Julgaram Improcedente o Pedido. Insurgência do Autor. Princípio da Imutabilidade Relativa. Caráter Excepcional e Devidamente Fundamentado em Justo Motivo. Ausência. Prejuízo a Apelido de Família. Improcedência Mantida <i>Rel. Min. Marco Buzzi</i>	185
---	-----

2. Superior Tribunal de Justiça – Retificação de Registro Civil. Modificação em Data de Nascimento. Conclusão das Instâncias Estaduais pela Ausência de Comprovação Probatória. Insuficiência de Certidão de Batismo Religioso. Revisão do Julgado. Inviabilidade. Matéria que Demanda o Reexame do Conjunto Probatório dos Autos. Óbice da Súmula 7/STJ. Dissídio Jurisprudencial Prejudicado. Agravo Interno Improvido <i>Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze</i>	197
3. Superior Tribunal de Justiça – Ação de Obrigaçāo de Fazer. Contrato de Plano de Saúde. Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS. Natureza Exemplificativa. Custo de Exame. Recusa de Cobertura Indevida <i>Rel^a Min^a Nancy Andrigi</i>	199
Diretrizes para Submissão de Artigos Doutrinários	203

Relação de Consumo e Arbitragem

FLÁVIO TARTUCE

Pós-Doutorando, Doutor em Direito Civil e Graduado pela USP; Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC-SP; Coordenador do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD); Coordenador e Professor dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Contratual, Direito Civil e Processual Civil, Direito de Família e das Sucessões e Direito Civil e do Consumidor da Escola Paulista de Direito; Autor, entre outras obras, da Coleção Direito civil, em seis volumes, do Manual de Direito Civil e do Código Civil Comentado, todos editados pelo Grupo GEN; Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT); Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista.

PEDRO BRAGATTO

Mestrando em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito (EPD); Pós-Graduado em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (EPD); Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral Imobiliário pela Escola Paulista da Magistratura (EPM); Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelião do Distrito de Aparecida de São Manuel, Comarca de São Manuel; Tabelião Interino do Primeiro Tabelionato de Notas e Protesto da Comarca de São Manuel, São Paulo.

RESUMO: Trata-se de artigo que tem como objetivo principal verificar a possibilidade da arbitragem de consumo no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, primeiro é definida a relação jurídica de consumo, analisando-se os seus elementos subjetivos e objetivos; cotejando-se com o conteúdo da arbitragem, em especial a sua incidência somente para questões que digam respeito a direitos disponíveis. Superada essa primeira análise, aprofundando o tema, verifica-se o que se entende por *utilização compulsória da arbitragem* e a sua expressa vedação no CDC, sob pena de nulidade absoluta da cláusula que a preveja. Ato contínuo, são estudados os meios de instituição de arbitragem estabelecidos em lei, pela cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral, dialogando-se com o Direito do Consumidor. O artigo apresenta a tentativa de inserir na reforma da Lei nº 9.307/96 o cabimento da arbitragem de consumo, e os motivos que deram ensejo ao então voto presidencial. Por fim, o trabalho, com intuito jurídico-interpretativo, traz os posicionamentos do Poder Judiciário e da doutrina sobre a temática, com visão crítica, para, então, chegar às conclusões dos autores.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Direito do Consumidor. Arbitragem. Relação de Consumo. Arbitragem de Consumo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Elementos da Relação de Consumo e Conteúdo da Arbitragem. 2 Da Vedaçāo da Cláusula de Arbitragem Compulsória (Art. 51, Inciso VII, do CDC). 3 Limites da Cláusula Compromissória. A sua Aplicação nos Contratos de Consumo. 4 A arbitragem em Direito do Consumidor e o Veto à Lei nº 13.129/2015. 5 A Arbitragem em Direito do Consumidor na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 6 Da Arbitragem em Direito do Consumidor na Doutrina. O Enunciado Aprovado na *II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*. Conclusões. Referências.

Introdução

O presente artigo traz como proposta, a partir do *diálogo das fontes*, analisar as eventuais interações entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). A palavra *diálogo* não é aqui lançada sem fundamento, uma vez que se faz referência direta à construção trabalhada por Claudia Lima Marques, inspirada nos estudos de seu Mestre Erik Jayme, seguindo-se linha doutrinária que surge como resposta ao pluralismo pós-moderno e a multiplicidade de fontes, propondo-se a coordenação dessas fontes de forma *flexível* e *útil*. *Flexível* por não excluir a disposição vencida no caso concreto do ordenamento jurídico. *Útil* por apresentar lógica e coerência para o sistema¹.

A nossa intenção, portanto, é trabalhar os dois diplomas legais conjuntamente, cotejando as respectivas disposições normativas, com o intuito de trazer a fluidez fundamental e necessária para a higidez do sistema arbitral, bem como a proteção ao consumidor, parte vulnerável da relação de consumo. Nesse contexto, busca-se, inicialmente, apresentar a presença de relação de consumo, com a investigação de seus dois elementos, e, ainda, discorrer sobre o conteúdo normativo da arbitragem e, em especial, sobre a disponibilidade e a indisponibilidade dos Direitos do Consumidor.

Posteriormente, será analisado o conteúdo jurídico do termo “cláusula de arbitragem compulsória”, trazido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) como cláusula abusiva no seu art. 51, inciso IV. Sucessivamente, será analisado o art. 4º da Lei de Arbitragem, que trata das convenções arbitrais especialmente em seu § 2º, que cuida da *cláusula patológica*, diferenciando-se o contrato de adesão e o contrato de consumo.

1 MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 18-22.

Por fim, este texto abordará as decisões do Superior Tribunal de Justiça, seu posicionamento atual sobre a matéria, seguido da análise da doutrina sobre arbitragem no direito do consumidor e, finalmente, as conclusões sobre o tema.

1 Elementos da Relação de Consumo e Conteúdo da Arbitragem

Segundo Claudia Lima Marques, o Direito Privado brasileiro, decorrente da ordem pública constitucional e limitado e constituído pelos direitos fundamentais, divide-se em um *Direito Geral* e dois *Direitos Especiais*, quais sejam o Direito de Empresa e o Direito do Consumidor. Nesse contexto, constitui um desafio do intérprete saber diferenciar qual é a relação jurídica presente e qual o regramento a ser aplicado².

O *Direito Geral* serviria para regrar a relação existente entre pessoas leigas. Quanto aos *Direitos Especiais*, o Direito de Empresa, por sua vez, aplica-se àqueles que exercem a atividade empresarial, e, por fim, o Direito do Consumidor, um regramento protetivo, incide para a pessoa que se encontre em posição de vulnerabilidade na relação contratual, desde que preenchidos os requisitos previstos na Norma Consumerista. Nesse contexto, é preciso definir quais são os elementos da relação de consumo, ou seja, os seus sujeitos (*elementos subjetivos*) e o seu objeto ou conteúdo (*elemento objetivo*), nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90³. O elemento subjetivo divide-se em fornecedor e consumidor, enquanto o elemento objetivo é subdividido no produto e no serviço.

Iniciando-se o seu estudo pelo conceito legal de fornecedor, estabelece o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.078/90 como sendo qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados. Esses sujeitos podem desenvolver a atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Como não poderia ser diferente, a relação das atividades previstas em lei está em rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não em relação fechada (*numerus clausus*).

2 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 105.

3 Lei nº 8.078/90: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipa-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Como se pode verificar do conceito apresentado, o critério “caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos”⁴. Nota-se que o dispositivo estabelece um conceito amplo de fornecedor, permitindo, assim, que sejam enquadradas pessoas que desenvolvem atividade de subsistência⁵. O mesmo dispositivo abrange ainda os fornecedores nacionais e estrangeiros, bem como os entes despersonalizados. José Geraldo de Brito Filomeno cita como exemplos a Itaipu Binacional e a massa falida que é autorizada a continuar com as suas atividades⁶. Pode ser fornecedor, inclusive, a sociedade de fato, como bem exemplifica Rizzato Nunes, ao citar a hipótese fática do camelô⁷.

Para Humberto Theodoro Júnior, com fundamento no § 2º do art. 3º do CDC, é necessário que a atividade seja desenvolvida por remuneração, ainda que de forma indireta, ou seja, custeada pela coletividade⁸. Sobre a finalidade lucrativa do fornecedor é necessário transcrever precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, “para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que presta e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração”⁹. Não é, assim, necessário haver finalidade lucrativa, mas deve haver uma remuneração pelo serviço prestado, ainda que indiretamente, ou seja, a atividade desenvolvida deve ser tipicamente *profissional*.

Na verdade, o que realmente define o fornecedor é fato de que ele desenvolve uma *atividade*, ou seja, a soma de atos coordenados desenvolvidos para uma finalidade específica, sendo essa exercida de forma habitual¹⁰. Assim,

4 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 131.

5 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 69.

6 FILOMENO, José Geraldo Brito. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito material e processo coletivo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 48.

7 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

8 THEODORO Jr., Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 16.

9 STJ, REsp 519-310/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.04.2004.

10 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 69-70.

não pode ser considerado consumidor aquele que vende uma roupa comprada pela internet que não lhe serve mais, ou o médico que vende o carro para seu colega de trabalho. Cite-se, ainda, quem vende sua casa para comprar outra. Nos exemplos mencionados, têm-se disposições patrimoniais isoladas que não têm o condão de estabelecer a pessoa como fornecedora.

Pontue-se que a doutrina amplia ainda mais esse conceito por meio da figura do *fornecedor equiparado*. A partir dessa tese construída por Leonardo Bessa, seria também fornecedor aquele que é um intermediário na relação de consumo, auxiliando o fornecedor de produtos ou prestador de serviços¹¹. Essa categoria jurídica conta com o apoio doutrinário de Claudia Lima Marques, que o conceitua como sendo “aquele que não é fornecedor do contrato principal de consumo, mas é intermediário, antigo terceiro, ou estipulante, hoje é o ‘dono’ da relação conexa (e principal) de consumo, por deter uma posição de poder na relação outra como consumidor”¹². A título de ilustração, os aplicativos digitais que facilitam a busca ou ainda que promovem e facilitam a comunicação, chamados de P2P (*person to person*), apesar de não serem exatamente fornecedores do produto ou serviço fornecido, podem ser equiparados e responsabilizados pela prestação.

Quanto ao consumidor, que figura no outro polo entre os elementos subjetivos da relação de consumo, existem teorias que motivam debates práticos. Sobre a figura, o art. 2º do CDC traz o conceito legal de consumidor como sendo “toda pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, nota-se que o conceito de consumidor adotado pela Lei nº 8.078/90 leva em consideração somente quem adquire bens ou prestação de serviços como destinatário final, fático e econômico. Procura-se, portanto, abstrair componentes de natureza sociológica, psicológica, literária e até mesmo filosófica¹³.

Percebe-se, de imediato, que, para a efetiva proteção do consumidor, o ponto fulcral é que o intérprete ou aplicador do direito determine quem é consumidor e assim desenhe a relação de consumo para, com precisão, aplicar ao caso concreto o microssistema jurídico que a tutela, no caso do CDC¹⁴.

11 BESSA, Leonardo. Fornecedor equiparado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 61, jan./mar. 2007. p. 127.

12 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 139. Aplicando referida teoria, *vide*: STJ, REsp 1580432/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 06.12.2018.

13 FILOMENO, José Geraldo Brito. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 23.

14 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 105.

Uma questão fundamental para se definir consumidor é interpretar o termo *destinatário final*, que para Claudia Lima Marques é aquele que retira o bem de circulação “ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (*Endverbraucher*), aquele que coloca um fim na cadeia de produção e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir ou na cadeia de serviços”¹⁵. De toda sorte, o que a definição legal deixa de responder – e o Código do Consumidor também não o faz – diz respeito ao conteúdo jurídico da aquisição como destinatário final. A pessoa, seja jurídica ou física, que adquire um bem como profissional, com o fito de lucro, deve ser considerada destinatário final?¹⁶

Sobre essa intrincada questão, duas teorias doutrinárias fundamentais foram desenvolvidas, em um primeiro momento, quais sejam a *finalista* e a *maximalista*. Sucessivamente, a primeira vertente se desdobrou na *teoria finalista mitigada ou aprofundada*.

A *teoria finalista* traz a interpretação mais restrita do consumidor, afirmando ser consumidor quem utiliza o produto ou serviço para fim próprio ou de sua família¹⁷. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “trata-se de uma conceituação fática e econômica”¹⁸. Fática porque o consumidor é o último da cadeia; econômica, pois a aquisição do produto não visa ao lucro. Um bom exemplo é a empresa que compra uma frota de caminhões para distribuir os seus produtos. A empresa passa pelo *filtro fático*, uma vez que é a última da cadeia a receber o caminhão. Entretanto, não passa ela pelo *filtro econômico*, pois os referidos caminhões estão inseridos na sua cadeia de produção e são utilizados com o intuito ou finalidade de lucro. Estão relacionados à principal atividade da empresa, que é a de entrega de mercadorias.

Para a *teoria finalista*, em resumo, é preciso sempre verificar esse *duplo filtro*, quais sejam ser o último da cadeia de consumo e a finalidade com a sua aquisição não ser a de obter lucro, vantagem direta ou indireta ou mesmo algum repasse. Nesse sentido de uma interpretação restritiva dos elementos da relação de consumo, na *I Jornada de Direito Comercial* foi aprovado enunciado doutrinário prevendo que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários, em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços (Enunciado nº 20). No âmbito do Superior Tribunal

15 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 123.

16 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 122.

17 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 122.

18 THEODORO Jr., Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 6.

de Justiça existem diversos julgados adotando a *teoria finalista*. Conforme aresto da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que resume essa posição, “a jurisprudência desta Corte Superior consagrou o entendimento de que, via de regra, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço”¹⁹.

Como outra vertente, a *teoria maximalista* consagra uma interpretação extensiva do conceito de consumidor como destinatário final, trazendo a ideia segundo a qual o CDC é um regramento que se aplica a toda e qualquer relação de consumo, podendo os sujeitos da relação trocar de papéis, a depender da sua posição no negócio, sendo ora fornecedor, ora consumidor. A título de exemplo, o fabricante de cerveja, ao comprar grãos para a criação de seu produto, seria um consumidor, pois estaria alterando substancialmente a natureza do produto adquirido²⁰. Essa teoria, contudo, acabou por não prosperar no âmbito da jurisprudência brasileira, especialmente no Superior Tribunal de Justiça.

Segundo a doutrina, tanto a aplicação da *teoria finalista* quanto a da *teoria maximalista* acabam trazendo injustiças, e por isso foi formulada a *teoria finalista aprofundada* ou *mitigada*, que utiliza a vulnerabilidade como palavra-chave para a aplicação do CDC, em alguns casos específicos²¹. Segundo Claudia Lima Marques, precursora dessa vertente doutrinária, há uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais do produto e do serviço, enquanto, para uma pessoa jurídica, essa vulnerabilidade precisa ser provada. Segundo ainda a doutrinadora, a vulnerabilidade é uma característica, permanente ou provisória, da relação de consumo, que se divide em quatro tipos: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional²².

Nesse contexto, seguindo essas lições da jurista, de um lado podem estar presentes sujeitos que se presumem consumidores e, portanto, são vulneráveis, caso das pessoas físicas ou naturais que adquirem os bens sem o fito de lucro, retirando-os do mercado. Já aqueles que são profissionais precisam comprovar a sua vulnerabilidade, e, sendo essa prova efetivada, estará estabelecida a relação de consumo.

19 STJ, Ag. Rg. no Ag. 1.248.314/RJ, 3^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.02.2012, e, ainda, no mesmo sentido, CC 92.519/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16.02.09.

20 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 123, bem como THEODORO Jr., Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 7.

21 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114.

22 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 114 a 126.

Justamente por ser necessária a análise do caso concreto é que entendemos, com o devido respeito, ser o caso de hipossuficiência e não de vulnerabilidade. Isso, porque a vulnerabilidade tem critérios legais objetivos, constituindo um conceito jurídico, sendo todo o consumidor, sem exceção, vulnerável. A hipossuficiência, por sua vez, é um conceito fático e que depende de prova²³. Por isso, sustentamos ser a *hipossuficiência* que irá direcionar a *teoria finalista aprofundada*, apesar de que os julgados anteriores têm utilizado mais o termo *vulnerabilidade*. Nesse sentido, destacamos a tese nº 1, publicada na Edição nº 39 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ, com a seguinte redação: “o Superior Tribunal de Justiça admite a mitigação da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor – CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), apesar de não ser destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade”²⁴.

Nesse contexto, nota-se que no Superior Tribunal de Justiça há diversos precedentes aplicando a *teoria finalista aprofundada*. Entre os primeiros arrestos, foi aplicado o CDC ao taxista que adquire carro zero quilômetro da concessionária²⁵. Cite-se, ainda, a hipótese da costureira que adquire máquina de bordar para a sua pequena atividade²⁶. E também a aquisição de insumos para agricultura nos casos de atividades de subsistência²⁷. Destaque-se, por fim, a decisão que afirma ser o investidor qualificado um consumidor, independentemente do volume de dinheiro investido²⁸. A partir desses exemplos e da tese antes destacada, a posição hoje prevalecente no Superior Tribunal de Justiça é a que aplica a teoria finalista aprofundada e que possibilita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ainda que o sujeito coloque o bem ou o serviço na cadeia produtiva.

Anote-se que tal posicionamento não foi alterado ou impactado pela Lei nº 13.874/2019, denominada *Lei da Liberdade Econômica*. O próprio art. 421-A, inserido pelo novo diploma no Código Civil, pressupõe, para sua apli-

23 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Volume único. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 74; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 67.

24 São citados como acórdãos precedentes: Ag. Rg. no AREsp 601234/DF, 3^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 12.05.2015; Ag. Rg. no AREsp 415.244/SC, 4^a Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 07.05.2015; Ag. Rg. no REsp 1.321.083/PR, 3^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.09.2014; Ag. Rg. no AREsp 426.563/PR, 4^a Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 03.06.2014; Ag. Rg. no REsp 1.413.889/SC, 3^a Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.03.2014; Ag. Rg. no AREsp 439.263/SP, 3^a Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 27.03.2014; REsp 567.192/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 05.09.2013; EDcl no AREsp 265.845/SP, 4^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 18.06.2013.

25 STJ, REsp 611.872/RJ, 4^a Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 02.10.2012.

26 STJ, REsp 1.010.834-GO, 3^a Turma, Rel^a Min^a Nancy Andrigi, j. 03.08.2010.

27 STJ, REsp 914.384/MT, 3^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.09.20210.

28 STJ, AgInt no AREsp 1525807/RJ, 3^a Turma, Rel^a Min^a Nancy Andrigi, j. 18.11.2019.

cação, a existência de contratos civis e empresariais paritários e simétricos²⁹. Nem mesmo a preocupação trazida pela norma em determinar o conteúdo interpretativo da boa-fé traz qualquer reflexo para a atual abrangência do microssistema de defesa do consumidor, que, como se viu anteriormente, busca justamente equalizar uma situação de disparidade.

Analizados os elementos subjetivos ou pessoais da relação de consumo, em relação ao seu conteúdo ou elemento objetivo, prevê o § 1º do art. 3º do CDC que produto é todo bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial, que seja colocado no mercado de consumo. Portanto, podem ser objeto de uma relação de consumo tanto os bens móveis quanto os imóveis. Sobre os últimos, destaque-se que a Súmula nº 602 do Superior Tribunal de Justiça estabelece como relação de consumo os empreendimentos habitacionais realizados por cooperativas habitacionais. Além disso, pode ser considerado produto imaterial o lazer oferecido pelos estádios de futebol, casas noturnas e festas populares, tendo responsabilidade seus organizadores pela incolumidade física de seus participantes³⁰. Ainda como bens imateriais podemos citar os *softwares*, também chamados de aplicativos.

Seguindo na investigação do conteúdo da relação de consumo, o art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90 expressa que serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excluindo-se as relações de emprego. Como visto ao se tratar da figura do fornecedor, a remuneração não precisa ser direta.

Analizados os elementos da relação de consumo, é necessário desenvolver, pelo menos brevemente, o conteúdo relacionado à arbitragem. Da mesma forma objetiva como a norma conceituou consumidor, o legislador também adotou um critério objetivo para delimitar a possibilidade de utilização da arbitragem. Ela pode ser utilizada apenas para resolver os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/96)³¹. Assim, por exemplo, os direitos da personalidade ficam excluídos da arbitragem por não serem direitos patrimoniais puros³².

29 LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. A liberdade contratual e a função social do contrato: alteração do 421-A do Código Civil. Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 320.

30 STJ, REsp 695.000/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.04.2007; STJ, REsp 878.265-PB, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.10.08.

31 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 130.

32 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 131.

Segundo Carlos Alberto Carmona, afirmar que o direito patrimonial é disponível significa dizer que este pode ser livremente alienado ou negociado, por encontrar-se desembaraçado, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto³³. Nesse contexto de afirmação doutrinária, os bens pertencentes aos absolutamente incapazes são indisponíveis, assim como os bens fora do comércio e boa parte dos direitos públicos³⁴. Observa-se, portanto e de plano, que nem todos os direitos podem ser levados para a arbitragem. Carlos Alberto Carmona destaca, ainda, que a Lei de Arbitragem abandonou a fórmula estabelecida pelo revogado art. 1.072 do Código de Processo Civil, que se reportava a direitos patrimoniais que admitiam transação, preferindo melhor técnica ao fazer remissão à disponibilidade do direito de forma objetiva³⁵. Atualmente, há um trabalho efetivo em ampliar as possibilidades e o cabimento não só da arbitragem, mas também dos outros meios de solução dos conflitos, denominando-se esse novo sistema de “*Tribunal Multiportas*” e não mais se falando em *meios alternativos* de solução de conflito, mas, sim, em *meios adequados*.

Quanto às relações de consumo, afirma-se que, em sua essência, são relações patrimoniais. Todavia, a questão que se coloca é se elas seriam ou não disponíveis. Como é notório, a Constituição Federal de 1988 estabelece a defesa do consumidor pelo Estado, na forma da lei, como um direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII), como um princípio da ordem econômica (art. 170, inciso V), e, ainda, determina nos seus atos de disposições transitórias a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48). O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, dispõe já em seu art. 1º que se trata de uma lei de ordem pública e interesse social.

Dante dessas previsões, notadamente tendo em vista a determinação da lei como ordem pública, revela-se um *status* diferenciado à norma em razão da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor e da afirmação de se tratar de uma *norma principiológica*³⁶. Segundo Bruno Miragem, são indisponíveis os direitos básicos do consumidor estabelecidos no art. 6º do CDC, sem afastar também a proteção dada pelo direito da personalidade no art. 11 do Código Civil³⁷.

33 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/06*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

34 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 141.

35 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/06*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 38.

36 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia, 2020. E-book. p. 68.

37 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia, 2020. E-book. p. 283.

Ainda exemplificativamente, segundo o doutrinador, há direitos do consumidor que são de fato indisponíveis, caso das limitações das cláusulas abusivas, em rol exemplificativo (art. 51), bem como as práticas abusivas (art. 39), que limitam a autonomia privada e impedem a livre disposição das partes. Limita-se, assim, o espaço de autodeterminação, criando um *padrão mínimo indisponível*³⁸.

Como resolver o impasse criado por essas restrições, notadamente tendo em vista uma tendência que se verifica no incremento da arbitragem nos últimos anos? Vejamos como a matéria está tratada no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Arbitragem.

2 Da Vedação da Cláusula de Arbitragem Compulsória (Art. 51, Inciso VII, do CDC)

O Código de Defesa do Consumidor estabelece que são nulas de pleno direito cláusulas contratuais que determinem a utilização compulsória da arbitragem (art. 51, inciso VII), incluindo essa previsão no rol meramente exemplificativo das cláusulas abusivas. A norma busca, assim, relacionar dentro da sistemática consumerista as cláusulas abusivas, que são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação negocial, o consumidor.

Vale lembrar, em continuidade de estudo, que existem as cláusulas abusivas tanto nos contratos de consumo como nos contratos de adesão, lembrando que os conceitos não se confundem necessariamente. O que pode ocorrer é que um contrato de adesão pode ser também um contrato de consumo, mas isso não se dá em todas as hipóteses fáticas. O contrato de adesão é aquele em que o estipulante, geralmente a parte mais forte da relação contratual, impõe o conteúdo do negócio, restando à outra parte, o aderente, aceitar ou não. O contrato de consumo, por sua vez, é o que atende aos requisitos dos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, como verificamos do tópico anterior. Como está reconhecido pelo Enunciado nº 171, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, o contrato de adesão não necessariamente é um contrato de consumo.

Sobre o tema central deste tópico, é imperioso compreender o que significa utilização compulsória da arbitragem, a gerar a nulidade absoluta da cláusula compromissória. Para o perfeito entendimento dessa questão, é necessário abordar o art. 3º da Lei de Arbitragem, que trata da convenção de arbitragem. Nos termos da norma – que segue a construção doutrinária de Carlos Alberto Carmona –, a convenção de arbitragem subdivide-se em

38 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia, 2020. E-book. p. 327.

cláusula compromissória e compromisso arbitral. Os dois institutos são modos de instituição da arbitragem que se diferenciam com relação ao momento de seu nascimento. A primeira ocorre antes da instauração do conflito; e o segundo, depois do conflito³⁹.

O compromisso arbitral é um instrumento formulado posteriormente ao conflito já instaurado, sendo “*filho do litígio*”. Como o seu surgimento corre de um conflito em andamento, a sua composição é muito mais difícil na prática, pois as partes precisam não só concordar de forma inequívoca com este método de solução do conflito, mas também escolher o árbitro ou a câmara arbitral que considerarem competente e imparcial para solver a questão.

O art. 4º da Lei de Arbitragem, por sua vez, define a cláusula compromissória como sendo a convenção das partes, efetuada por meio de um contrato, “onde comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Em complemento, o diploma legal dispõe nos seus parágrafos que a cláusula deve ser por escrito, em documento apartado ou no próprio contrato, e, nos contratos de adesão, o aderente deve tomar a iniciativa ou concordar, expressamente, com a instituição da arbitragem, “desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Como se percebe, há previsão expressa na Lei de Arbitragem sobre o tratamento dos contratos de adesão, mas não com relação ao contrato de consumo. Por isso não nos parece acertado o posicionamento de Selma Ferreira Lemes, que chega a defender, inclusive, a revogação do art. 51, inciso VII, do CDC pelo advento da Lei de Arbitragem, em especial o citado art. 4º, § 2º. Nas suas lições, “não vemos como afirmar que o art. 51, inciso VII, do CDC não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação. A lei nova disciplina sobre contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, a teor do disposto nos arts. 2º e 3º do CDC”⁴⁰. Com o devido respeito, a afirmação traz a confusão, comum na teoria e na prática, entre contratos de consumo e de adesão.

A Ministra Fátima Nancy Andrichi, por sua vez e de forma bem estruturada, apresenta a compatibilidade das normas em estudo, pontuando que, “dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos, quais sejam: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando

39 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 161.

40 LEMES, Selma M. Ferreira. *A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado: aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 126-127.

pactuada pelas partes; (ii) regra específica para contratos de adesão genéricos, que estabelece restrição à eficácia da cláusula compromissória e (iii) regra ainda mais específica para contratos, de adesão ou não, celebrados entre consumidor e fornecedor, em que será considerada nula a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que tenham sido preenchidas as formalidades estabelecidas no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem”⁴¹.

Totalmente acertado o último posicionamento, especialmente em afirmar que não houve revogação do inciso VII do art. 51 do CDC. Tanto isso é verdade e correto que uma das alterações da reforma do Código do Consumidor, trazida pela Lei nº 14.181/2021 (*Lei do Superendividamento*), foi a proibição de se estabelecer cláusulas que condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário (art. 51, inciso XVII). A propósito do tema, na *I Jornada CDEA sobre Superendividamento e Proteção do Consumidor UFRGS-UFRJ*, realizada no ano de 2021, aprovou-se o Enunciado nº 24, prevendo que “a nova redação dada ao art. 51 do CDC, com a inserção do inciso XVII, confirma o direito de acesso aos órgãos do Judiciário do Art. 6º, VII, e a proibição de cláusula de arbitragem nos contratos de consumo com pessoa natural (Art. 5, inciso VII, do CDC)”

Importante destacar que o enunciado trata especificamente de cláusula arbitral e, além disso, deixa expresso o impedimento da arbitragem nas hipóteses em que o consumidor for pessoa natural. Por isso, diante de tudo o que foi aqui exposto e estudado, é imperioso concluir não só que continua vigente o inciso VII como é reforçado pelo inciso XVII, ambos previstos no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

3 Limites da Cláusula Compromissória. A sua Aplicação nos Contratos de Consumo

Nos termos literais do art. 51, inciso VII, do CDC, afirmar que é vedada a cláusula compulsória arbitral não afasta a convenção arbitral. Também não afasta a cláusula e, muito menos, o compromisso arbitral. O que se proíbe, nos termos exatos da norma, é a sua compulsoriedade.

Como visto anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor é uma *norma principiológica*, que tem como norte proteger uma determinada pessoa, inserida na relação jurídica como vulnerável, o consumidor. Seu regramento

41 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, abr./jun. 2006. p. 17. No mesmo sentido: CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 476.

protetivo, inafastável por ser norma cogente ou de ordem pública, deve ser interpretado e aplicado sob essa leitura e sob essa perspectiva.

Nesse contexto de afirmação, não estaria vedada a cláusula arbitral; ela só não pode ser estabelecida como compulsória ou obrigatória, ainda que preenchidos os requisitos para a sua validade nos contratos de adesão, conforme o art. 4º da Lei de Arbitragem. O que se exige, em contrapartida, é a aceitação expressa posterior ao litígio da arbitragem pelo consumidor, sendo certo que a benesse do art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor não pode ser usufruída pelo fornecedor. Melhor explicando, fica vinculado à cláusula compromissória arbitral o fornecedor, mas não o consumidor, que pode tanto promover ação pela via judicial como pela via arbitral ou ainda aceitar o procedimento arbitral ou a ação judicial.

Importante destacar o posicionamento de Antônio Junqueira de Azevedo, que, apesar de concordar que a lei expressamente somente proíbe a utilização compulsória de arbitragem, discorda da possibilidade de uma cláusula compromissória facultativa, afirmando que somente tem sentido prático a cláusula compromissória quando prevê a arbitragem com obrigatoriedade, exatamente para os fins para os quais foi concebida⁴². Interessante acrescentar que referido doutrinador não cogita a possibilidade de a cláusula vincular apenas o fornecedor.

Há, ainda, o posicionamento de Nelson Nery Jr., que admite a possibilidade da instituição da convenção arbitral desde que não seja compulsória⁴³. Bruno Miragem, por sua vez, entende possível a cláusula compromissória, estabelecido o duplo consentimento do consumidor, antes e depois do conflito, atendendo-se em parte ao que consta do art. 4º da Lei de Arbitragem⁴⁴.

De outra ponta, Francisco José Cahali defende que essa proteção não é absoluta, e que deve ser analisado o perfil do consumidor, pois, em determinados casos, pode-se estar em uma relação de igualdade, forte o suficiente a ponto de se afastar da relação o caráter de compulsoriedade na instituição da arbitragem⁴⁵. O segundo autor deste artigo concorda com tal entendimento.

42 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 91, p. 265-275, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67337>. Acesso em: 11 dez. 2021.

43 NERY Jr., Nelson. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito material e processo coletivo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 595.

44 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia, 2020. E-book. p. 853.

45 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 161.

A posição do primeiro autor do texto é no sentido de ser a cláusula compulsória sempre nula nos contratos de consumo, não importando quem seja o consumidor. De toda sorte, em se tratando de consumidor pessoa jurídica, afastada a sua hipossuficiência no caso concreto, é possível a arbitragem de consumo, desde que o consumidor opte pela arbitragem ou concorde com a sua instituição. Ademais, sendo o contrato de consumo também de adesão, é necessário sempre atender aos requisitos do art. 4º da Lei de Arbitragem.

Portanto, há divergência entre os autores deste texto, sendo importante verificar como o assunto seria tratado na Lei nº 9.307/96 e qual a posição atual da jurisprudência brasileira.

4 A Arbitragem em Direito do Consumidor e o Veto à Lei Nº 13.129/2015

Reforçando o posicionamento de que o art. 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor não foi revogado, é importante trazer a lume a tentativa de alteração da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, que consagrou importantes alterações no procedimento arbitral que também se faziam necessárias. A norma tem origem em projeto de lei elaborado por comissão de juristas, coordenada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça.

Uma alteração que estava prevista e acabou por não ocorrer foi a da inclusão de um § 3º no art. 4º da Lei de Arbitragem, que trazia a seguinte redação: “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”. Porém, apesar de sua aprovação nas duas casas legislativas, o referido § 3º do art. 4º foi objeto de veto presidencial, sob os seguintes fundamentos:

“Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor.”

Realmente, da forma como estava redigido o projeto, a norma, em nosso sentir, não merecia prosperar. Era ela por demais abrangente, acabando

por tolher a proteção constitucional de que goza o consumidor. Se aprovada, haveria a permissão de que toda e qualquer relação de consumo fosse potencial objeto de arbitragem, em uma clara e indesejada equiparação entre o contrato de consumo e o contrato de adesão. O veto destaca, inclusive, ser necessário o duplo consentimento, antes e depois do litígio, e não apenas no momento da assinatura do contrato.

De toda sorte, e como ainda será aprofundado, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016 e a despeito do veto presidencial, admitiu a instauração do procedimento arbitral decorrente de conflito em uma relação de consumo, tendo o consumidor iniciado a sua instauração. Vejamos um trecho do aresto, a merecer destaque:

“Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC, e 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

(...)

Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.”⁴⁶

Na doutrina, Claudia Lima Marques argumenta que a jurisprudência parece querer retirar efeito ao veto presidencial, *repristinando* norma que não foi aceita no sistema jurídico. Além disso, para ela, tal forma de pensar o Direito desvirtua o texto do art. 51 do CDC, que consagra hipótese de nulidade absoluta *ab initio* e não de ineficácia da cláusula “*semiabusiva arbitral*”. Pontua, em continuidade de forte argumentação, que o fornecedor terá uma grande vantagem caso admitida a arbitragem com tais parâmetros, pois seus casos não mais formarão jurisprudência, passam a ser sigilosos, além da vantagem de escolher o árbitro ou a câmara arbitral que considerar mais interessante. Os consumidores, por sua vez, não conseguiriam mais se beneficiar das ações

46 STJ, REsp 1.189.050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016.

coletivas e perderiam as proteções do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Procons⁴⁷.

Feitas tais considerações a respeito do voto presidencial, passemos a abordar, com mais detalhes, o tratamento da arbitragem em direito do consumidor na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

5 A Arbitragem em Direito do Consumidor na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Sem prejuízo do aresto por último transcrito, o primeiro paradigmático julgado que iremos destacar surgiu no ano de 2012, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrichi. Trecho inicial de sua ementa repete o artigo escrito pela julgadora, no sentido de existirem três regramentos diferentes a respeito do tema, previstos no CDC e na Lei de Arbitragem. O primeiro consagra uma regra geral, a ser observada quando estabelecida pela autonomia privada, por cláusula compromissória. O segundo regramento incide quando se tratar de contrato de adesão, que precisará observar as regras previstas no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Por fim, o terceiro regramento, incidente em se tratando de contrato de consumo que seja de adesão ou não, veda a cláusula compromissória compulsória (art. 51, inciso VII, do CDC), estando ou não satisfeitos os requisitos do citado dispositivo da Lei de Arbitragem.

Ainda no referido *decisum*, pontua a Ministra-Relatora, no que foi acompanhada pelos demais julgadores, que “o art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral⁴⁸. Nesse contexto, de acordo com o julgado, é necessário haver consenso entre as partes depois da instauração do litígio, ou seja, é fundamental que haja posterior consentimento do consumidor e do fornecedor⁴⁹. Essa posição, na verdade, acabou por se consolidar em outros arestos da mesma Corte Superior.

Foi justamente o que se deu no acórdão aqui antes colacionado, de 2016, de relatoria do Ministro Salomão, que traz em seu bojo mais algumas importantes considerações. De plano, denota-se que não há incompatibilidade

47 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1.296.

48 STJ, REsp 1.169.841/RJ, 3ª Turma, Rel^ª Min^ª Nancy Andrichi, j. 06.11.2012.

49 STJ, REsp 1.169.841/RJ, 3ª Turma, Rel^ª Min^ª Nancy Andrichi, j. 06.11.2012.

entre os arts. 51, inciso VII, do CDC, e 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. Além disso, afirma-se que não haveria a compulsoriedade da via arbitral no caso concreto, pois o aderente precisou confirmar expressamente a instituição da arbitragem, concordando com ela⁵⁰. Como antes aduzido, o arresto acaba por confirmar o texto da Lei nº 13.129, de 2015, que acabara de ter sido vetado pela então Presidente da República. Em continuidade, deixa-se que “um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º)”⁵¹. Assim, o Código de Defesa do Consumidor, além de não se opor à arbitragem, fomentaria os meios adequados de solução de conflitos de consumo. E mais, “há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção”⁵². Na percepção do julgador, não haveria “nulidade da cláusula se o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem, ou também pela ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção do consumidor”⁵³.

Eis aqui um argumento interessante, e que deve ser bem analisado em cada caso concreto. De toda sorte, parece-nos haver uma exceção, cuja prova pode ser de difícil produção. Ainda que existam liberalidades em uma relação de consumo, como comprovar que ela é suficiente a ponto de estabelecer que o consumidor em específico não é vulnerável?

Por fim, o Ministro Salomão afirmou que a cláusula compromissória vincula o fornecedor e não o consumidor, como antes defendemos, como se pode verificar neste trecho que extraímos do mesmo julgado: “a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo pollicitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão”⁵⁴. Nesse ponto, acerta o magistrado ao diferenciar a posição do fornecedor da do consumidor, pois o primeiro não pode se aproveitar de uma cláusula que foi posta para proteger os interesses da parte vulnerável da relação jurídica. Assim, o duplo aceite deve ser um requisito e uma benesse ao consumidor.

Em 2018, emerge mais um *decisum* no Tribunal da Cidadania, seguindo a mesma linha daqueles que o precederam e novamente com a relatoria da

50 STJ, REsp 1.189.050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016.

51 STJ, REsp 1.189.050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016.

52 STJ, REsp 1.189.050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016.

53 STJ, REsp 1.189.050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016.

54 STJ, REsp 1.189.050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01.03.2016.

Ministra Nancy Andrighi. E, assim como em 2012 e 2016, ficou definido que a propositura da ação na jurisdição estatal representa uma discordância implícita do consumidor em se submeter ao juízo arbitral⁵⁵.

O último precedente a ser aqui destacado é do ano 2019, e novamente a Ministra Nancy Andrighi manifesta-se acerca do assunto e colaciona o julgado de sua relatoria, de 2012, e o de relatoria do Ministro Salomão, de 2016, para concluir que, “em resumo, é possível a utilização de arbitragem para resolução de litígios originados de relação de consumo quando não houver imposição pelo fornecedor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, se houver iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição”⁵⁶.

No mesmo ano, por meio da sua ferramenta *Jurisprudência em Teses*, essa posição passou a ser divulgada como a consolidada na Segunda Seção da Corte. Como consta da sua Edição nº 122, dedicada à arbitragem, “a legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral” (Tese nº 11). Chamamos a atenção para o fato de que a assertiva destaca o consenso entre as partes, tendo papel fundamental para a viabilidade da arbitragem de consumo, lembrando-se, na linha do julgado pelo Ministro Salomão, que o duplo consentimento cabe ao consumidor, e não ao fornecedor.

Como palavras finais para este tópico, observamos que o ponto convergente em todos os acórdãos diz respeito à impossibilidade de haver uma vinculação prévia obrigatória sobre a instauração da arbitragem, devendo ela sempre ocorrer por iniciativa da parte vulnerável da relação, ou seja, o consumidor, mesmo se houver observância na cláusula de arbitragem dos requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, em se tratando de contrato de consumo que seja de adesão.

6 Da Arbitragem em Direito do Consumidor na Doutrina. O Enunciado Aprovado na *II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios*

Na doutrina, o tema da *arbitragem de consumo* é demais controvertido, com vários posicionamentos diferentes, havendo um debate enriquecedor

55 STJ REsp 1.628.819/MG, 3ª Turma, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 08.05.2018.

56 STJ REsp 1.785.783/GO, 3ª Turma, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 05.11.2019.

sobre o assunto, que ainda merece maiores aprofundamentos no nosso ambiente jurídico.

Carlos Alberto Carmona é, de fato, uma das principais vozes que apoiam a arbitragem de consumo, eis que o debate “diz respeito à disponibilidade da relação jurídica que envolve consumidor e fornecedor de bens e serviços”. Nesse contexto, se as partes podem transigir, desistir, renunciar aos respectivos direitos, não se pode excluir a possibilidade da solução arbitral para as relações jurídicas de consumo⁵⁷.

Francisco José Cahali acompanha a posição do Ministro Luis Felipe Salomão e, citando o julgado que antes transcrevemos, afirma que o Código de Defesa do Consumidor “direciona-se ao vulnerável, hipossuficiente ou contratante economicamente mais fraco, em situação de desequilíbrio”⁵⁸. Porém, essa situação de disparidade admite prova em contrário, e, comprovando-se “a paridade de armas, em contrato simétrico, no qual livremente de forma consciente (inclusive por vezes bem assessorado) o consumidor firmou cláusula compromissória (cabendo prova à empresa), será possível admitir a arbitragem”⁵⁹. O doutrinador, portanto, apoia essa posição do Superior Tribunal de Justiça, sustentando que o consumidor poderá, “no exercício de sua autonomia privada, optar pela solução arbitral, se assim lhe convier”⁶⁰. Em outras palavras, caberá ao consumidor, caso haja convenção, escolher instaurar arbitragem ou não, não podendo ser compelido para tanto.

No mesmo sentido, José Roberto de Castro Neves reforça esse posicionamento da Corte Superior, afirmando que, “de fato, na maioria dos casos, o consumidor é a parte frágil em relação ao prestador de serviços ou ao fornecedor; daí a razão da lei protetiva. Entretanto, essa nem sempre será a realidade, sendo, pois, fundamental que o intérprete aprecie a situação concreta. Afinal, para citar um conceito aristotélico, deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida justa de suas desigualdades. Visto o tema de outra forma, conferir tratamento desigual a duas partes iguais (como, eventualmente, podem ser consumidor e fornecedor) acarreta o mesmo abuso que a Lei do Consumidor deseja evitar. Na verdade, mais inteligente será sempre avaliar a fragilidade da parte na sua concretude,

57 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/06*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 53.

58 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 477.

59 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 477.

60 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 359. Posicionamento adotado também pelo STJ no REsp 1.169.841/RJ, 3^a Turma, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, j. 06.11.2012.

pois, idealmente, protege-se a parte débil e não há motivo para se proteger quem não necessita de proteção. Eis o motivo pelo qual se revela fundamental identificar a hipossuficiência⁶¹. E, ainda, segundo o mesmo doutrinador, “a diversidade de hipóteses serve de alerta ao intérprete, que não deve render-se a preconceitos ou modelos, revelando-se fundamental uma análise da situação concreta para oferecer a resposta em harmonia com os valores que se pretendem proteger”⁶².

Nelson Nery Jr. analisa a questão relativa à forma de contratação e de forma categórica afirma ser “possível, nos contratos de consumo, a instituição de cláusula de arbitragem, desde que obedecida, efetivamente a bilateralidade na contratação e a forma da manifestação da vontade, ou seja, de comum acordo (*gré à gré*)”⁶³. Gustavo Pereira Leite Ribeiro, confundindo os conceitos de contratos de adesão com os de contrato de consumo, defende ser possível a arbitragem na relação de consumo desde que a deliberação da instituição da arbitragem não seja tomada unilateralmente à revelia do consumidor⁶⁴.

Na mesma linha de admissão, Bruno Miragem pondera que “deste modo, embora admitida no sistema jurídico brasileiro, é do exame das circunstâncias concretas de sua previsão no contrato de adesão e a aceitação do consumidor, mediante esclarecimento pleno quanto às consequências da cláusula (em especial para evitar-se a caracterização da abusividade ao identificar-se como cláusula-surpresa) que vão determinar a validade da convenção”⁶⁵. Esses são alguns autores que admitem a arbitragem de consumo, sempre se forem preenchidos alguns requisitos.

Em sentido oposto e como visto, Claudia Lima Marques argumenta, com certa razão, que essa posição desvirtua o texto do art. 51 do CDC, que prevê hipótese de nulidade absoluta⁶⁶. Essa crítica é contundente e, inclusive, como meio da solução de parte dela, a Ministra Nancy Andrighi sugere a criação de mecanismos de controle e fiscalização das arbitragens de consumo, citando como exemplo a solução espanhola de inserir “a presença e efetiva

61 NEVES, José Roberto de Castro. Arbitragem nas relações de consumo: uma nova esperança. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 195-198.

62 NEVES, José Roberto de Castro. Arbitragem nas relações de consumo: uma nova esperança. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 195-198.

63 NERYJR., Nelson. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito material e processo coletivo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 596.

64 RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 196.

65 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia, 2020. E-book. p. 854.

66 MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1.296.

participação de representante dos consumidores durante todo o procedimento arbitral”⁶⁷.

Ainda no âmbito da doutrina, na *II Jornada de Solução e Prevenção Extrajudicial dos Litígios*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2021, aprovou-se o Enunciado nº 103, segundo o qual “é admissível a implementação da arbitragem *on-line* na resolução dos conflitos de consumo, respeitada a vontade do consumidor e observada sua vulnerabilidade e compreensão dos termos do procedimento, como forma de promoção de acesso à justiça”. Superou-se, assim, o debate travado na *I Jornada*, evento que o antecedeu. Na ocasião, o primeiro autor deste artigo formulou proposta no sentido de se admitir a arbitragem de consumo em se tratando de consumidor pessoa jurídica, mitigada a sua hipossuficiência, na medida em que compreende o assunto e aqui se defendeu. Porém, após muitos debates – e a elaboração de uma nova proposta, na linha da posição consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça –, o enunciado não foi aprovado na plenária final daquele anterior evento.

Essa posição do primeiro autor deste texto foi exposta novamente na plenária da *II Jornada Solução e Prevenção Extrajudicial dos Litígios*. Tanto isso é verdade que se sugeriu a substituição da expressão “vulnerabilidade” por “hipossuficiência” no texto do Enunciado nº 103, o que acabou não sendo adotado na aprovação final da ementa doutrinária. O termo atual, constante do enunciado, deixa dúvidas práticas, uma vez que todo consumidor, sem exceção, é vulnerável

Como se pode verificar, o tema ainda é objeto de muito debate doutrinário, pois há efetivamente alguns pontos que são de difícil transposição. Apesar de hoje podermos afirmar que a corrente majoritária entende possível a arbitragem na relação de consumo, o recorte de quando e por qual meio é cabível ainda será objeto de muita discussão.

Conclusões

A Lei de Arbitragem completou, no ano de 2021, 25 anos de existência no nosso sistema jurídico. Sua contribuição como método adequado de solução de conflitos tem sido inestimável, compondo uma das importantes portas do nosso atual sistema de justiça, como expressão máxima da autonomia privada.

67 ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, abr./jun. 2006. p. 19.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor completou 32 anos, sendo um marco legislativo importante na concretização da justiça, em prol dos vulneráveis negociais, como meio de equalização da disparidade quase sempre existente nas relações de consumo. Disparidade essa que não é só econômica, mas também técnica, jurídica, fática e informacional.

Nesse contexto, buscar um *diálogo* entre as duas leis é mais do que importante, é fundamental. Doutrina e jurisprudência afastaram a revogação tácita do art. 51, inciso VII, do CDC, em virtude do surgimento do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, com inegável acerto. Como visto, o contrato de adesão não se confunde, necessariamente, com o contrato de consumo.

Além disso, o referido art. 51, inciso VII, do CDC não afastaria o compromisso arbitral e nem a cláusula compromissória no âmbito das relações de consumo, havendo neste último caso a necessidade do *duplo consentimento do consumidor* justamente com o fito de extirpar qualquer dúvida existente sobre a livre escolha pela via arbitral. Afinal, o que se veda é a compulsoriedade. E, como vimos, é justamente o conteúdo jurídico da *compulsoriedade* constante no mencionado artigo que efetivamente gera o debate, havendo, inclusive, posicionamento divergente dos autores deste texto.

O segundo autor deste texto acredita ser possível a cláusula compromissória vincular os contratantes, consumidor e fornecedor, desde que fique patente que a relação, embora de consumo, seja paritária, não se justificando o impedimento pela via arbitral.

Já o primeiro autor do texto atesta que a cláusula compulsória é sempre nula nos contratos de consumo, independentemente de quem seja o consumidor, pessoa natural ou jurídica. Não obstante, no caso do consumidor pessoa jurídica, se afastada a sua hipossuficiência no caso concreto, é possível a arbitragem de consumo, desde que ele opte pela arbitragem ou concorde com a sua instituição. Ainda para o primeiro autor deste texto, sendo o contrato de consumo também de adesão, é necessário sempre atender aos requisitos do art. 4º da Lei de Arbitragem, aqui antes analisado.

Como se pode perceber, ainda levará algum tempo para efetivamente se sedimentar na doutrina e na jurisprudência o cabimento da arbitragem na relação de consumo. Não se busca, de qualquer forma, ofuscar o enorme sucesso da arbitragem na solução dos conflitos, mas, sim, garantir a efetiva prestação jurisdicional. Nesse contexto, nem sempre será o meio arbitral o adequado para resolver uma disputa de consumo. É preciso cuidado e muito discernimento na sua aplicação em relações que são essencialmente desequilibradas.

Deve-se garantir o equilíbrio técnico, jurídico, fático e informacional das partes para se possibilitar uma arbitragem de consumo, notadamente para que ela atenda aos princípios constitucionais e aos regramentos básicos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

TITLE: Consumer and arbitration relationship.

ABSTRACT: This is an article whose main objective is to verify the possibility of consumer arbitration in the Brazilian legal system. Thus, first the legal relationship of consumption is defined, analyzing its subjective and objective elements, and then the content of arbitration is compared, especially its incidence only in matters concerning available rights. After this first analysis, and going deeper into the subject, it is verified what is understood as *compulsory use of arbitration* and its express prohibition in the CDC [Brazilian Consumer Defense Code], under penalty of absolute nullity of the clause that provides for it. Next, the means of instituting arbitration established by law are studied, through the arbitration clause and the arbitration commitment, *in dialogue with Consumer Law*. The article presents the attempt to insert in the reform of Law n. 9.307/1996 the possibility of consumer arbitration and the reasons that led to the presidential veto. Finally, the work, with a legal-interpretative intent, brings the positions of the Judiciary and the doctrine on the subject, with a critical view; to then reach the authors' conclusions.

KEYWORDS: Civil Law. Consumer Law. Arbitration. Consumer Relationship. Consumer Arbitration.

Referências

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, n. 9, abr./jun. 2006.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 91, p. 265-275, 1996. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67337>. Acesso em: 11 dez. 2021.
- BESSA, Leonardo. Fornecedor equiparado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 61, jan./mar. 2007. p. 127.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/06*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Direito material e processo coletivo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto Cézar Lukascheck; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. A liberdade contratual e a função social do contrato: alteração do 421-A do Código Civil. Art. 7º. In: LEONARDO, Rodrigo Xavier; MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. *Comentários à Lei de Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- LEMES, Selma M. Ferreira. *A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado: aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Coord.). *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MARQUES, Claudia Lima. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia, 2020. E-book.
- NERY Jr., Nelson. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito material e processo coletivo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NEVES, José Roberto de Castro. Arbitragem nas relações de consumo: uma nova esperança. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação*. São Paulo: Atlas, 2015.
- RIBEIRO, Gustavo Percira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual. Volume único*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- THEODORO Jr., Humberto. *Direitos do consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Recebido em: 14.01.2022

Aprovado em: 07.02.2022