



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

**DEPARTAMENTO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL
FACULTAD DE DERECHO**

TESIS DOCTORAL

**ARBITRAGEM E DIREITO DO CONSUMIDOR
SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO
UMA PROPOSTA PARA O BRASIL**

DOCTORANDO:

NELSON AGUIAR CAYRES

DIRECCIÓN ACADÉMICA:

PROF. DR. DON LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

PROF^a. Dr.^a DOÑA MARÍA INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS

Salamanca – 2013

TESIS DOCTORAL

TÍTULO:

ARBITRAGEM E DIREITO DO CONSUMIDOR

SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

UMA PROPOSTA PARA O BRASIL

Trabajo elaborado por el doctorando NELSON AGUIAR CAYRES, bajo la dirección académica del Prof. Dr. D. Lorenzo M. Bujosa Vadell y de la Prof.^a Dr.^a D^a María Inmaculada Sánchez Barrios, para la obtención del grado de Doctor por la Universidad de Salamanca.

Nelson Aguiar Cayres

Doctorando

Lorenzo M. Bujosa Vadell

Dirtector

María Inmaculada Sánchez Barrios

Directora

Salamanca, 2013

"...Colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccione vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en substancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos, más que dogmáticos, sobre lo que el derecho verdaderamente deba ser."

JAIOME GUASP

.....

"...Pienso que la población, los ciudadanos deberían conocer con más detalles el arbitraje, pues, sólo así estarían en condición de acceder a él en lugar de a la Justicia Ordinaria.

En esta la parte nada sabe, y nunca sabrá, pues sólo el juez y el abogado conocen todo sobre su proceso.

Si le fueran aclaradas las ventajas del arbitraje, la parte ciertamente lo elegiría..."

FRANCESCO CARNELUTTI

AGRADECIMENTOS

Este trabalho somente foi possível ser concluído graças a ajuda e colaboração do ser supremo e de algumas pessoas que me auxiliaram na busca de sua elaboração, um desafio que somente pôde ser concluído com a nossa obstinação e daqueles que conjuntamente acreditaram na sua efetivação. Assim a todos agradeço e de forma muito especial:

A DEUS, sobre todas as coisas e pela inspiração divina.

Aos meus queridos filhos, nora, genro e netos: WILLIAN, CAROLINA, AMANDA, ROBERTO, GUILHERME e GUSTAVO, que sempre me incentivaram e me auxiliaram nos momentos de solidão e angústia longe de casa, quando suas lembranças foram fundamentais para que eu pudesse superar as dificuldades e seguir avante na busca deste meu desiderato. A eles, dedico todo o meu amor;

À CERES MARIA. Querida companheira de todos os dias no período vivido em Espanha, que me incentivou nos momentos mais difíceis de nossa estância em Salamanca e em Madrid, com todo carinho;

Aos Professores LORENZO BUJOSA VADELL e MARIA INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS. Queridos amigos, mestres e orientadores, que juntos desde o início, trabalhamos sob o auspício de seus conhecimentos e de suas sabedorias, ao que com suas colaborações e seus conselhos, me orientaram na senda deste hercúleo labor que foi fundamental para a realização deste trabalho, meus melhores agradecimentos.

IN MEMORIAM

Ao Querido e inesquecível amigo FLÁVIO JUNG BATISTA, que ao longo de nossa permanência em Salamanca, nos patrocinou momentos de muita alegria no convívio diário deste árduo caminho por nós escolhido rumo ao terceiro ciclo acadêmico, mas que para a infelicidade de todos nós, nos deixou desta vida de uma forma inusitada, que até hoje relutamos em acreditar e aceitar sua perda. Querido amigo, onde quer que estejas, leves sempre contigo nosso carinho, nossa gratidão e muita saudade.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	XIII
--------------------	------

INTRODUÇÃO.....	XV
-----------------	----

SEÇÃO I

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE ARBITRAGEM

Capítulo I – ADRs y Sistemas de Arbitragem

1- Jurisdição e arbitragem: Jurisdição: monopólio do Estado?.....	25
2- Os obstáculos ao acesso à Justiça e as ADRs.....	39
2.1- Os Tipos de ADRs – Técnicas.....	46
2.1.1- Negociação.....	48
2.1.2- Conciliação.....	52
2.1.3- Mediação	56
2.1.3.1- A Mediação brasileira	62
2.1.3.2- A Mediação espanhola.....	65
2.1.3.3- A Mediação portuguesa.....	72
2.1.3.4- A Mediação argentina.....	77
2.1.4 - Mediação e misto de ADRs.....	85
2.2- Na União Européia	87
3- Conceito de arbitragem.....	91
4 - Arbitragem interna e internacional.	98
5- O sistema arbitral segundo o modelo UNCITRAL (CNUDMI).....	105
6- Questões jurídicas de arbitragem.....	110
6.1- Elementos jurídicos constitutivos da arbitragem.....	113
6.1.1- A Convenção de Arbitragem ou Convênio Arbitral ...	114
6.1.2- O árbitro	117
6.1.3- O procedimento arbitral	119
6.1.4- O laudo ou sentença arbitral	122
6.1.5- Da impugnação do laudo ou sentença arbitral.....	126
6.2- A natureza jurídica da arbitragem	129
6.2.1- O princípio da teoria da autonomia da vontade.....	132
6.2.2- A teoria privativista contratualista.....	136
6.2.3- A teoria publicista jurisdicionalista.....	137
6.2.4- A teoria mista – sínteses da natureza jurídica.....	142
6.3- Ato de coercibilidade na arbitragem.....	145
6.3.1- As medidas cautelares.....	153

6.3.1.1- Na Espanha.....	155
6.3.1.2- No Brasil.	158
6.3.1.3- Em outros países.....	162
6.4 - A Execução na Arbitragem.....	168

SEÇÃO II

A ARBITRAGEM DE CONSUMO.

ESPECIAIS CONSIDERAÇÕES AO SISTEMA ARBITRAL ESPANHOL

Capítulo II.

A Legislação Consumerista Espanhola

1- A reforma na legislação consumerista espanhola– LGDCU/2007.....	181
1.1.- Disposição legislativa.....	186
1.2- Divisão técnica legislativa.....	187
2- O atual conceito de consumidor na nova norma.....	196
2.1- O consumidor no direito comparado.....	201
3- Os direitos básicos do consumidor na nova LGDCU.....	207
3.1- Reformas estruturais de proteção ao consumidor.....	212
4- Dos contratos com consumidores e usuários no RDL1/2007.....	220
4.1- Tipos de contratos.....	225
4.2- A proteção dos interesses econômicos e jurídicos dos consumidores como base para o RDL1/2007.....	230

Capítulo III.

O Sistema Arbitral de Consumo Espanhol: Considerações Gerais

1- A progressão legislativa da parceria LGDCU/SAC.....	237
1.1- A natureza processual da arbitragem de consumo na reforma consumerista.....	240
2- A evolução da arbitragem na Espanha: Da convencional a do consumidor.....	244
3- A nova Lei de Arbitragem de Consumo RD/231/2008.....	248
3.1- Os novos institutos no RD231/2008.....	253
4- O Sistema de Arbitragem de Consumo e sua organização.....	258
5 – Das Juntas de Arbitragem de Consumo.....	264
5.1 Conceito e termo.....	265
5.2- A natureza jurídica das JACs.....	269
5.3- A competência das JACs.....	275

5.4- O suporte das JACs.....	278
6- A Constituição das Juntas de Arbitragem de Consumo.....	281
6.1- A Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo.....	284
6.2- Composição e funcionamento.....	285
6.3- Competências.....	290
7- O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo.....	295
7.1- Natureza e composição.....	296
7.2- Funcionamento.....	299
7.3- Disposição legal.....	301
7.4- Composição do Conselho Geral.....	303
8- Órgãos Arbitrais.....	303
8.1- Proposta de árbitros e lista de árbitros credenciados.....	305
8.2- Credenciamento de árbitros.....	307
8.3- Órgãos arbitrais singulares.....	311
8.4- Órgãos arbitrais colegiados.....	318
8.4.1- Conceito e termo de Colégio Arbitral.....	322
8.4.2- O Secretário.....	323
8.5- Designação, abstenção, recusa e descredenciamento de árbitros.	326
8.5.1- O procedimento de designação.....	329
8.5.2- Abstenção e recusa do árbitro.....	333

Capítulo IV.

O Convênio e o Procedimento Arbitral de Consumo Espanhol.

1- Convênio arbitral.....	345
1.1- Oferta pública de adesão ao SAC.....	348
1.1.1- Oferta pública de adesão limitada ao SAC.....	352
1.2- Competência territorial para ofertas públicas.....	355
1.3- Adesão, renúncia e descredenciamento de ofertas públicas... 358	
1.3.1 – Adesão.	358
1.3.2 – Renúncia.....	361
1.3.3– Descredenciamento.....	363
1.4- Registro público e fomento de empresas credenciadas.....	365
2- Procedimento arbitral de consumo.....	366
2.1- Solicitação de procedimento.....	368
2.2- Medidas cautelares no procedimento arbitral.....	373
2.2.1- As medidas cautelares específicas no procedimento arbitral.....	381
2.3- Recurso contra admissão ou inadmissão de procedimento.....	384

2.4- A mediação no procedimento.....	392
2.5- Arbitragem de Consumo Setorial e Especializado.....	401
2.6- Princípios aplicáveis ao procedimento arbitral de consumo.....	406
2.7- Tramitação.....	413
2.8- Reconvenção e modificação de pretensões das partes.....	417
2.9- Audiência e provas	422
2.10- Do laudo arbitral, prazos e modificações	433

Capítulo V.

Outras formas de arbitragens de consumo e outras questões pertinentes.

1- Arbitragem de Consumo Eletrônica.....	445
1.1- Competência e lugar da JAC Eletrônica.....	453
1.2- Firma eletrônica, notificações e prazos.....	459
2- Arbitragem de Consumo Coletivo.....	463
2.1- Competência das JACs e procedimento.....	470
2.2- Aceitação, suspensão, exceção e solicitação extemporânea..	476
2.3- Prazo para apresentação do laudo.....	479
2.4- O duplo grau de jurisdição do laudo arbitral.....	480
2.5- A execução do laudo arbitral.....	484
3- Suporte administrativo para outras arbitragens.....	488
4- Disposições gerais, transitórias, derogatórias e finais.....	489
5- Os principais pontos da reforma do RDSAC/ 231/2008.....	490
6- O Real Decreto 863/2009 que Modifica o Real Decreto 231/2008.....	493

SEÇÃO III.

PROPOSTA DE ARBITRAGEM DE CONSUMO NO BRASIL

Capítulo VI.

Projeto de Arbitragem de Consumo para o Brasil, com vistas a uma efetiva defesa dos direitos do consumidor brasileiro.

1- Um breve histórico sobre a Arbitragem no Brasil.....	497
1.1- O Projeto nº 78/1992	501
1.2- A Lei de Arbitragem nº 9307/1996	504
2- O Acesso à Justiça brasileira	508
2.1- O Acesso do Consumidor à Justiça	520
2.2- Os Juizados Especiais	529
2.3- A Justiça brasileira em números.....	536

3- O Código de Defesa do Consumidor brasileiro	553
3.1- A proteção do consumidor pelas associações consumeristas e Ministério Público	557
3.2- Os Procons e o SNDC	568
3.3- A arbitragem e o consumidor no Brasil	574
4- Paradigmas de arbitragem de consumo	586
4.1- Portugal	587
4.2- Argentina	598
5- Arbitragem de Consumo ao modelo administrativo	604
6- Proposta de Arbitragem de Consumo para o Brasil	611
6.1- Rompendo barreiras rumo a um novo conceito de arbitragem.....	614
6.2- O modelo brasileiro em rascunho.....	619
6.3- Obstáculos legislativos a serem superados.....	622
6.4- A arbitragem de consumo comparada à arbitragem laboral....	625
6.5- A arbitragem e Código do Consumidor	630
6.6- Projeções para se implantar o SAC no Brasil	636
6.7- Uma proposta para a reforma da defesa do consumidor no Brasil pela via da arbitragem de consumo	640
CONCLUSÕES	653
BIBLIOGRAFIA	669
LEGISLAÇÃO.....	709
JURISPRUDÊNCIA	735
ANEXO: V SEMINÁRIO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO.....	723

ABREVIATURAS

AAA – American Arbitration Association
AAVV – Autores Vários
ABA – American Bar Association
ADR – (Alternative Dispute Resolution) Resolución Alternativa de Disputas
Art. – Artigo/Artículo
BGB – Código Civil Alemão
BOE – Boletín Oficial de España
CA – Colégio Arbitral
CAESP – Conselho de Arbitragem do Estado de São Paulo
CBAR – Conselho Brasileiro de Arbitragem
CAr – Cámara de Arbitraje
CC – Código Civil
CCI – Câmara de Comércio Internacional
CDC – Código de Defesa do Consumidor (Brasil)
CIDIP – Convenção Interamericana sobre Normas de Direito Internacional Privado
CE – Constitución Española
CEE – Comunidad Económica Europea
CF – Constituição Federal (Brasil)
CNUDMI – Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CPC – Código de Processo Civil (Brasil)
CPIJ – Corte Permanente Internacional de Justiça
DECO – Defesa do Consumidor (Portugal)
DOCE – Directiva del Comercio Electrónico
INAMA – Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem
JAC – Junta Arbitral de Consumo

JCJ – Juntas de Conciliação e Juzgamento (Brasil)
JECC – Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Brasil)
JORF – Journal Oficial de la República Francesa
LA – Ley de Arbitraje
LCGC – Ley de las Condiciones Generales de la Contratación (España)
LEC – Ley de Enjuizamiento Civil (España)
LGDCU – Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (España)
LPH – Ley de Propiedad Horizontal (España)
MERCOSUL – Mercado Comum do Cone Sul
MERCOSUR – Mercado Común del Cono Sur
OMC – Organização Mundial do Comércio
ONU – Organização das Nações Unidas
OPA – Oferta Pública de Adesão
PJ – Poder Judiciário/Poder Judicial (Brasil/España)
PROCON – Proteção do Consumidor (Brasil)
RDSAC – Real Decreto do Sistema de Arbitragem de Consumo
SDE – Secretaria de Direito Econômico (Brasil)
SAC – Sistema de Arbitraje de Consumo (España)
STF - Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ – Superior Tribunal de Justicia (Brasil)
TST – Tribunal Superior do Trabalho (Brasil)
UE – Unión Europea
UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law
YCA – Yearbook Commercial Arbitration.

INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é defender uma tese de doutoramento em que o tema verse sobre Arbitragem, Direito do Consumidor e Sistema de Arbitragem de Consumo, este último como forma de proteção ao direito do consumidor na forma de proposta para se adaptar ao sistema brasileiro. Nosso objetivo é apresentar o resultado de pesquisas realizadas ao longo do período que estivemos em Espanha, colhendo elementos jurídicos, científicos e empíricos que norteassem nossa pesquisa na elaboração deste trabalho, cujo título imaginamos: Arbitragem, Direito do Consumidor e Sistema de Arbitragem de Consumo: Uma Proposta para o Brasil.

Mas, por que o Brasil? Ora, cediço que o CDC – Código de Defesa do Consumidor brasileiro situa-se como um dos mais avançados do mundo, o que concordamos, porém ressalvamos que o mesmo apresenta-se demasiado teórico, técnico e pouco acessível para as questões de consumo, sobretudo se tratarmos de resolução de conflitos, posto que na prática diuturna do consumidor brasileiro o acesso para suas reclamações se limita aos órgãos fiscalizadores que tratam de coibir as práticas abusivas dos comerciantes aplicando-lhes multas, sem que estas revertam-se de algum modo ao consumidor, que terá que reclamar seus prejuízos no órgão judiciário competente, no caso, o mais indicado, os Juizados Especiais Cíveis.

A relevância e justificativa para a eleição do tema da arbitragem como objeto de fundo no estudo do presente trabalho, sobretudo no Brasil, está situada na necessidade de soluções urgentes para os problemas atuais que afetam a vida das pessoas que vivem nos grandes centros urbanos, aquelas que não podem dispor de tempo e dinheiro para resolver questões de pequena monta econômica, por falta de patrocínio advocatício, sobretudo de consumo.

O panorama do judiciário brasileiro atual não se apresenta favorável para a satisfação do consumidor e isso não é exclusividade do Brasil, eis que a Justiça é morosa no mundo todo, com maior ou menor relevância, e o fato é que não acreditamos que a Justiça Pública seja o fóro ideal para solucionar os litígios de consumo, porque este problema de celeridade, crônico do Poder Judiciário mundial, não é o mais indicado para as características urgentes e peculiares das relações de consumo, que afasta aquilo que o consumidor mais deseja: celeridade e economia.

Ao mesmo tempo colhemos na arbitragem uma de suas mais relevantes vantagens: a dita celeridade e, se pudermos acrescentar, o fator economia, a questão estaria muito mais moldada para a realidade brasileira. Ora, se for possível conseguir aliar a celeridade da arbitragem com a economia necessária para a resolução das questões de consumo, teremos encontrado então a solução para as controversias de consumo: a arbitragem de consumo.

Acerca da questão em debate, pensamos que em se considerando que o Brasil, por possuir um dos Códigos de Consumo mais completo do mundo, somado ao fato de que também possui uma legislação de arbitragem atualizada segundo os moldes do comércio internacional, imaginamos que a união de ambos os diplomas poderia propiciar a gênese de um terceiro diploma legislativo capaz de indicar uma via alternativa de resolução de conflitos de consumo, qual seja, aquela em que o consumidor pudesse utilizar com o signo da arbitragem de consumo.

Para tanto, acreditamos que a questão em tela reclamaria um paradigma já testado e consolidado na eficácia popular e na segurança jurídica que o tema exige, quando então fomos buscar na legislação espanhola os elementos necessários a tal propositura, eis que este sistema já desde alguns anos vem demonstrando grande eficácia e que resta comprovado não se tratar de uma ficção jurídica como muitos chegaram a pensar. Ao contrário, muito possível de se assimilar as duas faces que caracterizam a arbitragem, quais sejam, a privada e a pública, aquela com o signo do Direito Privado do contrato de

compra e venda segundo os interesses das partes; esta com o signo do Direito Público como procedimento ideal para processar a vontade disponível dos contratantes, pois tal assim viabiliza-se como um instrumento público estatal a possibilitar sua consolidação. A maior prova da veracidade desta eficácia preliminar espanhola reside nos sistemas similares implantados posteriormente por Portugal e Argentina.

Assim, apresentamos nas linhas gerais deste trabalho investigativo aquilo que buscamos colher para abrigar e agregar o resultado de nossas investigações acadêmicas, como o relacionamento entre o consumidor e o empresário e suas relações comerciais, utilizando a arbitragem como meio eficaz de resolução de conflitos de interesses, enfatizando este instituto como foco central de nosso estudo, disposto em três feições peculiares.

O trabalho está dividido em três seções: I- Considerações Gerais sobre Arbitragem, II- A Arbitragem de Consumo e III- A Arbitragem de Consumo no Brasil. Todas, subdivididas em seis capítulos.

No primeiro capítulo (Seção I), Sistemas e Procedimentos de Arbitragem, preceptuamos uma investigação que busca situar a arbitragem no mundo moderno, a partir de suas origens históricas e sua aptidão para solucionar conflitos na ordem dos direitos patrimoniais disponíveis, ao iniciar pela diplomacia entre Estados soberanos e depois utilizada como paradigma para solucionar questões comerciais mais complexas inseridas no contexto geral da ONU, os contratos comerciais internacionais, como modelo para as câmeras de comércio situadas nos diversos pólos econômicos mundial.

Quando iniciamos as primeiras linhas da arbitragem, destacamos que hoje nos situamos numa espécie de tábua do tempo, eis que voltamos às origens mais remotas das *legis actiones* em que o árbitro, cidadão privado, ao receber a denúncia do Estado, avoca a si o *munus* público para solucionar a questão dos particulares posta à sua responsabilidade. Tal como antes, hoje o Estado legisla a norma que possibilita a escolha do particular pelo particular (árbitro), retirando de si o monopólio jurisdicional e pondo nas mãos deste

particular a jurisdição privada, capaz de representá-lo *ad hoc* e solucionar as questões de direito disponível, sem que haja a interferência do Estado como ente Julgador.

No segundo capítulo (Seção II), A legislação consumerista espanhola, analisamos a moderna legislação de Arbitragem de Consumo espanhola, o Real Decreto 231, inserido no chamado Sistema de Arbitragem de Consumo e suas matizes sociais, cujas alterações feitas após a existência de outra norma similar, o revogado RD 636/93, que mostrava-se cada vez mais distante daquele modelo tradicional que deveria representar a proteção do consumidor, hoje converteu-se em um fenômeno de massas, para dar mais clareza na forma de um sinal de alerta do Estado no momento em que se descobre outras formas de contrato de consumo, por exemplo os contratos *on line*, um contrato atípico, ademais e sobretudo na forma de contrato de adesão. Concentrado nas questões atuais da globalização, o contemporâneo contrato de massa está sujeito às cláusulas abusivas e o grau de importância da arbitragem situa-se como meio alternativo de resolução deste tipo de conflito como faceta fundamental, por suas características peculiares.

Conforme dissemos, a questão brasileira dentro de suas peculiaridades deve buscar paradigmas já consagrados e assim o fizemos no terceiro capítulo (Seção II), O Sistema de Arbitragem de Consumo espanhol, após observar no tempo suas mazelas e se aperfeiçoar apresenta-nos hoje um sistema que nos dá o melhor sinal de que é possível aparar as arestas singulares de cada situação para adaptar este modelo às nossas condições peculiares, aproximando-nos das técnicas hodiernas de relação de consumo, tanto aquelas tradicionais como os recentes contratos eletrônicos das vias *on line* em que o indivíduo se adapta para responder as necessidades de seu tempo.

No quarto capítulo (Seção II), O Convênio e o Procedimento Arbitral, pesquisamos as questões pertinentes à adesão ao convênio arbitral ao SAC, sua competência territorial, adesão, renúncia e descredenciamento de empresas aderidas ao sistema, bem como o procedimento arbitral de consumo dentro das formalidades de solicitação, as possibilidades de procedimentos

cautelares comuns e específicos, os recursos contra a inadmissão deste procedimentos, a mediação, a reconvenção como modificação da pretensão das partes, audiências e provas e o momento de se exarar o laudo arbitral com seus prazos para notificações.

Outras formas de arbitragem foi o tema tratado no capítulo quinto (Seção II), tais como: a arbitragem eletrônica com sua competência de lugar, a firma eletrônica, a arbitragem coletiva, o duplo grau de jurisdição do laudo arbitral e a execução deste laudo. Ainda nesta capítulo tratamos do suporte administrativo para outras arbitragens, as disposições gerais e os principais pontos da reforma preconizada pelo RDSAC/231/2008, bem como sua alteração contida no RD 863/2009.

Finalmente, na Seção III, sob a égide de A Arbitragem de Consumo no Brasil, ficou composta por um único capítulo, o sexto, conclusivo, que navegou rumo a um projeto de arbitragem de consumo para o Brasil, e assim tratamos da emergente questão da prestação jurisdicional que se oferece ao consumidor no Brasil, supondo-nos que o Estado moderno que descobre sua deficiência no trato da matéria dos direitos do consumidor, o analisa sob uma forma anacrônica de prestar jurisdição, porquanto não consegue superar suas mazelas para prestar bons serviços ao cidadão, vez que este personagem denominado consumidor jurisdicionado deve ser reconhecido como a peça vital nos relacionamentos comerciais diuturnos, e, sendo a parte mais débil reclama das autoridades competentes maior proteção de seus direitos, cuja resposta encontramos no sistema de arbitragem de consumo, como modelo mais adequado para a solução de conflitos desta natureza, ante as pequenas quantias que o envolvem, mas não menor em importância no contexto jurisdicional, que representa relevante valor social.

Sob este contexto apresentamos nossa proposta de implementar uma forma extrajudicial de resolução de conflitos pela via da arbitragem de consumo, buscando cotejar o sistema espanhol como base desta fórmula, com alguns elementos também recolhidos das legislações portuguesa e argentina.

Imaginamos que a tendência consumerista que faz do homem moderno o eixo da economia social e política, situa o consumidor brasileiro como um agente propício e sujeito às tramas comerciais que o empresário procura envolver sua presa, iludindo-o em armadilhas publicitárias e deixando-o como a parte mais frágil desta relação, razão pela qual o Estado deve intervir e buscar a proteção do consumidor, apresentando propostas alternativas a facilitar seu acesso às vias de resolução de conflitos, ao tempo que estudamos este tema e apresentamos nossa proposta pela via da arbitragem de consumo para o Brasil.

Assim pois o fizemos e assim esperamos que os resultados sejam profícuos. Sabemos que não somos os primeiros, tampouco os únicos a buscar nesta fórmula aquilo que imaginamos ser a melhor solução para o acesso do consumidor brasileiro aos meios de resolução de conflitos desta ordem. Outros já o fizeram e tantas quantas propostas vierem serão armazenadas como indicativo de um movimento coeso e avassalador, porém, acreditamos sempre que quanto mais simpatizantes se unirem nesta cruzada, cada vez estaremos mais fortalecidos e assim mais próximos do modelo ideal para a obtenção de nossos propósitos, então, sempre será válida a oportunidade para rever nossos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial, os de consumo, pela via da arbitragem.

A conclusão que chegamos é a mesma de tantos outros que como nós buscam por meio da pesquisa acadêmica propostas científicas para apresentar soluções, razão pela qual reside em nós este desiderato. *Alea jacta est.*

Quanto à metodologia, ao utilizarmos um determinado caminho para percorrer a busca de nosso desiderato científico, a fizemos sob os auspícios daquilo que a atual doutrina chama de metodologia educativa, eis que a mesma tem por característica basilar girar em torno da teoria da aprendizagem, não somente aquelas baseadas nos princípios pedagógicos, como também os meios de condução para o desenvolvimento do tema em estudo, quais sejam, aqueles baseados na cognição encontrada nas experiências dirigidas a tal propósito. Com efeito, usamos paradigmas respeitando seus processos,

peculiaridades e métodos de atuação acadêmica, empírica, conclusiva e indutiva.

Cumpre-nos lembrar também que a metodologia desenvolvida neste trabalho pautou-se por meio de pesquisas bibliográficas e eletrônicas, exame de livros, investigação de artigos, críticas elaboradas por juristas e o método empírico junto as Juntas de Arbitragem de Consumo em pontos distintos da Espanha. Foram também verificadas as atualizações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Diante do tema estudado, adotou-se o método indutivo, partindo da análise do registro de fatos singulares ou menos gerais, visando chegar a conclusão desdobrada ou ampliada em enunciado mais geral, visto que este será o meio mais apropriado para se alcançar o fim colimado que objetiva a presente proposta.

A obtenção de dados foi feita no sentido de proporcionar consistência ao trabalho de modo que se conseguisse alcançar os objetivos anteriormente traçados e proporcione essencialmente o esclarecimento e o conhecimento do tema em exame. Portanto, para realizar esta investigação científica elegemos a metodologia hipotético dedutiva, onde propomos uma hipótese como consequência de suas inferências do conjunto de dados empíricos ou de princípios e leis mais gerais.

No primeiro caso, mediante procedimentos indutivos e no segundo mediante procedimentos dedutivos. É a chamada via primeira de inferências lógico-dedutivas para se alcançar as conclusões particulares a partir da hipótese que depois, mais adiante, possamos comprovar experimentalmente quando tivermos a oportunidade de observar mais de perto o desenvolvimento desta tese doutoral.

A classificação da ordem de importância na condução do tema levou-nos a deduzir as premissas do dia-a-dia, a partir da fase preliminar, desde as aulas em classe, passando por laboratório de campo com entrevistas com

profissionais da área, levantamentos de estatísticas do sistema e tantas outras formas que pudessem nos conduzir à conclusão deste trabalho.

O trabalho de campo restou-nos deveras profícuo, eis que somado às aulas em classes, a literatura acadêmica da doutrina especializada, tudo isso nos ofereceu a oportunidade de poder aquilatar a realidade da arbitragem de consumo em lugares dos mais distintos, ao considerar-se as condições sócio econômicas, as tradições e as peculiaridades de cada região, fato que a Espanha nutre com muita disparidade, haja vista a necessidade de se alterar a legislação nacional de arbitragem de consumo em face de peculiaridades inapropriadas da norma para as regiões da Catalunha e de Valência.

Assim, pois, conduzimos nosso trabalho seguindo uma organização dentro do tempo e do espaço e o fizemos respeitando a condução do tema pela crítica especializada, sem saber entretanto que no curso de nossa pesquisa a normativa de consumo seria alterada, bem como a de arbitragem de consumo, objeto maior de nosso estudo, o que nos obrigou a reestudar o tema sob nova perspectiva e atualizar as correções para o objetivo do nosso trabalho, qual seja, a adaptação do sistema espanhol de arbitragem de consumo para a realidade das características brasileiras.

SEÇÃO I

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE ARBITRAGEM

Capítulo I

ADRs e Sistemas de Arbitragem

SUMÁRIO:

1- Jurisdição e arbitragem: Jurisdição: monopólio do Estado?, 2- Os obstáculos ao acesso à Justiça e as ADRs, 2.1- Os Tipos de ADRs – Técnicas, 2.1.1- Negociação, 2.1.2- Conciliação, 2.1.3- Mediação, 2.1.3.1- A Mediação brasileira, 2.1.3.2- A Mediação espanhola, 2.1.3.3- A Mediação portuguesa, 2.1.3.4- A Mediação argentina, 2.1.4- Mediação e misto de ADRs, 2.2- Na União Européia; 3- Conceito de arbitragem; 4- Arbitragem interna e internacional; 5- O sistema arbitral segundo o modelo UNCITRAL (CNUDMI), 5.1- Lei modelo de Arbitragem Comercial Internacional; 6- Questões jurídicas de arbitragem, 6.1- Elementos jurídicos constitutivos da arbitragem, 6.1.1- A Convenção de Arbitragem ou Convênio Arbitral, 6.1.2- O árbitro, 6.1.3- O procedimento arbitral, 6.1.4- O laudo ou sentença arbitral, 6.1.5- Da impugnação do laudo ou sentença arbitral, 6.2- A natureza jurídica da arbitragem, 6.2.1- O princípio da teoria da autonomia da vontade, 6.2.2- A teoria privatista contratualista, 6.2.3- A teoria publicista jurisdicionalista, 6.2.4- A teoria mista – síntese da natureza jurídica, 6.3- Atos de coercibilidade em arbitragem, 6.3.1- As medidas cautelares, 6.3.1.1- Na Espanha, 6.3.1.2- No Brasil, 6.3.1.3- Em outros países; 5.4- A Execução na Arbitragem.

1- Jurisdição e Arbitragem: Jurisdição: monopólio do Estado?

Depois de tanto tempo trabalhando e pesquisando durante anos contínuos com dedicação profissional nos tribunais, servindo dia-a-dia às questões da justiça, os advogados e demais operadores do direito já conhecendo as angústias dos jurisdicionados e todos os problemas que os acerbam, se dão conta da crise da prestação jurisdicional e do problema geral pelo que passa todo o sistema da jurisdição, além dos juízes, que se indignam em suas frustrações de não prestar os serviços que gostariam à comunidade, por falta de meios adequados.

Não temos ilusão com tais panaceas contidas nas propostas de mudanças necessárias a uma melhor prestação jurisdicional e suas já tão frágeis esperanças, pois como já dizia o ilustre maestro italiano CARNELUTTI: “só quem conhece as audiências de nossos tribunais pode avaliar tais ilusões”.

Como se disse, a questão não é de hoje; é tão velha que em 1916, CARNELUTTI¹ já vaticinava o colapso do Poder Judiciário na Itália, no tempo dos carros sem motor, arrastados por cavalos, quando ainda questionava a capacidade dos juízes e advogados em conduzir a Justiça, fazendo comparação entre a situação de um automotor sem motorista, como o carro e o cocheiro, e assim dizia:

A crise da administração judicial e o problema dos juízes.

A mesma simples reforma o procedimento, que foi já matéria de muitos estudos e de um conhecido projeto, cuidadíssimo e sumamente autorizado, não está a meu modo de ver de todo madura, convém refletir muito dantes de implantar na Itália um tipo de processo do que, aparte de outras observações, é lícito pelo menos duvidar que o mecanismo exija uma capacidade muito

¹ CARNELUTTI, Francesco, in *Estudios sobre Arbitraje*. Estudo que se publicou pela primeira vez na *Revista do Diritto commerciale*, 1916, I, págs. 374 e ss., e reproduziu-se em *Studi dei diritto processuale*, vol. I, págs. 1 e sigtes, *apud Estudios de Direito Processual* (tradução de Santiago Sentis Melendo), vol. II, Edições Jurídicas Europa-América, 1952, p. 510.

superior à capacidade média de nossos juízes e advogados. Pelo que me consta, a experiência que se fez dele em outros países, é menos alentadora do que comumente se diz. O automóvel é um meio excelente de transporte; mas se para guiá-lo só se oferecem cocheiros, prefiro um carro de cavalos.

O que está passando é que sempre as disposições que foram objeto de discussão, controvérsia e crítica entre os membros das comissões de reforma do processo, não apresentaram quase nenhuma evolução, pois nos debates dos últimos anos muito se falou sobre reforma, mas pouco se conseguiu obter de efetiva evolução, e assim, em nada contribuíram à resolução dos excessos de formalidades dos processos, senão que somente supuseram propostas sem conclusões efetivas.

No cumprimento deste mandato, ao longo dos anos propuseram-se revisar detidamente todo o sistema processual para, pouco a pouco ir concluindo que é possível racionalizá-lo, extraindo seus excessos de formalidades e as substituindo por uma singela disposição processual que supere a complexidade do atual sistema processual.

Muito preocupa os juristas a falta de expectativa do jurisdicionado por não crer na concretização de seus direitos no Poder Judiciário, seja por excesso de burocracia procedimental ou por desinteresse do Estado em resolver a questão. O fato é que há demasiado dispêndio de tempo, dinheiro e paciência, porque este incrédulo só percebe a porta de entrada, mas não vê a de saída. Sente-se conduzido por um redemoinho que se vai estreitando e poucos são os que conseguem perceber um fio de luz ao final, para chegar com vida até lá ou sair satisfeito desta onda gigante.

A incredulidade é tanta que já se tornou habitual utilizar a ironia para referir-se à justiça, que se transformou em estranho dito popular aludindo à ineficácia judicial com algo parecido como: “se queres resolver, então que busques a Justiça...”

Prescrevem os mais incautos que há que ter mais otimismo e confiança, já que há de se ingressar na justiça com mais segurança, pois a situação descrita só existe em alguns supostos em que se requer urgência, mas não é só isso o que busca o jurisdicionado, na verdade se precisa de uma efetiva tutela jurisdicional e esta saída de emergência só pode ser concedida pelo juiz nos extremos casos de tutela de antecipação, como bem nos ensina CARREIRA ALVIM:²

A Justiça é um grande templo, com uma larga porta de entrada, por onde entra quem quer: o litigante patrocinado por advogados particulares, pela Defensoria Pública, pela Assistência Judiciária, por advogados indicados pela própria parte, ou designados pela OAB, mas poucos são os que saem dele vivos; e os que conseguem sair, saem pelas portas de emergência, representadas pelas tutelas antecipatórias (arts. 273 e 461 do CPC).

Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não recebe inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

O autor ao expor seu entendimento cita CAPPELLETTI e GARTH³, ao dizer que os problemas da justiça na maioria dos países são de ordem estrutural. A questão é que os magistrados, pesem ser ilustres juristas, não são técnicos administrativos; então, de nada adianta fazer reformas processuais e criar novos mecanismos de acesso à justiça se seu ordenamento interno continua fechado.

² ALVIM, J. E. Carreira. *Anatomia da justiça do século XXI: Justiça municipalizada*. Jus Navigandi, Teresina, ano7, n.65, maio, 2003. Disponível:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text16/07/0>.

³ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant, *Acesso à Justiça*. Tradução de Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 71.

Sobre a questão da inércia do Poder judiciário, este trabalho não pretende fazer uma análise profunda dos procedimentos judiciais; a intenção central é analisar o procedimento arbitral e suas vantagens, mas para que tal proposição alcance seu desiderato, não se pode esquecer que o excesso de formalismos do processo judicial é um ponto de comparação inevitável que estará sempre presente entre as duas forma de jurisdição: judicial e extrajudicial.

A presente questão em estudo a respeito da prestação jurisdicional vista por PEDRAZ PENALVA⁴ alude para a responsabilidade do Estado, aponta-nos para a satisfação do direito do jurisdicionado por meio da tutela judicial efetiva, que se faz por meio do processo, que, salvo melhor juízo, entendemos ser um meio para atingir o objetivo final que é a obtenção do direito material do jurisdicionado:

Nesta linha o processo não é como liberalmente se concebeu um mero instrumento de aplicação da Lei para a decisão de um litígio, senão essencial e indispensável articulação de imperativos jurídico-fundamentais do devido processo art. 24.2 CE, em relacionamento com o art. 6.1 CEDH, 14 PIDCP), condicionantes e determinantes do desenvolvimento do poder jurisdicional e da satisfação do direito à tutela judicial efetiva.

Neste pensamento, o autor segue os ensinamentos de processualistas, tais como SCHIMITT⁵ que apontam no mesmo sentido como caminho para a realização da efetiva prestação jurisdicional:

O juiz como tal não pode ter um poder ou autoridade independente da validade da Lei. Um mediador ou conciliador pode desfrutar, inclusive sem poder político, de uma autoridade pessoal mais ou menos grande, mas só sob o

⁴ PEDRAZ PENALVA, E. *O Processo e suas Alternativas*. Apud: Arbitragem, Mediação, Conciliação. Diretor: Ernesto Pedraz Penalva. Conselho Geral do Poder Judiciário. Madrid, 1995. pp. 11 e 12.

⁵ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. F. Ayala. Madrid, 1996, p. 144.

duplo suposto de que, primeiro, as partes litigantes que lhes sejam comuns certas ideias de equidade, decência, ou certas premissas morais, e segundo, que as contraposições não atinja ainda o grau externo de intensidade. Aqui está o limite de toda forma judicial e de toda composição.

Os estudos carnelluttianos⁶, tradicionais por excelência a respeito da matéria em questão, apontam aos equivalentes da jurisdição para comprovar que é possível compartilhar o monopólio de jurisdição nas mãos do Estado, pois se os órgãos estatais competentes para prestar a necessária jurisdição não exercem com eficácia seu papel, é necessário que se compartilhe com outros a missão de se fazer com eficácia, já que é um direito do jurisdicionado escolher a via de resolução de conflitos que melhor lhe satisfaça:

Vejamos se consigo resumir em poucas e singelas palavras o interessante arrazoado. Não é em modo algum verdade que o Estado tenha o monopólio da resolução das controvérsias; tem, em mudança, o monopólio da atuação do direito. Mas os árbitros atuam o direito só quando julgam segundo o direito, não quando o fazem segundo a equidade: para um julgamento desta índole não valem em absoluto as restrições do Código de procedimento civil; não se exige, pois, outra coisa que o consentimento das partes para engendrar a eficácia da decisão que o terceiro faça de uma controvérsia econômica ou até de uma controvérsia jurídica segundo a equidade. Em uma palavra, a arbitragem de equidade é sempre livre.

Neste círculo de relacionamento com a arbitragem, o maestro italiano seguia dizendo que: “...é este um instituto mal compreendido em mais de uma ocasião pela doutrina e menosprezado constantemente pela prática...” A doutrina chegou

⁶ CARNELLUTTI. Francesco. *Op. Cit.* p. 214.

até a condená-lo a desaparecer; mas a profecia estava equivocada e a arbitragem está mais viva que nunca.

O presente estudo preocupa-se com as dificuldades atuais da justiça e propõe pesquisar a questão, mas não pode fazer bem mais que as denúncias já demasiado conhecidas e apresentar sugestões baseadas na realidade diária para a solução da problemática do sistema.

A sugestão de GARTH e CAPPELLETTI⁷ reside em uma ampla variedade de reformas, inclusive dos conceitos mais anacrônicos ainda resguardados nesta focagem; estes paladinos sugerem que se faça o uso de pessoas leigas ou não especialistas para funcionar tanto como juizes como defensores; assim, em outras palavras sugerem a composição de tribunais com pessoas experientes em determinadas questões, porém, leigas em Direito.

Não é difícil entender que os juizes, conhecedores dos temas jurídicos não podem conhecer de todos os temas. Bem, se o juiz tem a obrigação de decidir a questão que lhe é apresentada e não conhece a matéria, então o que é que ocorre? Faz-se valer do perito, que fará um relatório técnico, detalhado e completo para seu suporte e esta peça será o fundamento da decisão judicial. Fica no ar, pois, uma sutil indagação: quem, efetivamente, julgou a causa?

É notório que certas questões apresentadas ante a justiça são verdadeiros estorvos para os juizes, mas também é verdadeiro que qualquer cidadão, rico ou pobre, tanto faz, deve ter tratamento igualitário ante a justiça e não pode ter tratamento diferenciado pela importância da causa ou do pedido, podendo ser uma singela briga entre vizinhos ou uma grave fraude financeira.

⁷ GARTH e CAPPELLETTI. *Op. Cit.* p. 42.

Houve um período na antiga Roma que o Estado não conheceu a justiça como seu monopólio, isso porque este Estado também não existia nas proporções de hoje, mas era o modo que o próprio povo organizava o sistema judicial. De fato tinha a figura do *iudex* (juiz privado) ou *arbiter* (árbitro), nos períodos das *legis actiones* (ações da lei) e *per formula* (formulário), quando o pretor, que era o magistrado romano, atuava só na fase preparatória do *iudicium* (processo), concedendo ou não a *actio* (ação), para que se ditasse a *sententia* (sentença).

Assim, vê-se que nem sempre a justiça foi monopólio do Estado, e isto ocorreu por um longo espaço de tempo de onze séculos, quando ainda não havia o domínio do Estado, que mais adiante se fortaleceu e assumiu esta tarefa de fazer justiça, dando início ao período da *cognitio extra ordinem* (conhecimento extraordinário), e, a partir de então inicia-se uma história de marchas e contramarchas, em que a Justiça, lenta e morosa, nunca atendeu com efetividade às ânsias de seus jurisdicionados.

Nas lições de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA⁸ é possível conhecer o longo período em que perdurou a arbitragem como modelo de resolução de conflitos eleita pelo próprio povo em seu interesse, sem a participação do Estado. Senão, vejamos:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na “ordo judiciorum privatorum”: o processo das “legis actiones” e o processo “per formulas”. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da “cognitio” extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois,

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, in *A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*, trabalho apresentado na obra coletiva *A Arbitragem na Era da Globalização*, coordenação de José Maria Rossini Garcez, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 25.

acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um “iudex” ou “arbiter”, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado “arbiter”, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.

São muitos os obstáculos a serem superados pelo jurisdicionado, desde sua preliminar indignação com a questão controvertida quando busca um advogado até a conclusão da causa, com o alto custo e com a desconfiança de ter perdido tempo e não ter alcançado suas pretensões. O relato do *Projeto Florença*⁹ alega que em um inquérito na Inglaterra se diagnosticou que onze por cento (11%) dos entrevistados disseram que jamais escolheriam um advogado, por desconfiança.

Outra questão muito relevante para o distanciamento do jurisdicionado à justiça, é o fator dos procedimentos processuais que os assusta, além dos demasiados recursos ao dispor do vencido, e, por ter convicção de seu direito, questiona que se ainda ganhasse a causa proposta no recurso, efetivamente viria a receber o que efetivamente mereceu, aquilo que pensou que fora seu de direito, porque isso não é de todo confiável.

Como exaustivamente se disse, se o Estado reserva para si o monopólio da justiça e não atua como deveria, a questão nos parece injusta e originador de responsabilidade civil pelas perdas e danos morais e materiais do jurisdicionado nas mãos do devedor. O jurista portenho CAIVANO¹⁰ assevera em sua análise que esta situação implica em perigo para a estabilidade social:

⁹ CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH Bryant,. *Op. Cit*, p. 24.

¹⁰ CAIVANO, Roque, J. *Arbitraje – su eficacia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos*, Buenos Aires, *Ad hoc*, 1992.

Se os conflitos não são resolvidos em forma satisfatória, não se cumpre uma das mais caras aspirações da sociedade. A permanência de grande quantidade de conflitos em estado de lactência implica um perigo verdadeiro para a continuidade institucional do Estado, correndo-se o risco de retornar a situações onde a justiça por mão própria faz impossível a convivência social.

O custo da assessoria jurídica é um grave problema de iniquidade. O principal custo em um litígio são os honorários do advogado. Estes se regem pelas leis do mercado: a assessoria jurídica de alta qualidade tem um preço elevado, já que há uma oferta insuficiente que se enfrenta a um excesso de demanda. A hora de trabalho de um bom advogado cota-se aproximadamente entre 300 e 600 novos pesos, dependendo das características do assunto. Em termos de salário mínimo, isto significa que o custo de uma hora de trabalho do advogado equivale entre 21 e 42 salários mínimos diários ou entre 168 e 336 vezes o que percebem os trabalhadores mais pobres em uma hora. Daí que na prática muito poucos tenham acesso real a estes serviços.¹¹ Diz VALDÉZ¹²:

Em realidade, os escritórios de advogados aplicam muito variados sistemas de cobrança. É frequente que nos assuntos comuns de particulares, em lugar de pagamento por hora, se cobrem dois ou mais salários mínimos por mês, aparte de outras despesas. Uma simples consulta, por sua vez, pode custar vários centos de novos pesos. Calcula-se que o 86% da população do Distrito Federal, com rendimentos de até 5 salários mínimos ao mês, não tem possibilidades de acesso real a uma boa assessoria jurídica privada.

O movimento de Reforma da Justiça na América Latina cobrou relevância a partir dos anos 90. A importância de um sistema de justiça que funcione corretamente se apreciou desde a consolidação da democracia. Muitos insistiram

¹¹ VALDÉS, Clemente. *O acesso à justiça em México*. Publicado na Jornada, 3, 10, 12 e 13 de março de 1993, pp. 35, 21.

¹² VALDÉS, Clemente. *Op. Cit*, pp. 13 e 39.

na origem dos problemas que surgem na raiz dos relacionamentos diários dos cidadãos com uma justiça burocrática, mal atendida, carente de soluções rápidas e práticas. Em boa medida, a estrutura valorativa e o regulamento dos direitos humanos cobra eficácia e validade, a partir do momento em que os reclamos pelas violações de suas disposições deverão ser resolvidas eficazmente pelas instâncias jurisdicionais por meio dos mecanismos processuais. No entanto, todo um sistema de doutrinas, normas e valores sobre direitos humanos, nada são ou pouco é sua eficácia, se os executores das políticas a serem seguidas, não estão preparados para receber as demandas por parte da sociedade, quando da vulneração de seus direitos. Neste sentido, os Sistemas Judiciais Latinoamericanos, durante décadas estiveram subordinados às grandes políticas do Poder Executivo. Isso leva a que o desafio pelo futuro seja precisamente mudar as estruturas para as moldar como verdadeiros sistemas de garantias de direitos dos cidadãos.¹³

Trabalhando com dados fornecidos pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, cujo informe era realizado através de questionário dirigido a todos os tribunais do país para o banco de dados do Poder Judiciário, do Conselho da Justiça Federal, trata-se portanto de informações oficiais que permitem um atualizado diagnóstico da Justiça no Brasil, desde 2004, cujos números, índices e conclusões estão presentes na Seção III, Capítulo VI do presente trabalho.

As chamadas "Defensorías Públicas", que prestam serviços gratuitos às pessoas que não podem assumir o custo de uma assessoria privada, constituem o exemplo extremo da problemática que estudamos. Desde o ponto de vista do mercado de serviços jurídicos, se um defensor público no mister de seu ofício ganha menos de dois salários mínimos mensal, que qualidade se pode esperar de seus serviços?

¹³ SOMMER, Christian, G. Facultad de Derecho y Cs. Ss. (Universidad Nacional de Córdoba). 2010.

As Defensorías Públicas (Defensorías de Ofício) no México não cumprem com os requerimientos mínimos de sua função. Em primeiro lugar, o número de defensores é insuficiente, o que se traduz em um ônus de trabalho excessivo para cada um deles. É difícil imaginar que um só advogado possa atender corretamente mais de 20 assuntos ao mesmo tempo. No entanto, os defensores de ofício atendem em média 50 assuntos simultaneamente. Ademais, como o salário que recebem é muito baixo, é natural que litiguen em outros assuntos por sua conta, o que vai em demérito de seus serviços gratuitos.

E se ainda fosse pouco, os defensores de ofício geralmente não contam nem sequer com um espaço físico onde possam trabalhar dentro do Fórum, nem muito menos com uma equipe de trabalho adequada; frequentemente não têm nem sequer uma secretária que lhes ajude a datilografar suas peças.¹⁴

Cabe destacar que desde 1949, a partir da promulgação na Inglaterra da *Legal Aid and Advice Act*, existiu uma preocupação real em todos os países avançados por criar instituições que permitam que a população em geral, e não só aqueles que contam com meios econômicos, tenham acesso de forma adequada à representação jurídica de alta qualidade.

Deste modo, nas democracias do mundo desenvolvido, o simples direito formal de ir a tribunais foi-se transformando em uma faculdade real de todo indivíduo. Ademais, estas instituições de assessoria jurídica gratuita, não somente se dedicaram ao que os juristas angloamericanos denominam *legal aid*, isto é, a atender exclusivamente os casos de natureza judicial, senão que também oferecem aos usuários assessoramento técnico sobre qualquer questão de caráter jurídico (*legal advice*).

¹⁴ Entrevista com o Diretor Geral da Defensoria de Ofício no Fórum Federal.

Esta última feição deu à instituição da defensoria de ofício uma projeção bem mais ampla já que, através de dito assessoramento técnico, realizam funções de caráter preventivo em relacionamento com os conflitos.¹⁵

A morosidade da prestação jurisdicional é um problema universal que afeta a todos aqueles que operam com o Direito. Não é uma coisa que seja natural como uma característica própria da Justiça, mas, é uma realidade incontestável e aceitável (com reservas) na medida que já se instalou em seu próprio meio como se fosse uma coisa natural. Tal questão não é privilégio nem exclusividade de nenhum país, senão, de todos.

No entanto, em algumas áreas sociais isso é inaceitável porque o tempo é fator fundamental de desenvolvimento, caráter do negócio comercial, como o setor da informática, onde os modelos com mais de um ano de lançamento já se tornam obsoletos no mercado; o mesmo diga-se do mercado em bolsa de valores, onde as ações são vulneráveis ao tempo e segundo a natureza da economia. Vale dizer, são efêmeros e não resistem ao tempo.

O Poder Judiciário há muito está em dívida com o jurisdicionado quanto ao fator tempo, pois este sempre reclama mais celeridade e atenção, mas a verdade é que só recebe demasiada morosidade em seus pedidos, embora isso seja reconhecido pelas autoridades públicas, porém, apesar de tantos projetos e reformas, a questão segue sendo uma cruz para carregar, a todos que buscam solução para o problema, mas segue ainda em vão e sem soluções eficazes.

À medida que o tempo passa a sociedade cresce em índice demográfico e também os problemas emergentes de seu próprio tempo, isto é, os problemas do início do Século XX não são os mesmos deste início do Século XXI, mas a Justiça

¹⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor: *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*. México, UNAM, 1986, p. 13.

não consegue acompanhar este incontrovertido crescimento *pari pasu* com a mesma proporção porque não está preparada tecnicamente para isso.

O Poder Judiciário trabalha aplicando as leis que são feitas pelos legisladores. Por exemplo, um Protocolo Internacional assinado pelo mandatário da Nação só tem validade após ser regularizado pelo Poder Legislativo para acrescentá-lo ao elenco de normas que poderão ser objeto de aplicação pelo Poder Judiciário. Pelo contrário, este órgão desconhece aquele protocolo executivo por falta de legalidade jurídica. Inegável que isso seja um fato complicador do tempo porque, na maioria das legislações o juiz não julga com equidade.

Tem-se visto que a modernidade de outros setores sociais ainda não chegou aos tribunais com a mesma intensidade de outras áreas; por exemplo, a informática faz pouco tempo que vem se incorporando aos métodos jurisdicionais para acompanhamento dos processos por parte de todos os interessados, as partes e seus advogados, o juiz e os escrivãos.

Hoje, tanto o juiz como o advogado ou o servidor judiciário podem prestar informação do processo ao jurisdicionado, apenas teclando um computador para saber o exato grau em que se encontra o feito, e ademais com os recursos disponíveis da informática, um processo pode ser acompanhado desde o ocidente até o oriente, em qualquer lugar do mundo, em tempo real, *on-line*.

A petição eletrônica é outra novidade que pouco a pouco se aproxima à realidade e se acrescenta aos tribunais mais equipados com a informática para acolher tal avanço tecnológico, bem como o aparelho da videoconferência, um mecanismo normal em algumas áreas, mas há pouco tempo era impensável para as audiências no fórum e hoje é um meio útil e quase imprescindível para poupar tempo e dinheiro ao erário público.

Mas, ainda com todos estes aparelhamentos da modernidade, disponíveis em quase todos os tribunais, ainda não se conseguiu abreviar o tempo do processo e a morosidade segue sendo uma lástima para todos os que estão nos meios da Justiça. O tempo médio estimado dos tribunais nos países são variáveis entre dois ou três anos para a primeira fase do processo cognitivo na primeira instância. Em segunda instância, por uma previsão mais otimista, um recurso, dependendo do grau de jurisdição pode atingir até cinco anos. Os efeitos negativos que estes números apresentam significam que aqueles com menor poder econômico, geralmente não suportam os custos por muito tempo e desistem da ação antes de seu término.

Assim, nos aparenta oportuno trazer à luz as advertências feitas de forma muito sutil e irônica por KAFKA¹⁶ no início do século XX, para exemplificar as torturas que passa o jurisdicionado:

Há um guardião ante a Lei. A esse guardião chega um homem do campo que pede para ser admitido à Lei. O guardião responde-lhe que nesse dia não pode lhe permitir a entrada. O homem reflete, e pergunta se depois poderá entrar. "É possível", diz o guardião, "mas não agora". Como a porta da Lei segue aberta e o guardião está a um lado, o homem se agacha para espiar. O guardião ri, e diz-lhe "Fixa-te bem: sou muito forte. E sou o mais subalterno dos guardiães. Aí dentro não há uma sala que não esteja custodiada por seu guardião, e cada um mais forte que o anterior. Já o terceiro tem uma feição que eu mesmo não posso suportar." O homem não previu essas travas. Pensa que a Lei deve ser acessível a todos os homens, mas ao fixar no guardião com sua camada de pele, seu grande nariz agudo e sua longa e deslinhada barba de tártaro, resolve que mais vale esperar. O guardião dá-lhe um banco e deixa-o sentar-se junto à porta. Aí passa dias e anos. Tenta muitas vezes ser admitido e fadiga o guardião com seus pedidos. O guardião entabla com ele diálogos limitados e o interroga a

¹⁶ KAFKA, Franz. Ein Landarzt. *O Processo*, 1919, pp. 237-238. Trad. J. Casam Santaló.

respeito de seu lar e de outros assuntos, mas de uma maneira impessoal, como de senhor importante, e sempre acaba repetindo que não pode passar ainda. O homem, que se tinha equipado de muitas coisas para sua viagem, vai se despojando de todas elas para subornar o guardião. Este não as uso mais, mas declara o guardião: "Aceito para que não penses que ignoro algum empenho." Nos muitos anos o homem não deixa de olhar. Esquece-se dos outros e pensa que este é a única trava que o separa da Lei. Nos primeiros anos amaldiçoa a gritos seu perverso destino; com a velhice, a maldição lhe decai em lamentos. O homem volta-se infantil, e como em sua vigília de anos chegou a reconhecer as marcas na camada da pele, acaba por lhes pedir que o socorram e que intercedam com o guardião. Ao fim se lhe nublan os olhos e não sabe se estes o enganam ou se se escureceu o mundo. Mal percebe na sombra uma claridade que flui imortalmente da porta da Lei. Já não lhe resta muito que viver. Em sua agonia as lembranças formam uma só pergunta, que não propôs ainda ao guardião. Como não pode ser incorporado, tem que chamar por senhas. O guardião agacha-se profundamente, pois a divergência das estaturas aumentou muitíssimo." "O que pretendes agora?", diz o guardião; "és insaciável". "Todos se esforçam pela Lei", diz o homem. "Será possível que nos anos que espero ninguém tenha querido entrar senão eu?" O guardião entende que o homem está se acabando, e tem que gritar para que lhe ouça: "Ninguém quis entrar por aqui, porque a ti só estava destinado esta porta". Agora a vou fechar.

2 - Os obstáculos ao acesso à Justiça e as ADRs

As principais legislações do mundo contemporâneo consagram a inexcusabilidade dos Tribunais de Justiça, em virtude da qual se encontram obrigados a se pronunciar a respeito das causas submetidas à sua competência, assim começa-se a fazer efetivo o direito dos jurisdicionados a obter uma resolução judicial para dirimir seus conflitos de interesses.

No entanto, a questão apresenta-se como fato teórico, enquanto na prática não é bem como deveria ocorrer, porque o Estado em nossos dias e em quase

todos os recantos de vários países não está em condições de responder apropriadamente ante uma avalanche de petições, acompanhadas da existência de outros fatores e obstáculos originados por questões sociais, econômicas e até culturais destes povos.

Pensamos que assumir que todos os jurisdicionados possam levar suas diferenças ante os tribunais, e que estes estejam preparados para os atender seria o desejado por todos, mas insistimos em dizer que tudo que isso é uma mera ficção ante a realidade dos fatos. É necessário não ficar cego ante as evidências e abrir os olhos à realidade atual.

Assim é que a questão da resolução de conflitos se apresenta a cada vez mais urgente e a necessidade de uma ação mais enérgica para remover os obstáculos que se apresentam para o acesso à justiça, de qualquer ordem: econômico, jurídico ou de outra origem para ao efetivo exercício do direito, porque o acesso dos cidadãos à solução de suas diferenças hoje é uma questão de todos nós para que não se desestabilize o poder apaziguador do Estado.

Com o passar do tempo a questão apresenta-se nas constituições dos países, agora como uma obrigação do Estado para garantir o acesso do cidadão à justiça, independentemente de sua classe social ou econômica. Isso é uma espécie de convocação social de responsabilidade dos juristas da ciência processual, constitucional e civil que têm a obrigação de desenvolver métodos mais eficazes para mitigar a questão da jurisdição, tal como atualizando os arcaicos métodos gerais e simplificando o processo.

O Estado, responsável por preservar a paz social e consciente de sua limitação judicial de prestar tutela efetiva, adota providências por meios de vias alternativas de solução de conflitos que são internacionalmente conhecidas como *Alternative Disput Resolution* – ADR. Estas vias alternativas podem propiciar a resolução dos conflitos pelas próprias partes litigantes, em uma espécie de

autocomposição ou também com a participação de um terceiro alheio e imparcial ao conflito, como nos exemplifica a doutrina da Prof^a CALVO SÁNCHEZ:¹⁷

Entre estas vias de solução de conflitos encontram-se aquelas nas que a resposta é obra dos próprios contendentes, sem intervenção por tanto de terceiros, como é o caso da autotutela e autocomposição, que são qualificadas por isso de soluções parciais... Outras vezes a solução vem propiciada pela intervenção de um terceiro, alheio por isso ao conflito, se conhecendo esta variante como heterocomposição.

De fato, o que nos conta a doutrina é a conclusão de que a arbitragem se antecipou em muito a atual denominação das ADRs, e, sobretudo à própria jurisdição estatal, pois em Roma se apresentava em sua modalidade obrigatória, se confirmando que antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada.

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA¹⁸ indica que com as naturais vicissitudes e variações históricas, veio a arbitragem também a perder importância no Direito europeu-continental emanado do Direito romano, persistindo fortemente a técnica de composição puramente estatal dos conflitos. Mas subsistiu como técnica, em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do *common law*, no Direito angloamericano.

Marcado pela profunda influência liberal, oriundo do empirismo de FRANCIS BACON e de juristas do porte de BLACKSTONE, MADISON, MARSHALL, HOLMES e CARDOZO, aos quais jamais seria ofensiva a utilização destas formas de solução de litígios, como a arbitragem, até chegar aos tempos contemporâneos, em que passa a retomar sua força e ser um verdadeiro apoio à jurisdição estatal.

¹⁷ CALVO SANCHEZ, María del Carmen. *El Proceso y sus Alternativa. Apud: El Procedimiento Arbitral. Arbitraje, Mediación, Conciliación*. Director: Ernesto Pedraz Penalva. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1995. pp. 215 e ss.

¹⁸ TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 131.

Bem como observou SIDNEI AGOSTINHO BENETI¹⁹, para quem "a arbitragem vem sendo longamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir em sua modalidade contratual, ao invés da inexistência de jurisdição estatal que atua sobre os relacionamentos internacionais, experimentam o desenvolvimento extraordinário do instituto no âmbito interno de cada país".

Nesse sentido as experiências de aplicação da arbitragem nos Estados Unidos, bem relatadas em recopilação de estudos em especial o destinado pelo *The Ajustice System Journal* (1991, vol. 14, pág. 2), a exibir as várias formas de arbitragem, inclusive as denominadas *Court-Annexed Arbitration* e *Court Ordered Arbitration*, vale dizer, com determinação judicial de uso da arbitragem, realizada pelo própria Corte, em substituição ao próprio julgamento.

Daí, o *rental judge* (juiz de aluguel), segundo o relato norte-americano, o acerto das partes na submissão do conflito ao julgamento de outro cidadão contratualmente investido na função de dirimir o conflito, atuando nesses casos, profissionais respeitáveis do Direito, entre os quais advogados, promotores e juízes aposentados. Fixam-se no âmbito do Direito angloamericano, no campo da ADR, isto é, mecanismos paraestatais de solução de controvérsias jurídicas ou, se se quiser o encaixe na pura doutrina processual de filiação peninsular, mecanismos paraestatais de composição da lide, já se falando da substituição da expressão "meios alternativos de soluções de conflitos" por "meios propícios às soluções de conflitos".

Na Itália, concretamente em Florença, em 1978, houve um colóquio internacional para a discussão do tema sobre o direito de acesso à justiça, do qual

¹⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. *A arbitragem: Panorama e Evolução*. JTACSP, Lex, vol. 138, p. 6.

escreveram M. CAPPELLETTI e B. GARTH²⁰, um documento batizado como *The Florence Access to Justice Project*, financiado pela Fundação Ford, o Conselho Nacional de Investigação (Itália) e o Instituto Universitário Europeu.

Assim, chegou-se à conclusão por meio deste citado estudo de que o modo pelo qual se realiza a redução do conflito é definido pela ciência jurídica da doutrina processual como “os três grandes métodos de solução de litígios”. São eles: o interesse, o direito e o poder. No entanto, também foram denominados por CAPPELLETTI e GARTH²¹ como as três grandes ondas.

Disse-se que a evolução da recente história contemporânea do Direito privado se caracterizou pelas barreiras econômicas, organizacionais e processuais que marcassem as insuficiências do Estado em pacificar os conflitos sociais.

A decomposição da questão em ordem investida de três óticas, faz com que, a primeira onda, ou seja, o poder, aqui entendido como barreira econômica, é o ponto que impede o acesso à justiça da classe social de menor renda; questão que se mede pela assistência jurídica patrocinada pelos órgãos estatais do Ministério Público ou da Defensoria Pública do Estado.

O segundo ponto, organizacional do direito, está contido na segunda onda, que dificulta a ação isolada do cidadão, foi defendida pelos estudos das questões sociais como das mais complexas dos dias atuais, porque, além de afetar a um único indivíduo, a soma destes casos isolados se materializa em toda uma comunidade, aquela que se define por direitos difusos e coletivos, de legitimação do MP, ou, quiçá, de órgãos representativos, conforme relata BUJOSA.²²

²⁰ CAPPELLETTI e GARTH. *Op. Cit.* p. 89.

²¹ *Idem.*

²² BUJOSA VADELL, L.M. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo.* Barcelona, 1995.

E a terceira onda, a do processo, aqui à luz do interesse, complica-se na medida que avança a consideração do processo como fim em si mesmo, esquecendo do objetivo principal que deveria estar na efetivação do direito do jurisdicionado. Este último modelo em razão de suas deficiências operacionais e burocráticas que inundam o Poder Judiciário de processos e esgotam a paciência daqueles que buscam respostas rápidas e objetivas para seus litígios, obrigam o Estado a adotar meios alternativos de solução de conflitos.

Esta terceira onda, já preconizada por CARNELUTTI muito antes das atuais questões modernas, busca resolver os conflitos de interesses por meio de um sistema mais informal, longe do tradicional e complicado método processual cheio de formalidades, onde o consenso e o acordo são fatores mais relevantes na busca da pacificação dos interesses e da composição do conflito. É importante dizer que entre os chamados ADRs destacam a mediação, a conciliação e a arbitragem como os mais prósperos métodos para atender os interesses do jurisdicionado.

Veja-se a doutrina brasileira preconizada por PEDRO A. BATISTA MARTINS:²³

Dos três institutos, a mediação é o mais informal, atuando o mediador como intermediário das partes para facilitar e melhorar a comunicação, organizando reuniões, filtrando as eventuais exacerbações, encaminhando os pleitos, não intervindo na pendência, buscando, apenas, solucionar o conflito através da adequação das partes a um denominador comum. Já o conciliador atua mais ativamente na discussão do ponto controvertido, ouvindo testemunhas, analisando os documentos probatórios, visitando o local da perícia, emitindo opinião e redigindo o acordo que será firmado pelas partes.

²³ MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Ed Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 8.

Ademais o autor cita ADA PELLEGRINI GRINOVER,²⁴ conclui a respeito da importância da participação de terceiros na composição dos litígios fora dos domínios da justiça pública, assim dito:

À composição da inteira lide sociológica, e não apenas à solução da parcela da lide levada à justiça convencional.

Com efeito, sobre tal entendimento cresce a cada dia o bloco dos adeptos à terceira onda. Entre seus defensores cite-se JOSÉ AUGUSTO DELGADO,²⁵ que entende que a arbitragem está localizada na quarta geração do processo:

Tenho que a arbitragem é um direito processual de quarta geração. Ele se contrapõe aos sistemas até então adotados para solução de conflitos, onde a presença do Poder Judiciário era considerada indispensável.

O Direito Processual de primeira geração caracteriza-se pelo profundo apego ao formalismo, com regras inspiradas em aumentar o grau da segurança jurídica, porém, possibilitadoras de manobras processuais que favoreciam, especialmente, ao litigante de maior poder aquisitivo e que tinha interesse em fazer demorar o resultado da demanda.

O Direito Processual de segunda geração é representado pelo sistema que tentou, embora não tenha conseguido romper com a burocracia processual. O seu mérito consiste em ter abolido determinadas formalidades processuais inúteis e ter consagrada a figura do Juiz ativo, isto é, comprometido com o apanhado das provas e com a justiça da decisão.

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ensaio – Teoria Geral do Processo” – Anais da OAB, Brasília, março de 1991, p. 23.

²⁵ DELGADO, Jose Augusto. Artigo intitulado *A arbitragem no Brasil - Evolução histórica e conceitual*. Publicado em 19/10/2003 no caderno São Paulo - Fonte: Escritório On-Line.

O Direito Processual de terceira geração é o que enfatiza a necessidade de se prestigiar as ações coletivas, especialmente, na proteção dos direitos difusos, estes voltados à proteção do meio ambiente, paisagístico, do consumidor, etc.

Por fim, vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito utilizando-se das associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, por essa reivindicação se constituir em um direito constitucional de natureza subjetiva.

2.1- Os tipos de ADRs – Técnicas²⁶

Segundo as técnicas de composição de litígios, os conflitos intersubjetivos de interesses são resolvidos segundo os tipos de ADRs de que são utilizadas, vez que cada uma possui uma peculiaridade, conforme se vê pelos modelos mostrados por ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO²⁷, nos seguintes termos:

A resolução alternativa do conflito (ADR) refere-se a qualquer meio de compor conflitos fora do tribunal. ADR inclui tipicamente a arbitragem, a mediação, a avaliação neutra preliminar, e a conciliação. Na Justiça, os preços crescentes do pleito e o atraso continuam inconformando litigantes, e a cada vez mais Estados começam a experimentar com programas de ADR.

Alguns destes programas são voluntários; outros são obrigatórios.

²⁶ ADR: *Alternative Dispute Resolution*. Métodos e técnicas utilizadas na solução de conflitos.

²⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Op. Cit.*, p. 73 e seguintes.

As duas forma mais comuns de ADR são a arbitragem e a mediação. A arbitragem é uma versão simplificada de um ensaio que não implica nenhuma descoberta e simplifica regras da prova. Ou ambas partes convêm em um árbitro ou cada lado seleciona um árbitro e os dois elegem um terceiro para presidir o pleito. As audiências da arbitragem duram geralmente somente algumas horas e as sessões não são abertas ao público. Utilizou-se amplamente a arbitragem em matéria trabalhista, na construção, e na regulação da segurança (empresas de seguros), mas agora está ganhando força em outros conflitos negociáveis.

Então, consoante verificado pelo mestre, situa-se pois a ADR em duas vertentes: autocompositivo e heterocompositivo. Neste diapasão, pelo método autocompositivo, assim resta disposto: negociação, conciliação e mediação.

Em boa hora, acerca das ADRs, salutar se nos aparenta transcrever o texto de MARIANA RIBEIRO SANTIAGO²⁸ que com muita propriedade ilustra ainda mais esta questão: *A falta de um "Tribunal Internacional" para dirimir as demandas no âmbito do Direito Internacional Privado faz com que surja a necessidade de se utilizar instrumentos alternativos de pacificação.*

No Direito Internacional Público, onde se busca a inspiração para se balizar os conflitos de Direito Internacional Privado, entre as soluções de pacificação encontram-se: o sistema de consultas, os bons ofícios, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Efetivamente, entre estes métodos, se na primeira oportunidade é recusada a negociação, ainda ficará a possibilidade de que as partes possam resolver a questão pela via da mediação, ou seja, por si sós, mas recorrendo ao amparo e intervenção de outro Estado, neutro, que deverá atuar como mediador em busca

²⁸ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Arbitragem internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2169, 9 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12948>>.

do encontro da solução do problema.

Os meios alternativos na jurisdição são formas de resolução pacífica e célere dos problemas que acometem os cidadãos. Logo, a prestação jurisdicional, apesar de ser imprescindível, não é a única forma de resolução dos litígios existentes ou em potencial.

Além de novas alternativas, esses meios trazem consigo a possibilidade de mudança de mentalidade, desenvolvendo no seio da sociedade uma cultura do diálogo, possibilitando que as próprias partes envolvidas sejam os atores responsáveis pela resolução de suas controvérsias.

No entanto, embora muito utilizada a mediação, segue sendo a arbitragem o procedimento mais eleito na maioria dos casos, pois às partes sugerem lhes confiar a um terceiro a responsabilidade de julgar apresentando uma solução ao conflito e com a obrigatoriedade de que seja respeitada e cumprida, seja qual for a decisão.

2.1.1- Negociação:

A mais singela; as partes resolvem entre si, não são dirigidas por ninguém, se autocompõem, chama-se de ADR plena. A negociação é a base da técnica autocompositiva que vai desaguar na composição bilateral do conflito podendo ser ainda o início de uma operação que irá bifurcar-se na conciliação ou na mediação. Não obstante, constituem-se métodos, meios ou técnicas de solução de conflitos, que são os chamados métodos não-adversariais.

Dentre a doutrina preconizada por FRANCISCO GONÇALVES NETO²⁹, em sua exposição denominada *Nótulas Acerca da Negociação, da Conciliação e da*

²⁹ NETO, Francisco G. *Nótulas Acerca da Negociação, da Conciliação e da Mediação Apud. DON MARTINDALE Aguilar. La teoría sociológica. Madrid:, 1979, ps.147-243. SEARA Luis Gonzalez. La sociología - aventura dialéctica. Madrid:Tecnos, 1971, ps.244-247.*

Mediação situa-se a portenha de REMO ENTELMAN³⁰ estudou os antecedentes da teoria do conflito, asseverando que o tema surgiu há uns quinhentos anos antes de Cristo, conforme se nota de seu discurso:

Se desarrolla a través del tiempo em pensadores que trabajan em uma amplia gama de disciplinas, en los más lejanos puntos del planeta y de la historia (Kautyilia, em la Índia, Al Ramein Ibn Kaldum – el pensador árabe del siglo XIII – Heráclito, Polibio, Maquiavelo, Boden, los fisiócratas) y, em los siglos XVIII y XIX, una amplia variedad de economistas o sus pendants.

Mais adiante conclui:

Por su parte las ideologias hicie ron del conflicto su objeto en las dos grandes ramas de lo que hoy se denomina ‘ideologia del conflicto’: el marxismo por um lado y el darwinismo, em sus dos sucesivas etapas, por el otro.

BOULDING³¹ o define como: *uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra.*

RUMMEL³², acrescenta a esse pensamento o conceito de poder. DEUTSCH³³ diz que: *o conflito se manifesta de modo aberto ou explícito (conflito aberto) ou de modo oculto (conflito oculto).*

³⁰ ENTELMAN, Remo F. *El concepto del conflicto. El conflicto:dilema para abogados*. De La Ley, Suplemento de Resolución de Conflictos. Buenos Aires, 18.12.97.

³¹ BOULDING, K.E. *Conflict and defense: a general theory*. New York:Harper and Row, 1962, *apud* VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*, com colaboração de Ângelo Volpi Neto, José Ribamar G.Ferreira e Maria Augusta de O. Volpi. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem,1998, p.24.

³² RUMMEL, R.J. *Undersatanding conflict and war*. New York: Wiley, 1976, *apud* VEZZULA, J.C., *op.cit.* p.19.

³³ DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict*. New Haven:Yale University Press, 1973, *apud* VEZZULA, J.C. *Op.cit.* p.20.

Por fim, VEZZULA³⁴ resume essas definições, dizendo que:

O conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos de outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor, mas adverte que: essas apreciações se referem, sobretudo, ao estudo entre países, regiões ou empresas, deixando de lado o homem singular.

Desenganadamente, esses ensinamentos doutrinários levam à utilização da negociação e seus desdobramentos a situações outras que visam encontrar a solução pacífica do conflito entre as partes desavindas. Sabe-se entretanto, que, geralmente, em lugar de serem exercitados métodos ou meios não-adversariais, para solução de conflito, pratica-se o contencioso, que se traduz num meio (cultural) de sobrevivência.

Consoante já defendemos nosso ponto de vista em outro momento, mantemos a coerência e nos posicionamos contra o adágio jurídico preconizado nos ensinamentos jurídicos que assim determina: *se queres a paz, prepara-te para a guerra*. Cediço que isso é resultado do ensinamento ao longo do tempo, ou tipos de condutas docentes que somente ocorre por falta de maior disseminação de uma cultura que demonstre que ao invés de se ministrar o ensino da solução do litígio pela via contenciosa, poder-se-ia utilizar as vias alternativas da pacificação do conflito pelos métodos não adversariais, como, *vg*, a negociação aqui preconizada e outras técnicas também autocompositivas.

Em não se optando por esse caminho, temos para nós a infeliz conseqüência do excesso de trabalho levado aos juízes e o desalento dos jurisdicionados, fazendo valer a observação feita pelo magistrado Cláudio Vianna de Lima, também

³⁴ VEZZULA, J. C. *Op.cit.* ps.18-20.

citado por VEZZULA³⁵, para quem o advogado forma-se, deforma-se e conforma-se com o contencioso.

Percebe-se que a pesquisa pelo tema aproxima-se do direito comparado, sobretudo em face da teoria de ROSSANI GARCEZ³⁶, esposado em seu trabalho sobre as técnicas de ADRs, nos informa que, especialmente nos países mais desenvolvidos, a ciência da negociação, em particular da negociação de contratos, foi introduzida nas últimas décadas como disciplina nos currículos acadêmicos e é estudada regularmente em universidades e institutos. Nesses países a negociação como fenômeno sócio-econômico tem sido matéria de interesse crescente por parte de acadêmicos e profissionais devido a seu progressivo emprego na solução de conflitos e transações, quer seja no âmbito doméstico quer seja no internacional.

Com efeito, invoca-se a teoria de FISCHER, Roger, PATTON, Bruce e URY, William³⁷, ilustres professores da Universidade de Harvard, na cadeira Negotiation Project, que, no seu manual “Getting to Yes Negotiation Agreement” (New York:Penguin Books, 1983), dizem:

Qualquer método de negociação pode ser avaliado segundo três critérios objetivos: 1. ele deve produzir um acordo criterioso, se for possível chegar-se a um acordo; 2) ele deve ser eficiente; 3) ele deve melhorar ou pelo menos não danificar o relacionamento entre as partes.

³⁵ VEZZULA, J. C. *Op.cit.* p.23.

³⁶ GARCEZ. José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.4.

³⁷ FISCHER, Roger; PATTON, Bruce & URY, William. *Como chegar ao sim*. Editora Imago Rio de Janeiro, 1994, p. 132.

Finalmente, Segundo ditos autores, negociação é o processo em que duas ou mais partes compartilham idéias, informação e opções para atingir um acordo mutuamente aceitável. A negociação é um processo que envolve o intercâmbio de propostas seguras e garantias, freqüentemente por escrito. A negociação começa com a comunicação é necessário eliminar barreiras de comunicação para a negociação ocorra. Compreender os antecedentes do conflito, negociar de maneira eficaz e tomar decisões focadas nos objetivos estratégicos da empresa. Desenvolver uma visão mais clara e abrangente dos diversos componentes intrínsecos a uma negociação e das formas pelas quais se relacionam entre si, compreendendo as diversas forças que motivam e pressionam as partes diretamente envolvidas em uma negociação.

2.1.2- Conciliação

Do latim “conciliatio”, de “conciliare” (harmonizar, ajustar), é o ato pelo qual duas ou mais pessoas se ajustam amigavelmente, pondo fim às suas divergências. Pode ser judicial ou extrajudicial, conforme preconiza FRANCISCO GONÇALVES NETO³⁸. A magistrada laboral DUBUGRAS³⁹, entusiasta de outras formas de composição de lides trabalhistas, com espreque em obra de Cheryl A. PICARD e nas experiências em outros países com a conciliação e a mediação, diz:

Refletindo sobre as diferenças e semelhanças entre a conciliação judicial, a mediação extrajudicial e a possibilidade de uma simbiose para a criação da mediação judicial, assumimos que diante da meta que mediação judicial visa alcançar e da arena onde a mesma ocorre, o estilo adotado esteja mais

³⁸ NETO, F.G. *Op.cit.* p.62.

³⁹ DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Conciliação trabalhista, mediação extrajudicial e mediação judicial – diferenças, semelhanças e simbiose. Um degrau para a introdução da mediação conciliatória na Justiça do Trabalho.* CD-2 Juris Plenum, Caxias do Sul: Editora Plenum, setembro/2006.

próximo do que chamamos de mediação conciliatória do que da mediação transformativa.

Analisadas a dimensão do conflito e as partes nele envolvidas, a conciliação pode apresentar-se como o método eficaz para a sua rápida solução, que, no ensino dos autores ora citados, se desenvolve em apenas quatro etapas: (a) na primeira delas, o conciliador esclarece às partes acerca do procedimento e as implicações legais do alcance do acordo; (b) na segunda, as partes manifestam suas posições e o conciliador, ouvindo-as e questionando-as sobre os fatos, deverá identificar os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, criando atalhos para a terceira etapa; (c) na terceira, são criadas as opções para a solução da pendenga, inclusive, se for o caso, com informações técnicas ou sugestões de terceiros, visando o consenso ou o fechamento do acordo; (d) na quarta e última, a redação do acordo/transação e sua assinatura.

Neste método o conciliador opina e propõe um acordo; busca a possibilidade de resolver o caso ante um pedido das partes para que cheguem a um acordo; ele define a questão, mas não decide, vale dizer, definida a questão o caso é remetido àquele que possui o poder de decidir, que assim o faz por meio da homologação.

Não nos olvidemos que nesta resenha jurídica, mostra-se importante oportunidade para se trazer à luz o brilhante trabalho de ANA KARINA FRANÇA MERLO⁴⁰ advogada e membro do United Nations Volunteers (UNV) - órgão subsidiário da ONU, desde 2007, analisa e interpreta várias definições acerca da conciliação preconizadas por diversos autores, tantos civilistas como processualistas e auxilia-nos expondo seus conceitos, segundo os quais podemos concluir como sendo um método moderno, atual e eficaz, eis que hodiernamente várias legislações processualistas adotam este método como forma preliminar

⁴⁰ MERLO, Ana Karina França. *Mediação, conciliação e celeridade processual*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>.

obrigatória para a busca do exaurimento do conflito ainda em sua fase processual inicial.

Esta advertência então se faz oportuna para lembrar que os métodos alternativos de resolução de conflitos nos dias de hoje se mostram necessários a tal propositura, eis que o Poder Judiciário, por si só, somente na “pena” do juiz se mostra insuficiente para atender a grande demanda existente, deixando de ser eficiente na solução dos conflitos que surgem na sociedade contemporânea.

Ora, se a jurisdição é um direito do cidadão e um dever do Estado, este também é responsável pela sua manutenção sob o escopo da pacificação social, segundo a qual os “conflitos sociais” são reanalisados em conformidade com a “definição de direito”, originada nas obras de KELSEN⁴¹ e REALLE⁴².

Neste diapasão, a conciliação consiste em um mecanismo de autocomposição, onde as próprias partes buscam encontrar uma solução eficaz para suas controvérsias. Os interessados contam com o auxílio de um terceiro, o conciliador, que interfere no diálogo, apontando possíveis soluções para o litígio, que estejam de acordo com as propostas apresentadas pelos envolvidos, cabendo a estes, aceitarem ou não as soluções apontadas pelo conciliador.

A conciliação é empregada em conflitos em que as partes não possuem vínculo emocional ou afetivo. Trata-se de litígios esporádicos, mais simples. Geralmente é utilizada para solucionar conflitos patrimoniais, como colisão de veículo, recálculo de dívida, relações de consumo, isto é, em conflitos que não sejam de relações contínuas.

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁴² REALLE JR. Miguel. *Op. Cit.* p. 104.

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação pode ser extrajudicial (extraprocessual), que ocorre antes do processo; ou judicial (endoprocessual), que acontece no Poder Judiciário no curso do processo. A este respeito CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO⁴³ ensinam:

“... A conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes, ou a submissão de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão. Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar à mera desistência da ação, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma...”

A conciliação extraprocessual visa solucionar pequenas causas. Entretanto, se não houver acordo, as partes podem encaminhar o conflito ao Poder Judiciário, instituindo a conciliação endoprocessual. Nesta fase, ausente o entendimento, o processo segue para a apreciação e julgamento do juiz. Porém, conforme o Código de Processo Civil brasileiro, o magistrado deve “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (Art. 125, IV – CPC).

Assim, BACELLAR⁴⁴ esclarece que:

“...antes, durante e depois da instrução do processo e até mesmo posteriormente à sentença, em grau de recurso, possa o magistrado relator buscar o consenso entre as partes, que, uma vez alcançado, será submetido à homologação pelo colegiado...”

⁴³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008., p. 34.

⁴⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 79.

Por fim, a autora preconiza que faz-se necessário destacar alguns princípios a serem respeitados, como:

a) Princípio da aptidão técnica: a conciliação não deve ser conduzida apenas pelo instinto do conciliador, mas deve ser pautada em técnica, aumentando assim a segurança das partes;

b) Princípio da decisão informada: as partes devem ser devidamente informadas das conseqüências da solução escolhida para o conflito, para que, posteriormente, não sejam surpreendidas por algo que desconheciam;

c) Princípio *pax est querenda*: também conhecido como Princípio da normalização do conflito. Significa que o conciliador deve, em todos os momentos, tranquilizar as partes envolvidas, uma vez que a solução desta desavença é almejada pela sociedade e, principalmente, pelos envolvidos;

d) Princípio do empoderamento: visa formar os cidadãos, para que se tornem agentes de pacificação de futuros litígios em que possam se envolver, tendo como base a experiência vivenciada na conciliação;

e) Princípio da validação: o acordo estabelecido na conciliação deve ser fruto da decisão consciente e voluntária das partes, para que estas o cumpram fielmente. Deve expressar a vontade dos envolvidos, satisfazendo-os. Exige-se também que este acordo seja analisado como título executivo extrajudicial - certo, líquido e exigível.

2.1.3- Mediação

É uma medida persuasiva. Pode intervir um terceiro com papel de encontrar algo em comum entre as partes; nunca propõe solução, apenas induz as partes a

alcançar o acordo por si mesmas⁴⁵. Sobre a mediação, cumpre-nos prolongar um pouco mais no assunto, eis que de vital importância para a composição da matéria em estudo, conforme passamos a analisá-la doravante.

Os estudos ora em comento, todavia sob as referências de MERLO⁴⁶, aduz que a mediação é um procedimento para resolução de controvérsias. Enquadra-se como um dos métodos alternativos à clássica litigância no judiciário - uma ADR (*Alternative/ Amicable Dispute Resolution*). Consiste num terceiro imparcial (mediador) assistindo e conduzindo duas ou mais partes negociantes a identificarem os pontos da discórdia para que possam, posteriormente e de forma mútua, desenvolver propostas que ponham fim ao conflito.

O mediador participa das reuniões com as partes de modo a coordenar o que for discutido, facilitando a comunicação e, em casos de impasse, intervindo para auxiliar a melhor compreensão e reflexão dos assuntos e propostas, mas nunca impondo às pessoas envolvidas uma solução ou qualquer tipo de sentença.

O termo mediação origina-se do latim *mediare*, que significa intervir, mediar. Consiste em um meio jurisdicional ou não-jurisdicional de solução de litígios. SALES⁴⁷ conceitua-a como:

“... Procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas

⁴⁵ MARTIN DIZ, F.; *La mediación: Un sistema complementario de Administración de Justicia*, Madrid: CGPJ, 2010, y CEBOLA, Cátia Marques, *La mediación*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

⁴⁶ MERLO, Ana Karina França. *Op. Cit.* pp. 3,4.

⁴⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 23.

nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo...”

Cediço que os meios alternativos de resolução de conflitos parte da premissa da existência de um direito disponível, razão pela qual, pese ser a mediação um método auxiliar, nem sempre é possível utilizá-lo sem que haja a homologação judicial, eis que uma decisão oriunda da mediação por si só não constitui título executivo capaz de viabilizar a execução do julgado em caso de inadimplência.

Ainda na seara preconizada por MERLO⁴⁸, citando SALES⁴⁹, esta entende que a mediação apresenta diversas finalidades, dentre as quais se destacam a:

a) Solução dos conflitos: trata-se do principal objetivo da mediação. Todavia, para alcançar a solução, é necessário que seja estabelecido o diálogo, que deve basear-se na visão positiva do litígio, na cooperação entre as partes e na participação do mediador que facilita a conversa. Cabe ao mediador explicar o procedimento no início da sessão de mediação, bem como os princípios que o fundamentam, dando ênfase de que o poder de decisão pertence às partes e que ele atua ali para auxiliá-las apenas. Deve esclarecer, ainda, que apesar das controvérsias, ambas as partes podem ser beneficiadas, uma vez que prevalece o acordo por elas estabelecido e, por esta razão, deverá ser fielmente cumprido.

b) Prevenção da má administração do conflito: presente esse objetivo, uma vez que facilita a comunicação entre as partes, estimulando o diálogo pacífico, sem

⁴⁸ MERLO, Ana Karina França. *Op. Cit.* pp. 3,4.

⁴⁹ SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003, pp. 33 a 39.

agressões físicas e morais. Segundo Lília Maia de Moraes Sales, a mediação estimula a referida finalidade, pois incentiva:

“... a avaliação das responsabilidades de cada um naquele momento (evitando atribuições de culpa); a conscientização de adequação das atitudes, dos direitos e dos deveres e da participação de cada indivíduo para a concretização desses direitos e para as mudanças desses comportamentos; a transformação da visão negativa para a visão positiva dos conflitos; e o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes, criando uma cultura do “encontro por meio da fala”, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos...”.

c) Inclusão social: tal meio de pacificação requer o efetivo empenho dos envolvidos, para que estes solucionem as controvérsias, estimulando a comunicação, bem com a reflexão a respeito de suas atitudes, responsabilidades, direitos, deveres e, principalmente, da importância de seus atos na sua vida e na vida do outro. Neste procedimento as partes são extremamente valorizadas, sentindo-se incluídas no processo, diante da importância de sua participação na análise e na resolução do conflito. O fato dos próprios envolvidos no conflito buscarem soluções eficazes aumenta o sentimento de responsabilidade civil, de cidadania e de controle sobre seus demais problemas.

d) Paz social: esta expressão consiste na ausência de violência física e moral, bem como na efetivação dos direitos fundamentais. Lília Maia de Moraes Sales argumenta que:

“... ensina-se a paz quando se resolve e se previne a má administração dos conflitos; quando se busca o diálogo; quando se possibilita a discussão sobre direitos e deveres e sobre responsabilidade social; quando se substitui a competição pela cooperação...”.

Por conseguinte, temos para nós que a mediação objetiva a paz social, uma vez que exige a participação das partes na resolução do conflito, sendo que discutem, de forma cooperativa, tanto problemas individuais, quanto coletivos, além de comportamentos, direitos e obrigações de cada um.

Neste diapasão, outros autores também citados pela autora, como no caso de WARAT⁵⁰, então, segundo seu entendimento nos explica que isto ocorre porque:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.

Desta forma, a participação dos litigantes na tomada de decisões é aspecto crucial a ser levado em conta no processo de mediação. A partir desta reflexão, salienta o autor, mais adiante: “... O acordo decorrente de uma mediação, satisfaz, em melhores condições, as necessidades e os desejos das partes, já que estas podem reclamar o que verdadeiramente precisam, e não o que a lei lhes reconheceria...”.

Assim, a mediação, se não a mais importante, constitui uma das alternativas mais poderosas na busca da tão almejada celeridade e efetividade das decisões judiciais. Sua utilização traz inúmeros aspectos positivos tanto ao Judiciário quanto à sociedade em geral, devendo ser fortemente encorajada e utilizada no dia-a-dia dos operadores do Direito.

Outros autores acrescentam demais aspectos positivos da mediação, porém através de uma visão filosófica, conforme se verifica nas palavras de BARBOSA⁵¹, a respeito:

⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. *A mediação*, p. 198. Disponível em: <<http://www.almed.org.br>>.

“... representa a concretude da filosofia da discussão, na França, toda a construção teórica da mediação vem fundamentada em Habermas, cuja contribuição filosófica é que tudo se constrói pela comunicação, pela necessidade do diálogo, pela humanidade; enfim, pela ética da discussão...”.

Por tratar-se de um mecanismo alternativo de autocomposição, é notório que as partes ao utilizarem-se desta via notarão que a eficácia será muito mais aparente, eis que o julgador são os próprios contendores e isto fará que os mesmos se sintam parte de sua própria justiça, tornando a decisão proferida realmente eficaz se comparada àquela fornecida por um magistrado, ou seja, um terceiro alheio à relação existente entre as partes que litigam.

Sob outra ótica, para possibilitar o alcance de um ponto comum capaz de dirimir a controvérsia, necessário se faz seguir determinado método que somente o mediador é capaz de imprimir ao caso, conforme testemunha a doutrina de GARCIA⁵², que assim disciplina:

Há sempre o risco de as práticas terapêutico-assistenciais-pedagógicas, que, associadas às leis jurídicas, visam curar as disfunções, os males, as desestruturações da família, serem o componente ativo daquilo que elas pretendem resolver.

MERLO⁵³ ainda nos adverte que este último posicionamento é minoritário da doutrina que trata do assunto, seja ela jurídica ou não. Para a grande maioria, os

⁵¹ BARBOSA, Águida Arruda. *Prática da mediação: ética profissional*. In: Família e dignidade humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira). 2006, p.63.

⁵² GARCIA, Cláudio. *Clínica do social*. Belo Horizonte: Ed. Projeto, 2003, p. 351.

⁵³ MERLO, Ana Karina França. *Op. Cit.* pp. 3,4.

métodos alternativos de solução de conflitos são mais uma ferramenta útil à justiça e à pacificação social.

As preleções de SCHNITMAN⁵⁴ indicam para a assertiva de que :

As mediações podem ser definidas como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível.

2.1.3.1- A Mediação brasileira

A questão legislativa da mediação no Brasil ainda navega lentamente em processo de discussão, entretanto a matéria já encontra amparo no novo CPC que está preste a substituir o antigo de 1973, que em sua nova versão deverá incluir a figura do mediador como auxiliar da justiça.

Vale lembrar que entre nós a normatização da mediação é aguardada há mais de duas décadas, qual seja, desde 1988, vivendo ainda a expectativa do Projeto de Lei nº 4.827/88, apresentado pela então Deputada ZULAIÊ COBRA⁵⁵, que até os dias de hoje perambula no Congresso Nacional sem que haja um consenso entre o texto de sua autora e o substitutivo apresentado por demais seguimentos sociais envolvidos no tema.

Neste projeto cuida-se da mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. O projeto de lei é bastante resumido, pois conta com apenas sete artigos, prevê duas formas de mediação, a judicial e a extrajudicial, admitindo a solução total ou parcial da controvérsia para matérias que admitissem

⁵⁴ SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In *Novos paradigmas em mediação*. Dora Fried Schnitman e Stephen Littlejohn (Org.). Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, pp. 17 – 27.

⁵⁵ Trata-se do Projeto de Lei nº 4.827/98, de autoria da ex deputada Zulaiê Cobra que propõe a Lei de Mediação no Brasil, porém, ainda hoje em discussão no Plenário do Congresso Nacional.

conciliação, reconciliação, transação ou acordo, desde que consentidos por lei civil ou penal.

O estágio legislativo do projeto de lei em questão aponta-nos para os últimos episódios ocorridos em 19 de junho de 2013, em que a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aprovou nesta sessão o substitutivo do Senado ao Projeto de Lei 4.827/98, da ex-deputada Zulaiê Cobra, em que a proposta indica que a mediação seja uma atividade técnica exercida por pessoa imparcial que, escolhida e aceita pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual. Além disso, ela poderá ser utilizada em todo o conflito ou somente em parte dele e será sempre sigilosa, salvo estipulação expressa em contrário das partes.

Sobre outro ponto existe a controvérsia, quanto à constitucionalidade da matéria, porquanto o parecer do relator, deputado Arthur Oliveira Maia (PMDB-BA), foi favorável à proposta. “A mediação, como método alternativo extrajudicial privado de prevenção e solução sigilosa de conflitos, deve aliviar o enorme trabalho do Poder Judiciário”, disse. Porém, o parecer foi pela inconstitucionalidade de dispositivo que prevê que a formação e seleção de mediadores será feita por meio de cursos específicos sob a responsabilidade da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Tribunal de Justiça, da Defensoria Pública e das instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas.

Segundo o relator, o dispositivo é inconstitucional quando obriga órgãos como a OAB, os Tribunais de Justiça (TJ) e a Defensoria Pública a realizarem atividades alheias, lembrando que os dois últimos pertencem à hierarquia administrativa de outros Poderes da República. Pelo mesmo motivo, o deputado considerou inconstitucionais: o artigo que obriga o TJ local a manter registro de mediadores; o artigo que diz que, na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos

mediadores competirá ao TJ do estado; e; o artigo que diz que, na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela OAB.

Enquanto essas questões seguem em discussão no Plenário do Congresso Nacional, o instituto da mediação no Brasil fica na fila de espera, aguardando que o consenso agasalhe os ânimos mais acirrados dos parlamentares e cheguem a um denominador comum que possa aprovar a mediação entre nós como meio alternativo e eficaz de resolução de conflitos, seja judicial ou extrajudicial. Outrossim, essa questão mais se nos aparenta uma estratégia de salvaguarda de seguimentos interessados, para evitar o ocorrido quando da edição da normativa que regulamentou a arbitragem, que incrédulos de sua viabilidade desdenharam passivos e depois foram obrigados a aceitá-la conforme originalmente proposta.

Na doutrina contemporânea de RUIZ e BEDÊ⁵⁶ todos os dados compilados demonstram que a mediação, um recurso que historicamente acompanhou o homem, com o advento do positivismo foi relegado a segundo plano. Séculos mais tarde, a mesma sociedade retoma o método, agora, chamando-o de alternativo, não só na Espanha, em Portugal, mas na Argentina e no Brasil, dentre outros.

Se esse método antecede ao “processo” não poderia, por evidente, ser chamado de “alternativo”. Mas, essa palavra tem sido utilizada mesmo assim, pois, atualmente, entende-se que o “processo” é o método oficial, sendo a mediação, então, um método alternativo a ele, repita-se, o oficial.

Neste diapasão, além do Brasil, em alguns países onde situamos nosso trabalho, tais como Espanha, Portugal e Argentina, à luz das diretrizes

⁵⁶ RUIZ, Ivan Aparecido. BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. *Revisitando Novos Caminhos para o Acesso à Justiça: A Mediação*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 140.

preconizadas pelo Instituto Iberoamericano de Direito Processual, a exceção do Brasil, a mediação já está regulamentada nestes países.

Assim, neste contexto, após analisar a questão localizada no Brasil, passamos adiante à análise de outras legislações além da Argentina, recentemente tivemos aprovadas também as normativas de Espanha e Portugal.

2.1.3.2- A Mediação espanhola

Na Espanha tinha-se até há pouco tempo a Lei nº 15/2005, que regulamentava a mediação em âmbito que não alcançava a matéria civil e mercantil, pese houvesse regulamentação desta no âmbito das Comunidades Autônomas, isso não era suficiente, conforme vislumbravam os reclamos dos profissionais que atuam em áreas outras e queriam a mediação regulamentada em todo o território espanhol.

Embora o desiderato atual da Diretiva da Comunidade Européia sinalize para utilização da mediação nas contendas que alberguem os conflitos entre as fronteiras dos Estados Membros, isso nada impedia que também se fizesse uso deste instituto no âmbito interno de cada localidade, assim como exemplo que mais internamente não havia impedimento de que as Comunidades Autônomas tivessem suas próprias legislações de consumo utilizando a mediação como elemento balizador à resolução de conflitos desta natureza.

Antes da edição da normativa espanhola que recepcionou a mediação no âmbito das questões civis e mercantis, quando ainda prevalecia tão somente a mediação familiar, a comunidade doutrinária, tal como os operadores desta disciplina em vários seguimentos, reclamavam a adoção da mediação como método alternativo de resolução de conflitos na seara civil, comercial, mercantil, econômica e financeira, e, ao atender os anseios desta legião, consoante nos

informa as publicações de BELLOSO MARTÍN⁵⁷ e ANDRÉS CIURANA⁵⁸, o legislador espanhol, como cediço à necessidade de atenção a que os Estados membros da Comunidade Européia devem respeito às Diretivas, houve-se por bem atualizar-se a questão, eis que ao governo espanhol restou a responsabilidade da elaboração de um projeto de lei sobre mediação com base nas diretrizes estabelecidas pela União Européia, coisa que fez a partir de 2012. assim editou-se pois o DL nº 05/2012, conforme se comenta a seguir.

Si bien la propia Directiva señala como ámbito de aplicación el de los litigios transfronterizos, también expresa que nada impide que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones a procedimientos de mediación de carácter nacional; en consecuencia, sería deseable que una Ley estatal abordara de inmediato la regulación de la mediación civil y mercantil, regulando los requisitos de capacitación de los mediadores y la eficacia de los acuerdos alcanzados, con el fin de evitar que el colapso que actualmente sufren las oficinas judiciales acabe convirtiéndose en catástrofe o tragedia, con el consiguiente incremento de insatisfacción de los justiciables. En otros ámbitos se ha regulado -como es el caso de la mediación familiar- pero sin embargo, no se explica el retraso que se produce en la extensión de la mediación a otras áreas de conflictos -como la civil y mercantil- en las que, seguramente, tendrá un importante índice de éxito.

Assevera-nos ainda PINHO e PAUMGARTTEN⁵⁹, que até então o Código de Processo Civil espanhol continha a prática mediativa em matéria de família por

⁵⁷ BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Un paso más hacia la desjudicialización*. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Revista Eletrônica de Direito Processual volume II. Disponível em: www.arcos.org.br.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*. En: "Los nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro homenaje al Profesor Luis García San Miguel". (Editor: V. Zapatero). Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp.55-92.

⁵⁸ ANDRÉS CIURANA, Baldomero, *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12-2005, pp.60-69.

⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A Institucionalização da Mediação é a Panacéia para a Crise do Acesso à Justiça?* In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. *L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della*

força desta Lei 15/2005, permitindo que as partes solicitassem a suspensão do processo em comum acordo, o que por sua vez, era permitido pela lei processual por um prazo máximo de sessenta dias, um tempo bastante exíguo para mediar.

Segundo a justificativa exarada em sua exposição de motivos da novel normativa em comento, uma das funções essenciais do Estado de Direito é a garantia da tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos. Esta função implica no desafio da implementação de uma Justiça de qualidade capaz de resolver os diversos conflitos que surgem numa sociedade moderna, porém, complexa.

Neste contexto, desde a década dos anos setenta do século passado, vem-se recorrendo a novos sistemas alternativos de resolução de conflitos, entre os quais destaca-se a mediação que vem cobrando uma importância crescente como instrumento complementar da Administração da Justiça. Tem-se pois, que a Espanha, sofrendo severas críticas pela demora em transpor a Diretiva ao seu ordenamento interno, o governo espanhol faz publicar em 05 de março de 2012, o Decreto Lei 5/2012 que finalmente regulamenta a mediação em assuntos civis e mercantis, excluindo do seu campo de abrangência a mediação com a administração pública, penal, em matéria laboral e nas relações de consumo.

Juristas especializados na matéria avaliam os avanços da nova lei de mediação espanhola no tocante à sua voluntariedade sendo mais flexível que o projeto da lei anterior. Neste diapasão, autores do quilate de MARGARITA URÍA, SANTIAGO HURTADO, PAULINO FAJARDO, JAVIER GARBAYO e ANA CRIADO, fazem uma avaliação primária deste Real Decreto que finalmente situa a mediação com

mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais FDV, n. 11, ,ago.2012, pp. 171-201.

característica oficial no País, lembrando nuances importantes que envolvem o tema, conforme exarou SANCHEZ⁶⁰, nos seguintes termos:

El Consejo de Ministros aprobó hace unos días la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. La iniciativa, que se enmarca en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2012, representa un importante impulso normativo para aliviar de carga de trabajo a juzgados y tribunales mediante la resolución de este tipo de conflictos en el ámbito extrajudicial. Por tanto, los ciudadanos podrán resolver sus diferencias sin necesidad de acudir a un juicio. Para aquellos que tachan a este Real Decreto de prematuro hay que recordar que este procedimiento de urgencia se ha utilizado porque nuestro país estaba pendiente de trasponer la Directiva del 2008 sobre Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles.

Ademais, ainda se fez circular nos meios mediáticos outros comentários, acerca da nova lei de mediação espanhola, em que esposa tecendo o seguinte comentário sobre esta normativa que escreveu LANM junto com BUSTELO⁶¹, analisando alguns prós e contras, conforme exposto:

Han pasado 11 años desde que se promulgó la primera ley de mediación en España, concretamente en Cataluña, reguladora de la mediación en el ámbito familiar, a su vez única comunidad autónoma en aprobar una ley autonómica reguladora de la mediación en distintos ámbitos civiles en el país.

Desde 2011 casi todas las comunidades autónomas han venido aprobando leyes de mediación reguladoras de este método extrajudicial exclusivamente en el ámbito familiar. Estas leyes son de lo más dispar y era hora de redactar una ley de ámbito nacional para armonizar conceptos, y cumplir con la Directiva europea en este aspecto.

Esta nueva ley ha creado un gran revuelo. Entidades públicas y privadas, asociaciones y corporaciones de derecho público que jamás han mostrado

⁶⁰ SANCHEZ, I. *Expertos juristas valoran los avances de la nueva Ley de Mediación, al ser voluntaria y más flexible que el proyecto de ley anterior.* Publicado em 13/03/2012 em www.diariojuridico.com.

⁶¹ LANM, Cristhian. Disponível em: <http://www.diariojuridico.com/opinion/acerca-del-nuevo-real-decreto-ley-5/2012-de-mediacion-en-asuntos-civiles-y-mercantiles.html>.

interés alguno en la mediación en décadas –excepto sottovoce en la mejor de las circunstancias—se presentan como valedores de esta nueva forma de resolver controversias, como si siempre hubiese estado en su ánimo promover la mediación profesional.

Pasará lo que ha pasado con el arbitraje en España: nada, nada que merezca la pena comentar en varias décadas, porque una cosa es promover estos servicios y otra, muy distinta, es que la sociedad civil y mercantil opte por emplearlos, proceso que requiere una auténtica reforma estructural en la forma de cambio de mentalidad, y eso no se resuelve con un tríptico, ni con una web más o menos acertada.

Olvidemos las leyes autonómicas de momento. ¿Qué hay en esta nueva ley nacional ley de mediación?

En cuanto a concepto, la ley acierta en cuanto que impide que haya distinción entre conciliación y mediación, e impide que sus variantes puedan llegar a ser consideradas algo distinto a la mediación.

A normatização alcançou também as devidas retificações na lei processual civil espanhola que se viu alterada para permitir a suspensão processual se as partes desejarem mediar no curso de uma ação judicial. Outrossim, vale lembrar que dependendo da disponibilidade do direito em discussão, poderá haver a participação das partes se assim convier, com o fito de esclarecer os pontos controversos a serem debatidos, devendo ser informado previamente às partes, acerca do procedimento mediativo.

Ademais, informa-nos a doutrina de Michele PAUMGARTTEN⁶², que além de ressaltar a igualdade entre as partes, a imparcialidade dos mediadores, a neutralidade e a confidencialidade, o legislador espanhol também não impôs qualquer prazo limite para a realização da mediação, limitando-se a dizer que o procedimento será o mais breve possível.

⁶² PAUMGARTTEN, Michele. *O processo interativo de construção de soluções como via de reabilitação do sistema vindicativo*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. Vol. IX, 2012, pp.552 e 570.

Notamos que a questão em tela acerta ao não impor prazo para o término do procedimento, que sabemos ser impossível prever, pois depende do envolvimento emocional das partes com o caso, do objeto do litígio, dentre outros fatores. Deixa em aberto, e por mais que exija a brevidade, é certo que a mediação terá a duração que for necessária para resolver o conflito.

A Lei 5/2012, de 6 de julho, de Mediação em Assuntos Cíveis e Mercantis, publicado no BOE núm. 162, de 7 de julho de 2012, páginas 49224 a 49242, derogou o Real Decreto-Lei 5/2012, de 5 de março, de Mediação em Assuntos Cíveis e Mercantis.

Com efeito, a Lei 15/2205 determinou ao Governo remeter ao Congresso um Projeto de Lei sobre Mediação baseados nos princípios estabelecidos nas disposições da União Europeia, quais sejam: voluntariedade, imparcialidade, neutralidade e confidencialidade com vistas aos serviços de mediação criados pelas Comunidades Autônomas. Este fato, aliado à necessidade de incorporar a Diretiva 2008/52/CE, ao teor do art. 12, trouxe como consequência a gestão do Projeto de Lei estatal de Mediação em assuntos cíveis e comerciais, de 8 de abril de 2011, que não chegou a ser finalizada sua tramitação na mesma legislatura em face da dissolução do Congresso por antecipação das eleições gerais.

Nesta sequência a União Europeia já houvera advertido os Estados Membros acerca da possibilidade de infração pelo descumprimento do prazo com data prevista para 21 de maio de 2011. Fato consumado, vencido o prazo, em julho de 2011 a Comissão enviou a 9 países, entre eles Espanha, notificações pelo descumprimento. Por esta razão, em face da urgência da medida, se incorporou a aprovação da normativa acerca da Mediação em Assuntos Cíveis e Mercantis, enviado à Câmara dos Deputados.

Neste diapasão se precedeu o Anteprojeto de Lei de Mediação em Assuntos Cíveis e Mercantis, datado de 19 de fevereiro de 2010. A utilização desta via

legislativa, qual seja, o Real Decreto de Lei foi utilizada com previsão no art. 86 da Constituição espanhola, com fulcro na extraordinária e necessidade urgente, pese alguns setores protestarem alegando que fora subtraído do Congresso o debate acerca de matéria de tão relevante importância e de compromisso institucional e social como a questão em pauta.

Com efeito, o cumprimento deste dispositivo constitucional, nos termos do art. 86.2, o Real Decreto-Lei 5/2012 foi submetido a debate e votação pela totalidade da Câmara dos Deputados, na seção do dia 29 de março de 2012, que se acordou pela sua convalidação.

Como consequência a Mesa da Câmara dos Deputados aprovou a competência plena daquela casa, bem como abriu prazo para apresentação de emendas. Em 29 de março de 2012, após tramitado como Projeto de Lei por consequência da medida de urgência, conclui-se com a edição da Lei 5/2012, de 6 de julho, de Mediação em Assuntos Cíveis e Mercantis (que derogou a normativa anterior). Dito texto fora constituído em boa parte sobre a base do malgrado Projeto da Legislatura anterior com algumas alterações em seu teor tendentes a simplificar a norma. Desta feita, a Lei estatal de Mediação em Assuntos Cíveis e Mercantis não incluiu a aplicação da mediação penal nas Administrações Públicas, bem como a laboral e as questões afetas a consumo (art. 2.2).

Importante lembrar que não se incluiu a mediação em matéria de consumo, consoante ocorrera na Diretiva preconizada, eis que entendeu-se tratar de matéria específica que requer regulamentação especial. Nesta sequência é bom que se esclareça que a Comissão elabora uma nova recomendação, de 4 de abril de 2001, que trata dos princípios aplicáveis aos órgãos extrajudiciais de resolução consensual de conflitos de consumo, desta vez incluindo a mediação.

2.1.3.3- A Mediação portuguesa

Ainda circulando na península ibérica e adentrando-nos em terras lusitanas o que ora vemos é a mais recente normativa de mediação, consequência originária do Direito Comunitário Europeu, eis que na senda da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, resulta pois a atualização de todos os Estados membros acerca de suas normativas internas sobre o tema mediação, que é o que passamos a comentar a seguir.

Trata-se da nova Lei de Mediação portuguesa, qual seja, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que consagra os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, independentemente da natureza do litígio que seja objeto de mediação; estabelece o regime jurídico da mediação civil e comercial; o regime jurídico dos mediadores e dispõe ainda sobre o regime jurídico dos sistemas públicos de mediação.

Desta normatização temos para nós que com a presente Lei n.º 29/2013, o Estado português dá igualmente aos demais parceiros um passo de gigante, e assim o faz por meio da garantia de existência de sistemas públicos de mediação, sistemas estes que se façam valer pelo toque da celeridade a ser gerido por entidades públicas que por imperativo legal ou do protocolo de mediação, serão obrigatoriamente rápidos e com o menor número de sessões possíveis.

Resta público e notório as condições que se estabelecem na lei os princípios fundamentais a que devem obedecer as mediações realizadas em Portugal. Entre estes se destacam a voluntariedade e a confidencialidade do procedimento de mediação, a igualdade das partes e a imparcialidade e independência dos mediadores. Atribui-se expressamente força executiva aos acordos obtidos em processos de mediação que obedeçam aos requisitos legais. A lei disciplina ainda, entre outras matérias, os acordos pelos quais as partes sujeitem litígios à

mediação (convenção de mediação), à tramitação dos procedimentos de mediação e o estatuto dos mediadores.

Em síntese apertada, pensamos ser necessário tecer alguns comentários acerca da novel normativa que regulamenta a mediação em Portugal. Entendemos que este diploma normativo, atento o seu alcance transversal e a sua abrangência no domínio de toda a mediação ocorrida em Portugal, assume-se como uma verdadeira lei de enquadramento da mediação nacional, no panorama dos meios de resolução alternativa de litígios.

Verifica-se que a normativa em comento ao unificar num único diploma regimes que, até à sua publicação se encontravam dispersos, faz com que a presente regulamentação encontre maior contribuição para ampliar o âmbito de alcance na medida que disciplina, informa e divulga a mediação em Portugal e, conseqüentemente, facilita uma maior utilização deste mecanismo, porquanto oferece aos cidadãos e às empresas uma solução complementar à via judicial, no quadro de uma oferta do sistema de Justiça plural e ajustada em função do tipo de litígio.

Aqui, neste eixo público/privado, sob a ótica do consumidor e do empresário, sugere que ambos devem se favorecer da nova lei, eis que ali estão elencados os princípios da mediação, designadamente, os princípios da voluntariedade, da confidencialidade, da igualdade e da imparcialidade, da independência, da competência e da responsabilidade e, por fim da executoriedade. Deste modo, a Lei da Mediação está também, por via da enunciação destes princípios, caracterizando esta forma de resolução alternativa de litígios, bem como as suas especificidades e regras próprias, numa assunção clara quanto ao modo como se deve pautar o exercício da atividade de mediação em Portugal.

Neste diapasão, notamos a disciplina exposta na norma e esposada por autores portugueses do quilate de CANOTILHO⁶³ e MACHADO⁶⁴, que cuidam e mantêm-se sempre alertas às questões da constitucionalidade da norma portuguesa em face da atualização do sistema aos moldes preconizados pela Comunidade Européia, esta na senda da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, a Lei da Mediação estabelece também o regime jurídico da mediação civil e comercial.

Preliminarmente, para debulhar a normativa em seu texto geral, há de se iniciar analisando o capítulo dedicado à mediação civil e comercial que se nos apresenta minucioso no que concerne ao processo e ao procedimento da mediação. Informa-nos a exposição de motivos da lei que a mesma reside na seara da aplicação civil e comercial, conforme assim exposto:

Dispondo, detalhadamente, desde o início do procedimento, à escolha do mediador de conflitos, presença das partes, advogado e outros técnicos nas sessões de mediação, fim do procedimento de mediação, acordo, e, por último, quanto à duração e à suspensão do procedimento.

A garantia da qualidade da mediação é um desiderato muito vincado na Lei da Mediação. Está, inclusive, patente em vários preceitos ao longo do diploma, designadamente, no artigo 24.º, relativo a “Formação e entidades formadoras”; no artigo 43.º, relativo à “Fiscalização do exercício da atividade de mediação”, nos sistemas públicos de Mediação e no artigo 48.º sobre a epígrafe: “Regime jurídico complementar”, a propósito do exercício da mediação privada, preceito que carece ainda de regulamentação.

De realçar é também o capítulo dedicado ao mediador de conflitos, o qual estabelece o estatuto dos mediadores de conflitos que exercem a atividade

⁶³ CANOTILHO, Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.ª ed., Almedina, 2002.

⁶⁴ MACHADO, Jónatas. *Direito Constitucional. Casos práticos resolvidos*, 2.ª reimpressão, Almedina, 1995.

em Portugal. Incide sobre a formação especificamente orientada para o exercício da profissão de mediador de conflitos e as respetivas entidades formadoras e trata de matérias alusivas à ética e à conduta destes profissionais, especialmente quando estabelece normas relativas aos direitos e aos deveres do mediador, bem como aos impedimentos e à remuneração deste profissional.

O último capítulo da Lei da Mediação é dedicado ao regime dos sistemas públicos de mediação, os quais visam, como refere o artigo 30.º, fornecer aos cidadãos formas céleres de resolução alternativa de litígios, através de serviços de mediação criados e geridos por entidades públicas.

Em face do exposto, temos para nós que busca-se explicar e justificar que ao atender-se às preposições da Comunidade Européia, comprava-se no direito comparado que a experiência tem demonstrado que, através de estruturas mais simplificadas, como é o caso da mediação, tanto a prevenção como a resolução de conflitos poderão ser obtidos com maior informalidade, celeridade e acessibilidade, quer para os particulares, quer para as empresas. Para promover o recurso a este meio de resolução alternativa de litígios, revelou-se essencial a criação de um suporte legislativo que congregasse as regras basilares da mediação, quer ao nível dos seus princípios, das regras deontológicas aplicáveis aos mediadores, quer no plano do processo e do procedimento da mediação.

Com efeito, com a edição da Lei de Mediação portuguesa, qual seja, a Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, algumas alterações foram observadas concenentes à questões relacionadas à matéria objeto da normativa, entre tais cite-se:

Revogações:

Revoga a Portaria nº 203/2011 de 20-05-2011

Definição dos Sistemas de Mediação Pré-Judicial Cuja Utilização Suspende os Prazos de Caducidade e Prescrição dos Direitos e Regulamentação do Regime e dos Sistemas de Mediação Judicial que Suspendem a Instância

Revoga a Lei nº 29/2009 de 29-06-2009, Artigo 85.º - Regime dos mediadores públicos Regime Jurídico do Processo de Inventário

Revoga a Portaria nº 68-C/2008 de 22-01-2008, Artigo 4.º - Supervisão e coordenação. Regulamento do Sistema de Mediação Penal

Revoga a Lei nº 21/2007 de 12-06-2007, Artigo 10.º - Exercício da actividade do mediador penal. Regime da Mediação em Processo Penal

Revoga o Decreto-Lei nº 329-A/95 de 12-12-1995, DIVISÃO II - Citação Código de Processo Civil – Republicação.

Remissões:

Lei nº 44/2010 de 03-09-2010
Regime Jurídico do Processo de Inventário - Alteração

Lei nº 1/2010 de 15-01-2010
Regime Jurídico do Processo de Inventário - Alteração da Entrada em Vigor

Portaria nº 732/2008 de 04-08-2008
Regulamento do Sistema de Mediação Penal – Alteração.

Segundo dados informativos em veículos jurídicos de comunicação portugueses, autores como CORREIA⁶⁵ preconiza que aós alguns anos de estudo e experiência em matéria de mediação, neste momento, o grande desafio que se coloca à mediação em Portugal, como de resto ao Sistema Judicial em geral, é o de se conseguirem taxas de acesso à mediação em níveis comportáveis para o comum dos cidadãos.

⁶⁵ CORREIA. João Carlos Pinto. *Lei n.º 29/2013 – Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação*. Publicado em Abr 19, 2013 em Alterações Legais, Explicações, Notícias Sem comentários.

Adverte o autor acerca do custo judicial que se pratica em Portugal, quando afirma que malgrado demonstra-se o constante aumento das taxas de Justiça e custos relacionados com os processos, porquanto a verdade é que ainda não é barato aceder à mediação e a uma sistema de resolução de litígio, tenha ele cariz judicial ou pré-judicial. A Justiça, enquanto imperativo social e constitucional, deveria ter taxas mais consonantes com a realidade econômica e social do país. De outro modo, continuar-se-à procurar soluções que longe de integrarem o conceito de Justiça, levam antes à descredibilização e perda de confiança num Sistema essencial para o país poder avançar.

2.1.3.4- A Mediação argentina

A nossa vizinha Argentina já normatizou a mediação há algum tempo, conforme obtém-se da colheita feita a partir de artigos jurídicos dedicados à mediação neste país, ao que resta-nos a concretude que dito instituto se fez notar com precedentes desde o início da década de 1990, quando em 1993, criou-se o Centro de Mediação do Ministério da Justiça que, em parceria com o Poder Judiciário colocou em marcha o Programa Nacional de Mediação elaborado por uma comissão mista criada para tal finalidade. A partir daí, nota-se o avanço do estudo e da sistematização da mediação no modelo portenho, eis que no ano de 1996 vê-se a institucionalização da *mediação* na sociedade argentina. Como dito, isso só foi possível por meio do convênio oriundo da junção de esforços dos Poderes Executivo e Judiciário para, finalmente em 2010 editar-se, pelo Poder Legislativo a norma que institui e regulamenta a mediação e a conciliação na Argentina.

Reportando-nos ao princípio da sistematização da mediação ao modelo argentino, situamos-nos então no início da década de 1990, dando origem ao estudo do tema em terras argentinas, de que também se faz presente nas buscas

obtidas desde as informações recebidas pelos estudiosos do tema *in loco*, que é o que se infere das linhas de BARBADO⁶⁶, conforme aduz a autora a seguir:

O Ministério da Justiça da Argentina, com a ajuda e apoio de programas do Serviço Informativo e Cultural da Embaixada dos Estados Unidos e da Agência Internacional para o Desenvolvimento com a participação ativa de WILLIAN DAVIS, assessor para a América Latina dos programas apoiados por esta última organização e especialista em RAD (resolução alternativa de disputas), levou estudiosos argentinos para estudar e conhecer o método americano de mediação e assim se fez com a remessa dos primeiros estudiosos e interessados no tema para obterem conhecimento e experiências e depois tentar a adaptação deste sistema na Argentina, respeitando as características peculiares deste país.

Argumenta a autora que os estudiosos GLADYS ÁLVAREZ, ELENA HIGHTON e ELÍAS JASSAN no início de 1991 viajaram aos Estados Unidos comprovando o funcionamento exitoso de programas que implementaram distintas formas de *RAD (resolução alternativa de disputas) anexas, conectadas ou relacionadas com os tribunais*, bem como sua eficiência e melhoramento quanto a demora do provimento jurisdicional, propondo ao Ministro LEÓN CARLOS ARSLANIAN implementar um Programa Nacional de Mediação.

Desta proposição surgiu uma comissão composta por juizes de primeiro e segundo grau e advogados incumbidos da elaboração do anteprojeto de lei de mediação, trabalho complementado com um informe que sugeria o estabelecimento de um Programa ou Plano Nacional de Mediação como forma de difundir e instaurar na sociedade argentina este processo de resolução dos conflitos.

⁶⁶ BARBADO, Michelle Tonon. *Reflexões sobre a institucionalização da mediação No direito positivo brasileiro*. Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3. Disponível em arcos.org.br.

Segue a autora dizendo:

A comissão, no mês de setembro de 1991 entregou o informe final com um projeto de Programa Nacional de Mediação 'que contempla a implementação de programas de mediação em distintos setores da sociedade - comunidades, escolas, colégios profissionais, Poder Judiciário - e sua inclusão nos planos de estudo das carreiras universitárias, face ao seu caráter interdisciplinar. Assim mesmo, se aconselhou a formação de uma Corpo de Mediadores, a criação de uma Escola de Mediadores e a realização de uma experiência piloto conectada com alguns tribunais do foro cível. Este informe foi subscrito pelos Drs. LUIS MAURICIO GAIBROIS, CARLOS ARIANNA e as Dras. ELENA HIGHTON e GLADIS STELLA ÁLVARES.

A Dra. SHARON PRESS proferiu conferências, seminários e um curso introdutório de mediação, na Argentina, cujo objetivo principal foi o de difundir o tema e informar sobre as características do instituto. O curso foi freqüentado por funcionários e assessores do Ministério da Justiça, funcionários e magistrados do Poder Judiciário, membros do Colégio de Advogados, da Associação de Advogados, professores da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, psicólogos, assistentes sociais e outros profissionais de diferentes áreas.

Durante o período em que esteve na Argentina a Dra. PRESS manteve diversas entrevistas, tais como presidentes de institutos e associações, membros da Corte Suprema de Justiça da Nação, com o decano da Faculdade de Direito, com a finalidade de incluir a todos os setores comprometidos com a atividade judiciária neste novo movimento. Assim mesmo se tratou de dar a maior publicidade possível em diversos meios: - rádio, jornais e televisão -, começando uma campanha de divulgação e familiarização da população com esta nova forma, para a Argentina, de resolver conflitos.

A organização e seleção dos participantes nos treinamentos descritos, esteve a cargo da Direção Nacional de Extensão Jurídica do Ministério da Justiça. A

cada um deles assistiram aproximadamente trinta participantes, muitos provenientes dos Centros de Assistência Jurídica Popular do Ministério da Justiça e funcionários do Poder Judiciário. Paralelamente, os experts mencionados proferiram seminários na Associação de Magistrados e Funcionários da Justiça Nacional.

Do exposto, tem-se que depois de tal tarefa, em 1992, decorrido mais de um ano de trabalho, já se contava com sessenta mediadores treinados; alguns prestando serviços nos Centros de Assistência Jurídica Popular (barriales) que o Ministério da Justiça estabeleceu anos antes, com ajuda da Agência Internacional para o Desenvolvimento, começando a utilização de técnicas de negociação e mediação para conciliar as partes que recorriam a seus serviços em busca de assessoramento.

Ademais, sabe-se que o Ministério da Justiça, visando dotar o procedimento de um mínimo marco normativo, encaminhou ao presidente da Argentina um projeto de norma programática com data de 19 de agosto de 1992, de cujo trabalho cominou com a elaboração do Decreto 1480/92.

Em síntese apertada, vislumbra-se que esta primeira norma declarou de interesse nacional a mediação, caracterizou a mediação como processo informal, voluntário e confidencial, especificando a aplicabilidade a conflitos judiciais e extrajudiciais, excluindo as causas penais e colocando em relevo que o mediador não decide a disputa, senão que coadjuva a que as partes o façam. Criou o Corpo de Mediadores; designou uma nova comissão de mediação, determinou a realização de uma experiência piloto de mediação conectada com juízos cíveis; delegou ao Ministério da Justiça a formulação da normatividade pertinente e orientou as provincias e os municípios a adotar em seus respectivos âmbitos, normas similares às contidas no decreto, no que pertine.

Tais argumentos constituíram a base do plano nacional que está integrado pela proposta de realização de múltiplos programas. Prevê a ação, difusão e

implementação de mediação na sociedade argentina, a celebração de convênios, para tais fins, com distintos organismos educativos - Universidade Nacional de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, colégios profissionais, Ministério da Educação e com o município, entre outros. Restou, ainda, a sugestão de convênios de cooperação técnica com as províncias.

Hoje a mediação está institucionalizada em todo o território nacional por lei especial que regulamenta a matéria e dá os termos e condições para sua propositura. Trata-se da Lei nº 26.589/2010, sobre Mediação e Conciliação, que estabelece a obrigatoriedade da mediação prévia nos processos judiciais, que foi sancionada em 15 de abril de 2010 e promulgada em 03 de maio de 2010.

Neste diapasão, cumpre-nos tecer algumas breves notas acerca da pedra de toque que representou o Programa Nacional de Mediação como fonte inspiradora da iniciativa deste movimento, conforme nos ensina FAGUNDES CUNHA⁶⁷:

O Programa Nacional de Mediação atravessa as fronteiras da comunidade jurídica e abarca os mais diversos setores da população argentina. Executam programas de mediação escolar e comunitária, são oferecidos serviços de mediação no âmbito de organizações não governamentais e privadas. Desde 1993 funciona um Centro de Mediação do Ministério da Justiça em que se levou a cabo a Experiência Piloto de Mediação conectada a juizados de primeira instância no cível, na Capital Federal.

Segundo o autor, a questão resulta da crise que se deu e ainda atravessa a administração da Justiça na Argentina, que *de per se* levou ao entendimento de

⁶⁷ FAGUNDES CUNHA. J. S. *A mediação como forma alternativa de resolução dos litígios na Argentina, instrumento de globalização*. Revista Jurídica da UEPG. Departamento de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR. 2010, p. 125.

que em verdade se tratava de um colapso, levando a reflexão da instituição da *mediação*, não perdendo a perspectiva de que a instituição da mediação não seria o remédio suficiente para por fim à crise. Contudo, experiências realizadas em outros países, segundo entenderam aqueles que optaram pela implantação, permitiram inferir que *a implementação de formas alternativas de resolução dos conflitos produz a curto prazo efeitos favoráveis sobre a carga de trabalho dos juizes; a longo prazo - se efetivamente se logra uma mudança de mentalidade na sociedade, especialmente nos operadores do direito - é possível esperar um maior acesso à Justiça conjuntamente com uma baixa no índice de litigiosidade, ou seja, redução do ingresso de causas no sistema jurisdicional.*

Ainda que haja o consenso resultante da interferência de um terceiro neutro ao conflito entre partes, porém carente de reconhecimento erga omnes que possa conceder-lhe a condição de título executivo, a opção alternativa de resolução de conflito calçada na mediação se faz necessário o reconhecimento estatal pela homologação do Poder Judiciário, o que faz com que somente chegarão à atividade jurisdicional aqueles conflitos que não tenham sido resolvidos pelas partes por si mesmas ou com a ajuda de um terceiro neutro, com ou sem poder de decisão, porém, repita-se, com a tutela do Estado.

Não se pode falar em norma de mediação válida em todo o território argentino sem citar a normativa antecessora da matéria restrita tão somente à Província de Buenos Aires. Falamos da Lei n.º 24.573, de 04 de outubro de 1995, que tornou obrigatória a mediação na Província de Buenos Aires, a ser realizada sempre antes da propositura da ação. O caráter compulsório da mediação foi a principal característica da lei, eis que o autor, ao ajuizar a demanda perante o Judiciário, deverá demonstrar que a tentativa de resolução pela mediação foi feita.

É justamente desse diploma legal que proveio a inspiração para o projeto de mediação em nível nacional a ser preconizado pelos poderes emanados do esforço comum do executivo e do judiciário.

Consoante explicam ALMEIDA e BRAGA NETO⁶⁸, a proximidade cultural e territorial auxiliou no surgimento de um segundo texto de lei inicialmente inspirado na redação legal da Província de Buenos Aires, quando assim prelecionam ditos autores:

Sobre o procedimento da mediação adotado pelos argentinos, alguns aspectos interessantes merecem destaque, todos eles associados ao caráter obrigatório da mediação prévia ao processo judicial. Se a mediação restar fracassada pelo não comparecimento de qualquer das partes à primeira audiência, cada um dos ausentes pagará uma multa, cujo valor será equivalente ao dobro dos honorários a que tenha direito o mediador (art. 10).

Ainda no mesmo sentido, tem-se que os terceiros chamados pelo mediador à sessão, caso não compareçam, estarão também sujeitos a sanção de natureza pecuniária (art. 8º).

Estes dispositivos, felizmente, não foram reproduzidos no anteprojeto brasileiro.

As características ínsitas à mediação não se coadunam com a presença forçada das partes à sessão, sob pena de aplicação de multa. Em verdade, as partes devem comparecer perante o mediador com o objetivo precípua de dialogar e resolver as pendências da forma que melhor atenda aos interesses de ambas. A tentativa, a qualquer custo, de obtenção de acordo revela uma questão mais delicada, que diz respeito à própria preocupação do Estado na distribuição da justiça e na efetiva pacificação social.

Após quatro anos de vigência desse sistema legal na Argentina, alguns estudos procederam à avaliação dos resultados e perspectivas do projeto, o

⁶⁸ ALMEIDA, Tânia; BRAGA NETO, Adolfo. *Uma Lei de Mediação para o Brasil*. Dezembro de 2002. Acesso e Disponibilidade: http://www.mediare.com.br/artigos/lei_mediacao.htm.

qual se inclui, importante notar, num contexto de reforma do Judiciário argentino.

Na sequência literal deste estudo não se pode olvidar também o ponto nodal do tema aqui tratado de que são dignas de nota as considerações feitas por DUPUIS⁶⁹, porquanto reporta-se que dito autor integrou uma comissão de apoio ao Tribunal de Superintendência para a resolução de questões emergentes quando da entrada em vigor da nova lei, visto que isso deixa bastante claro que a institucionalização da mediação na Argentina teve a finalidade precípua de amenizar a grave crise do sistema judicial, marcado pela morosidade e pela sobrecarga de demandas. A mediação foi pensada, assim, como um instrumento para desafogar os tribunais.

Seguem ALMEIDA e BRAGA NETO⁷⁰ relatando as lutas desencadeadas pelos profissionais do setor na obtenção da institucionalização da mediação na Argentina, segundo relatam a experiência de DUPUIS em que o autor relata as inúmeras dificuldades enfrentadas nos primeiros momentos de aplicação da mediação obrigatória, especialmente devido à falta de conhecimento e de informação por boa parte da população sobre o novo sistema. A consequência foi, segundo descreve DUPUIS, um sentimento de desconfiança generalizado acerca da eficácia de um suposto substitutivo da jurisdição estatal, que resultou numa avalanche no ajuizamento de ações nos dias que precederam a entrada em vigor da Lei n.º 24.573.

A nova de Lei de Mediação modifica o Código de Processo Civil da Argentina e este insere-se, ainda mais, dentro dos superiores escopos que resultaram no Código Tipo para a América Latina e Península Ibérica, preconizado pelo Instituto

⁶⁹ DUPUIS, Juan Carlos G. *La Reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata. Menor Cuantia Y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos*. A Cuatro Años de la Mediación. Acesso e Disponibilidade: <http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>.

⁷⁰ ALMEIDA, Tânia; BRAGA NETO, Adolfo. *Op. Cit.* p. 21.

Iberoamericano de Direito Processual, atendendo a uma tendência que reputa-se universal, entrando em vigor no mês de setembro de 2012, alterando o Código de Processo Civil de Portugal que inclina-se neste sentido de que ocorra na atividade jurisdicional, uma audiência prévia de conciliação perante o juiz togado, enlevando esforços na consecução do propósito de solução dos litígios através de conciliação.

2.1.4- Mediação e misto de ADRs

Dentre as formas híbridas de ADRs preconiza-se a negociação, seguida pela mediação, culminando com a arbitragem, conforme propõe a escola espanhola que primeiro busca por meio da composição do conflito e depois, se não for possível o acordo, se busca a resolução da causa na arbitragem. Com efeito, além de Espanha, Portugal, França e Itália, também possuem leis supletivas que admitem a fusão de métodos distintos, utilizando a seguinte se exaurida a fase preliminar.

Nos países anglosaxões (UK, USA e outros) é mais forte a arbitragem empresarial, porquanto possuem a tradição da origem do Direito Consuetudinário, sendo pois aquele que surge dos costumes de uma certa sociedade, não passando por um processo formal de criação de leis, pois essas não precisam necessariamente estar num papel ou serem sancionadas ou promulgadas. Os costumes transformam-se nas leis. assim é que se aplica o costume local como regra, restando outras formas apenas como exceção.

A teoria de RISKIN⁷¹ preconiza que a mediação deve ser utilizada segundo a categoria em que se encontra localizada a questão, separando-as em adversarial e não adversarial, citando a dicotomia existente na doutrina especializada que muitas vezes divergem acerca do procedimento mais eficaz a ser utilizado, conforme aduz em suas exposições:

⁷¹ RISKIN, Leonard L. *Categorias de Negociação e Mediação*, em Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.1. Arcos Informações Jurídicas. Disponível em www.arcos.com.br.

A mediação é uma negociação facilitada, sendo que a maioria dos doutrinadores reconhecem duas abordagens principais. Das várias dicotomias desenvolvidas, acredito ser mais utilizada a baseada nas categorias adversarial e não adversarial (focalizada esta na solução de problemas).

Ditos autores⁷² a que se refere o texto em comento pertencem à escola norte-americana, onde utiliza-se com muita frequência a negociação associada à mediação, e, diga-se, vista como referência na arte da negociação, tendo esta dita doutrina o reconhecimento de serem os precursores deste tipo de composição de conflitos, onde a arte da negociação é tida como o ponto nodal à resolução da causa, sobretudo na esfera comercial .

O ideal que se busca é a conjugação das ADRs com os órgãos públicos para garantir a justa medida. Um dita o laudo, outro executa; há um sinergismo se ação entre ambos numa verdadeira coordenação de atividades, porquanto nos meios alternativos, em que pese dar-se solução à causa, resta ainda a efetividade da mesma que somente ocorrerá por meio do poder coercitivo de império do juiz togado que impõe a expropriação patrimonial do sucumbente em caso de inadimplência.

Os países não olham de forma igual as ADRs, isso depende da cada política interna. A *Critical Legal Studies*, é uma corrente filosófica jurídica que surgiu na Universidade de Haward, para um realismo jurídico, para dentro dos Colégios de Advogados, Estado, etc.

⁷² Cf., DAVID, A. L. & SEBENIUS J. K., *The Manager as Negotiator*. 1986 distinguishing bargaining to "create value" and to "claim value", pp.29-45, 88-153; HOWARD R. *The Art and Science of Negotiation*, 1982 distinguishing "distributive" and "integrative" bargaining, pp. 33-34.

3.2- Na União Européia

No Direito europeu, as ADRs foram impostas nas matérias de consumo, vez que na União Européia aplicam-se as ADRs, mas não se especifica como deve ser, mas sim de livre acesso, gratuito e imparcial.

Apresentado pela Comissão Europeia responsável em escrutinar as opiniões dos interessados em facilitar as opções que busquem a resolução de conflitos de modo mais eficaz e célere, esta entidade apresenta o Livro Verde⁷³ (nota acima:) voltado a esta finalidade, de modo a acomodar as questões consumeristas entre fronteiras, e assim o fez perseguindo as seguintes proposições:

a) O Livro Verde da Comissão, de 16 de novembro de 1993,⁷⁴ sobre o acesso dos consumidores à justiça e solução de litígios em matéria de consumo no mercado único. Tem por objetivo permitir o acesso à justiça e o tratamento dos litígios transfronteiriços para todos os consumidores da Comunidade. Em seu conteúdo expõe a situação para a cada Estado membro, conforme o seguinte esquema:

- os procedimentos judiciais aplicáveis aos litígios de consumo:
- os procedimentos extrajudiciais utilizados para resolver estes litígios (defensores do povo, ombudsman);

⁷³ Livro verde é uma tentativa de um relatório governamental com uma proposta sem nenhum compromisso com alguma ação; a primeira etapa para mudar a lei. Livros verdes podem resultar na produção de um livro branco. Um livro verde em geral apresenta uma gama de idéias e é voltado para convidar indivíduos ou organizações interessadas em contribuir com pontos de vista e informação. Pode ser seguido por um livro branco, um conjunto de propostas oficiais que é usado como um veículo para seu desenvolvimento em uma lei.

Os livros verdes lançados pela Comissão Europeia são documentos de discussão voltados a estimular o debate e lançar um processo de consulta, no nível europeu, sobre um determinado tópico.

⁷⁴ Livro verde da Comissão, de 16 de novembro de 1993. O Livro verde COM(93) 576 final. Não se publicou no Diário Oficial.

- a proteção dos interesses coletivos mediante associações de consumidores ou algumas instâncias administrativas;
- os projetos-piloto nacionais.

Neste estudo comparado assinala-se que na maioria dos Estados membros se simplificaram os procedimentos judiciais aplicáveis aos pequenos litígios, bem mediante uma reforma do código de procedimento civil, bem mediante a criação de procedimentos simplificados. Estes permitem reduzir os prazos, não ter que recorrer a um advogado ou tentar a conciliação com comparecimento pessoal das partes. Por outra parte, criaram-se também procedimentos extrajudiciais específicos para resolver os litígios de consumo: conciliação, mediação ou arbitragem.

b) Por meio da Recomendação nº R (86)12, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, proclama-se a implementação da arbitragem como forma alternativa mais acessível e eficaz, e, por isso, substitutiva do processo judicial.

Consoante exposto, as ADRs representam os meios alternativos de resolução de conflitos encontrados para substituir a morosidade judicial, de modo a oferecer ao destinatário uma forma mais eficaz de resolver conflitos e ao Estado, restituir a paz social.

Ditas ADRs neste contexto estão sendo utilizadas com muita eficácia na resolução dos litígios em matéria civil e comercial e, situando-a na União Europeia, as mesmas, utilizadas sob a rubrica do Livro Verde, provocaram um aumento de interesse por três razões, consoante nos explica o monitoramento desta entidade⁷⁵, a saber:

⁷⁵ Conforme Eur-Lex. Acesso ao direito da União Europeia. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/>.

Em primeiro lugar, foi tomada consciência da renovação registada na prática pelos ADR, a favor dos cidadãos, cujo acesso à justiça sai melhorado.

Em segundo lugar, os ADR beneficiam de uma atenção especial dos Estados-Membros, que, por vezes, se concretiza através de trabalhos legislativos.

Por último, os ADR constituem uma prioridade política - várias vezes reiterada - para as instituições da União Europeia, às quais compete promover estes métodos alternativos, assegurar o melhor ambiente possível para o desenvolvimento e esforçar-se por garantir a sua qualidade.

Aqui, entendemos que há de se chamar à atenção para o fato de que isso ocorre num momento em que a informação virtual se consagra como a tônica desta geração on-line, direcionando esta prioridade para as políticas sociais, sobretudo aquelas pertinentes ao domínio da informação em que, nomeadamente, aplicando o caso à espécie, se configura o papel de novos serviços em linha de resolução dos litígios pela via da "ODR" para designar *Online Dispute Resolution*, cujo método foi reconhecido eficazmente em matéria de resolução dos litígios transfronteiriços, por meio da Internet.

O Conselho deliberativo apresentou a proposta do Livro Verde com vistas a alcançar os objetivos esperados de modo mais célere, cuja via de informação virtual se apresenta no momento como a mais indicada, de que resultou no convite feito por este Conselho à Comissão a apresentar "um Livro Verde para fazer o ponto da situação existente e lançar uma ampla consulta a fim de preparar as medidas concretas a tomar".

Com efeito, esta proposta de Livro Verde, quando de seu lançamento, permitiu sensibilizar um maior número de pessoas envolvidas neste processo, a exemplo dos consumidores e fornecedores, à utilização das ADRs, bem como aos Estados Membros que são os entes aglutinadores num universo comunitário.

Neste diapasão, temos a proposta formulada sob o aspecto de consulta pública inserida no Livro Verde que representa o canal eleito e destina-se a recolher tanto as observações gerais dos setores interessados como as reações específicas às questões em que se colocam.

Dito mecanismo de consulta comunitária inserida nesta proposta reside no objetivo único de dirimir questões de ordem jurídica, porém que permitem sua transferência para outros procedimentos mais informais, porém sem perder de vistas os princípios norteadores da ampla defesa, tais como os elementos determinantes dos processos que também encontram-se inseridos nas ADRs, como a questão das cláusulas que venham presumir a possibilidade de recurso, a questão dos prazos de prescrição, a exigência de confidencialidade, a validade dos consentimentos, a eficácia dos acordos resultantes das ADRs, a formação dos terceiros, a sua acreditação e o seu regime de responsabilidade.

Isto posto, temos para nós que esta Comissão tenciona levar em consideração com muita ênfase os pontos de vista defendidos por cada um dos participantes, com o desiderato de definir as orientações da política, sua premissa maior e seu mister de ente mediador e regulador para intervir na questão para apresentar propostas de diretivas a serem seguidas para ao fim e ao cabo definir o modus operandi a ser aplicado nas legislações peculiares a cada Estado Membro e obter o êxito esperado.

3 - Conceito de arbitragem

O conceito de arbitragem em nossos dias confunde-se com a globalização jurídica que atinge importante ponto de desenvolvimento para a solução de conflitos em questões de ordem privada em todo mundo, sendo um encontro de dois elementos conflitantes, embora de diversos signos: de um lado, o progressivo e talvez inexorável submetimento de legislações estatais a um âmbito supraestatal; de outro, a homogeneização de estratégias, recursos e saberes exigidos ou propiciados pela universalização do comércio internacional nas “novas tendências do direito privado nos contratos hodiernos”.

A existência de um conflito de interesses exige uma delimitação para que se atinja a solução por meio de mecanismos peculiares conhecidos como métodos judiciais e extrajudiciais de solução de conflitos. Aqueles, quando o impasse não encontra solução no âmbito privado das próprias partes envolvidas ou não podem ser resolvidas de outra maneira, que as obriga a acudir por uma solução dentro do âmbito judicial por ser matéria de direito indisponível; assim como também os conhecidos como métodos ADR, aqueles alternativos onde as partes, alhures ao Poder Judiciário buscam um técnico particular para resolvê-los.

Seja por qualquer um dos dois métodos, as vias alternativas mais destacadas são: a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Ambos os métodos estão contidos dentro de um sistema que acolhe dois modelos de composição de conflito: a autocomposição ou a heterocomposição.

No âmbito judicial, se temos em conta que o eixo da composição está no seio do processo (que busca a paz social) e esteja consignado na resolução do litígio que supõe a noção baseada na triplice estrutura conceitual conhecida como ação, jurisdição e processo, onde, apoiado em uma evolução processual o juiz compõe a lide chegando à resolução do litígio, no que pensamos que a questão

processual nos aparenta mais próxima da proposta deste tema quando recolhe um dos modelos para sua composição.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO⁷⁶ no que tange à resolução de conflitos de interesses aponta-nos para o rumo do processo, pela via da autocomposição, heterocomposição e excluindo a autodefesa, seguindo pois, os ensinamentos de CARNELUTTI⁷⁷, asseverando ainda que quando há um conflito de interesses entre duas partes, a resolução, que caminhará pela via processual, poderá acolher tanto aos próprios litigantes como a um terceiro alheio. Neste diapasão, assim nos ensina:

A solução parcial (o qualificativo opõe-se aqui a imparcial, não a total) do litígio oferece, ao mesmo tempo, duas perspectivas: ou bem um dos litigantes consente o sacrifício de seu próprio interesse, ou bem impõe o sacrifício do interesse alheio. Na primeira hipótese, temos a figura que, também de acordo com a terminologia de CARNELUTTI, chamaremos autocomposição; no segundo suposto, achamo-nos ante a autodefesa (AD.b) Convém esclarecer que o sacrifício, consentido ou imposto, que autocomposição e autodefesa implicam, pode ser, tanto unilateral (como no consentimento ou na legítima defesa) como bilateral (v.g.: na transação ou no duelo), e, pelo mesmo, a diferença essencial entre uma e outra radica na direção do impulso subjetivo que as determina, o que nos permitiria caracterizar de altruísta e de egoísta, respetivamente, aos dois subtipos em que se divide a solução parcial dos litígios (AD.c). Quanto à solução imparcial, e prescindindo por agora da legítima defesa efetuada por um terceiro, porque representa uma quantidade insignificante, praticamente reduz-se à que se obtém mediante o processo: dentro dele cabe, neste sentido, a arbitragem, e fora dele seria a mediação.

⁷⁶ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Processo, Autocomposição e Autodefesa* (contribuição ao estudo dos fins do processo). Textos universitários UNAM, Instituto de Investigações Jurídicas, México, 3ª edição, 2000, pp.12 e 13.

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco, *apud* ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. In *Processo, Autocomposição e Autodefesa*. *Op. Cit.*, p. 13.

Processo, autocomposição e autodefesa apresentam-se-nos, pois, como as três possíveis desembocaduras do litígio (AD.d).

O âmbito extrajudicial também comporta os dois métodos porque é possível que as partes cheguem a um acordo por si sós através da negociação (não participa ninguém alheio ao conflito e a questão é resolvida pelas próprias partes) tal como pela mediação, já que nesta pese ter a presença de um terceiro, este não decide nada, apenas intervem para que as próprias partes decidam a questão.

Pese ao que possa parecer tratar-se de um método de autocomposição porque as partes por sua própria vontade escolhem o árbitro para decidir a questão, a arbitragem está contida no método extrajudicial, mas heterocompositivo de solução de conflitos, porque a um terceiro, alheio ao conflito está confiada a missão do decidir.

Assim, é oportuno trazer à luz alguns conceitos doutrinários a respeito da definição da matéria:

A arbitragem é um procedimento extrajudicial voluntário, ao qual se encomenda a um árbitro ou colégio arbitral a resolução de uma controvérsia ou reclamação, e tem a mesma eficácia e valor que uma sentença judicial ditada pelos Tribunais de Justiça.

A arbitragem é a instituição pela qual um terceiro resolve o litígio que opõem duas pessoas ou mais partes, exercendo a missão jurisdicional que lhe é conferida pelas partes.

A arbitragem é uma técnica que se destina a dar solução a uma questão, que interessa o relacionamento entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas, o árbitro ou os árbitros, que detenham seus poderes amparados numa convenção privada e julgam com base nesta convenção, sem que estejam investidos desta missão pelo Estado.

O julgador arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, juzgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculadas sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso.

Assim, após tais exemplos conceituais, a arbitragem se constituiu como uma forma civilizada de justiça privada, sendo um procedimento para resolver um conflito ou controvérsia mediante a fórmula de encomenda de solução conferida a um terceiro (pessoa individual ou comissão de pessoas), escolhido por acordo dos interessados e alheio aos interesses das partes em conflito.

Em linhas gerais o Estado cria a jurisdição para promover o caráter público do direito de ação do indivíduo, toda vez que impõe ao cidadão a obrigação de respeitar a norma, o que se traduz em uma ato coercitivo de imposição, por conseguinte nas organizações sociais modernas o Estado tem a faculdade de oficializar os órgãos que resolverão essas situações de conflitos que alteram a ordem social, para manter a tranquilidade pública, dando ao processo o escopo da paz social.

Assim, a jurisdição se traduz pela atividade estatal destinada a restabelecer a ordem jurídica alterada por condutas humanas ao alvedrio das normas estabelecidas. É a imposição de uma conduta específica às partes que estão obrigadas a cumpri-las sob ameaça coercitiva.

A importância no direito não somente radica em resolver o conflito senão na forma como se resolve, por isso quando um sistema judicial é deficiente, não cumpre sua função social, se converte em uma ficção correndo o risco de retroceder ao passado em que o homem exercia a justiça por suas próprias mãos, fazendo impossível a convivência social, consoante nos informa SARRECCHIA ⁷⁸:

⁷⁸ SARRECCHIA, Sergio. *Autotutela ou Direito com as Próprias Mãos no Direito Brasileiro?* Disponível em <http://blog.hsn-advogados.com.br/2007/12/20/autotutela-ou-justica-com-as-proprias-maos-no-direito-brasileiro/>

Hodiernamente, existindo um conflito entre duas partes, o Direito impõe que para solucionar o conflito, salvo, ainda, raras convenções arbitrais, se deve acionar a figura do Estado.

Desta feita, o Estado, através do Poder Judiciário, terá que pronunciar a vontade do ordenamento jurídico vigente, em relação ao conflito, ou, ainda, impor o cumprimento das suas decisões ou da vontade das partes, expressando o caráter declaratório ou executório do provimento jurisdicional.

Mas nem sempre foi assim! Nos primórdios da civilização, não havia a figura do Estado com força suficiente para impor o Direito acima da vontade dos particulares. Logo, não existia o Poder Judiciário para garantir o cumprimento do Direito.

Nestes tempos longínquos, a solução dos conflitos era alcançada através da somatória das forças dos interessados, vencendo o mais forte. Quando acontecia um crime, a repreensão se fazia através de vingança privada. Era o conhecido “olho por olho, dente por dente”.

Numa história mais recente, ainda ábdia, após este período de ausência total de jurisdição, o Estado avocou o jus punitonis (direito de punir), exercendo, inicialmente, e através de seus próprios critérios de avaliação, sem um juiz distinto, de forma impositiva e à sua conveniência.

Nesta fase inexistiam decisões calcadas nas leis, quanto menos decisões imparciais. É o que se denomina autotutela, ou exercício do direito pelas próprias mãos, caracterizada, essencialmente, pela ausência de um juiz imparcial e da imposição de vontade da parte mais forte.

Com o passar do tempo, a sociedade foi observando que o regime de autotutela não funcionava adequadamente, pois, obviamente, tendia a injustiças, assim, buscou-se estabelecer pessoas neutras (árbitros) para

dirimir os conflitos. Inicialmente, tal função era confiada aos sacerdotes que faziam prevalecer a vontade dos Deuses, surgindo, assim, a figura do juiz.

Isso explica a necessidade de encontrar outras formas alternativas que possam prover as soluções que o sistema público não está em condição de corresponder.

A arbitragem então pode ser uma das formas através das quais as pessoas encontrem o acesso a uma justiça eficiente administrada pelas mesmas partes, dentro de sua esfera de liberdade e no enquadramento de seus direitos disponíveis.

Em conclusão, entendemos que, se a jurisdição é uma autoridade e um poder do Estado (monopólio estatal) para aplicar as leis, em um território onde um tribuno exerce sua autoridade, com o poder de dizer o direito (*iuris discere*) e determinar a solução jurídica adequada para cada conflito. Então a arbitragem tem um conceito quiçá diferente daquilo que normalmente se conhece como jurisdição, porque emana do poder concedido pelo Estado à vontade das partes através de uma lei que lhes permite declinar da jurisdição estatal em favor da privada, portanto, uma tendência à jurisdição pedida pelas partes ao estado-juiz que deveria conhecer de um pleito ou causa e que se reconheça incompetente e se abstenha de conhecimento, declinando a favor de um particular para prorrogar a jurisdição e a estender a pessoas (árbitros ou colégios arbitrais) que antes não as conhecia e agora têm a capacidade legal e poder para julgar e decidir, por equidade ou por direito, as questões que lhes são apresentadas. Sobre esta questão, discute-se ainda se jurisdição é efetivamente monopólio do Estado, conforme se verifica na opinião preliminar de CARLOS GUILHERME LIMA ⁷⁹:

⁷⁹ LIMA, Carlos Guilherme de Abreu. *Lei de arbitragem: quebra do monopólio jurisdicional estatal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3442>>.

É fato evidente e incontroverso, o anseio social por uma prestação jurisdicional efetiva, baseada no trinômio: rapidez, segurança e efetividade. Até porque, o Estado, em um certo momento histórico, diante de um litígio que envolve algum dos seus administrados, assumiu a responsabilidade de dizer a quem o direito pertence. O Estado passou a ter o dever-poder, conquanto a imposição da sua vontade, ao substituir à das partes, é uma obrigação.

Na prática, obriga-se a garantir, aos súditos, a tutela dos direitos dos cidadãos, já que, ao proibi-los de escolher a forma mais adequada para pacificar seus problemas, diante da resistência de um direito, que, subjetivamente, possuem, torna-se, então, o Estado-juiz, único possuidor do monopólio da jurisdição.

Para agir desta forma, foi montado um sistema jurídico que o capacita a impor medidas aos membros da sociedade, através do uso de seu “imperium”, dentre as quais, a possibilidade de punir os infratores, de criar leis, organizar a máquina estatal, delegar competências administrativas, aplicar sanções, cobrar impostos, dentre tantos outros.

Entretanto, com a aprovação da Lei 9.307/96 – Lei da Arbitragem – o Estado distribui parte da competência que detinha com exclusividade, e possibilita, ao particular, declarar às partes, na forma de laudo (ou sentença) arbitral, o direito, de forma semelhante à sentença estatal.

Oportuno ainda o parecer de ANDREA RUSSAR⁸⁰:

Com efeito, com a implementação da Lei, criam-se mecanismos práticos (pois a arbitragem sempre esteve no ordenamento jurídico do país, embora, sem a aplicabilidade necessária para que, saísse da teoria legal,

⁸⁰ RUSSAR, Andrea. *O que é a jurisdição e quais são suas características?* Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/203261/>.

e, fosse implementada, na prática) pacificação social, desta feita, particular. Ressalta-se que esse ato, embora, disjunto da chancela do Poder Judiciário, produz efeitos semelhantes aos do ente estatal.

Porém, surge um questionamento acerca dessa matéria, pois se é certo que jurisdição advém dos termos "juris" — direito, e "dição" — do verbo dizer, (daí, dizer o direito), teria, ainda, o Estado, a partir da Lei de Arbitragem, o monopólio da jurisdição estatal?

Segundo os ensinamentos do professor FREDDIE DIDIER JÚNIOR:⁸¹

A jurisdição é atividade estatal essencial do Poder Judiciário, e como tal: é a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

E, finalmente, o professor JOAQUIM REZEK:⁸²

A arbitragem é uma via jurisdicional, porém não-judiciária, de solução pacífica de litígios internacionais", em que as partes devem escolher um árbitro, descrever a questão do conflito e a delimitação do direito aplicável.

4 – Arbitragem Interna e Internacional

Os três ramos do Direito que contemplam a matéria da arbitragem, de acordo com sua tendência, inicialmente são: o privado, processual civil e internacional, para depois converter-se em geral e específico Direito arbitral, que

⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Freddie. *Considerações sobre Arbitragem*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>.

⁸² REZEK, Joaquim F. *Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 352.

em alguns países já pertence ao currículo escolar do curso universitário. Em alguns países a matéria pode estar incluída no Código Civil, em outros, no Código de Processo Civil, no entanto, pensamos nós que a arbitragem, por ter conteúdo próprio, deve estar insculpida em uma legislação própria, como o fazem a maioria dos Estados.

Tanto o direito interno como o internacional em todas as legislações fazem da arbitragem um meio alternativo para a resolução de conflitos relacionados com questões de direitos disponíveis. Quando trata de questões internacionais que tenham como parte os Estados ou entre estes órgãos internacionais ou privados, se acostuma buscar paradigma na jurisdição de Haya, a sede da Corte Permanente de Arbitragem; mas se o conflito implica questões mercantis, em geral aplicam-se as regras da CNUDMI, a Comissão da ONU especializada em comércio internacional UNCITRAL.

Sobre a utilização da Arbitragem no Comércio Internacional, esta disciplina é demasiada útil nesta seara, visto tratar-se de um tribunal neutro a qualquer país e por isso sempre de eleição para os empresários, em face da confiabilidade que o mesmo inspira, e, ademais, por estar sob a tutela da OIT - Organização Internacional do Comércio e OMC - Organização Mundial do Comércio, órgãos gestores da ONU para tais questões, conforme nos orienta FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ⁸³ em seu trabalho intitulado *A Arbitragem Internacional como Sistema de Solução Privada de Controvérsias* publicado na revista jurídica eletrônica *Jus Navigandi*. Assim comenta o autor:

Embora já seja consagrada sua utilidade na esfera do Direito Público, a arbitragem assume especial relevo no âmbito privado, em especial no que tange ao Direito Comercial Internacional.

⁸³ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3260>>.

Com o incremento do fenômeno da globalização e a tendência de formação de blocos econômicos, cresceu a necessidade de meios jurídicos que assegurassem uma solução rápida, econômica, sigilosa e técnica para os conflitos de interesses que surgissem em decorrência dessas relações. Desse modo, para se garantir um tratamento equânime entre as partes, afastando a incerteza quanto a isenção de Tribunais locais ^[5] em conflitos entre nacionais e estrangeiros, implementou-se um sistema moderno de arbitragem.

A arbitragem é, assim, "uma via jurisdicional, porém não-judiciária, de solução pacífica de litígios internacionais." ^[6] As partes devem: escolher um árbitro, descrever a questão do conflito e a delimitação do direito aplicável.

A arbitragem tem como objetivo a solução do conflito através de árbitros escolhidos pelas partes, portanto de sua confiança. As principais vantagens desse sistema são a celeridade, a confidencialidade (o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros), a especialização (os árbitros podem ser técnicos) e a possibilidade de decisão por equidade.

Para os contratos internacionais justifica-se também pelos custos envolvidos (normalmente mais baixos do que em longas e desgastantes lides judiciais).

Na mudança do Século XX ao Século XXI, sobretudo depois da Convenção de Nova York em 1958, as legislações arbitrais da maioria das nações viram-se obrigadas a revisar seus conceitos mais elementares e se ajustar à realidade atual das convenções internacionais da arbitragem moderna para desenvolver novas leis mais compatíveis com seu tempo. Assim, questões como a autonomia e o acatamento das decisões arbitrais compatíveis e com amparo legal igual às sentenças judiciais,⁸⁴ homologação de laudo arbitral estrangeiro, recursos, medidas

⁸⁴ A maioria das legislações aceitava o procedimento arbitral, mas obrigavam à homologação do laudo arbitral pelo Poder Judicial para ter força executiva. Isso desincentivava o interesse pela

cautelares, decisão por equidade, questões administrativas e outras tantas mais, tiveram que ser incluídas para acompanhar as tendências deste novo tempo.

Efetivamente, a arbitragem interna pode dispor de duas forma legislativas: tanto o sistema monista, que só regula o modelo interno, também chamado doméstico; como o sistema dualista, que dispõe de duas forma, tanto a interna como a internacional. Este sistema dualista além de prever as questões externas, também considera internacional a arbitragem realizada em seu território. No entanto a inclusão atinge a arbitragem entre pessoas, seja física ou jurídica que tenham domicílios diferentes de seus países, além de que o objeto do conflito seja o comércio internacional.

Além das necessárias revisões legislativas internas para atualizar suas regras aos conceitos mais modernos a respeito da arbitragem internacional, também os países assim o fazem com interesse estratégico para atrair os investimentos estrangeiros mercantis para o âmbito interno de suas sedes, tal como a forma de neutralidade e com menor interferência do Poder Judiciário para atrair o desenvolvimento da arbitragem para seus países.

A questão *in casu*, além de tidas como investimentos econômicos, também se busca maior aproximação comercial com outros países, inclusive para a preferência por seus idiomas (“... para que não se efetue com referência a instituições de outro contexto cultural idiomático...”). Em especial tais mudanças legislativas podem ser aludidas a algumas legislações de países como: França (1981), Suíça (1987), Inglaterra (1996), Bélgica (1998) e inclusive a atual legislação da Espanha (1988 e 2003).⁸⁵

arbitragem, pois, as partes, além de submeter à arbitragem, teria ainda que estar submetidas à jurisdição propriamente dita.

⁸⁵ A Lei 60/2003, de 23 de dezembro, de Arbitragem (B.O.E. nº 309 de 26 de dezembro de 2003), caracteriza-se claramente por tal propósito, já que tal disposição está contida na exposição de motivos como prólogo da citada lei.

Quanto à legislação espanhola, nota-se do exposto que a Lei 36/1988, de 5 de dezembro, de Arbitragem, é tributária desta vocação, já dantes manifestada explicitamente no Real Decreto 1094/1981, de 22 de maio, que abriu as portas à arbitragem comercial internacional, tendo em conta que «o incremento dos relacionamentos comerciais internacionais, designadamente na área iberoamericana, e a inexistência de adequados serviços de arbitragem comercial internacional em nosso país determina que a utilização da técnica arbitral por empresários e comerciantes da citada área se efetue com referência a instituições de outro contexto cultural idiomático, com o efeito negativo que isso representa para Espanha e a perda que para nosso país significa a ruptura das vinculações com os citados países em matéria de tão crescente interesse comum.

Sua redação não responde, por isso, plenamente aos cânones tradicionais de nosso ordenamento, mas facilita sua difusão entre operadores pertencentes a áreas econômicas com as que Espanha mantém ativas e crescentes relacionamentos comerciais. Os agentes econômicos de ditas áreas adquirirão, por tanto, maior certeza sobre o conteúdo do regime jurídico da arbitragem em Espanha, o que facilitará e ainda impulsionará que se pactuem convênios arbitrais nos que se estabeleçam nosso país como local da arbitragem.

Estes por sua vez desenvolveram legislação própria através de seus Códigos Cíveis, Comerciais e Processuais: exemplos de Bélgica: Código Judicial, arts. 1676-1723; Dinamarca: Ata de Arbitragem Nº 181, 1972; Finlândia: Ata de Arbitragem, 1992; França: Novo Código de Processo Civil, arts. 1442-1507; Alemanha: Código de Processo Civil, Livro X, arts. 1025-1066; Grécia: (i) Código de Processo Civil, arts. 46-49, (ii) Decreto Presidencial Nº 31, 1979; Irlanda (i) Ata de Arbitragem, 1954, (ii) Ata de Arbitragem, 1980; Itália: Código de Processo Civil, arts. 806-840; Países Baixos: Ata de Arbitragem, 1986; Noruega: Código Processual Civil, 1915; Portugal: Lei Nº 31/86, 1986; Espanha: Lei 60/2003 de 23 de dezembro, de Arbitragem, BOE 7/12/1988, Nº 293; Suécia: (i) Ata de Arbitragem (SFS 1999:116), (ii) Ata de Arbitragem, Nº 145, 1929, (iii) Ata de Acordo de Arbitragens Estrangeiras e Laudos, Nº 147, 1929; Reino Unido: (i) Inglaterra, Ata

de Arbitragem Act 1996, (ii) Isle of Man, Ata de Arbitragem 1976, (iii) Escócia, Ata de Arbitragem, 1894; (iv) Escócia, Ata de Administração da Justiça, 1972, (v) Escócia, Ata de Reforma de Lei, 1990. Todos os países da América Latina também têm mecanismos arbitrais similares em seus próprios direitos internos.

No entanto, muitas das reformas das legislações internas de outros países, depois do ano de 1985, tiveram como tendência o seguimento da lei modelo instituída pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), de 21/06/1985. Há que anotar que além das nações acima citadas se incluem outras tantas: Canadá, Chipre, Austrália, Bulgária, México, Escócia, Federação Russa, Perú, Nigéria, Tunísia, Hong Kong, Ucrânia, Hungria, Egito, Cingapura e vários Estados do EE.UU. que incorporaram a Lei Modelo da UNCITRAL, integralmente ou em grande parte, em sua legislação interna.

Efetivamente, não há que esquecer também que a Lei Modelo da UNCITRAL (CNUDMI) é aplicável só à arbitragem mercantil internacional, já que foi aprovada por dita Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, com vistas a uma maior uniformidade desta espécie de arbitragem. Além do exposto, recorda-se que as novas leis arbitrais seguem a tendência de não permitir por parte dos órgãos arbitrais a possibilidade de que estes emitam medidas coercitivas, se reservando tal missão para os órgãos jurisdicionais quando lhas solicite, bem como medidas cautelares se houver previsão no convênio das partes.

No Brasil criou-se a legislação especial de arbitragem por meio da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, depois de quase um século de atraso, já que sua previsão anterior estava contida desde o Código Civil de 1916, tratado pelo Direito material no capítulo “do Compromisso”, e no Código de Processo Civil de 1973, impondo a necessidade de homologação do laudo arbitral pelo juiz do Poder Judiciário.

Assim, embora tardia como tantas outras legislações, a lei brasileira de arbitragem também teve que se atualizar e assim o fez com valentia, sobretudo pelo conteúdo do art. 18 o qual determina que “o árbitro é juiz de fato e de direito e sua sentença não fica sujeita à homologação do Poder Judiciário”. Ademais, incluiu no texto do CPC (art. 584, VI) que a sentença arbitral é um título executivo judicial, com a mesma força executiva da sentença do juiz.

Entendemos que foi uma solução mais que necessária para o Brasil deixar de ser uma ilha de resistência à arbitragem, dita pelo jurista francês RENÉ DAVID.⁸⁶ Assim comentou o festejado mestre francês, conforme ressaltado por PRISCILA MONTEIRO PEREIRA⁸⁷:

A Lei da arbitragem brasileira trouxe ulterior contribuição digna de nota. Antes de sua entrada em vigor, prevalecia o entendimento jurisprudencial de que a sentença arbitral não era dotada de força vinculante, fazendo-se necessária a sua homologação pelo Poder Judiciário. Este expediente retirava à arbitragem o que ela tinha de melhor: custo, celeridade e sigilo.

Com a lei 9307, a exigência homologatória não mais se faz presente, tendo a lei, em seu art. 31, vislumbrado a equiparação da sentença arbitral com a sentença judicial, ao dispor que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Com a eliminação destes problemas, a lei 9307 equacionou mecanismos aptos a imprimir a revitalização da arbitragem naquela que já fora apontada pelo renomado arbitralista francês René David como sendo uma “ilha de resistência à arbitragem.

⁸⁶ DAVID, René. *Op. Cit.* p.12. Conforme dito por muitos autores e ressaltado por PRISCILA MONTEIRO PEREIRA em *Arbitragem: os possíveis entraves à eficácia do procedimento arbitral*, disponível em- BuscaLegis.ccj.ufsc.br,

⁸⁷ PEREIRA, Priscila Monteiro. *Apud* René David in *Arbitrage dans le Commerce International. Op. Cit.*, p. 82.

O sistema brasileiro acolhe o pedido das partes ou do árbitro para a concessão de medidas coercitivas ou cautelares, se as solicita ante o órgão competente do Poder Judiciário. A exemplo de outras legislações, também acolheu em seu texto a norma da Convenção de Nova York de 10/06/1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, como a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 30/01/1975.

5 - O Sistema Arbitral segundo o modelo UNCITRAL (CNUDMI)

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional - CNUDMI – é a própria *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL, órgão subsidiário pertencente à Assembléia Geral das Nações Unidas.

Foi criada e estabeleceu-se a partir de 1966 com a finalidade de promover a harmonização comercial entre os Estados, que é o meio pelo qual podem ser modificadas as leis nacionais para aumentar a previsibilidade das operações comerciais transfronteiriças e a unificação progressivas do Direito mercantil internacional.

Os conceitos de harmonização e unificação do Direito mercantil internacional referem-se ao processo pelo qual vão se criando e aprovando normas jurídicas que facilitam o comércio internacional. Este pode ser obstaculizado por fatores como a falta de previsibilidade da lei aplicável ou a sobrevivência de leis obsoletas, inadequadas para a prática comercial.

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional assinala esses problemas e busca terminantemente soluções que sejam aceitáveis para os Estados de diferentes ordenamentos jurídicos e níveis de desenvolvimento econômico e social.

Uma lei modelo ou um guia legislativo exemplifica o tipo de texto cuja finalidade é harmonizar o Direito interno, enquanto uma convenção é um instrumento internacional aprovado pelos Estados para unificar o direito a nível internacional. Entre os textos preparados pela UNCITRAL/CNUDMI figuram convenções, leis modelo, guias jurídicos, guias legislativos, regulamentos e notas práticas. De fato, ambos os conceitos estão estreitamente relacionados.

A Comissão deveria ser composta por um número igual ao da maioria dos órgãos subsidiários da Assembleia Geral, ou por todos os Estados-Membros das Nações Unidas. No entanto, a UNCITRAL/CNUDMI está integrada por um número mais reduzido de Estados, a fim de facilitar seus deliberações.

Em sua origem, estava integrada por 29 Estados; esse número elevou-se a 36 em 1973, e a 60 em 2004. Essa composição é representativa das diversas regiões geográficas e dos principais sistemas econômicos e jurídicos do mundo. Na Comissão estão representados cinco grupos regionais: Estados da África; Estados da América Latina e do Caribe; Estados da Ásia; Estados da Europa Ocidental; e Estados da Europa Oriental.

De conformidade com seu mandato [alínea 9 da resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral, de 17 de dezembro de 1966], a UNCITRAL/CNUDMI terá presentes em seu trabalho "os interesses de todos os povos, particularmente os dos países em desenvolvimento, no progresso amplo do comércio internacional".

Os membros da Comissão representam as diversas regiões geográficas e são eleitos pela Assembleia Geral "tendo devidamente em conta a adequada representação dos principais sistemas econômicos e jurídicos do mundo e dos países desenvolvidos e em desenvolvimento". (*ibid*, parágrafo 1).

Os países em desenvolvimento desempenham um papel ativo na preparação de aprovação dos textos da UNCITRAL/CNUDMI. O compromisso da Comissão e da Secretaria de dar formação e prestar assistência técnica a esses países data de longo tempo e manteve-se constante.

A Assembléia Geral expressou também seu firme apoio a esse labor. Por exemplo, em sua Resolução 55/151, de 12 de dezembro de 2000, intitulada "Relatório da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional". Reafirma também a importância de rever, especialmente para os países em desenvolvimento, o trabalho de formação e assistência técnica da Comissão em matéria de Direito mercantil internacional, como a assistência na preparação de legislação nacional baseada nos textos jurídicos da Comissão.

Os membros da Comissão são eleitos por períodos de seis anos, e o mandato da metade deles expira a cada três anos. A assembleia da CNUDMI reúne-se uma vez ao ano, normalmente no verão, alternativamente em Nova York e em Viena.

A UNCITRAL/CNUDMI não faz parte da Organização Mundial do Comércio (OMC), pois é um órgão subsidiário da Assembléia Geral das Nações Unidas. A Secretaria da CNUDMI é a Subdivisão de Direito Mercantil Internacional do Departamento de Assuntos Jurídicos das Nações Unidas. De outra parte, a Organização Mundial do Comércio (OMC) é uma organização intergovernamental, independente das Nações Unidas.

A OMC e a UNCITRAL/CNUDMI ocupam-se de questões distintas. A OMC trata de questões de política comercial, como a liberalização do comércio, a eliminação dos obstáculos ao comércio, as práticas comerciais desleais e outras questões afins, enquanto a UNCITRAL/CNUDMI se ocupa do direito aplicável às operações mercantis internacionais entre particulares. Portanto, não se ocupa dos

problemas que se propõem e se resolvem entre Estados, como o *antidumping*, os direitos compensatórios ou as cotas de importação.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) é a única organização internacional que se ocupa das normas que regem o comércio entre os países. Os pilares sobre os quais se repousam são os Acordos da OMC, que foram negociados e assinados pela grande maioria dos países que participam do comércio mundial e ratificados por seus respectivos parlamentos.

Aprovada pela UNCITRAL/CNUDMI a 21 de junho de 1985, a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional tem por objeto ajudar aos Estados a reformar e modernizar suas leis sobre o procedimento arbitral a fim de que tenham em conta os traços peculiares das necessidades da arbitragem comercial internacional.

Regula todas as etapas do procedimento arbitral, desde o acordo de arbitragem até o reconhecimento e a execução do laudo arbitral e reflete um consenso mundial sobre os princípios e feições mais importantes da prática da arbitragem internacional. Seu regime resulta aceitável para Estados de todas as regiões e para os diferentes ordenamentos jurídicos ou sistemas econômicos do mundo.

Trata-se de uma lei com a explícita pretensão de conciliar e harmonizar a arbitragem comercial internacional como forma de instrumento único, aceito por todos os Estados para unificar de forma global as legislações internas e promover uma globalização jurídica mercantil.

Em nota explicativa da Secretária da UNCITRAL/CNUDMI sobre a lei modelo em arbitragem comercial internacional, esta esclarece que a mesma se trata de uma resolução obtida a partir da Assembleia Geral, a qual, no número 40/72 de 11 de dezembro de 1985, recomendou "que todos os Estados examinem devidamente a lei modelo sobre arbitragem comercial internacional, tendo em

conta a conveniência da uniformidade do direito processual arbitral e as necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional".

Além de dita recomendação e sem tantas conjecturas, passa a aludir a que a proposta responda ao propósito de resolver problemas relacionados com a situação atual das leis nacionais sobre arbitragem. A necessidade de aperfeiçoamento e harmonização baseia-se na comprovação de que as leis nacionais costumam ser inadequadas para os casos internacionais e de que existe uma notável divergência entre elas.⁸⁸

A análise mundial das leis nacionais sobre arbitragem evidencia notáveis divergências não só quanto às disposições e soluções concretas, senão também desde o ponto de vista da evolução e do aperfeiçoamento. Algumas leis, que às vezes datam do século XIX e que equiparam, com frequência o processo arbitral aos litígios ante os tribunais judiciais, podem ser considerado antiquadas. Outras podem ser qualificadas de fragmentarias, no sentido de que não regulam todas as questões pertinentes. Inclusive a maior parte das leis que, ao que parece, são modernas e completas, se redigiram tendo presente como fundamental, quando não exclusivamente, a arbitragem nacional. Apesar de que esse critério resulta explicável porquanto ainda hoje a grande maioria dos casos regidos por uma lei geral de arbitragem têm um caráter exclusivamente nacional, entranha desafortunadamente a consequência de que se impõem aos casos internacionais os princípios locais tradicionais e, em geral, não satisfazem as necessidades da prática moderna.

⁸⁸ Nota explicativa da Secretária da CNUDMI. Antecedentes da Lei Modelo. Insuficiência das leis nacionais:

6 - Questões jurídicas de Arbitragem

Fato público e notório, hoje já se considera fato incontroverso que a vontade da parte é elemento essencial para se constituir a arbitragem. Pensamos ao lado daqueles que comungam entender que a arbitragem jamais poderá ser compulsória, porque está implícita em sua essência jurídica o elemento volitivo como caracterizador deste instituto. No entanto, nem sempre foi assim, já que em alguns períodos e lugares, *in casu* a Espanha, teve, ou ainda há restrições para a arbitragem voluntária, segundo as palavras de JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ:⁸⁹

Numerosos os supostos de arbitragens forçadas em nosso direito histórico, assim, entre outros nosso Código de Comércio de 1829 a fez obrigatória entre os sócios, estabelecendo que em toda escritura de constituição de Sociedade devia ser consignado um pacto submetendo as questões entre sócios a árbitros, e ainda se mantém em algumas legislações, como Portugal, México, Argentina ou Chile, onde se distingue a arbitragem voluntária da necessária ou forçada.

A posição doutrinal espanhola mais recente é que entre todos os autores, embora defendam cada um deles seus pontos de vista, é que existe um ponto em comum, qual seja, a importância que se há de atribuir ao problema da solução que se adote e suas consequências práticas. Assim é como opina o Prof. ALMAGRO NOSETE:⁹⁰

A abstrusa questão da natureza jurídica da arbitragem não são experiências doutrinárias beirando ao bizantinismo, senão tomadas de posição que determinam as consequências práticas da arbitragem.

⁸⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. JMB Editor S.A., Barcelona, 1992, pp.30/31, *apud*: DE LA PLAZA, M. *Derecho Procesal Civil Español*. (apêndice a 4ª ed.). Madrid, 1934, p. 136.

⁹⁰ ALMAGRO NOSETE, J. *Estudios de Derecho Procesal en honor de V. FAIREN GUILLEN*. Valencia, 1990, p. 32.

Também participa da mesma opinião o Prof. GOMEZ DE LIAÑO,⁹¹ quando assim diz:

O tema da natureza jurídica não é puramente acadêmico, senão que é necessário fixar com precisão de uma forma prévia para entender adequadamente muitos dos problemas que sua aplicação apresenta, e em especial seu relacionamento inexcusável com a jurisdição.

Ainda seguindo os passos doutrinários além da corrente espanhola, no direito comparado brasileiro a questão não se altera muito, eis que a maioria defende a ideia de que trata-se de uma forma extrajudicial de resolução de conflitos que utiliza procedimento próprio, cuja discussão acerca da existência ou não de uma jurisdição arbitral, a maioria comunga o pensamento de tratar-se efetivamente de um equivalente jurisdicional.

A prestação jurisdicional prestada pelo Estado anda ruim em todos os lugares, porquanto estudos recentes demonstram que o sistema estatal de resolução de disputas enfrenta problemas em todo o mundo. Os estudos de CAVALCANTI⁹², ao cotejar a Justiça brasileira com outras, analisa três variáveis básicas (tempo, custo e isenção das decisões) que devam ser utilizadas para efetivamente comprovar sua eficácia e assim arremata:

É difícil encontrar algum país cujo judiciário apresente uma relação equilibrada entre elas na solução dos litígios. Se, por um lado, o Judiciário brasileiro é criticado pela sua lentidão e pela quantidade de recursos, o Judiciário norte-americano, muitas vezes usado como referência de eficiência, é criticado pelos seus custos e pelo excesso de estímulos à realização de acordos. Estudos

⁹¹ GOMEZ DE LIAÑO, F. *Arbitraje en Iberoamérica*. Discurso apresentado nas XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Mérida, 1990.

⁹² CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem e Mediação*. Revista do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Rios de Janeiro. 2011. p. 03.

demonstram que, desde 1985, apenas 1,8% das ações iniciadas chegaram a ser julgadas nos Estados Unidos.

Cite-se ainda os apontamentos de ZUCKERMAN⁹³, em que o autor analisa a crise mundial do Judiciário e seus efeitos na sociedade. Em seu entender, a maioria dos sistemas de solução de litígios apresenta sérias falhas, que comprometem a efetividade das Decisões. Assim são suas palavras:

“A sense of crisis in the administration of civil justice is by no means universal, but it is widespread. Most countries represented in this book are experiencing difficulties in the operation of their system of civil justice. Whether the difficulties take the form of exorbitant costs or of excessive delays, they have serious implications.

As we have seen, cost can place access to justice beyond the reach of citizens with limited means. Delays may render access to justice useless. Each of these phenomena may have many and varied ramifications for the social fabric. A denial of justice to the poor contributes to deprivation and social alienation. Delays can render the judicial protection of rights ineffectual, reduce the value of rights, adversely affect economic activity, and lead to economic distortions. Of course, there are always cost implications to justice, as we have observed, and there are inevitable delays. But no society can remain indifferent when cost and delay reach proportions that threaten the justice system as a whole”

Posto ditas considerações supra expendidas, entendemos que o instituto da arbitragem se nos apresenta a opção ideal para se buscar a satisfação de nossos interesses alhures ao Poder Judiciário, entretanto, pese a informalidade peculiar que reveste este procedimento, o mesmo, ainda assim para sua propositura deve respeito a determinados elementos que configuram a legalidade do ato jurídico perfeito que emana de princípios norteadores do melhor direito. Com tal ânimo,

⁹³ ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York, Oxford, 1999, p. 12.

pensamos salutar lembrar alguns institutos jurídicos que se apresentam como *conditio sine qua non* para configurar eficácia à arbitragem e como tal passamos adiante a enumerá-los e comentá-los, situando-os no universo jurídico que alberga nosso estudo em tela.

6.1- Elementos jurídicos constitutivos da arbitragem

Cediço que os institutos jurídicos agasalham elementos peculiares que constituem sua identificação dentro do universo em que situam, de tal modo que sua identificação se nos aparenta necessário a dita localização segundo sua natureza constitutiva.

Assim, cumpre-nos argumentar acerca destes quesitos com vistas a melhor identificar o instituto da arbitragem em seu conceito geral. Estes elementos constitutivos, segundo suas características podem ser:

- 1- o convênio arbitral representado pela cláusula compromissória e o compromisso arbitral de dão início à formação e instituição da arbitragem;
- 2- a figura do árbitro, sua importância, seus poderes e suas responsabilidades perante às partes e o Estado:
- 3- o *modus operandi* representado pelo procedimento arbitral que o legislador definiu para alcançar o desiderato jurisdicional,
- 4- o ato legal que define a questão nas linhas da sentença ou laudo arbitral, sua importância e executibilidade; e;
- 5- a forma de se impugnar uma decisão arbitral como ato definitivo antes de constituir-se em coisa julgada e ato jurídico perfeito.

Neste diapasão, cumpre-nos adiante tratar destes temas para melhor situar a matéria no universo jurídico e entendê-la como meio apto e alternativo à resolução de conflitos de ordem privada patrimonial.

6.1.1- A Convenção de Arbitragem ou Convênio Arbitral

Ao argumentar acerca do Convênio ou Convenção de Arbitragem que resulta da soma da Cláusula Compromissória com o Compromisso Arbitral, temos que dentro dos limites legais desta convenção, esta se nos aparenta soberana e como tal obriga as partes a respeitarem tudo o que ali estiver expresso e obrigatório. A convenção é voluntária, resulta da teoria da autonomia da vontade das partes, portanto, exigível e exequível se olvidada.

Entretanto, como a ciência do direito resulta da teoria do dever ser e nunca do ser, ciência humana, social e não exata, em nosso modesto entendimento situamos o instituto da arbitragem numa seara *sui generis*, eis que possui uma natureza jurídica híbrida, se vista pela ótica contratual ou procedimental, privada ou pública.

Assim, num primeiro momento resulta de um acordo de vontades em que as partes convencionam entre si a obrigatoriedade da regência do contrato sob a égide da arbitragem, vale dizer, trata-se de uma obrigação de fazer, ou de não fazer, se restou estabelecida a competência do Juízo arbitral, renunciando qualquer outro Juízo por mais privilegiado que seja, para dirimir quaisquer conflitos resultante do termo firmado, portanto, estamos diante da cláusula (expressa) *pacta sunt servanda*, com força obrigatória.

De outro modo, num segundo momento, visto sob a ótica do procedimento, ainda que convencionado pelas partes, estas terão que respeitar os limites da competência em razão da matéria, quer dizer, tão somente o direito disponível, além de voluntário e nunca compulsório, sob pena de ser anulada a sentença ou laudo arbitral (dependendo da legislação aplicável) se eivada de vícios de procedimento (*error in procedendo*) que excedam os princípios norteadores do

devido processo legal; neste caso sob a égide da cláusula (tácita) *rebus sic standibus*, eis que sujeito a fato resultante da teoria da imprevisão.

A doutrina pátria da lavra de MAGALHÃES⁹⁴ e CÂMARA⁹⁵ discute questões emergentes acerca dos elementos constitutivos que formulam a teoria desta matéria que emana do juízo de valor atribuído à convenção de arbitragem, base de sustentação de toda a estrutura arbitral, do mesmo modo que outra parte desta doutrina dissidente, que anota outros quesitos relacionados à natureza jurídica deste elemento arbitral, conta em suas fileiras nomes não menos ilustres da lavra de CAETANO⁹⁶ e SANTOS⁹⁷, ou ainda uma terceira, mista, encabeçada por DA SILVA⁹⁸, que esposa a ideia de que ambas se complementam e uma não vive sem a outra, são, em tese, gênero e espécie.

Entretanto, qualquer que seja o posicionamento doutrinal, uma coisa é certa, é unânime e uníssona eis que todos concordam com a autonomia da convenção de arbitragem redigida sob a égide da cláusula compromissória, vale dizer, ela é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade daquela, convalidando pois, a cláusula compromissória.

Nesta mesma linha, bem como informa Fouchard, Gaillard e Goldman, citados por CARREIRA ALVIM⁹⁹, as instituições vinculadas à common law, como a Câmara de

⁹⁴ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e Convenção de Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A arbitragem – Lei nº 9.307/96*, 3ª. ed. revisada. ampliada.e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

⁹⁶ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e Mediação*. São Paulo : Editora Atlas, 2002.

⁹⁷ SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário*. São Paulo : LTr, 2001.

⁹⁸ SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito de Empresa*. São Paulo : Editora RT, 2003.

⁹⁹ CARREIRA ALVIM , J.E. *Tratado Geral da Arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, p. 234.

Arbitragem Internacional de Londres e a Associação Americana de Arbitragem, reconheceram o preceito da autonomia em seus regulamentos nos moldes das Regras de Arbitragem da Uncitral, adotada em 1976. Ademais, registre-se ainda que o autor, citando Massimo Zaccheo, afirma que a doutrina tende no sentido positivo [a transferência do contrato acarreta a da própria cláusula arbitral], em vista da instrumentalidade da cláusula em relação ao contrato, sobretudo do seu caráter unitário, compreensivo da cláusula e do contrato cedido ao terceiro.

Como visto, o instituto da arbitragem reclama discussões e clamores pois desafia ao mais alerta dos estudiosos a contínua atenção, porquanto num dado momento preliminar pertence ao ramo do direito privado como contrato objeto do direito das obrigações (fazer ou não fazer), porém, dita obrigação se inadimplida, num segundo plano, resulta na consequência do *modus operandi* do procedimento aplicável à espécie, qual seja, indisponível eis que sujeito aos princípios basilares que norteiam o processo civil, gênero da espécie procedimento.

Com efeito, estamos diante de um instituto jurídico híbrido e *sui generis*, eis que não se pode esquecer que a Arbitragem reside num ramo bivalente do Direito Público/Privado, com características próprias e impróprias, o que *de per se* exige daquele que o estuda a cautela necessária para analisar seus meandros deste instituto, eis que relativo, dinâmico, questionável, polêmico, inserido dentro do Direito Privado, Direito dos Contratos, Direito das Obrigações, Direito do Consumidor; bem como do Direito Público, do Direito Processual Civil, todos objetos do Direito Constitucional como soberano em determinado espaço e tempo, dentro do Direito Privado Internacional como modelo alternativo nas relações comerciais internacionais.

Isto posto, por se tratar de um instituto que possui características próprias, como tal defendemos a tese de que a Convenção Arbitral pode ser definida como o

eixo que sustenta a Arbitragem, sua coluna dorsal, pois ali deve estar albergado e consignado tudo aquilo quanto se possa alcançar na autonomia da vontade das partes, de forma soberana e inquestionável, se respeitados os limites legais.

6.1.2- O árbitro

Figura central no procedimento arbitral, o árbitro representa o condutor do processo em que agasalha poderes exacerbados conferidos pelas partes que, em face da confiança que depositam em sua pessoa, bem como sua qualificação para decidir o pleito, o elegem de forma unânime para apresentar uma solução para a causa, respeitando e acatando sua decisão emanada de uma sentença ou laudo que faz lei entre as partes, depois de constituir-se em *res judicata*.

Instalada a arbitragem com a aceitação do árbitro, a questão agora passa para a via do procedimento convencionado ocasionando, assim, implicações de ordem prática, como por exemplo, a vinculação do árbitro como juiz de fato e de direito e a admissão do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* que significa a competência do árbitro para decidir sobre a sua própria competência, bem como acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Esta questão encontra clara explicação nas palavras de CARMONA¹⁰⁰, que define o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* como: “a competência do árbitro para decidir a sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia; enfim, avaliando a eficácia e extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via da cláusula compromissória quanto por meio do compromisso arbitral.”

¹⁰⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um Comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 120.

Ademais, sabe-se que o árbitro é o protagonista do processo, eis que investido na função por exclusiva expressão de vontade das partes, exerce seu mister jurisdicional com a mesma competência do juiz togado que, ao contrário, está investido na função por meio de concurso público, na forma de representante legal do Estado na condução do processo como agente de restabelecimento da paz social.

Na arbitragem a outorga de poderes para decidir a causa se dá pela convenção das partes, cuja participação no processo é fundamental para sua legitimidade, porquanto agindo segundo suas pretensões, as partes, por meio da cláusula compromissória, têm competência para eleger o foro, o árbitro, o procedimento, o lugar, o prazo, o custo e demais questões pertinentes, inclusive a execução do julgado.

Neste diapasão, nota-se que o procedimento arbitral difere-se radicalmente do judicial, vez que ali a regência é do árbitro, porém com total anuência das partes, enquanto que aqui as partes não têm nenhuma legitimidade na condução do processo. Sobre a função jurisdicional do árbitro, não reconhecida por muitos, eis que monopólio do Estado, entretanto atuando *ad hoc*, investido na função por iniciativas das partes, se comparada à função jurisdicional do juiz togado que não é escolhido por ninguém, senão por fatores alheios, legislativo processual, oportuno trazer à lume o entendimento de CHELOTTI¹⁰¹, nos seguintes termos:

A exclusividade de exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário decorre da concepção que sobreleva a importância do juiz no processo. Nessa concepção, o juiz é o único capaz de captar os sentimentos que dominam a sociedade em determinado período histórico e com condições de julgar os conflitos de forma solitária, com exclusão das partes no processo decisório

¹⁰¹ CHELOTTI, João Paulo. *Introdução ao Direito Arbitral no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19381>>.

(ativismo judicial). Ao adotar a concepção de que o juiz deve ser o protagonista do processo, seus adeptos ignoram a importância da participação de todos os sujeitos envolvidos no processo. Por isso, de acordo com essa concepção, o juiz, investido por meio de concurso público, exerce com exclusividade a função jurisdicional, transformando as partes em meros espectadores da onipotência judicial. Em decorrência da forma investidura do juiz e de seu suposto protagonismo no processo, o árbitro não poderia exercer função jurisdicional.

Dentre as funções do árbitro reside a instrução do feito que inicia-se pelo saneamento do processo para a tomada do depoimento das partes e oitiva de testemunhas, recolhendo-lhes argumentos e provas necessários à fixação de seu convencimento, para ao final optar pela solução mais consentânea ao direito e à justiça; compreendendo como saneamento a resolução de todas as questões fáticas e jurídicas trazidas pelos litigantes para ao final proferir a decisão que entregará a tutela pleiteada.

Do exposto, nota-se que o árbitro investido na função de juiz é juiz de fato e de direito e sua sentença ou laudo não fica sujeito à homologação do Poder Judiciário, por questão de competência absoluta em que as partes renunciaram a jurisdição estatal em pró da justiça arbitral, por ato legítimo de sua soberania, excluindo o juiz togado, cuja exclusão afasta qualquer hipótese contrária, eis que a convenção arbitral refere-se à revogação da jurisdição estatal, impedindo que o juiz examine o mérito de um feito submetido à arbitragem.

Neste passo, o juiz de direito ao receber uma eventual demanda em que haja uma convenção arbitral, deverá declinar sua competência e como tal extinguir o processo sem resolução de mérito.

6.1.3- O procedimento arbitral

Ao se discutir a questão procedimental da arbitragem, oportuno se nos aparenta lembrar que este instituto não se confunde com a propriedade do

procedimento judicial no contexto do processo, porquanto aqui citamos os dois modelos como comum e especial e suas subespécies de ordinário e sumário, bem como voluntário e contencioso. De modo objetivo reconhecemos que o procedimento arbitral possui regras próprias, *sui generis*, independente da regra procedimental do processo civil. Neste caso há o que a doutrina costuma chamar de “a integração da lei no procedimento arbitral”. Com efeito, nos termos conforme preconiza a doutrina de GUASQUE¹⁰², o procedimento arbitral é uma imensa lacuna, no que concerne aos efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos que ocorrem no seu curso, pois a lei de arbitragem normalmente se molda segundo as características próprias, assim, umas se orientam pelo modelo comercial e universal da UNCITRAL, outras conforme suas convenções sociais, consoante o caso da lei brasileira de arbitragem que dedica apenas quinze artigos (art. 19 a 33) para o procedimento arbitral, o que nos leva afirmar, que tais lacunas foram desejadas pelo legislador, que deixa seu preenchimento ao consenso das partes ou ao prudente arbítrio do árbitro.

Esta questão se mostra consignada no tempo e no espaço, em outras gerações e outros tempos, quando a lacuna da lei dava margem ao soberano ou aplicador da norma adaptá-la segundo suas necessidades. Em sentido histórico, o problema das lacunas da lei não é novo, porquanto já Aristóteles dele tratou de passagem na *Ética a Nicômaco* (V,13, II, 38 a I) e, mais cumpridamente, na *Arte Retórica* (I, 13, I, 374 a 28 - I 374b22). Distinguiu as lacunas desejadas pelo legislador das involuntárias. Na Catalunha, o aplicador da lei valia-se dos costumes; em Castela acudia o Rei. E assim, por diante, várias eram as maneiras de preencher as lacunas da lei.

Nos tempos modernos, algumas legislações indicam o remédio para a lei lacunosa. Neste raciocínio, nos dias de hoje podemos contemporizar que o

¹⁰² GUASQUE, Luiz Fabião. *O procedimento arbitral e os direitos das partes a partir da eqüidade. A criação de precedentes procedimentais*. Revista Eletrônica de Direito Processual volume II. Disponível em: www.arcos.org.br.

procedimento da arbitragem é de livre escolha dos interessados, na medida que esta liberdade apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios norteadores do processo, diga-se, em qualquer espécie de processo, judicial ou não. Portanto, a lacuna da lei é a janela pela qual o juiz, e no nosso caso o árbitro, deve preenchê-la segundo a característica que o caso requer.

Seguindo passos na seara do procedimento arbitral, não há dúvida de que a peculiaridade arbitral da informalidade deve ser respeitada segundo a convenção das partes ou da escolha do árbitro, porquanto a condução do caso deve seguir as regras de direito ou de equidade, consoante convencionado, respeitados os princípios que garantam a legalidade do procedimento. Encontramos exemplos nas linhas de ARENHART¹⁰³ que bem define certas peculiaridades do procedimento arbitral, conforme assentua-se:

Não se pode, por conta disso, aceitar – ainda com a concordância das partes do processo arbitral – o estabelecimento de procedimento que não admita, ou que restrinja o direito ao contraditório e à ampla defesa. Sequer se pode – dada a função e a essência do processo arbitral – admitir o chamado contraditório diferido, ou seja, aquele realizado após a prolação de decisão provisória pelo juízo arbitral. Isto porque a arbitragem não tem o escopo de lidar com situações de urgência, nem é dotada das garantias necessárias a controlar esta postecipação do contraditório. Assim, considerando que esse contraditório diferido – do mesmo modo como o contraditório limitado, que não admite o exame aprofundado dos fatos ou a dedução de toda matéria pertinente ao caso – é excepcional, apenas se justificando se presente alguma outra garantia constitucional em risco (aplicando-se o critério da proporcionalidade, que somente pode ser adequada e definitivamente examinado pelo Poder Judiciário), resta patente que não pode ele ser tolerado no processo arbitral, mesmo com a aceitação dos interessados.

¹⁰³ ARENHART, Sergio Cruz. *Breves observações sobre o procedimento arbitral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7161>>.

Deste modo, o procedimento arbitral respeita o mesmo critério judicial, vez que observa a sequência de atos concatenados entre si desde o impulso preliminar da parte interessada na fase postulatória, passando pela fase instrutória até alcançar o livre convencimento do julgador na fase derradeira e decisória em que a soma dos atos deve convergir para o final da resolução da causa.

Neste contexto, recolhemos do exposto a assertiva de que em se respeitandoos princípios norteadores que balizam o processo e com ele o procedimento, qualquer que seja a regra estabelecida na convenção ou instituída pelo árbitro será válida, mapeando dessa forma os caminhos que serão percorridos ao longo da marcha processual condicionada ao procedimento arbitral, eis que se o fim justifica o meio, então, neste diapasão o procedimento arbitral eleito terá alcanço seu desiderato precípua de pacificação social.

6.1.4- O laudo ou sentença arbitral

Algumas legislações denominam a conclusão do procedimento arbitral como laudo arbitral, outras, sentença arbitral, mas, seja como for, o propósito de qualquer uma delas não será outro senão pôr termo à questão resolvendo e decidindo a causa. A arbitragem internacional tem como referência a normativa da UNCITRAL, que regulamenta a composição de conflitos nas questões de comércio internacional, conforme avalia NADIA ARAÚJO¹⁰⁴ em suas preleções.

Outrossim, a decisão final da controvérsia para alcançar sua finalidade e furtar-se de possível anulação posterior, deve acatar certos requisitos de admissibilidade e validade, com vistas à garantia da propositura de execução em caso de inadimplência.

¹⁰⁴ ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A questão em tela se demonstra *conditio sine qua non*, de tal modo que iniciada a demanda por meio da propositura do feito, após verificada a admissibilidade deste com respeito às condições da ação e os requisitos de validade, nada poderá ocorrer em seu interstício que venha contaminar os atos procedimentais que desaguem no laudo ou sentença arbitral.

Verificada a legalidade de tais atos a decisão final presente no laudo ou sentença obrigatoriamente deverá ser instruída com os seguintes requisitos:

- I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;
- II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
- III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
- IV – a data e o lugar em que foi proferida.

Pertinente ao laudo ou sentença arbitral, qualquer que seja, devem estar sustentadas por algo que confira-lhe legalidade e como tal reforçada pelo princípio da demanda, que resulta da provocação da parte, ato necessário à propositura do feito e defeso ao árbitro agir de ofício, qual seja, impossibilita qualquer ato que não esteja nos limites convencionados no convênio arbitral, de tal modo que a decisão final arbitral será nula de pleno direito se não respeitado dito princípio, eis que ao afrontar o princípio da demanda a decisão poderá estar eivada de vícios *ultra petita*, *extra petita* ou *citra petita*.

Ultrapassadas as etapas que delineiam o procedimento arbitral, estas alcançam o ápice de seu desiderato na fase decisória quando se prolata o laudo ou sentença arbitral, momento em que o árbitro encerra sua participação no feito pondo termo à causa. De modo análogo ao processo judicial, a decisão final na

arbitragem faz lei entre as partes, conforme preconiza PEROT¹⁰⁵, ao afirmar que embora o laudo arbitral não emane de um órgão do Estado em sentido jurídico material, é ele substancialmente equiparável a uma sentença, "pois participa do mesmo caráter imperativo desta e possui a autoridade da coisa julgada".

De igual modo ao se cotejar a decisão final arbitral com a judicial, segundo seu alcance, também se pode diagnosticar a finalização do procedimento arbitral em sentença terminativa ou definitiva, eis que no primeiro caso não se adentrando ao mérito da questão, apenas opera a coisa julgada formal, oposto do segundo caso que julga o mérito e faz coisa julgada material, portanto imutável após seu trânsito em julgado. Este último quesito, vale dizer, ultrapassado o prazo prescricional *in albis*, sem que a parte interessada tenha questionado sua validade ou nulidade junto ao Poder Judiciário.

As sentenças ou laudos arbitrais possuem classificação segundo o objeto da lide a ser definido, cujo resultado deve ser almejado podendo então ser classificadas em declaratórias, constitutivas e condenatórias: nesta ordem, serão meramente declaratórias as sentenças arbitrais que se limitem a afirmar a existência ou a inexistência de relação jurídica ou a falsidade de documento; serão constitutivas as sentenças que, além de declarar que um dos litigantes tem direito ao que pede, acrescentem a constituição a modificação ou a extinção de uma relação jurídica; e, por derradeiro serão condenatórias as sentenças arbitrais que, além da declaração do direito, impuserem ao vencido o cumprimento de uma prestação de uma obrigação, nos termos consoante informa VITAGLIANO¹⁰⁶.

Ademais, a hodierna legislação arbitral vigente na comunidade jurídica internacional, tal como adotou a normativa brasileira, determina que a sentença

¹⁰⁵ PEROT, Abeledo. *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. II, 1990, p. 506.

¹⁰⁶ VITAGLIANO, José Arnaldo. *Limites da coisa julgada e recursos na arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2226>>.

arbitral, por si só, produzirá entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória constituirá título executivo, cuja efetivação se dará no foro judicial competente para a execução do julgado, afastando a Justiça Arbitral por carecer o árbitro de poder coercitivo e de império, prerrogativa que garante o juiz estatal.

Assim como a sentença estatal, o laudo arbitral deve incidir sobre todos os pontos controvertidos suscitados pelas partes, não se admitindo sentença arbitral alheia ao pleito, porquanto o árbitro ao proferir sua decisão final estará encerrando sua participação no feito, não podendo mais, sob qualquer pretexto alterar o resultado final e reformar sua decisão, exceto nos casos específicos de erro material grosseiro, hipótese em que deverá ser solicitado por ambas as partes, ou, ainda, em virtude da vontade das mesmas, o que constitui prorrogação da jurisdição privada.

Outrossim, em se tratando de erro material ou na ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição, haverá todavia a oportunidade da parte prejudicada de requerer esclarecimento ao árbitro com vistas à sua retificação, nos mesmos moldes sugeridos pelo processo civil para a oposição de embargos de declaração.

Conforme preconiza a maioria das legislações arbitrais, em regra, o laudo deverá ser formalizado em documento escrito e necessariamente firmado pelo árbitro único ou por todos os árbitros, quando se tratar de tribunal, portanto órgão colegiado, dispõe que se um dos árbitros, ao discordar do voto da maioria de seus colegas, ao se recusar a assinar o laudo em conjunto, deverá firmá-lo em documento apartado, fundamentando seu voto, sob pena de nulidade do laudo, conforme definido nos regulamentos de arbitragem dos diversos órgãos

institucionais, inclusive no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, de 28 de abril de 1976, consoante analisa GUERREIRO¹⁰⁷.

Com efeito, o direito comparado estudado por autores especializados em Direito Internacional, do quilate de REZECK¹⁰⁸ e SANTOS¹⁰⁹, nos permite avaliar o alcance e a abrangência da norma interna quando analisada à luz da norma alienígena, proporcionando elementos e definindo caminhos a serem seguidos nos ajustes que possam ser retificados na normativa vigente, conforme ocorre com a legislação europeia orientada pelas diretrizes da comunidade em sua proximidade, ou entre nós, na aplicação às regras do Mercosul.

6.1.5- Da impugnação do laudo ou da sentença arbitral

Entendeu o legislador ao regulamentar o instituto da arbitragem que o princípio do duplo grau de jurisdição não se aplica a este método alternativo de resolução de conflito, vez que ao agasalhar outro princípio, qual seja, o da vontade das partes, exteriorizado na cláusula compromissória, as partes em sua soberania dispositiva conferem ao árbitro o poder de exarar sentença ou laudo sem que este se sujeite à homologação do Poder Judiciário.

Neste diapasão, tem-se que a competência absoluta conferida ao árbitro para apreciar e julgar o feito, afasta qualquer possibilidade da matéria ser revista pelo órgão estatal por estreita carência de poder discricionário oficial. Entretanto isso não quer dizer que fica definitivamente afastado o Poder Judiciário de rever a

¹⁰⁷ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 135.

¹⁰⁸ REZECK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1991.

¹⁰⁹ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

decisão final proferida, quando esta interferir nas garantias do cidadão no que tange a ameaça de seu direito ou perigo de causar-lhe dano de difícil reparação.

Sob esta conduta, o Estado que tem o dever de portar-se com tutelador do indivíduo há de avocar para si o controle externo da legalidade do julgado arbitral, permitindo que a parte prejudicada reclame possíveis comportamentos comprometedores do árbitro ou do procedimento utilizado na causa julgando-a nula de pleno direito.

Isso quer dizer que o Poder Judiciário ao decretar a nulidade da decisão arbitral, avoque a si a competência única para julgar a nulidade e não o mérito, eis que esta já fora declinada pelas partes no momento da opção pelo procedimento arbitral, o que torna o juiz estatal totalmente incompetente para apreciar o feito em sua plenitude, obrigando-lhe a devolver ao árbitro a competência para reapreciar a causa após sanar os vícios que contaminaram o feito.

A questão que envolve a anulação da sentença arbitral se nos aparenta referir-se ao contexto geral do ato, porquanto deve versar sobre todos os elementos que comprometeram o feito, situações tais como: a intromissão na seara dos direitos indisponíveis, a ofensa à ordem pública, infrações de ordem constitucional, conluio do árbitro com uma das partes ou até mesmo a existência de simulação entre as partes com o fito de fraudar terceiros.

O esforço histórico da impossibilidade de impugnação do laudo ou da sentença arbitral, de acordo com o tempo e o espaço deste contexto, faz com que as principais legislações pelo mundo afora se ocupem deste princípio, ressaltando porém que existe a garantia constitucional da inafastabilidade de jurisdição tutelada pelo Estado ao direito do cidadão, quer dizer, ainda que não exista a possibilidade de recorrer-se do laudo ou da sentença em sua própria instância, afastando sua revisão, sob esta ótica entenda-se como respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição, a Justiça Comum, porém se limitando tão somente a rever questões de

ordem procedimental e não o mérito, em face da competência da matéria ser absoluta ao juízo arbitral.

Sobre esta questão de revisão do Poder Judiciário limitada ao procedimento legal, oportuno trazer à luz a opinião de juristas no tema, a exemplo de SHIMURA¹¹⁰ e de STRENGER¹¹¹, que segundo este autor último, assim se opera dita hipótese: *O elemento constante deste artigo é meramente exemplificativo, porquanto várias outras situações podem gerar nulidades, como, por exemplo, decisões que ofendem a ordem pública, a corrupção, arbitragem que verse sobre direitos indisponíveis, a fraude, etc. Contudo, a evidência de circunstâncias que envolvam o rol dessa disposição invalida a sentença em sua totalidade.*”

A nulidade a ser decretada pelo juiz estatal pode ser decorrente desde vícios verificados ainda no compromisso arbitral, que é um dos principais antecedentes que vislumbram a propositura do procedimento arbitral, sendo a essência do objeto perseguida pela sentença que se anuncia nula de pleno direito se eivada dos vícios que assim serão declarados.

Importante ressaltar que sob esta ótica estará sendo declarada a nulidade do negócio jurídico em geral, contaminando a sentença, entretanto em nada interfere no convênio arbitral que é autônomo por si só em relação a qualquer outro quesito analisado, portanto se houver a nulidade da sentença o contrato continuará válido, mantendo-se portanto, a competência arbitral em sua integridade para processar e julgar quaisquer questões relacionadas ao pacto firmado entre as partes em sua legitimidade de expressar a vontade de contratar sob a égide do juízo arbitral, consoante o entendimento comum de CRETELLA¹¹² e PARIZATTO¹¹³.

¹¹⁰ SHIMURA, Sérgio. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2001.p.695.

¹¹¹ STRENGER, Irineu. *Comentários a lei da arbitragem*. São Paulo: LTR, 1998. p.161.

¹¹² CRETELLA Neto, José. *Comentários à lei da arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p.174.

Finalmente, ao encerrar este assunto, cumpre-nos salientar que as características peculiares que envolvem e disciplinam a arbitragem são *sui generis*, eis que se trata de um micro sistema com normativa própria, porém sujeita à ordem pública, impondo-lhe o respeito ao direito do indivíduo consagrado em cláusulas pétreas e garantidos nas principais Constituições, mormente às regras anunciadoras dos princípios basilares que garantem os direitos do cidadão, seja ele consumidor ou jurisdicionado.

6.2- A natureza jurídica da arbitragem

Forçoso é propor-se o problema da natureza jurídica de uma matéria toda vez que se começa o estudo de qualquer instituição jurídica. Assim o é também a necessidade de não apartar do tema este significantemente tema para não estreitar as linhas básicas da arbitragem. Assim devemos fazer também com respeito ao nosso tema de estudo.

Para nós, salvo melhor juízo, entendemos que para se situar um tema em uma determinada classe de estudo, devemos *ab initio* posicioná-lo naquilo que pensamos pertencer, estar contido, ou seja, situar-se preliminarmente no conjunto gênero para depois posicioná-lo na espécie, vez que a disciplina deve estar contida numa determinada classe, ramo ou linhagem que a agrega e a sistematiza. Sob este contexto pensamos que seria como perquirir a que família pertence determinado instituto.

A doutrina majoritária aqui melhor representada por PLÁCIDO E SILVA¹¹⁴ busca explicar o fenômeno da natureza jurídica como instituto afim enquadrado

¹¹³ PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem. Comentários à Lei 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 1997. p.102.

¹¹⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* – volume 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

num determinado sistema e assim o faz situando-o de forma coesa e coerente com aquilo que procuramos entender onde deve localizar determinada disciplina, para dela sacar o verdadeiro sentido que a matéria busca explicar.

No presente caso para alcançar dito desiderato devemos situar o instituto da arbitragem num determinado contexto jurídico, qual seja, devemos partir da premissa maior para a menor e entender a que esta espécie pertence, a que grupo ou classe de negócio jurídico faz parte.

Preliminarmente partimos do direito público para saber se este ramo agasalha a matéria. Pode ser, se o observarmos como um procedimento alternativo para solucionar conflitos de interesses e restituir a paz social, que *de per se* é similar ao escopo do processo.

Sob outra ótica, o direito privado também o agasalha, já que trata-se de um contrato que reflete a vontade dos contratantes, firmado entre as partes e constituindo-se num negócio jurídico perfeito, onde estas pactuam livremente entre si uma cláusula compromissória, comprometendo-se em designar um foro arbitral competente para dirimir quaisquer litígios decorrentes do surgimento de conflitos no curso do negócio e levar somente à arbitragem todo e qualquer problema para que esta resolva e solucione o conflito, renunciando de imediato qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

Vários autores, conforme citamos a seguir definem a natureza jurídica de acordo com o instituto em comento, e assim o fazem segundo a ótica destacada para o caso em tela, de que ora nos valemos para auferir o que de melhor possa representar a justificativa para a natureza jurídica da arbitragem.

Dentre muitos, juristas da grandeza de MEIRELES¹¹⁵, ou de VENOSA¹¹⁶, ao se perguntarem pela natureza jurídica de um instituto, procuram descobrir sua "essência", para enquadrarem-no em alguma das categorias gerais do direito, com o fim de determinar as normas aplicáveis ao mesmo.

Segundo os ensinamentos de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO¹¹⁷, ao indagar-se a respeito da natureza jurídica de determinada figura, deve o estudioso do direito cuidar de apontar em que categoria se enquadra, ressaltando as teorias explicativas de sua existência. Conforme preceitua o magistério de MELLO¹¹⁸, afirmar a natureza jurídica de algo é, em linguagem simples, responder à pergunta: que é isso para o direito.

Neste diapasão cediço que a natureza jurídica pode ser definida como a "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação". "É o conjunto ou essência de um ser".

Não obstante, buscar a natureza jurídica de um instituto do direito é se questionar sobre o enquadramento deste instituto em uma das categorias gerais do direito.

Ademais, não nos olvidemos que ocorre outra situação no instituto da arbitragem e nesta há que se despregar duas questões muito relevantes e que podem alterar sua natureza; isto é, uma: a decisão arbitral transitada em julgado; outra: a decisão arbitral que precisa da homologação judicial. Isso se explica

¹¹⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

¹¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direitos reais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Volume I*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de Existência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

porque antes se justificava a discussão antiga da doutrina que se dava em três ramos diferentes: os privatistas-contratualistas, os jurisdicionalistas-publicistas e os intermediários, eis o que nos explica a doutrina de BARRAL¹¹⁹:

Uma tal afirmação merece ser melhor fundamentada. O prolongado debate sobre a natureza jurídica de arbitragem separa dois lados contendores e irreconciliáveis. Os denominados contratualistas vêem no instituto uma obrigação criada por contrato, circunscrevendo-se sua natureza às conseqüências derivadas dos pactos em geral. Do outro lado, os jurisdicionalistas persistem em afirmar a natureza jurisdicional da arbitragem, sustentando sua equivalência com a função do juiz estatal.

Os argumentos contratualistas se baseiam na constatação de que: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem. b) o caráter fundante da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto a jurisdição se assenta na soberania do Estado; c) o árbitro não compõe a estrutura judiciária; d) o laudo arbitral não tem sua coercibilidade assegurada.

*Os jurisdicionalistas não refutam tais constatações, mas pretendem revisar os elementos constitutivos do conceito de jurisdição. Desta forma, sustentam que o *juris dicere* é protagonizada pelo árbitro, e sua perfeição jurisdicional se efetiva, independentemente da execução futura, de caráter administrativo e não jurisdicional. Assim, por exemplo, a jurisdição dos tribunais, a quem não cabe a execução de suas decisões, mas que conhecem definitivamente do litígio.*

6.2.1 – O princípio da teoria da autonomia da vontade

Recepcionando o preconizado pelo ilustre jurista BARRAL, conforme exposto, sentimos que dentre os princípios norteadores do sistema de arbitragem, o

¹¹⁹ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000. p. 71. Retirado de: http://www.ite.com.br/revista/rev_21/rev_21_4.htm .

principal reside na questão da teoria da vontade das partes, eis que ali se funda o nacedouro do instituto e como tal a gênese privativista deposita todos os seus pilares de sustentação na base desta disciplina.

Visitando alguns autores hóspedes costumeiros do Direito Privado que correlacionam a arbitragem em suas hostes, entre eles, ALEXY¹²⁰, BOSCO LEE e VALENÇA FILHO¹²¹, BASTOS¹²², BEGALLI¹²³, etc, assim também entendemos e comungamos com tal assertiva, a qual ratificamos para colacionar dito ensinamentos nos seguintes termos:

A autonomia da vontade é um princípio (no sentido apresentado por Robert Alexy onde os princípios se diferenciam das regras na medida em que aqueles podem ter maior, ou menor, aplicação de acordo com o caso concreto, enquanto que estas somente podem ser aplicáveis, ou não-aplicáveis) do direito obrigacional, e que é um dos fundamentos da arbitragem.

Pode ser apresentado como corolário do direito de liberdade, segundo o qual as partes são livres para pactuarem como quiserem (desde que respeitados alguns limites mínimos, conforme se verá adiante).

Outro princípio relacionado com o da autonomia da vontade é o princípio do pacta sunt servanda, de modo que as partes são livres para acordarem o que quiserem, e, justamente por isso, o contratado deve ser cumprido. Ou, dizendo de forma diferente, a autonomia da vontade somente existe porque o que for pactuado será cumprido, mesmo que a força.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa por ocasião do Curso de Especialização *latu sensu* em Direito Constitucional pelo IBDC - Inst. Bras. de Dir. Constitucional - em parceria com a FDSM - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Rio de Janeiro em 10.12.98. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

¹²¹ LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem no Brasil*. 1ª ed., Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001.

¹²² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. (trechos) 20ª ed., São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

¹²³ BEGALLI, Paulo Antônio. *Prática forense avançada*. 1ª ed., Belho Horizonte: Del Rey, 2001.

Pode-se, assim, conceituar-se o princípio da autonomia da vontade como sendo a possibilidade de, em certos casos autorizados por lei - direitos disponíveis -, as partes convencionarem, livremente, o que lhes aprouver a cerca de seus direitos e deveres, de maneira que, o que for pactuado será juridicamente exigível, ou, não sendo a exigibilidade possível, dará ao credor a possibilidade de pedir indenização por perdas e danos decorrentes do não cumprimento da obrigação convencionada.

Entretanto não se pode olvidar que a autonomia da vontade, bem como todos os outros direitos fundamentais, não é absoluto, pois sofre também as limitações da ordem pública. Neste diapasão, a autonomia da vontade é limitada, sobretudo quando se trata de questões de direitos indisponíveis, como por exemplo as matérias relacionadas com alguns ramos do direito na ordem das questões de Direito Constitucional, Administrativo, Processual, Tributário e Penal, dentre outros, eis que o espaço da vontade encontra-se delimitado pelas linhas dos Direitos Fundamentais.

A autonomia da vontade pode ser considerada como um dos componentes essenciais da proteção à liberdade tutelada constitucionalmente aos indivíduos, ela incide no âmbito das escolhas individuais, na esfera atribuída pelo Direito para auto-regulação das relações privadas. É, portanto, segundo prelecionam PIRES e REIS ao citarem AMARAL NETO¹²⁴, um dos princípios basilares do direito privado, segundo FACHIN¹²⁵ é “a pedra angular do sistema civilístico”. Nesse sentido, AMARAL¹²⁶ refere que:

¹²⁴ MARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.

¹²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial*. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

¹²⁶ AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 334.

A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado.

Outros autores como MALOSÁ e SILVA¹²⁷, ao citarem ALMEIDA¹²⁸, relacionam a autonomia da vontade das partes com a cláusula compromissória da arbitragem como forma de contrato e preceitua que os princípios gerais do contrato ganham dimensão axiológica mais dinâmica, em denso atendimento aos valores da solidariedade e da cooperação, ao observar que o contrato destina-se a atender interesses sociais relevantes numa sociedade de consumo e de produção, massificada por interesses multifacetados e até antagônicos. O contrato deixa de ser apenas um instrumento jurídico, de interesses puramente interpessoais ou de operação de proveitos, com fins econômicos. Vê-se nele profundidade e a responsabilidade social dos contratantes, atuando com probidade; seu conteúdo deve importar nos fins de justiça e de utilidade, em superação do egocentrismo individual, onde tende a permear a fragilização do débil e a dominação do mais forte.

Finalmente, acerca do tema em comento, pensamos que a autonomia da vontade revela-se como ponto nodal no conceito privado do contrato que garante o instituto da arbitragem, e que faz-nos saber que jamais se poderá admitir qualquer espécie de arbitragem, cuja vontade não esteja estampada de forma explícita e incontestável, eis que sem este atributo a matéria se esvai nos vícios de

¹²⁷ MALOSÁ JR, Francisco Carlos e SILVA, Rafael de Souza. *Autonomia da Vontade e o Dirigismo Estatal nos Contratos*. REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano I - nº 1, p. 178.

¹²⁸ ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho; MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4.ed., t.II. (Aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.266.

consentimento e contamina todo o negócio jurídico entabulado entre as partes, condenando-o à nulidade absoluta por flagrante antijuridicidade eivada em seus basilares princípios constitutivos.

6.2.2 – A teoria privatista/contratualista

A origem da doutrina privatista localiza-se na Itália, onde se desenvolveu esta importante escola que teve entre tantas figuras nomes de prestígio como os de CHIOVENDA, ROCCO e SATTA.

Esta teoria privatista baseia-se em conceber a arbitragem como um contrato privado, onde as partes se obrigam pela cláusula compromissória, sob a rubrica do *pactua sunt servanda*, a respeitar o que foi contratado, se obrigando as partes a aceitar a decisão de um terceiro, o que se traduz em uma absoluta manifestação da autonomia negocial das partes e que, portanto se situa no âmbito do Direito privado, pois se quem nomeia os árbitros são as partes, determinando os limites de seu ofício, isso não é uma questão de Direito público, já que as funções do árbitro não são equiparadas as do juiz.

Em Espanha o principal defensor desta tese foi GUASP DELGADO,¹²⁹ considerado como o paladino da postura privatista em terras da Península Ibérica, que além de outros tantos, foi um dos defensores da regulação positiva da instituição, em especial, a exigência de homologação do laudo ante o pretor. Outro jurista espanhol, BECEÑA,¹³⁰ defendeu a natureza privada e substitutiva do processo público da arbitragem, considerando que os poderes do árbitro, são como os de um juiz, mas, derivados de uma decisão das partes.

¹²⁹ GUASP DELGADO, J. *El arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona, 1956, pp. 23 e ss.

¹³⁰ BECEÑA, F. *Notas de Derecho Procesal Civil*. Litografía. Tomadas por Perales y Enciso. Madrid, 1932, p. 573.

Assim era o pensamento de CHIOVENDA:¹³¹

O árbitro não é servidor público do Estado, não tem jurisdição, nem própria nem delegada...; suas faculdades derivam-se da vontade das partes expressas de conformidade com a lei; sua decisão (sentença arbitral ou laudo) é irrevogável pela vontade das partes, mas não é executiva". "o compromisso trata-se de um contrato que pertence propriamente ao direito privado, mas não tem uma importância processual negativa, assim que dá às partes uma exceção processual. O julgamento dos árbitros que se recolhe no laudo é a preparação da matéria lógica da sentença, já que... é e permanece ato privado porque é ato de um particular; e quando deve ser executado é elevado ao nível de um ato jurisdicional; em outros termos, laudo executivo quer dizer um ato complexo no que o ato particular tem a matéria lógica e o ato do órgão público a matéria jurisdicional de uma sentença.

Adepto à corrente privatista o Prof. italiano SALVATORE SATTA¹³² entende o fato de que a parte ao buscar na pessoa do árbitro um acordo, renuncia tacitamente à jurisdição e à ação para solucionar o conflito. Entende que o árbitro não tem poder jurisdicional para impor sua vontade, quando precisa de coerção para aplicar sobre a parte que incumpra sua decisão, sendo a Arbitragem um julgamento de equidade que substitui a aplicação da lei de acordo com a vontade das partes.

6.2.3- A teoria publicista/jurisdicionalista

O segmento publicista destaca a feição processual que emana do contrato de compromisso, apontando à sinonímia existente entre o laudo arbitral e a sentença judicial, no entanto, mais importante que isso é a responsabilidade

¹³¹ CHIOVENDA, G. *Princípios de Direito Processual Civil*. Trad. J. Casam Santaló. T. I., Madri, 1922. pp. 127 e ss.

¹³² SATTA, Salvatore. *Contributo Alla Dottrina dell'Arbitrato*. Milano, Giuffrè, 1969, pp. 43 e ss.

atribuída ao árbitro, a partir do momento de sua investidura estatal dando cunho de legitimidade às suas decisões, constituindo lei entre as partes e em nome do estado/juiz com todas suas prerrogativas e importância, fazendo de seu labor uma atividade eminentemente jurisdicional.

Seguindo o caminho da doutrina majoritária, conforme às opiniões emitidas no início do século XX, ao laudo arbitral seria uma sentença declaratória, e essa se transformaria com o ato do juiz que a homologa em sentença condenatória, recebendo a decisão homologatória a qualificação de ato de aprovação.

A partir do século XX inicia-se o estudo da teoria da arbitragem desde a ótica jurisdicionalista, que teve na pessoa de MORTARA um de seus principais artífices. Seus seguidores na Itália foram: BONFANTE, GALANTE, GALGANO, ZANOBINI e TARZIA, entre outros. Na França e na Alemanha o movimento seguiu, chegando a Espanha, onde não demorou a acolher em uma época em que os árbitros eleitos pelas partes só podiam emitir uma decisão que carecia de força executiva, isto é, seu laudo não constituía *res judicata*.

Vale dizer que nesta época em Espanha predominavam os traços jurídicos privatistas sobre os jurisdicionais, em um período sujeito à tradição, quando começam as projeções no Direito da Codificação, que mais tarde se vai incorporar nas Leis de Enjuizamento Cívico, de 1855 e 1881, fazendo com que os principais comentaristas processuais atribuíssem natureza jurisdicional à instituição da arbitragem. Inclusive dentro de tais propostas, teve um especial interesse para o instituto da arbitragem que foi exposta por ANTONIO NAVARRO FENECH,¹³³ conforme exposto:

¹³³ NAVARRO FENECH, A. *Estudios de Derecho Procesal*. Coaut. Carreiras Llansana. Barcelona, 1962. pp. 415 e ss.

As partes não podem outorgar a um terceiro mais do que têm – nemo dat quod non habet – isto é que, “evidente que o poder de decidir obrigatoriamente, com efeito de coisa jogada e executividade incondicionada, só pode vir aos árbitros do Estado, e que a natureza da arbitragem é jurisdicional”. “O compromisso é contrato de direito público, o mesmo por seu efeito negativo que pelo positivo; ou seja, é uma prorrogação de jurisdição”.

Entretanto, este mesmo autor abre a via a concepções diferentes ao considerar que “...quando se precisa o *exequatur* judicial é já mais discutível o caráter jurisdicional dos árbitros.

Seu mérito, na verdade, “é a construção de um sistema completo de arbitragem jurisdicional, sólida por sua maneira de construir, sólida por sua sedimentação firme, sólida pela plenitude da construção”, assim dito por OTTOLENGHI.¹³⁴

A respeito da jurisdicionalidade da arbitragem, a melhor doutrina argumenta que a sentença ou laudo arbitral, como querem ainda algumas legislações, têm a mesma força de coisa julgada e também fazem lei entre as partes comprometidas resultando, pois, em *res judicata* com *status* de obrigatoriedade, executividade, imperatividade e autoritária, embora os árbitros não exercem poder, se é incontestável que tal condição os coloca em similitude de posição que os juízes em vista da equivalência existente entre o laudo e a sentença.

Além das decisões, a responsabilidade do árbitro enquanto seu exercício jurisdicional coloca-o em nível de igualdade com o juiz porque tem o poder e assim há que ter liberdade em sua ofício, o que não lhe exime de responsabilidade penal

¹³⁴ OTTOLENGHI, M.A. *Conceptos Fundamentales para una Construcción del Instituto Arbitral*. R.D. Proc. nº II, Buenos Aires, 1943., p.165.

e implicitamente civil, como está previsto em algumas legislações, equiparando-se aos servidores públicos.¹³⁵

A responsabilidade civil dos árbitros é objetiva e não subjetiva, igual à dos juízes, isto é, que os árbitros respondem por dolo ou fraude no exercício de sua função jurisdicional, da mesma forma que sua responsabilidade seja mantida só enquanto exerce tal função. Assim porque o árbitro atua e exerce o poder em nome do Estado, *ad hoc*, respondendo objetivamente por práticas ou atos de omissão, por sua vez se vem a ocasionar danos a alguém quando atua com dolo ou fraude. A exemplo do exposto vê-se em algumas legislações o que isso representa em termos de responsabilidade, conforme nos informa CUETO:¹³⁶

Utilizamos como paradigma a legislação mexicana para ilustrar nosso entendimento, e assim o fizemos: A alínea adicionada ao artigo 113 da Constituição de México estabelece que: “A responsabilidade do Estado pelos danos que, com motivo de sua atividade administrativa irregular, cause aos bens ou direitos dos particulares, será objetiva e direta. Os particulares terão direito a uma indenização conforme às bases, limites e procedimentos que estabeleçam as leis”. Não obstante que algumas disposições prevêem essa responsabilidade, caso do artigo 1927 do Código Civil Federal do México, o qual estabelece que “o Estado tem obrigação de responder pelo pagamento dos danos e prejuízos causados por seus servidores públicos com motivo do exercício das atribuições que lhes estão encomendadas.

Com referência à natureza jurídica da arbitragem, pensamos que ainda segue tendo tendências opostas entre aqueles que discutem a respeito da natureza jurídica da arbitragem, se a matéria é de fundo contratual ou publicista, no entanto, ilustres juristas brasileiros, em análises à Lei de Arbitragem interna,

¹³⁵ Referência feita à Lei de Arbitragem do Brasil (Lei nº 9307/96), que em seu art. 17, determina a responsabilidade penal para os árbitros, da mesma forma que o faz para aqueles que exercem o serviço público.

¹³⁶ CUETO, Roberto do. *Comentários à Constituição Mexicana*. ITAM – Instituto Tecnológico Autónomo de México. Disponível em: www.itam.mx.

compartilham o caráter publicista e sua jurisdicionalidade, como assim o fazem:

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:¹³⁷

Fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. O que fez, pois, a Lei nº 9.307 foi instituir terminantemente "a jurisdicionalização da arbitragem no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza jurisdicional contratual decorrente do seu caráter volitivo privado.

NELSON NERY JR:¹³⁸

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de embargos do devedor com fundamento no CPC 714, segundo a Larb 33, parágrafo 3.

CARLOS ALBERTO CARMONA:¹³⁹

A decisão dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria judicial. O legislador optou, assim, por

¹³⁷ THEODORO JR. Humberto. *in A Arbitragem como meio de solução de controvérsias.*

Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 02, vol. Nov/Dez 99, p. 5.

¹³⁸ NERY JR. Nelson. *in Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed., RT, São Paulo, 1997, p. 130.

¹³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 38.

adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fato de emperramento da arbitragem.

6.2.4 - A teoria mista - síntese da natureza jurídica

Pese a que ambas correntes clássicas têm como premisa basilar a existência de um laudo que precisa de reconhecimento público e esse reconhecimento se obtém pela via da homologação judicial, condição *sine qua non* para obter a legitimidade executoria, hoje essa condição já se encontra recusada pela maioria das legislações amparadas na doutrina internacional.

Assim, agora não tendo já tal necessidade, uma vez que a decisão final ou laudo já tenha o *status* de sentença, ambas teorias caem por terra e portanto o atual conceito de laudo arbitral possui a mesma força executiva de uma sentença judicial e, como tal, passa a ter sua natureza jurídica eminentemente pública. Aqui, pensamos que com o passar do tempo teve uma evolução do tema, e, portanto há que fazer uma reflexão a respeito do desenvolvimento que teve a doutrina para atingir a equação tese-antítese- síntese.

Uma escola mista compôs-se para aceitar a tese intermediária de que a natureza jurídica da arbitragem se situa entre a atividade privada e a atividade de jurisdicionalidade do instituto. O impulsor desta tese foi CARNELUTTI, acompanhado por FERRARA, ZANZUCCHI e MICHELI, inscrito na obra do mestre CARNELUTTI ¹⁴⁰:

A arbitragem é equivalente ao processo de cognição, mas, ao ser o árbitro um particular, o qualifica como subrogado processual, equivalente ao processo. CHIOVENDA, por sua vez o atacou com a tese de que “enquanto não se

¹⁴⁰ CARNELUTTI. *Op. Cit.*, p.54.

demonstre que o árbitro pronuncia por si a sentença, em lugar de preparar para que outro a pronuncie, não se demonstra que esteja provisto de jurisdição...”

Em defesa da tese mista, ROCA MARTÍNEZ¹⁴¹ faz algumas observações de extrema importância para a não jurisdicionalidade na Itália, mas a favor da admissão em outros lugares como Alemanha e Áustria, países os quais foram esquecidos pelos interprete das duas teorias, senão vejamos:

Aqui está o erro de quase todos os que na Itália sustentaram a jurisdicionalidade do ofício dos árbitros; em não ter prestado atenção ao fato de que sem o decreto do pretor o laudo está desprovido, não só de eficácia executiva, senão também de eficácia obrigatória; nem também às consequências de que deste fato devem estar derivado com respeito ao caráter daquele ofício. Esta é a única razão pela qual me parece que deva ser desconhecido aos árbitros poder jurisdicional; não são verdadeiros juízes, porque não podem por si, fazer uma sentença. Esta razão contém também os limites de minha negação: onde podem fazer, como o sistema germano ou austríaco são, pelo contrário, verdadeiros e próprios juízes.

No entanto, depois de todas as discussões, a verdade é que na atualidade esta questão perdeu importância, visto que na grande maioria das legislações a homologação do laudo arbitral já não é necessária e cai por terra qualquer discussão a respeito das dúvidas sobre a natureza jurídica da arbitragem. Vale dizer, entendemos que depois de ditas explicações, pela consideração do laudo com *status* equivalente a sentença, sua natureza é jurisdicionalista.

A sentença ou laudo arbitral, depois de passar o prazo de reclamação tem efeito de coisa julgada, título judicial com força de execução e todas as demais garantias instituídas pelo Poder Judiciário. A lei brasileira de arbitragem cita em

¹⁴¹ ROCA MARTÍNEZ, J. M. *Op. Cit.*, p.49.

sua art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação do Poder Judiciário”.

A investidura do juiz faz-se de forma que não tenha intervenção das partes, pois é um servidor público e está subordinado à lei, enquanto o árbitro é eleito pela vontade das partes, sua jurisdição dura enquanto exista a vontade das partes, e pode julgar por equidade se assim for autorizado pelas partes. Igual ao juiz, o árbitro tem a missão de dar solução ao litígio e sua decisão será definitiva, com caráter de coisa julgada, com o que, portanto, pode ser entendido que o árbitro possui jurisdição, conforme assegura a doutrina que: “...os árbitros carecem da potestade que chamamos "imperium" própria dos juízes, mas têm igual que estes últimos o "iudicium" ou seja, a jurisdição suficiente para substanciar e decidir as causas litigiosas...”¹⁴²

Finalmente, a respeito da questão *in casu*, pensamos nós quanto à natureza jurídica da arbitragem, que há que considerar uma situação muito *sui generis* que é a construção da natureza jurídica formada a partir do negócio jurídico, feito entre as partes quando assinam a cláusula compromissória de instituir a arbitragem, como entende CARLOS ALBERTO CARMONA:¹⁴³

Com tranqüilidade, poderá dizer-se que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos negativos em relação ao processo estatal e positivos em relação ao processo arbitral (já que com a cláusula atribuí-se jurisdição aos árbitros).

¹⁴² MARTIN MARCHESINI, Gualtiero. *Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial*. Publicado na Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación de 10 de Mayo de 2006.

¹⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, pp. 81, 82.

6.3 - Atos de coercibilidade em arbitragem

Duas questões ao nosso ver merecem maior profundidade de estudo para que não venhamos cometer injustiças na análise do instituto da arbitragem e assim, justifiquemos mais tempo para dedicarmos a uma leitura mais detalhada a respeito das incúrias cometidas por parte da doutrina sobre a questão da jurisdição do árbitro. Pese a resistência de alguns, há, desde há muito, na doutrina defendida por COUTURE¹⁴⁴ o entendimento que a palavra jurisdição surge na seara jurídica com vários e diferentes significados, o que, de certa forma, ocasiona para os estudiosos alguns problemas e questionamentos que ainda não se pôde superar. Se há jurisdição, então falamos da coercibilidade que deve estar presente nas medidas cautelares e na execução, da que mais adiante trataremos.

Se o procedimento arbitral tem como escopo basilar a celeridade processual e sua informalidade sem complicação, então na arbitragem não se justifica o emprego de medidas obstaculizadoras da ação, razão pela qual entendemos que não deve ser utilizado a Justiça estatal como impedimento para obter a rapidez necessária que o procedimento arbitral deve possuir e que por suposto deve caracterizar o instituto.

Assim, entendemos que os atos inerentes ao procedimento arbitral devem estar contidos em seu próprio contexto, por ação das partes ou por entendimento e determinação do árbitro. Por tal razão, entendemos que deve ser evitado a justiça comum para a realização de qualquer ato inerente ao procedimento arbitral, pois isso só provoca atraso na resolução do problema.

A questão sobre os atos de coercibilidade na arbitragem constitui um verdadeiro tabu da doutrina processualista que não consegue desgarrar-se do

¹⁴⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1958.

império do monopólio estatal para libertar o árbitro do eterno controle do juiz, fazendo com que seus atos não possuam efectividade sem sua participação. Em tantos estudos acerca do monopólio estatal, poucos são aqueles autores que esclarecem a diferença do monopólio do Estado em face do Monopólio da Poder Judiciário ¹⁴⁵.

Com efeito, oportuno trazer-se à lume a questão em tela para compreender que monopólio estatal não incomoda em nada o compromisso arbitral, conforme bem nos demonstra RODRIGO ALMEIDA MAGALHÃES, quando informa a estrutura de seu pensamento assim dizendo: “...Como cediço, obtém-se a arbitragem mediante a convenção arbitral, cujo conceito compreenda a cláusula compromissória e o compromisso arbitral...” Assim, pois, dá-se ênfase às principais controvérsias surgidas a respeito da arbitragem, notadamente no que diz respeito à convenção arbitral, tema que tem levantado as maiores discussões a respeito do tema.

Dentro da convenção arbitral o enfoque é a instituição da arbitragem sem a celebração do compromisso arbitral, ou seja, estuda a coercibilidade da cláusula compromissória prevista nos arts. 6º e 7º da Lei nº 937/96 objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal (SE 5206 - Espanha, Plenário) e a desnecessidade da celebração do compromisso arbitral em caso de a cláusula compromissória conter todos os seus requisitos obrigatórios.

Para alcançar esse objetivo, o primeiro passo foi analisar a arbitragem sob um aspecto eminentemente dogmático, sem esquecer de dar respostas às principais questões levantadas a seu respeito. Após, estudado especificamente a convenção arbitral, o próximo passo constituiu em pesquisar o compromisso arbitral e a cláusula compromissória discutindo sua definição, natureza jurídica, requisitos de validade, caracteres jurídicos, conteúdo, efeitos, extinção e execução.

¹⁴⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida em *Arbitragem e convenção arbitral: aspectos controversos e regramento dogmático*. Editora Saraiva. São Paulo. 2002. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MagalhaesRA_1r.pdf.

Conforme se demonstrou, a discussão teórica sobre a arbitragem vem sendo estereotipada por preconceitos positivos e negativos. Tais preconceitos, que trazem relevantes conseqüências práticas, não resistem a um cotejo com a experiência da atualização da arbitragem em outros países.

Neste debate, nem sempre explícito, a virtude permanece no meio-termo. Nem a arbitragem merece tal zelo apologético, que lhe outorga poderes miraculosos de resolver os problemas do Judiciário nacional, nem constitui ameaça à salvaguarda da cidadania, garantida pelos juízes. Uma análise sóbria demonstrará que, mesmo nos países mais desenvolvidos e com larga tradição na utilização da arbitragem, o número de litígios submetidos aos árbitros é pequeno em relação ao número total. E tratam-se, em sua maioria, de matérias específicas, abrangendo, *v.g.*, negócios internacionais, onde 80% dos contratos contêm cláusula compromissória, proporção que alcança 100% no setor de tráfico marítimo.

Por outro lado, a arbitragem não representa, como querem alguns, a ascensão judiciosa do neoliberalismo triunfante. A utilização da arbitragem vem se expandindo há décadas e diversos países atualizaram sua legislação na matéria, de forma a facilitar a opção das partes pelas técnicas alternativas de solução de controvérsias.

Em nenhum desses países se vivenciou *a privatização da justiça* nem *a celeridade do Judiciário inerte*. A arbitragem não passa de uma técnica, cujos efeitos serão positivos ou negativos, a depender do uso primordial que se faça dessa técnica. Conforme conceitua BARRAL¹⁴⁶, a arbitragem, desta forma, não será um *corretivo aos inconvenientes da competência dos tribunais, mas muma renúncia ao modo habitual de tratamento dos litígios*. Por esta razão, somente será

¹⁴⁶ BARRAL, Welber. *Op. Cit.* p. 02.

utilizada *em circunstâncias limitadas e excepcionais, entre partes que tenham interesses de natureza equivalente.*

No caso brasileiro, a arbitragem sofrerá evidentemente alguns revezes, em conseqüência do formalismo arraigado e do corporativismo judiciários. Nem se pode olvidar, por outro lado, as conseqüências funestas que poderão advir da multiplicação de tribunais arbitrais amadorísticos e oportunistas, ou da imposição de cláusulas compromissórias pelos que detêm o poder econômico.

Em qualquer desses casos, a correta utilização da arbitragem somente será alcançada através do estudo sério e aprofundado, que esclareça pontos nebulosos, inclusive processuais. Este estudo, ora em evolução, não pode prescindir de entender a arbitragem como detentora de natureza jurídica autônoma, igualmente equidistante da limitação contratualista e da pretensão jurisdicionalista. Neste sentido, será fundamental o posicionamento da jurisprudência - isenta de preconceitos ou de argumentos extra-jurídicos - que possa dirimir as diversas dúvidas pendentes quanto à aplicabilidade da arbitragem.

Pensamos nós que o instituto da *kompetenz-kompetenz* deveria ser mais amplo e melhor aproveitado pelo árbitro e estendido sua inserção nestes dois atos processuais tão importantes que são as medidas cautelares e a execução do laudo e assim manter ditos atos no próprio âmbito arbitral, ficando nas mãos do árbitro a decisão de medida cautelar e executiva.

Explicando melhor, entendemos, salvo melhor juízo, que não obstante se atacar esta questão tão enraizada no pensamento positivista e tão dogmática do Direito que é o monopólio jurisdicional do Estado, é importante reestruturar os razoáveis conceitos da potestade e se atribuir ao árbitro para reconhecer sua competência para aplicar em benefício do julgamento arbitral, pois embora possua a liberdade para julgar, não possui a a coercibilidade para fazer cumprir seu

julgado o que o torna sem efetividade. Entendemos que se trata de uma simples questão de coerência com respeito ao poder do árbitro.

Reiteramos nosso pensamento porque pertinente à celeridade da causa, senão, a que se justificaria o procedimento arbitral? Pensamos que há de se rever o conceito da supremacia da vontade das partes na arbitragem, sobretudo se houver a clara disposição de se investir no árbitro como juiz de fato e de direito, fato que de forma incoerente a lei brasileira dá-lhe no art. 18 e retira-lhe este poder no art. 22¹⁴⁷. Um exemplo peculiar que nos chama a atenção é a incoerência existente nas legislações dos países do MERCOSUL que utilizam dois procedimentos diferentes, sendo um para a arbitragem interna e outro para as questões externas.

Como dito verifica-se o exemplo do Brasil, na forma como está exposto o texto do art. 22 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, na Lei de Arbitragem, a norma arbitral interna utiliza a limitação do árbitro para tomar a declaração das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgue necessárias, mediante demanda das partes ou de ofício. Não obstante, na alínea 4^a do mesmo artigo recusa a possibilidade do próprio árbitro de adotar medidas coercitivas quando dispõe que tendo necessidade delas, os árbitros poderão solicitar ao órgão do poder judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Isso quer dizer que se conferem poderes ao árbitro para desenvolver o processo, mas não lhe permite o fazer efetivo em face das medidas coercitivas ou cautelares que o caso exija. Ademais, incoerência que se faz patente é o fato de

¹⁴⁷ Art. 18. O Árbitro é Juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo poder judiciário.

Art. 22, § 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

que em determinado artigo anterior da mesma lei (art. 18, A) diz genericamente que o árbitro é juiz de fato e de direito.

Admitido que se aplicam ao árbitro as mesmas condições das que desfruta o juiz e das que precise, inclusive as de ofício, por exemplo, o dever de conhecer a verdade sobre os fatos para perseguir a verdade real; de tal modo que para tanto há que sanear o processo para tal ofício, e, para isso há que fazer efetivas as medidas necessárias, sob pena de comprometer o processo, o que é de todo coerente que se dê condições iguais ao árbitro para a efetividade de tais medidas.

Quanto ao MERCOSUL, os países signatários, de outra maneira, conferem ao árbitro poderes para decretar e fazer valer a coercibilidade da medida cautelar, conforme determina o art. 18 do Protocolo de Brasília, assim disposto:¹⁴⁸

Art. 18.

1. O Tribunal Arbitral poderá, a pedido da parte interessada e na medida em que existam presunções fundadas de que a manutenção da situação ocasionaria danos graves e irreparáveis a uma das partes, ditar as medidas provisórias que considere apropriadas, segundo as circunstâncias E nas condições que o próprio Tribunal estabeleça para prevenir tais danos.

2. As partes na controvérsia cumprirão, imediatamente ou no prazo que o Tribunal Arbitral determine, qualquer medida provisória até que se dite o laudo a que se refere o Artigo 20.

Na Argentina a questão é um pouco mais grave, pois não permite nenhum ato de poder ao árbitro. A arbitragem está inserida no Código Processual Civil e Comercial da Nação, de 27/08/1981 (Processo Arbitral), e a questão está prevista no Livro VI – Processo Arbitral -, Título I – Julgamento Arbitral, no art. 735.¹⁴⁹ Vale

¹⁴⁸MERCOSUL - Protocolo de Brasília.

¹⁴⁹ Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina:

aqui lembrar que não estamos considerando a arbitragem de consumo, matéria que será objeto de estudo em outro capítulo.

Art. 753. Medidas de execução. – Os árbitros não poderão decretar medidas compulsórias, nem de execução. Deverão requerer ao juiz e este deverá prestar o auxílio de sua jurisdição para a mais rápida e eficaz sustentação do processo arbitral.

No Paraguai também se segue a mesma tendência, a de remeter para o juiz de primeira instância a competência para as efetivas medidas coercitivas e cautelares que se fizerem necessárias no processo arbitral. A matéria estava contida no Código Processual Civil, Livro V – Do Processo Arbitral -, Título I, Das Disposições Gerais, Capítulo I, Do Objeto, art. 812.

Art. 812. Execução. Competência. Será competente para a execução do laudo e demais resoluções que requererem execução, o juiz de primeira instância no civil e comercial de turno de circunscrição judicial que corresponda à sede arbitral.

Lei nº 1879/02:

Artigo 20.- Faculdade do tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares provisórias.

Salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral poderá, a petição de uma delas, ordenar a adoção das medidas cautelares provisórias que estime necessárias a respeito do objeto do litígio. O tribunal arbitral exigirá ao peticionante uma contra cautela apropriada com relacionamento a essas medidas.

As medidas cautelares dispostas pelo tribunal arbitral serão efetivadas por ordem judicial, adotada inaudita parte dentro de terceiro dia do requisitado por dito tribunal.

Antes da constituição do tribunal arbitral as medidas cautelares provisórias serão peticionadas ao Juiz de Primeira Instância no Civil e Comercial e resolvidas por ele. As medidas cautelares provisórias, concedidas judicialmente caducarão dentro dos sete dias seguintes ao ter-se constituído o Tribunal Arbitral; podendo este as confirmar, as levantar ou as modificar, desde o mesmo momento de sua constituição.

No entanto, em 2002 no Paraguai se promulgou a Lei nº 1879/02 de Arbitragem e Mediação, de 11/04/2002.¹⁵⁰

Finalmente, no Uruguai, a questão não é diferente, e também não permite ao árbitro fazer efetivas as medidas coercitivas e cautelares que tenha que ordenar. A questão é tratada no título “Arbitragem e Outros Procedimentos Alternativos de Solução de Controvérsias Comerciais”. Lei nº 15.982. Código Geral do Processo da República Oriental do Uruguai, Livro II, Título VIII – Processo Arbitral - Capítulo I – Disposição Geral, arts. 488 e 494.¹⁵¹

Art. 488. Diligências preliminares. As diligências prévias à arbitragem, como são as provas antecipadas, as medidas cautelares e os procedimentos tendentes à formalização do compromisso, se tramitarão ante o tribunal competente de acordo com o disposto no artigo 494.

Art. 494. Tribunal competente. Para as questões precedentes, bem como para qualquer outras que surgirem no curso da arbitragem, e para o cumprimento do mesmo, será competente o tribunal que conheceria do assunto se não tivesse mediado o compromisso.

¹⁵⁰ Código Processual Civil do Paraguai:

¹⁵¹ Código Geral do Processo da República Oriental do Uruguai.

6.3.1- Das medidas cautelares

Até onde se estende o poder do árbitro quando a questão é adotar medidas cautelares de tipo coercitivo é o que propomos neste ponto. A questão, pois, é saber qual é o limite entre o Direito privado dos contratantes e o Direito público do processo, este último entendido como poder de império que fica exclusivamente nas mãos do juiz togado.

Assim é que as medidas cautelares que emanam do atributo da soberania do Estado, que pode ser adotado com o caráter de monopólio estatal submetido a sua jurisdição, são ordenadas pelos juízes, que têm a potestade para decretar e fazer cumprir coercitivamente suas decisões, as executando, se necessário, com o emprego da força pública.

Enquanto aos árbitros, estes ficam somente com a oportunidade de requerer ao juiz, que deverá prestar o auxílio através de sua jurisdição, pois os árbitros não poderão decretar medidas compulsórias, nem de execução, ou aquilo que nos parece ser uma trava que dificulta o mais rápido e eficaz saneamento do procedimento arbitral.

Salvo melhor juízo, entendemos ser inadequada a interpretação da falta de *imperium* do árbitro, pois isso leva à errônea conclusão que não pode ditar medidas cautelares, ou se as pode adotar, não está autorizado às executar. Uma coisa é resolver a conveniência de tomar uma medida preventiva e outra a de levar à prática. São duas operações diferentes, porém, inseparáveis.

Somos favoráveis à opinião daqueles que entendem que o procedimento arbitral é uma expressão máxima da vontade das partes contratadas, dentro dos limites do direito disponível e sendo assim não podem atingir a terceiros. Quando isso ocorre, então a competência do árbitro se suspende até que se resolva a

questão *sub judice*, porque agora a competência pertence ao juiz estatal, porque o procedimento arbitral ultrapassou o limite das partes.

No entanto, pensamos que se o Estado tem o dever de prestar jurisdição rápida e eficaz aos jurisdicionados e permite que estes quando tenham uma controvérsia de direito disponível possam escolher a arbitragem como alternativa, que pode ser o caminho mas curto para alcançar a resolução do conflito, então não justifica restringir ao árbitro seu poder de *imperium* para decidir e fazer executar as medidas cautelares que estejam impedindo o desenvolvimento do processo. É o que se depreende do entendimento de MARTIN MARCHESINI:¹⁵²

Admitido que se trata de questões separáveis, podem ser efetuadas por sujeitos ou órgãos diferentes. Sabemos já que o laudo é ditado pelos árbitros e executado pelos juízes. Por que as medidas cautelares que só têm por fim assegurar que o laudo possa ser cumprido não podem correr igual sorte? Quem pode o mais pode o menos.

...

Como dissemos já no acordo arbitral as partes, integrantes do soberano, reasumen a jurisdição delegada por este último no Poder Judicial e a entregam a favor dos árbitros particulares que deslocam para esse caso concreto aos juízes do Estado e ficam investidos de suas mesmas facultades à só exceção da coerción, do uso da força, do "imperium" que é monopólio absoluto do Estado.

O conteúdo da jurisdição delegada aos árbitros não só atinge à resolução do conflito senão também às accesorias daquelas. O ditado de uma medida cautelar é um instrumental às questões que as partes lhes submeteram pois sua finalidade é assegurar os direitos a debater, não tem caráter autônomo senão que atua como uma garantia para que o resultado do processo se possa concretar e não fique em forma declarativa de direitos”.

¹⁵² MARTIN MARCHESINI, Gualtiero. *Op. Cit.* p. 32.

As medidas cautelares devem estar compreendidas dentro daquelas questões respectivamente das quais os árbitros têm jurisdição, seguindo para as ditadas a regra que é competente a que deva conhecer no processo principal.

Vale dizer que as partes possuem o poder de eleição concedido pelo Estado e elegem a arbitragem para resolver suas pendências conflituosas. A competência concedida ao árbitro pelas partes dá-lhe a potestade suficiente para resolver sobre a questão de o fundo da disputa. Com o mesmo grau de importância residem as condições que justifiquem a adoção de uma medida cautelar. Se o Estado concede ao árbitro a potestade de ditar um laudo, que por sua vez possui força executiva, por que não lhe dá idênticos poderes para ditar e fazer executar uma resolução no procedimento arbitral em que reveste de caráter de interlocutória?

O direito da arbitragem comparada não é unânime em relacionamento à questão cautelar, porque há uma parte que entende que o árbitro é competente para decidir sobre tais medidas coercitivas cautelares e outra que entende que não é.

6.3.1.1 – Na Espanha

A questão na Espanha apresenta-se paradoxal como em outras legislações, pois se confere ao árbitro um poder (potestade) misto, porque ao mesmo tempo que lhe permite decidir sobre a medida cautelar, não lhe permite sua execução, remetendo ao juiz; inclusive quando o legislador expõe as razões pelas quais explicam os motivos, se justifica alegando matérias concorrentes: “as potestades arbitral e judicial em matéria cautelar são alternativas e concorrentes, sem prejuízo do princípio de boa fé processual”.

A questão da tutela cautelar arbitral em Espanha está contida no art. 23 e seguintes da Lei 60/2003, de 23 de dezembro, de arbitragem. Dito artigo faz referência à potestade dos árbitros de adotar medidas cautelares, sublinhando que

os árbitros poderão adotar medidas cautelares, a instância das partes, e poderão exigir caução suficiente para a eficácia da medida. Ademais, alude o artigo que às decisões arbitrais serão aplicadas as normas sobre anulação e execução forçada de laudos:¹⁵³

O artigo 23 incorpora uma das principais novidades da lei: a potestade (poder) dos árbitros para adotar medidas cautelares. Dita potestade pode ser excluída pelas partes, diretamente ou por encaminhamento a um regulamento arbitral; mas em outro caso considera-se que a aceitam. A lei considerou preferível não determinar o âmbito desta potestade cautelar. Obviamente, os árbitros carecem de potestade executiva, pelo que para a execução das medidas cautelares será necessário recorrer à autoridade judicial, nos mesmos termos que se de um laudo sobre a matéria de fundo de que se trate. No entanto, se dentro da atividade cautelar cabe distinguir entre uma vertente declarativa e outra executiva, esta lei reconhece aos árbitros a primeira, salvo acordo em contrário das partes. Esta norma não derroga nem restringe a possibilidade, prevista nos artigos 8 e 11 desta lei e na Lei de Enjuizamento Civil, de que a parte interessada inste da autoridade judicial a adoção de medidas cautelares. As potestades arbitral e judicial em matéria cautelar são alternativas e concorrentes, sem prejuízo do efeito do princípio de boa fé processual.

Pensamos nós que a decisão deve implicar a execução, e, se o árbitro possui o poder de determinar uma medida satisfatória para um incidente processual, se não tiver potestade executiva, isso implicaria na inutilidade da medida, pois necessita do poder do juiz para dar cumprimento à decisão, e isso suporá um atraso significativo na prestação da tutela arbitral.

Assim é, porque se há uma previsão legal ente as partes contida no convênio arbitral de que seja possível a determinação de medidas cautelares, isso

¹⁵³ Lei nº 60/2003.

faz lei entre as partes contratadas e só às duas é pertinente. Não atinge a terceiros, por isso, embora o processo seja público, a arbitragem deve partir da vontade das partes, sem a intervenção de terceiros.

As medidas cautelares em dita lei são consideradas pela doutrina como o primeiro grande avanço que se deu ante a inclusão da matéria na LEC, que apresentou um ponto de partida diverso do mantido pela LA de 1988, que demonstrou que algo estava mudando na matéria cautelar, conforme comenta BARONA VILAR:¹⁵⁴

Dita lei supôs um importante avanço em matéria de medidas cautelares, assim que com clara e decidida aposta legal pelas duas feições essenciais:

1) Por um lado, a permisibilidade de adoção de medidas cautelares durante a tramitação do processo arbitral (inclusive mais, com possibilidade de que se adote a tutela cautelar ante causam);

2) Por outro, pela atribuição legal de potestade cautelar aos árbitros.

Põe-se fim à polêmica jurisprudencial que ia se provocando nos últimos anos, devido à ausência de referência a estas questões na legislação precedente.

Em qualquer caso, prima face, quando se pretende a adoção de medidas cautelares em um processo arbitral, depois da aprovação da Lei 60/2003, se abre uma dupla via: a) Cabe ir à via judicial e solicitar as medidas cautelares ante um juiz, segundo depreende-se do que se prevêem os artigos 11.3 A em relação com o 8.3 A; ou, b) em segundo lugar, apostar na decisão arbitral cautelar, que ampara o artigo 23 A, objeto de nosso comentário.

Este processo, por si só, no entanto, não oferece resposta a todas as questões que possam ser derivadas do exercício dessa tutela cautelar, pelo

¹⁵⁴ BARONA VILAR, Silvia. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei 60/2003, de 23 de dezembro). Ed. Thompson Civitas. Madrid, 2004, pp. 832 e 833.

que – adiantamos – terá que integrar o preceito no enquadramento do sistema cautelar comum da Lei de Enjuzamento Civil.

6..3.1.2- No Brasil

O direito brasileiro contempla a arbitragem na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. A questão da coerção e cautelar está prevista no art. 22, § 4º, e só autoriza o árbitro à utilizar quando for necessário, mas não lhe permite a executar por si mesmo, senão com o auxílio do juiz. Assim, diz que “com as reservas de estilo, quando tiver necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, o árbitro poderá as solicitar ante aos órgãos do Poder Judiciário que seriam competentes para a causa”.

O Código de Processo Civil em vigor, de autoria de ALFREDO BUZUID, segue as linhas traçadas por CHIOVENDA e CARNELUTTI que orientam a hodierna doutrina processual civil na distinção da obtenção de três resultados no processo: o conhecimento da matéria em questão, sua execução e sua conservação, razão pela qual em certos momentos a cautela se demonstra preparatória e em outros, satisfatória, ao desgosto de alguns autores que não admitem a hipótese da cautela satisfativa.

Efetivamente dá-se ênfase ao Procedimento Cautelar já que sobreviveu quase clandestinamente no revogado CPC de 1939, denominado de processos acessórios sob a menção de medidas preventivas, cuja previsão no Código Processual Civil era insignificante em quantidade, pois, contava com só treze artigos, em face dos noventa e três no atual.

Sobre esta questão, oportuno lembrar que já comentamos em artigo de nossa lavra¹⁵⁵, que entre nós mais uma vez o procedimento cautelar sofrerá

¹⁵⁵ CAYRES, Nelson Aguiar. *Vem aí o novo CPC.*, Recanto das Letras, 2011, p. 11.

alteração no novo CPC que ora se anuncia para breve, eis que segundo o Projeto de Lei que atualmente tramita no Congresso Nacional, este preconiza a substituição do Processo Cautelar (Livro III, arts. 796 *usque* 889) pela “tutela de urgência e tutela da evidência” e passará a estar contido nos arts. 277 *usque* 296.

A tutela jurisdicional preventiva patrocinada pelo Estado ao cidadão confere-lhe a oportunidade de antecipar os efeitos desta tutela, de forma preventiva, quando se mostra apta a ser efetiva ante o justo receio que o perigo do atraso se anuncie, além de aparentar a fumaça do bom direito.

Neste passo, o procedimento da tutela preventiva contido no Processo Cautelar possui o pressuposto de prevenir uma situação que poderá causar dano de difícil reparação ao jurisdicionado se não concedida de forma preliminar.

Com efeito, a respeito da tutela preventiva e tutela cautelar, CALAMANDREI¹⁵⁶ já falava a respeito do tema muito antes da questão entrar em discussão em nosso meio. Vejamos como conceituava o consagrado mestre:

Não deve ser feita confusão entre tutela preventiva e tutela cautelar: conceitos diferentes embora vinculados entre si em um relacionamento de gênero e espécie. Em certos casos nosso sistema processual admite que o interesse para invocar a tutela jurisdicional possa surgir, antes que o direito seja efetivamente violado, pelo fato de que a lesão se prevê próxima e provável: nesses casos a tutela jurisdicional, ao invés da finalidade de eliminar a posteriori o dano produzido pela lesão de um direito, opera a priori com o fato de evitar o dano que poderia derivar da lesão de um direito, ameaçada, mas ainda não realizada. Fala-se nesses casos, em contraposição à tutela sucessiva ou repressiva, de tutela jurisdicional preventiva, na qual o interesse de atuar surge não do dano, senão do perigo

¹⁵⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo Studio Sistemático do Prodimenti Cautelar*. 1936,p.5.

de um dano jurídico: o caso mais notório desta espécie de julgamento preventivo tem-se na figura da condenação para o futuro.

A convenção arbitral não se nos aparenta alheia nem tão distante da constrição patrimonial, já que é possível prever uma situação análoga onde estes fatores possam implicar em danos irreparáveis ao jurisdicionado, se não tomadas as providências necessárias tempestivas.

Imaginemos a hipótese de uma situação que demanda uma negociação patrimonial, sendo o objeto desta negociação um imóvel, embargado, sequestrado ou que sofresse qualquer constrição judicial ou inclusive extrajudicial. Por conseguinte, o caso é *sui generis*, já que o bem em questão já fora preliminarmente previsto como garantia em cláusula compromissória assinada entre as partes contratantes e se agora se encontra como entrave no procedimento, então a questão tem o caráter de fraude contra o credor pois que lhe retira a garantia do pleito.

É verdadeiro que, apesar da vinculação pelo Compromisso Arbitral, à luz da norma em vigor, e apesar de sua concorrência para apreciar de modo singular a matéria em questão, também é verdadeiro que o árbitro precisa das prestações do juiz para a efetividade da medida de cautela; então, não há garantia efetiva de que possa ser assegurado o sucesso na medida proposta.

Assim é que neste período entre a assinatura da cláusula compromissória e o compromisso arbitral, consolidando ambos institutos como o convênio de arbitragem necessário para a legalidade dos atos das partes, para que não ultrapasse o objeto da lide nas mãos de terceiros, necessária seria a intervenção do Poder Judiciário, já que a Justiça Arbitral não é competente para resolver questões relacionadas à tutela cautelar.

Nesse caso, proposta a pretensão cautelar no Julgamento estatal, teria lugar o sobrestamento de qualquer processo no âmbito arbitral para aguardar a definição da medida proposta, iniciando-se os efeitos da litispendência, um obstáculo processual que não permitiria o exercício de nenhuma pretensão idêntica, judicial ou extrajudicial.

Este impedimento é fator preponderante para uma vez mais questionar o porquê da impossibilidade de se resolver também as questões cautelares no próprio procedimento arbitral, conforme ilustra parte da doutrina espanhola¹⁵⁷.

As partes, ao fazer o convênio de Arbitragem para dirimir suas questões controvertidas decorrentes do direito patrimonial disponível, fazem-no por vontade própria e renunciam à tutela Judicial, e só permite que o Estado se faça representar na figura do árbitro, que neste ato possui o *munus* público semelhante ao do juiz. No entanto há que garantir a eficácia das medidas lembradas por este árbitro, sem que com isso tenha intervenção do juiz, já que este não possui a jurisdição nesse assunto e tampouco arbitrio para intervir no processo.

Em todos os atos em que o árbitro precise dos poderes de polícia da Justiça Pública, estes deverão ser garantidos pelo Estado, promovendo todos os atos necessários para a efectividade da decisão do árbitro, conforme a previsão do art. 22, § 4º da Lei n.º 9.307/96, a Lei de Arbitragem brasileira.

Bem como comentamos com respeito à tutela cautelar e a tutela preventiva, cabe aqui também recordar a antecipação da tutela (art. 273, CPC) e a tutela específica (art. 461, CPC), que podem ser aplicadas na Justiça Arbitral pelo

¹⁵⁷ GONZÁLEZ MENUDO, F. *Arbitraje y Derecho público*. Justicia Administrativa, núm. 2, enero, 1999 *Nuevos retos en la configuración jurídica de los métodos extrajudiciales*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

mesmo mecanismo e as mesmas regras coercitivas auxiliares do Poder Judiciário para dar-lhe a efetividade e a certeza da eficácia.

6.3.1.3 – Em outros países

A legislação belga respeita o valor da constituição de um convênio arbitral, quando uma vez formado o colégio, este seguirá adiante para coordenar todos os trabalhos procedimentais, inclusive a adoção e execução das medidas coercitivas e cautelares. Assim é porque se consagra na tradição do direito belga o princípio que se chama de “a identidade física do juiz”, aquele que conhece a causa deve ser o responsável para fazer valer todos os procedimentos essenciais para o desenvolvimento do processo.

A tradição diz que esta ideia está na raiz da questão, e portanto os árbitros estão melhor qualificados para decidir sobre eventuais questões relacionadas com a causa, pois está implícito nos poderes do árbitro decidir e determinar a execução das medidas coercitivas, cautelares e todas as demais que fazem parte da controvérsia, porque o árbitro deve conhecer de todos os trâmites em todas suas feições.

Determina a legislação processual civil belga que o tribunal arbitral tem a competência para pedir medidas provisórias e cautelares, embora seja de uma parte, a exceção de um encargo conservador. O tribunal fará a apreciação livre dos meios de prova e seu valor probatório, exceto se existe um convênio contrário a tal questão. A questão se nos aparenta aplicável, segundo preconiza o art. 1.184 do Código Civil¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Conforme se apresenta o caso em que a demandante pede a resolução do contrato por motivo imputável à Comissão, nos termos do artigo 1184.o do Código Civil belga, e a condenação desta a indenizá-la dos prejuízos sofridos devido à resolução do contrato. Disponível em: eur-lex.europa.eu.

O art. 1679.2 alerta que uma demanda que se esteja tramitando ante os órgãos predominantes e que tende à obtenção de medidas cautelares ou provisórias não é incompatível com o convênio de arbitragem e não implica renúncia a este. Na presente lei há a previsão de que quando o tribunal arbitral pede uma investigação e se as testemunhas não comparecem voluntariamente ou se neguem a prestar juramento, o tribunal arbitral autorizará às partes ou a uma delas a que se dirija, por petição, em um prazo determinado, ao Tribunal de Primeira Instância a efeitos da nomeação de um Juiz-Comissário encarregado da investigação. Esta se faz nas forma previstas em matéria civil. Os prazos da arbitragem suspendem-se automaticamente até que se conclua o final da investigação.

Não é de competência do tribunal arbitral pedir uma comprovação de escritura e tampouco se pronunciar a respeito de um incidente de suposta falsidade de um documento. Esta competência será do Tribunal de Primeira Instância; ouvir as partes em um prazo razoável e decidir sobre a questão. Quando isso ocorre, os prazos no tribunal arbitral ficarão suspensos até que receba notificação sobre o incidente.

A intervenção de terceiros é questão *sui generis* no sistema belga, porque tal situação deve estar prevista na convenção de arbitragem, sujeito à aprovação do tribunal arbitral. Se é positiva, qualquer terceiro interessado pode pedir ao tribunal arbitral intervir no procedimento, ou uma parte pode chamar à intervenção de um terceiro. Neste caso, deverá ser dirigido por escrito ao tribunal arbitral, após ter feito uma convenção entre o terceiro e as partes, com aprovação unânime do tribunal arbitral.

A questão da *kompetenz-kompetenz* não é diferente na legislação belga. Tanto faz às demais, porque a lei autoriza que o tribunal arbitral decida sobre sua própria competência, na medida que detenha poder para examinar a validade do convênio de arbitragem. Está dito no artigo 1697 que a comprovação da nulidade

do contrato não implica automaticamente a nulidade do convênio de arbitragem que o contém.

A decisão pela qual o tribunal arbitral se declara competente não pode ser impugnado ante o Tribunal de Primeira Instância. Este pode, a pedido de uma das partes, se pronunciar sobre o fundamento da decisão de incompetência do tribunal arbitral.

Em resumo, a codificação processual civil da Bélgica, no Código Judicial, com data de 19/05/1998, faz referência à arbitragem em sua sexta parte e assim estabelece as condições de procedimentos de arbitragem.

Na Suíça, salvo melhor juízo, parece-nos que a questão arbitral é dupla no sentido legislativo já que trata esta sob duas perspectivas diferentes, isto é, o interno e o externo. Assim, como no caso do Brasil, se apresenta contraditória nas duas legislações, já que uma é contrária, e a outra é favorável à autonomia do árbitro na concessão de medidas cautelares.

Isso porque em uma Lei de arbitragem interna, chamada de Concordata 279, de 17/08/1969, em seu artigo 26, diz que as autoridades judiciais ordinárias são as únicas competentes para ordenar medidas provisórias. Não obstante, as partes podem ser submetidas voluntariamente às medidas provisórias propostas pelo tribunal arbitral. Do exposto fica uma dúvida na análise da arbitragem interna, isto é, a de saber até onde chega a autonomia do árbitro, em atenção às partes ou se sujeita aos ordenamentos do juiz estatal.

Por outro lado, a arbitragem na Suíça é tratada pela norma do Direito Internacional com a Lei Federal sobre Direito Internacional Privado, de 01/01/1989, que em seu capítulo 11, trata sobre avaria e concordata, a partir do art. 166, quando reconhece uma decisão de quebra estrangeira ditada no Estado do

domicílio do devedor na Suíça, ou se a decisão é executória no Estado onde se emitiu, tendo reciprocidade se estiver neste último local.

A questão de quebra, falência e concordata, assim, pois, tem um trato de competência da Justiça estatal, a decisão de quebra ditada no estrangeiro se leva ante o tribunal do local dos bens na Suíça. O art. 29 é aplicável por analogia. Se há bens em vários locais, o tribunal do primeiro é o único competente. Os créditos do devedor arruinado consideram-se situados no domicílio deste. Também aplicável se mostra as questões relacionadas à agroindústria, segundo a legislação suíça¹⁵⁹.

Já dentro do âmbito da competência da arbitragem, está previsto no capítulo 12: regula-se a arbitragem internacional, no art. 176, que determina o âmbito de aplicação e sede do tribunal arbitral. Este capítulo aplica-se às disposições de toda arbitragem se a sede do tribunal arbitral se encontra na Suíça e se ao menos a uma das partes não tinha, no momento da conclusão do convênio de arbitragem, nem seu domicílio, nem sua residência habitual na Suíça.

As disposições deste capítulo não se aplicam quando as partes excluem por escrito sua aplicação e resolvem aplicar exclusivamente as normas do procedimento cantonal ao da arbitragem. As partes em questão ou a instituição de arbitragem designada por elas ou os árbitros, determinam a sede do tribunal arbitral.

Mas, o que permite o procedimento arbitral está contido no art.177, que determina que toda causa de natureza patrimonial pode ser objeto de uma

¹⁵⁹ Essa norma foi estabelecida formalmente através do artigo 60 do Código Civil Suíço, em abril de 2004, com uma estrutura organizacional que garante uma representação justa em toda a cadeia agroindustrial. Disponível em: www.poligrow.com.

arbitragem. Se uma parte em um convênio de arbitragem é um Estado, uma empresa subvencionada ou uma organização estatal, esta parte não pode alegar seu próprio direito para impugnar a arbitrabilidade de um litígio ou sua capacidade de ir à arbitragem.

Por sua vez estabelece com respeito à forma, que o convênio de arbitragem é válido se obteve-se por escrito, telegrama, télex, fax ou qualquer outro meio de comunicação que permita estabelecer a prova por um texto. Quanto à matéria de fundo, é válido se responde às condições do direito eleito pelas partes, ou o direito que regula o objeto do litígio e, designadamente, a legislação aplicável ao contrato principal, ou ao direito suíço. A validade de um convênio de arbitragem não pode ser impugnado pelo motivo de que o contrato principal não seja válido ou que o convênio de arbitragem se refira a um litígio ainda não nascido.

Finalmente, o art. 183 trata das medidas provisórias e cautelares ante o tribunal de arbitragem. Com exceção dos casos da existência de um convênio contrário, o tribunal arbitral pode ordenar medidas provisórias ou medidas cautelares ao pedido de uma parte. Se a parte interessada não se submete voluntariamente, o tribunal arbitral pode requerer a ajuda do juiz competente. Este aplica seu próprio direito. O tribunal arbitral ou o juiz podem resolver sobre as medidas provisórias ou as medidas cautelares que se requereram e pedir que se atenda às seguranças convenientes.

LORCA NAVARRETE¹⁶⁰, ao fazer uma análise sobre o sistema suíço, afirma que o direito suíço renovou o conceito do poder do árbitro ao ordenar a adoção de medidas cautelares:

¹⁶⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho de Arbitraje – Interno e Internacional*, ed. Tecnos, Madrid, 1989. p. 128.

A LDIP suíça deu um primeiro passo que sem dúvida, deve servir de exemplo na matéria, ao reconhecer ao árbitro o poder de ordenar a adoção de medidas cautelares ou de segurança a pedido de uma das partes... em um primeiro momento, a outra parte é convidada a aceitar de bom grado a adoção da medida cautelar. Em caso de uma conduta afirmativa, a questão é resolvida no estrito enquadramento da arbitragem. Pelo contrário, se a parte recusa a submeter à adoção da medida cautelar, então o tribunal arbitral deve pedir a ajuda da jurisdição estatal, em cujo caso o juiz ou tribunal ordinário requerido se ache obrigado a colaborar com o árbitro, dentro dos limites da lei; com a particularidade de que o juiz destinatário do pedido de colaboração não seja do lugar, senão o competente, pelo que uma medida cautelar ordenada por um árbitro de Berna poderá receber a colaboração de um juiz de Berna (ou do local), senão de Genebra, se a medida cautelar deve ser adotada em Genebra.

O problema que se propõe é se o juiz suíço pode, por sua vez, solicitar a colaboração do juiz estrangeiro. A priori opta-se para que assim seja...

Ademais do conceituado autor espanhol esplanar sobre as características da arbitragem suíça, outro autor de renomado conceito internacional, DUSAN SIDJANSKI¹⁶¹, nos informa acerca das particularidades da Suíça federativa e seus cantões, que por esta mesma particularidade geográfica e política poderia apresentar propriedades diversas da arbitragem internacional tradicional, traçando um paralelo entre a política interna e a política externa utilizada na União Européia, que muito poderia se assemelhar com a questão da administração da arbitragem sob a ótica continental. Vale conferir, conforme expõe seu pensamento:

A Suíça, que é um Estado federativo desde 1948, foi confrontada com dois desafios que são hoje aqueles a que a União Européia procura responder: o número de cantões e o seu sistema de governo, ou seja, em termos actuais, a questão do alargamento da União; a dificuldade em ter uma política externa

¹⁶¹ SIDJANSKI, Dusan. *Para Um Federalismo Europeu – Uma Perspectiva Inédita sobre a União Européia*. 1ª Edição. Tradução de Teresa Braga. Principia, Publicações Universitárias e Científicas. Cascais – Lisboa, 2001, p. 25.

comum devido às diferenças entre as políticas externas vigentes dos cantões, dificuldade agravada na União pelo apego dos seus Estados-membros a esta parcela da sua soberania. A Suíça compõe-se de 23 cantões ou Estados federados, um número que se aproxima do dos Estados-membros depois do alargamento.

Já a lei francesa segue os mesmos passos que a suíça, quando permite que os árbitros possam decretar medidas cautelares, da mesma forma que os órgãos jurisdicionais. A matéria está regulada no Código Civil (Normas sobre Arbitragem), Livro IV, Título II: O processo arbitral, a partir do artigo 1460, introduzido pelo Decreto nº 81-500 de 12 de maio de 1981, Boletim Oficial de 14 de maio de 1981, modificado JORF de 21 de maio de 1981.

No citado artigo determina-se que os árbitros estabelecerão o procedimento arbitral sem necessidade de ater-se às normas previstas para os tribunais, salvo que as partes disponham outra coisa no convênio arbitral. Não obstante, serão sempre aplicáveis ao processo arbitral os princípios reitores do processo proclamados nos artigos 4 a 10, na alínea primeira do artigo 11 e nos artigos 13 a 21. Se uma parte reter em seu poder algum elemento de prova, o árbitro poderá também lhe obrigar para que contribua com o feito.

Ademais, no art. 1461 sobre as questões de provas, determina-se que os atos de prova e as atas se efetuarão por todos os árbitros, a não ser que o compromisso lhes autorize para lhes encomendar a um deles. Se tomará declaração aos terceiros sem a necessidade de que prestem juramento.

6.4 - A Execução na Arbitragem

Toda a panacéia material da arbitragem contida nos direitos disponíveis, no acordo de vontade das partes contratadas com cláusula compromissória, compromisso arbitral e ambas contidas no convênio de arbitragem, encontra limitações ao final do procedimento arbitral, porque toda a celeridade cognitiva se

transforma em pó de areia em face do tempo que dure o processo executivo que ainda se anuncia no Poder Judiciário, quando há resistência por parte do sucumbente a cumprir a decisão do árbitro. Isto ocorre porque a legislação brasileira não permite a execução arbitral.

Se a legislação que permite ao jurisdicionado optar pela celeridade do processo de cognição arbitral não faz o mesmo em relação à execução, então estamos ante um “gargalo procedimental” muito estreito, onde se perderá toda a economia de tempo conseguida, para agora se dispor na fatal *via crucis* que se chama processo de execução, o qual, normalmente só se conhece o início, e não o seu final, eis que, por infelicidade, poderá ser demasiado longo.

Assim é porque ao árbitro só lhe é permitido proceder a fase cognitiva do processo, para conhecer o conflito de interesses entre as partes que o contratam e o elegem para resolver a questão e ele encomendada, utilizando regras processuais diferentes como confrontar-se as partes, ouvir testemunhas, peritos, e demais provas pertinentes, tendo que decidir o litígio, mas não se lhe permite ir mais adiante para executar sua decisão, quando houver a resistência do sucumbente.

Se a sentença ou laudo arbitral tem o *status* de *res judicata*, e, portanto, é título sujeito à execução, pergunta-se, porquê não pode o próprio árbitro, a pedido da parte credora, executar sua decisão, após efetivada a coisa julgada, se as partes, por própria vontade lhe outorgaram autoridade para tal, como ocorre no caso da kompetenz-kompetenz?

Com a advento da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, em que doravante se unem os processos de conhecimento e execução, a questão em análise nos aparenta um pouco mais fácil de ser compreendida sob a ótica da possibilidade da continuidade jurisdicional do árbitro para executar sua própria sentença. Porém, para nossa infelicidade e daqueles que defendem esta tese, não

foi isso que aconteceu com a dita reforma do CPC e a execução arbitral, sem sofrer modificação alguma, segue sendo título executivo judicial, porém, permanecendo sob a competência do Juiz togado. Tratemos adiante acerca das teorias que discutem o tema¹⁶².

Disciplina o art. 31 de referida lei de Arbitragem que "A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

Vislumbra-se no preceito acima a grande inovação trazida pela LArb, face à desnecessidade de homologação da sentença arbitral interna, para que esta já produza efeitos de plano, inclusive como título executivo judicial.

Na esteira da Lei n° 9.307/96, dispõe o art. 475-N do Código de Processo Civil que são títulos executivos judiciais, dentre outros, a sentença arbitral (art. 475-N, IV).

Como é cediço, com as inovações trazidas pela Lei n° 11.232/05, a execução de sentença deixou de tramitar em processo próprio (salvo execuções contra a Fazenda Pública e execuções da obrigação de alimentos), passando a ser um desdobramento (uma fase) do processo de conhecimento.

Advém daí a questão de como proceder à execução da sentença arbitral, haja vista a inexistência de processo de conhecimento anterior, que permita que tal cumprimento da sentença se desenvolva como mero desdobramento da fase cognitiva.

¹⁶² PAGANO, Cláudio Miranda. *A execução da sentença arbitral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1470, 11 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10136>>.

Desta feita, como primeiro passo, para fins de fixação da competência do juízo no qual se desenvolverá a execução da sentença arbitral (art. 475-P do CPC), necessário que sejam observadas as regras de fixação de competência previstas na legislação processual civil, notadamente as pertinentes à matéria, ao território e ao valor da causa.

Fixada a competência do juízo, em se tratando de título ilíquido, indispensável será a prévia liquidação da sentença, com respaldo nos artigos 475 – A a 475 - H do CPC.

Posteriormente, e nos autos da liquidação da sentença, será dado prosseguimento à fase de cumprimento de sentença, inclusive com a expedição de mandado de penhora e avaliação. Caberá ao devedor se opor à execução através da impugnação, em observância ao disposto no art. 475 – J, § 1º, do CPC.

Por outro lado, poderá a sentença arbitral determinar, de forma líquida, o valor devido, motivo pelo qual inexistirá o procedimento de liquidação, cabendo ao exeqüente iniciar diretamente a execução.

Deve ser ressaltado que, tanto no caso de liquidação da sentença arbitral, quanto nos casos de sua execução direta (sentença líquida), necessária será a "...instauração de um processo novo e não da simples continuidade do feito já em curso, como se dá com os demais títulos arrolados nos incisos do art. 475-N. Há de se instaurar relação processual civil ex novo, ou seja, de forma originária, mediante petição inicial e citação do devedor..."¹⁶³

Assim, conforme o caso, o devedor será citado para a liquidação, ou para pagar, em 15 (quinze) dias, o quantum devido (art. 475 – N, Parágrafo único, CPC).

¹⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. V. 39. Ed. Forense, RJ, 2006, p. 65.

Na segunda hipótese, não realizando o pagamento, será expedido o mandado de penhora e avaliação, dando-se regular prosseguimento ao processo, conforme art. 475 – J do CPC, cabendo ao executado se valer, como peça de resistência, da impugnação (em que pese a Lei de Arbitragem fazer referência aos embargos do devedor), ante as alterações trazidas pela Lei nº 11.232/05.

As teorias da natureza jurídica, privatista-contratualista e publicista-jurisdicionalista, fundiram-se na tese mista, pois ambas se definem na convenção de arbitragem, subtraída que foi da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

Se o árbitro pode apreciar e decidir sobre a pretensão das partes, porquê então não pode exigir o cumprimento de sua decisão? Se as partes dão-lhe o poder de julgar, deveriam também lhe dar o poder de executar e isso deveria fazer parte da outorga de poder, sob pena de constituir-se em um litígio sem definição prática, sem resultado lógico e objetivo; então seria como ganhar e não levar, pois o que vale não é receber o direito em teoria, senão o recebê-lo por inteiro, na prática, com o resultado final esperado, isto é, um negócio jurídico com regras claras, onde aquele que perde tem o dever de corresponder com o contratado.

Diz-se que o relacionamento comercial que opta pela arbitragem é como um casal às vésperas do casamento, com pacto nupcial otimista, quando tudo é entusiasmo, momento em que são feitas todas as promessas que, supostamente serão aceitas sem salvaguardas e cumpridas a rigor, pois tudo é paixão e entusiasmo. Passada a fase da paixão e chegada a discórdia, tudo muda e então passa-se a questionar se o prometido deve ou não ser respeitado, pois agora, passada a ilusão vem a razão, a que se supõe ser a realidade; passada a cegueira vê-se a clareza. Mas e o pacto *sunt servanda*?

Por outro lado, se houve desacordo entre as partes e isso afeta terceiros, a questão nos aparenta complexa quando tais, à vista de uma medida coercitiva

alcança entes alheios. O convênio arbitral é um instituto privado e que só deve estar afeto às partes contratantes, assim, em tese, seria inadmissível esta intervenção de terceiros.

Este ponto é muito relevante e de fundamental importância na medida que o instituto do litisconsórcio é diferente da intervenção de terceiros, porque se reitera a pluralidade de pessoas contidas em uma mesma parte, podendo ser ativa ou passiva, no entanto terá demandante(s) e demandado(s); enquanto que na intervenção de terceiros, estes poderiam intervir alegando interesse comum na causa.

Agora é o momento apropriado para questionar a privacidade ou a publicidade do procedimento arbitral. Se é privado só atrai às partes interessadas, se é público, a todos quantos lhes interessam. Vale dizer, privado nos termos contratualistas porque só atende às partes interessadas, ou público se atinge inclusive a terceiros.

O poder de império ao que está implícito no juiz, supõe-se exclusivo do sistema estatal nos termos do art. 117.3 da Constituição espanhola. Ao se tratar de alcance normativo, se disponível ou não, pensamos tratar-se de uma interpretação mais apressada do texto constitucional,¹⁶⁴ eis que permite admitir seu concordância com a arbitragem, pois o conceito de monopólio jurisdicional quando se trata de arbitragem se excepciona na medida que as partes assim o elegem voluntariamente, ao entender, pela primazia da autonomia da vontade. Através do convênio arbitral exclui-se o acesso à via judicial pelo menos na fase cognitiva.

¹⁶⁴ CE, art. 117. 3 - O exercício do poder jurisdicional em todo tipo de processos, julgando e fazendo executar o julgado, corresponde exclusivamente aos Juzados e Tribunais determinados pelas leis, segundo as normas de concorrência e procedimento que as mesmas estabeleçam.

Entendemos que a parte final do texto: “determinados pelas leis, segundo as normas de competência e procedimento que as mesmas estabeleçam”, permite concluir que se faz norma concorrente de aplicação especial quando encontra amparo legal na Lei 60/2003, de 23 de dezembro, de arbitragem, que regulamenta a questão do manejo *sui generis* da arbitragem.

Assim, pois, um ato de coerção do árbitro para fazer efetiva a medida executiva não teria nenhum problema se se limitasse ao alcance das partes, no entanto, quando atinge a terceiros deixa de ser privado, e, neste sentido o árbitro perde seu poder constituído pelas partes em face do terceiro prejudicado que só poderá reclamar em instância estatal e não em julgamento arbitral por falta de competência deste último, sob pena de anular o ato do árbitro.

É preciso ressaltar também que a Administração pública pode utilizar medidas executivas com o desiderato de fazer efetiva a intenção da lei, isto é, ao atuar a lei de ofício cumpre com seu munus público. Portanto, fica evidenciado que os poderes de cautela e de execução não são e não podem ser exclusivos da atividade jurisdicional, porque em muitas situações a administração pública avoca para si atos de coerção em relação ao contribuinte, de modo que este monopólio não está apartado de jurisdição.

Sobre esta matéria há duas vertentes que se apresentam razoáveis para o deslinde da questão:

1ª) o sucumbente no procedimento arbitral quando não quer cumprir com o julgado, agora em situação de devedor, se esquece de tudo o que contratou antes do conflito e passa a pôr óbices em todos os pontos processuais, já que não tem mais a oportunidade de questionar a matéria de fundo. Esta questão não é difícil de resolver pelo simples fator da existência de uma cláusula compromissória

obrigando o cumprimento do laudo, em respeito ao princípio do pacto *sunt servanda*;

2ª) se intervém um terceiro, não há que questionar a incompetência do árbitro, pois que seu poder está limitado à cláusula assinada somente pelas duas partes litigantes e não estariam incorporados terceiros alheios, portanto, a questão agora, obrigatoriamente, deverá ser deslocada do árbitro ao juiz judicial, dando efeito suspensivo ao processo arbitral enquanto se resolve a questão judicial.

No primeiro caso, sugestões já hoveram e muito bem fundamentadas e definidas, já que foram apresentadas como paradigma na jurisdição existente para fazer um processo de execução dentro da jurisdição arbitral, através da utilização de medidas iguais àquelas utilizadas pela Administração pública para expropriar bens dos devedores. Quem fê-lo é a mesma pessoa que é o autor da legislação brasileira que cuida da execução fiscal que atinge as dívidas hipotecárias. Estamos falando do Prof. LEON FREJDA SZKLAROWSKY.¹⁶⁵

Em verdade, o que propõe este professor é que a execução se ajuste às forma do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, que estabelece que, decorrida a data de pagamento sem resultado positivo, que se busque bens do devedor para garantir a eficácia da execução e conseguir o cumprimento forçado da obrigação.

Para isso, deverá apresentar ao órgão arbitral sua petição, acrescentando o título executivo (laudo arbitral) com a fatura da cobrança atualizada. O órgão ou instituição, em dez dias deverá notificar o devedor, por meio do Cartório de Registro de Notas, Títulos e Documentos ou outro meio idôneo, para pagar a

¹⁶⁵ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Uma Nova Visão da Arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5468>>.

dívida, voluntariamente, em um período de vinte dias, ou se assim não for, apresentar sua contestação.

Se o devedor não for encontrado em seu domicílio ou no endereço que conste no expediente de seus dados em poder da instituição, esta deverá proceder à notificação através da publicação de um edital, por três dias, em um jornal de grande circulação na região onde vive o devedor.

Se o devedor paga tudo o que deve, a questão estará resolvida.

Em caso contrário, a instituição, por autorização expressa do credor, procederá de pleno direito a penhorar bens do devedor, tantos quantos bastem para a satisfação do débito. Para isso fará a publicação de editais públicos e efetuará, em um prazo de quinze dias o primeiro leilão do bem penhorado. Em caso que não tenha oferta de ninguém, o processo se repetirá quantas vezes interesse ao credor, até que receba o total da dívida.

Os demais termos do processo da execução forçada com o leilão de bens do devedor e demais trâmites, segue o contexto geral como expressa o Decreto-lei nº 70/66¹⁶⁶, por indicação do legislador. Vale lembrar que conforme preconiza um dos princípios basilares da arbitragem, qual seja, a inafastabilidade da convenção entre as partes, com vista a que possam expressar sua legítima vontade, tudo o que se contratar deve estar ambasadado na legalidade do ato e, o fator de coercibilidade conferido ao juiz arbitral para dar-lhe poder de polícia, convencionado em cláusula não compulsória, porém, voluntária entre as partes, poderá conferir ao juiz arbitral tal poder para proceder a penhora, o leilão e a venda do bem em hasta pública.

¹⁶⁶ DECRETO-LEI 70/66, de 21 de novembro. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

Assim se apresenta pois, a proposta do insígne mestre que, aos moldes da Lei de Execução Fiscal brasileira, diga-se, de sua lavra, ainda que aplicada no âmbito privado, permite ao condutor da causa proceder de modo coercitivo às deliberações necessárias instituídas pelas partes para dar êxito à execução da sentença de arbitragem em caso de inadimplência do sucumbente, bem como dar-lhe efetividade, eis que, sem esta, a execução no Poder Público castraria o poder do juiz arbitral, tornando-se inócua, sem celeridade, tornando-se inoperante o modo alternativo de resolução de conflitos.

Ao finalizar este capítulo, cumpre-nos trazer à discussão relevantes questões para definir os pontos jurídicos que regulamentam a arbitragem, sobretudo ao pertinente aos poderes do árbitro, se são coercitivos ou não, ou ainda: se o árbitro democraticamente eleito pelas partes, é, efetivamente juiz de fato e de direito. Ao se cotejar estas duas questões, quais sejam: o princípio soberano da vontade das partes quando outorgam ao árbitro o poder da coercibilidade para decidir sobre questões pertinentes ao caso ou se subestima-se tal princípio para manter nas mãos do Estado outro princípio que reside no efetivo monopólio da jurisdição.

Assim, salvo melhor juízo, concluímos que o poder de império da vontade das partes deve sobrepor-se vez que trata-se de direito disponível e como tal deve ser respeitado sob a égide da soberania do convênio arbitral respaldado na *pacta sunt servanda*, concedendo ao juiz arbitral efetiva condição de juiz de fato e de direito para respeitar a jurisdição arbitral pertinente à atuação do árbitro, o procedimento eleito, a legalidade da sua sentença e a impossibilidade de recorrer-se ao duplo grau de jurisdição, salvo se dita sentença estiver eivada de vícios suficientes para ser declarada nula pelo Poder Judiciário, sob o manto sagrado constitucional da inafastabilidade do Estado para assegurar a proteção do cidadão nas questões de garantias de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito.

SEÇÃO II
A ARBITRAGEM DE CONSUMO.
ESPECIAIS CONSIDERAÇÕES AO SISTEMA ARBITRAL ESPANHOL

Capítulo II

A Legislação Consumerista Espanhola

SUMÁRIO:

1- A Reforma na legislação consumerista espanhola – LGDCU/2007, 1.1.- Disposição legislativa, 1.2- Divisão técnica legislativa; 2- O atual conceito de consumidor na nova norma, 2.1- O consumidor no direito comparado; 3- Os direitos básicos do consumidor na nova LGDCU, 3.1- Reformas estruturais de proteção ao consumidor; 4- Dos contratos com consumidores e usuários no RDL1/2007, 4.1- Tipos de contratos, 4.2- A proteção dos interesses econômicos e jurídicos dos consumidores como base para o RDL1/2007.

1- A Reforma na legislação consumerista espanhola – LGDCU/2007.

Para se alcançar os efeitos esperados na reforma da legislação de arbitragem de consumo, já prevista há algum tempo, era necessário também que na sua base de apoio houvesse mudanças substanciais, sem as quais restariam inócuas estas, eis que dependia dos pré-requisitos daquela. Assim, pelo texto normativo do RDL 1/2007, de 16 de novembro, publicado no BOE de 30 de novembro de 2007, anunciou-se a nova LGDCU, objeto da disposição final 5ª da Lei nº 44/2006, de 29 de dezembro, que fixou o prazo de um ano para que se refundisse em um texto único, a Lei 26/1984, que trata da Defesa de Consumidores e Usuários e as diversas normas de transposição das Diretivas Comunitárias em matéria de proteção aos consumidores e usuários.

Pois bem, a condensação legislativa esperada ultrapassou as expectativas, eis que foi mais além que uma simples codificação unificada, pois autorizou que se fizesse ademais de uma regularização, também uma aclaração e harmonização dos diversos textos legislativos até então vigentes, porque nota-se que a nova norma preocupou-se em generalizar todo tipo de contrato que envolva consumidores e usuários, supondo-se, pois, uma nova orientação da contratação civil e comercial, superando os entraves do Código Civil, respeitando a autonomia da vontade dos contratantes e colocando-os em um nível de igualdade nos contratos de adesão, equilibrando-se desta forma a relação entre as partes.

Partindo deste ponto de vista é que se indagava à luz do Direito Privado qual seria a efetiva concepção de consumidor, na medida de não confundi-lo com o signatário do contrato comercial que se iguala à outra parte.

Ao cotejarem-se ambas as legislações nota-se a clara distinção entre as duas normativas em análise, eis que quando posto em sua direção esta aponta para uma disposição mais administrativa que civil, como o caso da anterior LGDCU/1984, porquanto se tratava de uma legislação com características diversas

e já inadequadas à efetiva proteção do consumidor e usuário, eis que alguns críticos, conforme asseverou JOSE F. CANALEJAS MERÍN,¹⁶⁷ no caso, como exemplo, sua crítica sobre a abusividade do imposto para imóveis urbanos, agasalhado pela LGDCU, arriscando-se em qualificá-la como dispersa, confusa e contraditória em alguns pontos, porque mais confundia que orientava o consumidor quando este pretendia exercer seus direitos, imersos num emaranhado de normas complexas, fruto de constantes reformas, sobretudo em leis que muito pouco ou quase nada merecessem a qualificação de protetora dos consumidores e usuários, o que *de per se*, urgia que se adaptasse às vigentes orientações comunitárias para atender as diversas Diretivas que regulamentam a matéria no âmbito europeu. Aliás, uma característica quase que constante na Europa quando se procura adaptar a norma interna com a comunitária, eis que há o critério *sine qua non* a ser respeitado na hierarquia das normas jurídicas.

Com efeito, eis as assertivas de CANALEJAS MERÍN:

La cláusula que repercute en el consumidor el pago del Impuesto Municipal sobre el Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana, de acuerdo con la normativa vigente, es abusiva. El art. 89 del RD Leg. 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, incluye este tipo estipulaciones en el catálogo de cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contratante. El carácter abusivo de este tipo de cláusulas se estableció de forma expresa en la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que modificó la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU 1984). Sin embargo, la calificación como abusivas de estas estipulaciones al amparo de la LGDCU 1984 antes de la referida reforma es controvertida. Encontramos dos corrientes jurisprudenciales contradictorias: una que entiende que es prevalente la

¹⁶⁷ CANALEJAS MERÍN, Jose F. *Abusividad de la cláusula que repercute en el comprador consumidor el pago del impuesto de plusvalía.*

Disponível em: Centro de Estudios de Consumo- Práctica de Consumo - www.uclm.es/cesco.

libertad contractual y otra que opta por una interpretación más favorable al consumidor. Así, la SAP de Badajoz de 24 de septiembre de 2009 (JUR\2009\436550) considera que no pueden calificarse como abusivas basándose en la LGDCU 1984 hasta la entrada en vigor de la modificación efectuada por la Ley 44/2006. Según esta argumentación, la cláusula que repercute el pago del impuesto de plusvalía en el consumidor no es contraria a la buena fe, ni provoca un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, siendo un pacto libremente alcanzado y común en su momento (vide entre otras, la SAP de Valencia de 3 de junio de 2009 [JUR\2009\331335], o la SAP de Granada de 17 de abril de 2009 [JUR\2009\272984])

La SAP de Lugo de 1 de octubre de 2009 (JUR\2009\452030), en cambio, tras reconocer la ambigüedad de la LGDCU 1984 en esta materia, entiende que la Ley 44/2006 no introdujo una nueva regla sobre el carácter abusivo de esta cláusula, sino que confirmó legalmente la interpretación correcta de la normativa anterior (vide en este mismo sentido, la SAP de Asturias de 6 de julio de 2009, [JUR\2009\439462], la SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 12 de junio de 2009 [AC\2009\1704], o la SAP de Barcelona de 27 de mayo de 2009 [AC\2009\1692]).

Nota-se que se pretendeu efetivamente foi dar mais autonomia inserida numa norma unificada que garantisse um regime igualitário de proteção ao consumidor, respeitando as peculiaridades de cada contrato, quanto a sua matéria e seu âmbito de alcance, classificando distintamente os direitos do consumidor, seu efetivo conteúdo e as responsabilidades do fornecedor ou empresário, a permitir maior segurança jurídica ao usuário consumidor, esta, diga-se, objeto de constantes reclamações das associações de consumidores que cada vez mais se orientavam nesta direção.

Conforme já nos referimos várias vezes ao longo deste trabalho no que tange ao tema consumidor e sua proteção por parte dos poderes públicos, sempre dissemos que o sustentáculo de toda a gama de legislações que tratam da defesa dos consumidores e usuários em Espanha provém de sua Constituição, mais

efetivamente o que determina o art. 51, *ipsis literis*: “os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos”.

Pois bem, seguindo esta determinação constitucional a legislação consumerista espanhola foi evoluindo e se modificando para se ajustar às necessidades atuais de seu público alvo. Neste compasso, considerando que a Constituição da Espanha foi promulgada por suas Cortes e sancionada por seu Rei em nome do povo em 27 de dezembro de 1978, o legislador espanhol acatando tal determinação elaborou e apresentou após seis anos de estudos, em 19 de julho de 1984, a Lei nº 26/1984, a chamada Lei Geral para a Defesa do Consumidor e Usuário, a primeira e festejada LGDCU.

Com o passar do tempo, o surgimento de novas técnicas de comércio e a descoberta de novas espécies de conflitos sociais desta natureza, impôs-se aos legisladores a criação e adaptação de normas mais atuais às novas necessidades do mercado consumidor. Assim, iniciou-se outra caminhada rumo à modernização da normativa consumerista, haja vista a aceleração dos modernos conceitos comerciais que exigiam dia-a-dia a adaptação de novo texto legal a tal propositura.

Por estas linhas seguiu-se num primeiro momento a edição da Lei nº 44/2006, de 29 de dezembro, que visava melhorar a proteção dos consumidores e usuários, prescrevendo um prazo máximo de 12 meses para que se unificasse a LGDCU com as diretivas comunitárias da Europa unificada. Trata-se da Diretiva 98/27/CE¹⁶⁸, que relaciona-se às ações de cessação em matéria de proteção dos interesses dos consumidores e usuários, que identifica as disposições comunitárias ditadas em matéria de proteção dos consumidores e usuários, e, em consequência,

¹⁶⁸ Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998.

as normas de transposição a respeito das quais deve examinar-se a procedência de sua incorporação ao texto unificado.

Também outras normas deste mesmo seguimento, sobretudo face aos descaminhos que se intensificavam nas trilhas então traçadas pela jurisprudência da STC 13/2007, FJ 7, de 18 de janeiro, conforme comenta GRAU RUIZ,¹⁶⁹:

A STC 13/2007, FJ 7, vem assinalando que «as técnicas de cooperação e colaboração «são consubstanciais à estrutura composta do Estado das Autonomias» (STC 13/1992, de 6 de fevereiro, F.7; e no mesmo sentido SSTC 132/1996, de 22 de julho F.6 e 109/1998, de 21 de maio, F.14) e que o princípio de cooperação «que não precisa se justificar em preceitos constitucionais ou estatutários concretos» (STC 141/1993, de 22 de abril, F.6. ñ; e no mesmo sentido STC 194/2004, de 4 de novembro, F.9) «deve presidir o exercício respectivo de concorrências partilhadas pelo Estado e as comunidades autónomas (STC 13/1988, de 4 de fevereiro, F.2; no mesmo sentido, STC 102/1995, de 26 de junho, f. 31) (...).».

Neste diapasão é o que se conclui por conta da STC 15/1989, de 26 de janeiro resultado de um célebre julgado do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹⁷⁰, em que por força disso, *ipsis litteris*, entendeu-se que o regime jurídico vigente, atendendo às concorrências assumidas pelas comunidades autónomas e as entidades locais em matéria de proteção dos consumidores e usuários, exigiu regularizar e esclarecer muitas das disposições contidas na Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários, e agora incorporadas ao livro primeiro, títulos I e III. Em particular, se circunscrevem

¹⁶⁹ GRAU RUIZ, María Amparo. AAVV (dir. A. CAYÓN GALIARDO), *Corresponsabilidad fiscal y servicios públicos esenciales*, CES, Madrid, 2006.

¹⁷⁰ A sentença do Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de janeiro de 1989, © Copyright 2013, vLex.

as obrigações impostas aos meios de comunicação, à rádio e televisão de titularidade estatal, inserindo-se tais obrigações no âmbito do poder de auto organização da Administração Geral do Estado. Igualmente, atendendo às concorrências das entidades locais em matéria de defesa dos consumidores e usuários e sem prejuízo da participação da associação de entidades locais com maior implantação na Conferência Setorial de Consumo, conforme previne o artigo 5.8 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, se estabelece expressamente a cooperação institucional entre a Administração Geral do Estado e as entidades locais através da associação com maior implantação.

Nesta oportunidade, ao se editar a norma a justificativa, se instalou na exposição de motivos, que em cujas palavras assim a justificava¹⁷¹:

A defesa dos consumidores configura-se no artigo 51 de nossa Constituição como um princípio reitor da política social e econômica, que os poderes públicos devem garantir. A este propósito responde esta Lei, a que se introduzem determinadas modificações em nossa legislação sobre esta matéria, por uma parte, para dar cumprimento a uma recente sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e, por outra, para incorporar uma série de melhoras na proteção dos consumidores em uma série de âmbitos nos que se considerou necessário.

1.1- Disposição legislativa

Em análise a dita Diretiva que se refere à unificação da LGDCU e outras leis complementares para a efetiva transposição das diretivas comunitárias que tratavam do tema, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contratuais regulados por este diploma que estabeleciam o regime jurídico de determinadas

¹⁷¹ STC 15/1989, de 26 de janeiro de 1989, *Op. Cit.* © Copyright 2013, vLex.

modalidades de contratos celebrados a distância e aqueles celebrados fora dos estabelecimentos comerciais.

Dita lei, mais especificamente, em sua Disposição Final 5ª, que assim dispôs literalmente o que ora se perssegue¹⁷²:

Habilitação ao Governo para elaborar um texto refundido.

Habilita-se o Governo para que no prazo de 12 meses proceda a refundir em um único texto a Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e as normas de transposição das diretoras comunitárias ditadas em matéria de proteção dos consumidores e usuários, que incidem nas feições reguladas nela, regularizando, clarificando e harmonizando os textos legais que tenham que ser refundidos

Em síntese, o Boletim Oficial do Estado em sua edição nº 287, de 30/11/2007, publica o Real Decreto Legislativo nº 1/2007, de 16 de novembro, que aprova o texto unificado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários com outras leis complementares, dando notícia da nova normativa que sistematiza as questões de consumo em Espanha.

Conforme consta na exposição de motivos que antecede seu elenco de artigos, a edição desta normativa procura justificar a necessária unificação da então existente LGDCU com outras normas relacionadas ao tema de proteção ao consumidor.

Trata-se de uma norma estruturada em quatro livros, os quais se reportam às disposições gerais sobre o tema, definindo-as e sistematizando o elenco de

¹⁷² Cf LGDCU, Disposição Final Quinta.

medidas adotadas, segundo uma determinada ordem que compatibiliza os assuntos contidos em outras normas paralelas, os quais justificavam sua unificação em um único diploma legislativo.

1.2- Divisão técnica legislativa

O Livro Primeiro está dividido em cinco Títulos¹⁷³:

LIBRO I. DISPOSICIONES GENERALES.

- TÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
- TÍTULO II. DERECHO DE REPRESENTACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.
- TÍTULO III. COOPERACIÓN INSTITUCIONAL.
- TÍTULO IV. POTESTAD SANCIONADORA.
- TÍTULO V. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

O Título I, relativo às disposições gerais, incorpora uma delimitação do âmbito de aplicação da Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e uma lista de conceitos reiteradamente utilizados nela, assegurando uma maior clareza na redação, evitando repetições desnecessárias e integrando as lacunas existentes, apontadas e criticadas pela doutrina. Este título passa a regular, de forma geral os direitos dos consumidores e usuários numa única legislação básica aplicada aos direitos do consumidor.

O Título II deste livro primeiro contém o regulamento do direito de representação, consulta e participação e incorpora o regime jurídico básico das associações de consumidores e usuários adotado na modificação normativa

¹⁷³ Cf LGDCU, Disposições Gerais.

introduzida que unifica a lei que busca a melhoria da proteção dos consumidores e usuários.

No Título III deste primeiro livro incorpora-se toda a regulamentação em matéria de cooperação institucional, especialmente no que tange à proteção dos consumidores e usuários levando-se em conta as competências pertinentes as matérias das comunidades autônomas e das entidades locais. Integra-se assim em um título específico toda a matéria sobre o regulamento da Conferência Setorial de Consumo incorporada na Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários na modificação realizada por esta lei que visa melhorar a proteção aos consumidores e usuários, bem como as disposições específicas sobre cooperação institucional em matéria de formação e controle da qualidade.

As justificativas sobre este tema fundamentam-se, em consequência, nas disposições contidas neste título no princípio de cooperação, em relação com o qual o Tribunal Constitucional, entre outros julgados, dá destaque a Sentença - STC 13/2007, conforme nos referimos

Comentários feitos em trabalhos de mestrados¹⁷⁴ acerca desta normativa, apontam que o Título IV passa a conter as disposições em matéria de procedimento sancionador sobre infrações e sanções.

O Título V, último do Livro I, articula o acesso à justiça dos consumidores e, em particular, incorpora o regulamento das ações de cessação frente às condutas contrárias ao regulamento contido no texto unificado da Lei Geral para a Defesa

¹⁷⁴ DIAS, Marco Paulo Mendes. *O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão*. Trabalho de Dissertação de Mestrado realizado sob a orientação da Professora Doutora Isabel Menéres Campos, apresentado em outubro de 2012 no Curso de Direito dos Contratos e da Empresa, da Universidade do Minho, em Portugal.

dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares e o Sistema Arbitral de Consumo¹⁷⁵.

Na regulação do Sistema Arbitral do Consumo contida no Capítulo II deste Título V, incorporam-se as importantes modificações introduzidas pela Lei de melhora da proteção dos consumidores e usuários, no regime jurídico deste eficaz mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos.

Conforme a regulação adotada, os pactos de submissão à arbitragem conduzem-se ao momento em que o consumidor pode avaliar corretamente o alcance da decisão que, na maior parte dos casos, se vê obrigado a adotar, e que, efetivamente é aquele em que surge a controvérsia.

Eleva-se com isso a proteção do usuário ante fórmulas arbitrais nem sempre lícitas e se garante a não renúncia prévia aos direitos reconhecidos legalmente. Esta regra completa-se com a determinação da nulidade dos pactos subscritos contrapondo-se, em aplicação das previsões da própria Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários sobre a irrenunciabilidade dos direitos reconhecidos pela lei ao consumidor. A tipificação da sua vulneração, como infração de consumo, se deduz claramente na letra k do artigo 49.1 no que se qualifica como tal o não cumprimento dos requisitos, obrigações ou proibições estabelecidas nesta Lei e disposições que a desenvolvam.

Incorpora-se ao articulado, assim mesmo, as precisões introduzidas pela reiterada Lei 44/2006, de 29 de dezembro, sobre a determinação regulamentar dos supostos em que poderá se interpor reclamação ante a Junta Arbitral Nacional face

¹⁷⁵- Cf LGDCU, Capítulo II, arts. 57 e 58. Sistema Arbitral del Consumo e submissão ao SAC.

às resoluções das juntas arbitrais territoriais sobre admissão e inadmissão de pedidos de arbitragem e o estabelecimento, assim mesmo, na norma regulamentar, dos supostos em que atuará um árbitro único na administração da arbitragem de consumo.

Conforme nos informa a exposição de motivos da referida norma, seguimos adiante à transcrição do texto, segundo consta nas preliminares deste dito diploma legal.

Neste diapasão, o Livro II regula as relações jurídicas privadas e se estrutura em cinco Títulos¹⁷⁶:

LIBRO II. CONTRATOS Y GARANTÍAS.

- TÍTULO I. CONTRATOS CON LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
- TÍTULO II. CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS.
- TÍTULO III. CONTRATOS CELEBRADOS A DISTANCIA.
- TÍTULO IV. CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE ESTABLECIMIENTOS MERCANTILES.
- TÍTULO V. GARANTÍAS Y SERVICIOS POSVENTA.

O Título I contém as disposições gerais dos contratos com os consumidores, seguindo o regime contido na Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e estabelece, conforme as previsões das normas que se incorporam ao texto unificado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, o regime comum do direito de desistência naqueles contratos em que se prevê tal direito.

O Título II estabelece o regime jurídico em matéria de cláusulas contratuais não negociadas individualmente e cláusulas abusivas, conforme as previsões

¹⁷⁶ Cf LGDCU, Livro II, Dos Contratos e Garantias.

contidas na Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários.

É neste Título que ficam incorporadas as modificações introduzidas pela Lei de melhoria em matéria de cláusulas e práticas abusivas. Tal é o caso do fortalecimento da proteção do consumidor adquirente de moradia quando se pratica o caráter abusivo das cláusulas que lhe responsabilizam as despesas que correspondem à outra parte, quando o profissional assim a delibera, como os impostos em que o sujeito passivo é o vendedor, ou as despesas das conexões aos fornecimentos gerais da moradia, com o fim de evitar cláusulas não negociadas que transmitem ditas despesas ao consumidor.

Incorporam-se, assim mesmo, as previsões tendentes a dar maior clareza nas modalidades de cálculo do preço dos contratos, evitando o faturamento de serviços não prestados efetivamente.

Em matéria contratual, assim mesmo, se esclarece a equiparação entre as estipulações contratuais não negociadas e as práticas não consentidas expressamente com idênticos efeitos para os usuários e no âmbito sancionador.

Os Títulos III e IV destinam-se, respectivamente, a regular os contratos com consumidores celebrados à distância e fora dos estabelecimentos mercantis, conforme ressalta-se o dispositivo contido e comentado em trabalho acadêmico¹⁷⁷.

Incorporam-se também ao texto refundido as disposições destinadas à regular os relacionamentos jurídicos com os consumidores nos contratos a distância de bens e serviços contidos na Lei 7/1996, de 15 de janeiro, de Ordenação do Comércio varejista, modificada pela Lei 47/2002, de 19 de dezembro, de reforma da Lei 7/1996, de Ordenação do Comércio Varejista para a

¹⁷⁷ DIAS, Marco Paulo Mendes. *Op.Cit.* p. 86.

transposição ao ordenamento jurídico espanhol da Diretiva 97/7/CE, em matéria de contratos à distância e para a adaptação da Lei a diversas diretivas comunitárias.

Como consequência desta unificação a regulação sobre contratos a distância contida na Lei 7/1996, de 15 de janeiro, fica vigente para a regulação dos relacionamentos empresariais.

Igualmente incorpora-se ao texto refundido a regulação contida na Lei 26/1991, de 21 de novembro, sobre contratos celebrados fora dos estabelecimentos mercantis.

O Título V, último do Livro II, regula o regime de garantias e serviços pós-venda, integrando harmonicamente o regime de garantias previsto na Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Utentes e a regulação contida na Lei 23/2003, de 10 de julho, de Garantias na Venda de Bens de Consumo.

O Livro III harmoniza o regime de responsabilidade civil por danos causados por produtos defeituosos, conforme previsto na Lei 22/1994, de 6 de julho, e as disposições sobre responsabilidade contidas no Capítulo VIII da Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários. Este Livro divide-se em três Títulos¹⁷⁸:

O Título I no que se contêm as disposições comuns em matéria de responsabilidade por danos causados por bens e serviços defeituosos.

O Título II no que se regula a responsabilidade civil causada por produtos defeituosos.

¹⁷⁸ LIBRO III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR BIENES O SERVICIOS DEFECTUOSOS.

O Título III no que se regula a responsabilidade causada pelo resto dos bens e serviços.

No Livro IV, por último, incorpora-se a regulação específica sobre viagens combinadas. Este livro divide-se em dois Títulos, o primeiro sobre disposições gerais e o segundo sobre resolução do contrato e responsabilidades¹⁷⁹:

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES.

TÍTULO II. DISPOSICIONES RELATIVAS A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO Y RESPONSABILIDADES.

As três disposições transitórias do texto unificado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares garantem que não se altere o regime transitório a respeito da garantia comercial, mantêm o regime transitório nos bens que têm de ser considerados como bens de natureza duradora e determinam a inaplicabilidade da Lei 22/1994, de 6 de julho, aos produtos que ainda pudessem ter no mercado, postos em circulação anteriormente a 8 de julho de 1994.

Em três disposições finais mantém-se a habilitação ao Governo para modificar as quantias estabelecidas no texto unificado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares e para o desenvolvimento regulamentar do disposto na lei, mantendo a aplicabilidade do regime regulamentar em matéria de infrações e sanções nos termos previstos na Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários.

A atribuição ao Governo, na disposição final segunda, de faculdades de desenvolvimento regulamentar no âmbito das suas competências inclui as matérias

¹⁷⁹ LIBRO IV. VIAJES COMBINADOS.

sobre as quais o Estado tem competências exclusivas e excepcionalmente, em relacionamento com as normas enumeradas no apartado 2 da disposição final primeira do Real Decreto Legislativo, naqueles supostos ditados conforme a doutrina constitucional, e com o caráter de excepcionalidade proclamado pelo Tribunal Constitucional, se justifica o recurso ao regulamento para estabelecer normas básicas.

Conforme este dito entendimento¹⁸⁰, a invocação desta dispensa a excepcionalidade da suficiência de categoria normativa das bases (STC 69/1988, 194/2004)¹⁸¹ só se justificando em determinados supostos. Assim, quando resulta complemento indispensável para assegurar o mínimo comum denominador estabelecido nas normas básicas (entre outras SSTC 25/1983, 32/1983 e 48/1988); ou quando, pela natureza da matéria, resulta complemento necessário para garantir à consecução da finalidade objetiva a que responde a competência estatal sobre as bases ou, por último, quando a lei formal não é o instrumento idôneo para regular exaustivamente todas as feições básicas da matéria devido ao caráter marcadamente técnico ou à natureza conjuntural e modificativa dos mesmos (STC 131/1996)¹⁸².

Deste modo, sendo constitucionalmente admissível reconhecer ao Governo o poder de complementar as normas básicas com disposições regulamentares, tal possibilidade fica circunscrita aos supostos em que tal faculdade é constitucionalmente admissível conforme a doutrina do Tribunal Constitucional.

¹⁸⁰ SILVA, Ana Catarina Mota da. *Responsabilidade do Produtor pela Conformidade do Bem*. Trabalho de Dissertação de Mestrado realizado sob a orientação do Professor Doutor Fernando de Gravato Morais, apresentado em outubro de 2012 no Curso de Direito dos Contratos e da Empresa, da Universidade do Minho em Portugal.

¹⁸¹ STC 194/2004, de 10 de noviembre de 2004.

¹⁸² Tribunal Constitucional. STC 131/1996, 11 de Julio de 1996.

2- O atual conceito de consumidor na nova norma.

Uma necessária reavaliação conceitual do termo consumidor foi um dos pontos revistos na nova legislação do consumidor, o RDL1/2007, visto que a LGDCU/1984, em seu art. 1.2, assim o define¹⁸³:

Para os efeitos desta lei, são consumidores ou usuários as pessoas físicas ou jurídicas que adquirem, utilizem ou desfrutem como destinatários finais, bens móveis ou imóveis, produtos, serviços, atividades ou funções, qualquer que seja a natureza pública ou privada, individual ou coletiva de quem os produzam, facilitem, forneçam ou expeçam.

De outro modo a LGDCU/2007, em seus arts. 2º a 7º, regula de modo geral uma série de conceitos válidos a serem utilizados em todo tipo de contrato que envolva o consumidor e que delimite seu âmbito de aplicação.

Neste diapasão, o art. 2º apresenta concretamente aquilo que se pode determinar nas relações entre consumidor ou usuário com o empresário, excluindo desta prerrogativa as relações de consumidores entre si, bem como de empresários entre si, deixando de estar contidas na nova legislação, e que doravante os remete para o Código Civil ou Comercial, dependendo da situação.

O art. 3º passa a identificar o consumidor como destinatário final dos bens e serviços, considerando como tal toda pessoa física ou jurídica que atue em um âmbito alheio a uma atividade empresarial ou profissional, impondo com isso uma evidente modificação desde o ponto de atuação da norma, sendo bem mais completo que o anterior, supondo desde já o objetivo de aclarar a polêmica doutrinal acerca do tema até então existente.

¹⁸³ LGDCU/1984, art. 1.2.

O art.4º vai buscar no tipo de atividade que desenvolvam os contratantes para defini-los como consumidor ou usuário e empresário, de acordo com o objeto da relação; e; finalmente os artigos. 5º, 6º e 7º, incorporam os conceitos de produto, produtor e fornecedor, que estavam omissos na legislação anterior, porém dispersos em outras legislações correlatas, fazendo com isso a reagrupação de todos os enunciados numa única normativa.

Com efeito, vale destacar dentro destes últimos artigos, o importante enunciado do art. 6º que inclui a definição de bens móveis sem excluir os bens imóveis, considerando-os como protegidos na modalidade de consumidores ou usuários na locação ou como sem prejuízo da competência assegurada ao Código Civil no trato da matéria.

A questão que ora nos importa, qual seja, a efetiva definição de consumidor na nova norma reguladora em análise nos remete a conceitos meramente subjetivos, eis que estudados e vistos pela ótica da doutrina especializada, recebem qualificações técnicas segundo sua aplicação na relação contida entre consumidores, usuários e empresários ou fornecedores, conforme o alcance de atuação destes sujeitos nesta norma reguladora.

Com efeito, o RDL1/2007 em seu âmbito de aplicação subjetiva delimita as relações entre consumidores, usuários, empresários e fornecedores como espécie de atuação efetiva entre uns e outros e não entre si, melhor explicitando, seria então consumidor “pessoas físicas ou jurídicas que atuam em um âmbito alheio a uma atividade empresarial ou profissional”; e o empresário ou fornecedor “toda pessoa física ou jurídica que atua no âmbito de sua atividade empresarial ou profissional”.

Notamos uma objetiva modificação em relação à antiga Lei nº 26/1984, bem mais clara e precisa quando altera a definição anterior que considerava consumidor e usuário aquelas pessoas físicas ou jurídicas que adquiram, utilizam ou desfrutam

como destinatários finais, bens móveis ou imóveis, produtos, serviços, atividades ou funções, qualquer que seja a natureza pública ou privada, individual ou coletiva de quem os fabriquem, produzam, facilitem, forneçam ou expeçam. Efetivamente, a definição era demasiada complexa e confusa.

Na nova normativa de consumo já não se utiliza o termo “destinatário final” como ponto de baliza para se conceituar o consumidor ou usuário, apenas define o modo de atuação entre as partes, sendo estas delimitadas dentro de um âmbito alheio a uma atividade empresarial ou profissional. Assim, uma troca de serviços entre profissionais não pode ser considerada relação de consumo, mas sim, uma relação comercial entre profissionais. Dentro deste diapasão, suprem-se os conceitos de bens jurídicos tais como os móveis, imóveis, produtos, serviços, atividades ou funções afins contidas no modo de atuação da aquisição, utilização ou desfrute de bens ou serviços para serem considerados consumidores.

Ainda relevante se nos aparenta a supressão acerca das referências sobre bens e serviços públicos, da Administração Pública ou correlata, individual ou coletiva, eis que entendemos desnecessário o meio e sim o fim a que se destina e possa sinalizar a efetiva relação de consumo entre o doador e o receptor do bem ou serviço, seja relacionadas com instituições públicas ou privadas, questão sobejamente demarcada na anterior legislação.

Com efeito, a nosso ver pensamos que o espírito da lei em seu texto possui espírito subjetivo ao tratar a pessoa jurídica de Direito Público como prestador de serviço, porém nossa opinião não é nem pode ser uníssona, porque em nosso mister não pode haver unanimidade, pois estamos diante de uma ciência do deve ser, eis que humana, inexata e subjetiva. Neste contexto diverge a doutrina e pensamos oportuno trazer à lume pensamentos divergentes de outros autores.

Como exemplo podemos citar o entendimento de SEVERINO ESPINA FERNÁNDEZ¹⁸⁴ que assim se posiciona acerca do tema:

O RDL 1/2007, enuncia a aplicação da norma as “relações entre consumidores e “empresários” como um conceito que não pode se entender compreendida a Administração, quando atue em regime de direito público- definindo o empresário como pessoa física ou jurídica “que atue no âmbito de uma atividade empresarial ou profissional”. A este respeito se considera que as Administrações Públicas só poderiam ser consideradas como “empresários”, a efeitos do regulamento em matéria de defesa do consumidor, quando atuem submetidas ao Direito Privado, mas não quando a regulação da atividade ou serviço respectivo se efetua por normas de Direito Público, toda vez que em dita esfera, no campo do direito público e, concretamente, no Direito Administrativo, as vias de reclamação e resolução de controvérsias em face dos cidadãos, que deixam de ser considerados consumidores para se converter em administrados, são objeto de regulação específica (recursos administrativos, reclamações económico-administrativas, queixas ante órgãos institucionais tais como a Defensoria Pública ou instituições autonómicas análogas, etc.).

Aduz o autor a seu favor que a transcrição das Diretivas comunitárias que fomentam o tema deve ser entendida teoricamente como a delimitação da Pessoa Jurídica de Direito Público como protetora dos direitos do consumidor, essas enquanto pessoas físicas. Ademais, comenta a sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de Luxemburgo (Terceira Turma), de 22 de novembro de 2001, que alude que “o conceito de consumidor” tal como se encontra definido no art. 2º, letra b, da Diretiva nº 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de abril de 1993,

¹⁸⁴ ESPINA FERNÁNDEZ, Severino, em *Comentarios al Real Decreto Legislativo 1/2007: Ámbito de Aplicación Subjetiva*. Publicado em 12/05/2007 na página web: <http://elconsumo.blogspot.com/2007/12/real-decreto-legislativo-12007-ambito-de.html>.

sobre as cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, deve se interpretar no sentido de que se refere exclusivamente às pessoas físicas.

Ao que se nos aparenta há um equívoco ao querer explicar o termo consumidor exclusivamente como pessoa física, sem parcimônia, olvidando-se da sua relação com a outra parte, seja ela de direito público ou privado, ou seja, também pensamos no sentido de que o consumidor seja a pessoa física, porém a divergência da questão não é essa, e sim questionar se o ente público pode ou não se relacionar com a pessoa física, se entendida tal relação como relação de consumo.

Pensamos ser equivocada a separação do papel da parte contrária se considerá-la como empresário, pois ainda que não seja um comerciante, pode ser um fornecedor de serviços públicos, uma empresa pública, e como tal se situar no pólo passivo numa reclamação de relação de consumo. Tanto assim que, em que pese tal divergência em relação à tese esposada pelo autor em referência, já se pode entender como contraditória sua opinião se este se posicionar como tal ao citar jurisprudência em que se avista a personalidade jurídica de um sindicato com a natureza jurídica de entidade de Direito Público, porém com administração privada.

Por situação análoga a este respeito o autor em pauta colaciona o cotejo do tema à sentença proferida pela Audiência Provincial de Teruel (comparado no Brasil a um Tribunal Regional Federal), Seção Única, de 31 de outubro de 2002 (AC-2002-558)¹⁸⁵, que reconhece a um sindicato a sua condição de consumidor:

¹⁸⁵ Citando a Sentença da Audiência Provincial de Teruel, Seção Única, de 31 de outubro de 2002 (AC 2002, 558).

A norma também define o conceito de "produtor" e "provedor", conceitos relevantes para aplicar determinadas previsões da normativa em defesa dos consumidores enquanto ao regime de publicidade, garantias ou responsabilidades por produtos defeituosos.

Concordamos com aqueles que entendem não ser tarefa fácil conceituar consumidor num contexto geral, eis que o direito comparado diversifica muito este termo ao enfocá-lo segundo sua normativa interna. Ademais, a realidade do consumidor é mutante no tempo e no espaço, ainda que as legislações modernas procurem protegê-lo diante das diversidades vividas pelo indivíduo que se integra no contexto social resultante de sua necessidade de adquirir bens e serviços de acordo com sua realidade econômica de seu meio.

2.1- O consumidor no Direito comparado

Como importante cotejo a aferir o alcance do tema, pensamos oportuno trazer à lume a questão vista por outras óticas que não somente sob o ponto de vista local em que ora nos debruçamos. Com a intenção de encaminhar o estudo ao rumo que nos interessa, qual seja, a proteção do consumidor de forma extrajudicial, para então delinear-lo segundo o Sistema de Arbitragem de Consumo, intencionamos aqui uma extensão maior e mais abrangente, projetando-o ao direito comparado para entender mais de perto o atual conceito de consumidor segundo a nova legislação espanhola, o RDL 1/2007, objeto deste estudo.

Iniciamos pela lei brasileira de proteção ao consumidor, identificada como Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu art.2º estabelece: *"Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."* Sob esta ótica o legislador brasileiro, diferente do espanhol definiu o conceito jurídico de consumidor de forma padronizada estabelecendo como sendo consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ou seja, para seu uso pessoal ou de sua família, não comercializando o serviço ou produto.

Ao se projetar o tema de forma mais universal, buscamos no direito comparado outras definições do conceito de consumidor, segundo as peculiaridades de cada país pesquisado. Aponta-nos PLÍNIO LACERDA MARTINS¹⁸⁶ uma recente pesquisa realizada pelos alunos do Curso de Direito do Consumidor da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, sobre o conceito do consumidor no direito comparado, que serviu para refletir sobre o referido conceito, chegando à conclusão que o Código do Consumidor brasileiro (lei 8.078/90), possui um conceito mais elástico, mais abrangente, permitindo a defesa do consumidor em diversos aspectos e, por consequência, o direito de acesso a justiça.

Acrescenta o autor em referencia que o Código do Consumidor brasileiro criou também a figura do consumidor por equiparação, como o caso da coletividade de pessoas indetermináveis (parágrafo único do art. 2º do CDC.), a pessoa que é vítima de um acidente de consumo (art. 17 do CDC.) ou mesmo as pessoas que não adquiriram ou utilizaram do produto ou serviço, mas foram expostas a uma prática comercial ou contratual abusiva (art.29 do CDC.).

De sorte, que a legislação brasileira considera como consumidor, por exemplo, a pessoa que foi vítima de um acidente de consumo, mesma que esta não tenha adquirido produto ou mesmo utilizado do serviço. É o caso, por exemplo, de pessoas que foram atingidas pelo mesmo fato (responsabilidade civil pelo fato), como a queda de um avião, no qual são consumidores não somente os passageiros (consumidores *standard*) mas também as vítimas do desastre (moradores, pedestres, etc...) são equiparados a consumidores para os fins de aplicação do CDC.

¹⁸⁶ MARTINS, Plínio Lacerda. "O Conceito de Consumidor no Direito Comparado". *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/691>.

No presente estudo foram pesquisados vários países destacando: Espanha, Portugal, Itália, França, Suíça, Argentina, Paraguai, Uruguai, Peru e Venezuela, comparando o conceito de consumidor nas diversas legislações de proteção ao consumidor.

Ao tratar do tema consumidor no direito comparado, pensamos desnecessário voltar a comentar a legislação de consumo espanhola, vez que já o fizemos neste mesmo capítulo nas linhas anteriores que antecedem este estudo. Passamos então a verificar as legislações dos demais países pesquisados e às considerações dos resultados obtidos pela pesquisa em tela:

Analogicamente a lei 24/96, que introduziu a legislação de defesa do consumidor em Portugal, estabelece no art. 2º item nº 1, que se considera consumidor qualquer pessoa que adquirir bens ou serviços prestados como destinatário final, ou seja: na relação produção/consumo este sendo o último desta cadeia, passa a adquirir direitos e proteção de consumidor previsto no referido código. De igual forma prescreve a lei portuguesa que consumidor é também todo aquele a quem são transmitidos quaisquer direitos, destinado ao uso não profissional, ou seja, uso pessoal ou próprio.

Na França o *Code de La Consommation* regula as relações de consumo, estabelecendo normas para o equilíbrio entre um profissional e um não profissional. O consumidor francês caracteriza-se através do ato da compra, provando a capacidade de escolha. O consumidor conhece seus direitos e deveres sabendo usar o ato de comprar adequadamente através dos testes comparativos, gozando ainda, da consciência dos produtos e serviços prestados no campo da saúde e seguros. Apresenta ainda como características, a prevenção contra práticas abusivas. No Direito Francês, assim informa CALAIS-AULOY¹⁸⁷:

¹⁸⁷ CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la Consommation*, 6.ª Ed., Dalloz, Paris, 2003, pp. 34 a 40.

Consumidor é a pessoa que realiza um Ato Jurídico (um contrato quase sempre) que lhe permite obter um bem ou um serviço para satisfazer a uma necessidade pessoal ou familiar.

Na Itália, o ordenamento jurídico que cuida da relação de consumo é previsto na *Legge 281 de 30 luglio 1998*(14) que disciplina "*dei diritti dei consumatori e degli utenti*", estabelecendo o art. 2 que são consumidores e usuários as pessoas físicas que adquirem ou utilizam bens ou serviços não referindo à atividade empresarial ou mesmo do profissional eventual. Sob este aspecto e em se comparando legislações, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro considera consumidor toda pessoa física ou *jurídica*. Já a legislação consumerista italiana, *faz referência somente os consumidores às pessoas físicas*.

Na Suíça não há um código próprio, sendo regulado pela Lei Federal complementar do Código Civil Suíço, que não possui um conceito específico deixando explícito o direito das obrigações, ou seja, consumidor (comprador) e fornecedor são obrigados a cumprirem simultaneamente suas obrigações.

Na Argentina, trata a matéria a "Ley de Defensa del consumidor" (Lei nº 24.240, de 22 de julho de 1993)¹⁸⁸. O mesmo dispositivo legal estabelece que não têm o caráter de consumidores ou usuários aqueles que adquirirem armazenarem, utilizarem ou consumirem bens ou serviços para integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou empréstimo a terceiros.

A pesquisa destacou também, que não estão compreendidos na lei do consumidor da Argentina os serviços de profissionais liberais que requeiram para seu exercício título universitário e matrícula outorgada por colégios profissionais reconhecidos oficialmente, fato este contemplado no nosso Código do Consumidor,

¹⁸⁸ Lei nº 24.240, de 22 de julho de 1993, art. 1º.

estabelecendo a responsabilidade dos profissionais liberais no art.14, § 4º da lei 8.078/90. Outro aspecto interessante destacado pela pesquisa na lei do consumidor da Argentina, é que "*Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas*", não podendo o consumidor utilizar o CDC argentino no caso de bens adquiridos que não sejam novos, diversamente do consignado pela nossa legislação do consumidor.

No Uruguai, a Ley nº 17.250¹⁸⁹ de *Defensa del Consumidor* não considera consumidor ou usuário aquele que utiliza ou consume produtos ou serviços com fim de integrar em processos de produção, transformação ou comercialização. Verifica-se que o conceito é muito semelhante ao conceito brasileiro previsto no art. 2º do CDC.

Em relação ao produto/serviço adquirido/utilizado pelo fornecedor como destinatário final, mas com intuito profissional (incorporação a empresa), o conceito de consumidor no Uruguai parece apresentar-se mais avançado que o brasileiro, pois o legislador uruguaio não deixou margem para nenhuma interpretação errônea do que seja consumidor, através de uma norma legal expressa e precisa. A legislação uruguaia estabelece ainda que, o fornecimento de produtos e a prestação de serviços efetuados gratuitamente, quando se realizam em função de uma eventual relação de consumo, se equiparam às relações de consumo. Isto é, uma empresa, por exemplo, poderá ser responsabilizada e considerada fornecedora, se configurado a relação de consumo, mesmo que o serviço tenha sido feito de maneira gratuita.

No Brasil é considerado fornecedor a empresa que oferece produto/serviço, ainda que gratuito ao consumidor, desde que esta possua atividade econômica e, não forneça de forma eventual (exigindo a habitualidade e remuneração).

¹⁸⁹ Ley nº 17.250, de *Defensa del Consumidor*.

No Paraguai a Ley 1.334/98¹⁹⁰ *De Defensa del Consumidor y del Usuario*, regula a proteção e defesa dos consumidores e usuários, estabelecendo no o art.4 do CDC paraguaio o conceito de consumidor: *Toda persona fisica o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de biens o servicios de cualquiera naturaleza.*

No Perú o Decreto Legislativo de 07/11/91¹⁹¹ foi modificado pelo Decreto-Lei 25.868/92, defende os direitos do consumidor peruano. Estabelece o art. 3º do CDC peruano que *se entiende por: Consumidores o usuarios. Las personas naturales o jurídicas que adquierem, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.*

Na Venezuela a *Ley de Proteccion al Consumidor y al Usuario* (Lei nº 4.898/95), regula as relações de consumo¹⁹²: Estabelece o art. 2 da lei consumerista da Venezuela que: *se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatários finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan faciliten, suministren, presten u ordenen;* não contemplando como consumidor as pessoas que adquirem bens e serviços com o fim de integrá-los em processo de produção, transformação e comercialização.

Dentre as várias conclusões da pesquisa, verifica-se que a lei do consumidor da Espanha, Itália, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela estendem ao *usuário* os direitos do consumidor (equipara a consumidor). Em Portugal, por exemplo, não foi contemplado o *usuário* como consumidor,

¹⁹⁰ Ley 1.334/98 de *Defensa del Consumidor y del Usuario*.

¹⁹¹ Decreto-Ley 25.868/92, de *Defensa del Consumidor y del Usuario*.

¹⁹² Ley nº 4.898/95, de *Proteccion al Consumidor y al Usuario*.

destacando o conceito padrão como destinatário final, no qual os produtos e serviços são destinados a uso não profissional.

3- Os direitos básicos do consumidor na nova LGDCU.

Proteção à saúde e segurança; proteção aos interesses econômicos e sociais; indenização por danos e prejuízos; informação e educação; audiência e participação; proteção jurídica em situações de inferioridade, subordinação ou indefensabilidade. Não há de se estranhar que todas estas questões estavam previstas na LGDCU/1984, entretanto, sem clareza e sistematização, com conteúdo meramente administrativo.

O que mudou? Poderíamos dizer que, o que se vê agora é uma disposição didática destas questões, de uma forma bem mais clara na nova legislação da LGDCU/2007¹⁹³. Senão, vejamos:

Se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al que se incorpora lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la regulación sobre contratos con los consumidores o usuarios celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia; las disposiciones sobre garantías en la venta de bienes de consumo; la regulación sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos y la regulación sobre viajes combinados.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa.

Se derogan las siguientes disposiciones:

¹⁹³ Artículo único. Aprobación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

1. *Los artículos 48 y 65.1, letras n y ñ y la disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Igualmente se derogan en la disposición final única de la Ley 7/1996, de 15 de enero, las menciones que se realizan al artículo 48 y la disposición adicional primera en su párrafo primero e íntegramente su último párrafo.*
2. *La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.*
3. *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.*
4. *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.*
5. *Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*
6. *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*

Talvez pudésemos dizer constar um texto mais harmônico e extenso acerca desses direitos básicos, sobretudo a disposição elencada nas previsões dos artigos 11 a 58 da referida norma. Neste diapasão, o primeiro quesito a interpelar seria a proteção da saúde e segurança do consumidor¹⁹⁴.

Nesta ordem avocamos preliminarmente o art. 11.2, que após definir efetivamente o que se considera um bem ou serviço seguro, delimita seu nível de proteção. A forma como está apresentada não oferece nenhuma dúvida, porquanto segue a mesma cadência tal e como se deriva da redação dos artigos 12.1 e 13, pois, expressam claramente que tais níveis de proteção da saúde e segurança

¹⁹⁴ CAPÍTULO III. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SEGURIDAD.

devem ser oferecidos pelos empresários que participem deste mercado de bens e serviços aos consumidores e usuários de forma responsável, pois devem priorizar a básica e necessária informação prévia devida, bem como o respeito no trato de seus serviços, como também o grau de profissionalismo exigido para sua atividade empresarial, inserido numa série de regras concretas e determinadas que delimitem esta atividade profissional.

O interesse público se fixa na plena evidência que a atual norma se aparenta relevante para regulamentar de forma expressa a intervenção das autoridades públicas competentes nos diversos ramos da administração, quaisquer que sejam suas categorias, conforme se observa no controle (art. 14), vigilância e inspeção (art. 14.2), bem como na adoção de medidas de proteção tanto ordinárias (art. 15), como extraordinárias (art. 16).

Seguindo esta linha de inspeção e fiscalização que passa a caracterizar a norma do consumidor, podemos anotar ainda outra característica inédita, no que trata o direito a informação, formação e educação dos consumidores e usuários. Tal conteúdo se encontra inserido no art. 17, que trata da necessidade de se aparelhar o consumidor e o usuário no pertinente à formação e a educação de seus direitos, assim como a efetiva recepção desta informação pelo destinatário da norma, o que para efeito de sua efetividade devem ser fomentados e amparados pelos diversos poderes públicos competentes, destacando a inclusão, dentro deste direito, da intervenção dos meios de comunicação de titularidade pública estatal, com espaços e programas específicos¹⁹⁵.

O art. 18 em seus incisos e apartados, aduz sobre a apresentação de etiquetas nos produtos informando seu verdadeiro conteúdo mínimo (o que certamente conhecemos de perto esta tendência, pois, quem de nós já não flagrou

¹⁹⁵ CAPÍTULO IV. DERECHO A LA INFORMACIÓN, FORMACIÓN Y EDUCACIÓN.

um conteúdo de 990 ml em etiquetas que constavam 1 litro?) e de forma mais genérica poderíamos entender pelas leituras dos códigos de barras ópticas que devem vir acompanhadas de sua clara informação, sem olvidar da tradução para o idioma local quando se tratar de vendas em zonas transfronteiriças ou quando assim couber, bem como suas verdadeiras características, visando com isso a certeza do consumidor no momento da eleição de um determinado produto entre outros concorrentes.

Pensamos tratar de alguns detalhes relacionados à verdadeira intenção do legislador em aclarar as incertezas que possam conter um produto ou uma prestação de serviço no momento de sua efetivação. Isso muito nos aparenta a disposição da administração pública de fiscalizar e sancionar uma possível conduta fraudulenta do fornecedor do produto ou serviços e coibir a prática da propaganda enganosa, muito comum nos grandes centros de consumo, sobretudo quando o fornecedor intenciona ativar as vendas de seu produto à custa de ofertas mágicas, falsas promoções mirabolantes e enganosas vantagens ao cliente.

Com isso a nova LGDCU regulamenta de forma mais sancionadora, sobretudo nos indicativos dos arts. 40 a 42¹⁹⁶, a necessária sincronia e colaboração entre a Conferência Setorial de Consumo e seus órgãos de cooperação institucional como mecanismo de colaboração entre os diversos setores competentes das Administrações Públicas para a proteção dos direitos dos consumidores.

A nosso ver muito oportuna a redação do art. 21 que cuida da proteção dos interesses econômicos de consumidores e usuários. Com efeito, desenvolve a

¹⁹⁶- TÍTULO III. COOPERACIÓN INSTITUCIONAL.

necessidade de um sistema efetivo de garantias e reclamações, e que se prolonga posteriormente no Título V, Livro II da LGDCU/ 2007, arts. 114 a 127.

Efetivamente, trata-se de um regulamento que substitui a derogada Lei 23/2003, de Confiança na Venda de Bens de Consumo. E se, pela norma anterior a disposição fora pouca, igualmente se incorpora a novidade da atenção direta e pessoal ao consumidor nos serviços de queixas e reclamações que as empresas ponham à disposição do consumidor (art. 21.2).

A questão da representação consulta e participação incorpora na nova legislação (arts. 22 a 39) a distinta forma como fora tratada na redação dada aos arts. 20 bis, 21, 21 bis, 21.3º, 22, 22 bis e 22.3º da LGDCU de 1984, cuja redação houvera sido inspirada aos mesmos pela Lei 44/2006 de 29 de dezembro, para tentar melhorar a redação encontrada nestes, as quais superavam a limitada regulamentação inicial da dita LGDCU de 1984, incorporando-se, pois, num regime jurídico completo das associações de consumidores, partindo da consideração destas como o mecanismo básico de representação e participação dos consumidores.

Nota-se do exposto que esta nova normativa busca fomentar e incentivar a criação de mais associações de consumidores (art.24), sobretudo legitimando-as quando assim também procede ao incentivar a criação do Registro Estatal de Associações de Consumidores e Usuários (art. 33) e do Conselho de Consumidores e Usuários (art. 38) com o reconhecimento expresso dos direitos das associações (art. 37). Com isso visa dar mais poderes de representação à ditas associações, na medida em que intenciona fiscalizar mais de perto os direitos dos consumidores ao sub-rogar poderes a estes órgãos com vistas a sancionar com mais rigidez a conduta fraudulenta dos fornecedores.

Tal afirmação pode ser verificada na redação dos arts. 46 a 52¹⁹⁷ que completam o regime de infrações e sanções já previstas na antiga LGDCU/1984, inovando nos arts. 46 a 48 ao regular as disposições gerais em matéria de poder sancionador, superior ao que até então dispunha a legislação em comento.

3.1- Reformas estruturais de proteção ao consumidor

A nova redação da LGDCU/2007 procura recuperar o que era incompreensível na legislação anterior. Partindo desta premissa procura aclarar a proteção dos consumidores e usuários, eis que carecia de referência mais expressa aos tipos efetivos de proteção de tais direitos, citando apenas como exemplo a falta de clareza no trato da proteção jurídica, quando esta deixava de enfatizar a notória condição de hipossuficiência do consumidor. O que se acalenta desde já é que o consumidor doravante possa vislumbrar um panorama de proteção mais amplo e visível na forma como ora redigida sua defesa.

Ademais, não se deve olvidar outra referência inédita a respeito dos procedimentos eficazes de proteção aos direitos consumeristas, em que a nova legislação faz em duas vias distintas: uma, condensando todas as normas reguladoras em uma só, derogando normas concorrentes para o ajuste necessário em uma única normativa, e outra; ao tratar do SAC – Sistema de Arbitragem de Consumo, antes previsto no art. 31 da LGDCU/1984 e atualizado no art. 57 da atual normativa. Senão, vejamos:

A primeira corresponde ao regulamento geral da ação de cessação prevista em diversas leis especiais, como a Lei 26/1991 de Contratos celebrados fora de estabelecimentos mercantis ou na Lei 23/2003 de Garantias de Venda de Bens de

¹⁹⁷ - TÍTULO IV. POTESTAD SANCIONADORA.

Consumo, e incorporada à LGDCU/1984 no seu art. 10.3º, na redação dada ao mesmo pela Lei 39/2002.

A nova normativa consagra tais institutos nos arts. 53 a 56¹⁹⁸, ao estabelecer o caráter geral destas ações em relação a todas as relações jurídicas nas quais intervenham consumidores ou usuários, fixando um regime jurídico único e deixando sem efeito as diversas previsões estabelecidas nas leis especiais que por conseqüência foram derogadas, eis que dessa maneira, não haveria porquê mantê-las nas especificidades próprias de cada lei, mas sim condensá-las num único e comum regime de ações de cessação, no que passa a dispor a legitimação para seu exercício (art. 54), a possibilidade deste em tais ações em outros países da UE (art. 55), e, em tempo se confirma o caráter imprescritível das ações de cessação (art. 56).

A segunda, como dito, faz referência ao SAC - Sistema de Arbitragem de Consumo, inicialmente previsto no art. 31 da revogada Lei do Consumidor e atualmente atualizada aos termos presentes. Importante ressaltar que neste compasso de tempo, ademais das alterações normativas em matéria do consumidor, também o SAC sofreu atualização, pois é de todo sabido que o RDSAC/636/1993 encontra-se revogado pelo atual RDSAC/231/2008.

Com isso importa realçar que o art. 31 da LGDCU/1984 que estabeleceu as primeiras noções básicas para o surgimento da arbitragem de consumo, limita-se apenas a demarcar o início de um sistema que poria em prática as questões conflituosas entre consumidores e usuários e fornecedores e empresários. Dito sistema só se apontava nesse preceito e foi desenvolvido por diversas disposições regulamentares (o RDSAC de 1993) e autônomas.

¹⁹⁸ TÍTULO V. PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. CAPÍTULO I. ACCIONES DE CESACIÓN.

A recente LGDCU/2007 continua seguindo essa linha, estabelecendo o Sistema Arbitral como um dos procedimentos básicos de proteção dos consumidores, mantendo as bases já apontadas, como seu desenvolvimento regulamentar, o que fora remodelado no atual RDSAC/2008 (art. 57 da LGDCU/2007), conferindo a efetiva necessidade do prévio conflito (art. 57.4.) e seu caráter voluntário e expresse (art. 58.1/2007)¹⁹⁹.

A questão em tela tangente aos direitos básicos dos consumidores e usuários na nova legislação consumerista espanhola unificada não incluiu outras normas talvez conexas se analisadas sob o ponto de vista geral e não específico, eis que apesar de reformadas ainda dependiam de revisão, desde quando se instituiu a Diretiva 2005/29/CE, por isso, intempestivas ao acatamento da RDL1/2007 ao adaptar-se às recomendações comunitárias.

Melhor explicando, vê-se como exemplo a exclusão da Lei Geral de Publicidade (Lei 34/1998, de 11 de novembro), por estar pendente de revisão quando se incorporasse ao nosso ordenamento interno a Diretiva 2005/29/CE, sobre práticas comerciais desleais. O prazo de transposição finalizou em 12 de dezembro, mas a Espanha não o cumpriu e isso impediu que se incluísse a Lei Geral de Publicidade no novo texto unificado.

Outros exemplos análogos podemos acrescentar da mesma forma, consoante enumeramos as normativas a seguir:

- 1- A Lei 26/1991, de 21 de novembro, sobre contratos celebrados fora dos estabelecimentos mercantis;

¹⁹⁹ CAPÍTULO II. SISTEMA ARBITRAL DEL CONSUMO.

- 2- A Lei 21/1995, de 6 de julho, sobre viagens combinadas;
- 3- A Lei 47/2002, de 19 de dezembro, de reforma da Lei de Ordenação do Comércio Varejista (que ficaram derrogados os seus artigos 48 e 65.1 letras n e ñ, a sua disposição adicional primeira, bem como a alusão ao artigo 48 e à disposição adicional primeira na sua alínea primeira e integralmente a sua última alínea da disposição final única), isto é, os artigos referidos à proteção dos consumidores e usuários;
- 4- A Lei 23/2003, de 10 de julho, de Garantias na Venda de Bens de Consumo;
- 5- A Lei 26/1984, de 19 de julho, Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários;
- 6- A Lei 22/1994, de 6 de julho, de responsabilidade civil pelos danos causados por produtos defeituosos.

Ao comentarmos sobre a unificação de normas conexas, pese algumas excluídas, importante verificar a preocupação do legislador ao anotar a uniformização e regulamentação das relações de consumo no contexto contratual e extracontratual, as quais se encontram presentes nos quatro Livros que regulamentam a matéria.

No âmbito da saúde, os Livros I e III são os mais importantes. O Livro I recolhe as disposições gerais, os direitos básicos dos consumidores e usuários e a legislação básica sobre eles. O Livro III procura clarear definitivamente qual é o tipo de responsabilidade que corresponde em caso de produtos defeituosos, porém este assunto será objeto de comentários mais adiante.

Ao tratarmos de novos temas na atual normativa, esta introduz uma novidade ao se referir ao “fabricante” e “importador” num único conceito que é o de

“produtor”. Neste contexto, o produtor, sem prejuízo do disposto no artigo 138, a efeitos do disposto nesta norma considera-se produtor ao fabricante do bem ou ao prestador do serviço ou o seu intermediário, ou ao importador do bem ou serviço no território da União Européia, bem como a qualquer pessoa que se apresente como tal ao indicar no bem, ou seja, na embalagem, ou em qualquer outro elemento de proteção ou apresentação do produto ou serviço, o seu nome, marca ou outro signo distintivo.

Ademais, os de “vendedor” e de “fornecedor” agrupam-se também baixo o conceito de “fornecedor”. Vejamos como fica definido este termo: Artigo 7 - Conceito de fornecedor: A efeitos desta norma é fornecedor o empresário que fornece ou distribui produtos no mercado, qualquer que seja o título ou contrato em virtude do qual realize dita distribuição.

Se melhor observarmos notaremos que se manteve a definição de produto do artigo 2 da Lei 22/1994, de 6 de julho, de responsabilidade civil pelos danos causados por produtos defeituosos (agora, artigo 136 do texto unificado), mas, temos para nós que para não restar dúvidas, se acrescentou neste primeiro Livro de disposições gerais, um encaminhamento ao conceito de bem móvel do artigo 335 do Código Civil.

Ato contínuo, passamos então a analisar Livro III, sobre responsabilidade por bens ou serviços defeituosos, que harmoniza o regime de responsabilidade civil previsto na Lei de responsabilidade pelos danos causados por produtos defeituosos (Lei 22/1994) e as disposições sobre responsabilidade que continha o capítulo VIII da Lei de consumidores e usuários (Lei 26/1984), ambas derogadas e substituídas agora pelo texto unificado.

Para melhor situar o tema, acreditamos ser em boa hora transcrever o entendimento da melhor doutrina ao fazer uma análise conjunta da norma e outros textos relacionados, os quais pensamos oportuno trazer à lume a conclusão de

NURIA AMARILLA MATEU²⁰⁰ no pertinente a dita harmonização e a estrutura do Livro III, que busca aclarar definitivamente qual é o tipo de responsabilidade que corresponde a quem de direito em caso de produtos defeituosos, como se passa a expor a seguir:

O Livro III do Texto Refundido contém dois títulos que praticamente são uma cópia da Lei 22/1994, de produtos defeituosos, mas se modifica a estrutura. O primeiro recolhe as “Disposições comuns em matéria de responsabilidade” e o segundo, as disposições específicas. Este último divide-se à sua vez em dois capítulos. O capítulo I dedica-se a “Danos causados por produtos” e o Capítulo II a “Danos causados por outros bens e serviços”, divisão de suma importância a respeito do regime de responsabilidade civil pelos danos causados por produtos defeituosos.

Para não me repetir, pois recolho uma ampla explicação em outro artigo publicado na Revista de Direito Alimentário nº10, só recordarei agora que no âmbito da responsabilidade por produtos defeituosos os juízes e tribunais espanhóis protagonizaram um vai-vem jurisprudencial entre as condenações pelo artigo 26 (responsabilidade com culpa) e o artigo 28 (responsabilidade sem culpa) da Lei 26/1984, de Consumidores e Utentes, ignorando que a realmente aplicável era a Lei 22/1994, de produtos defeituosos, em virtude da sua Disposição Final Primeira. Isto foi assim especialmente na jurisprudência sobre responsabilidade por medicamentos e produtos sanitários. Por conseguinte encontramos sentenças em que se condena ao fabricante em questão por responsabilidade objetiva, mas com argumentação baseada na sua atuação de culpa ou negligência, a respeito da informação proporcionada no prospecto e na ficha técnica do produto.

²⁰⁰ AMARILLA MATEU, Núria. *La Responsabilidad por Daños Causados por Productos. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias y La Responsabilidad por Daños Causados por Productos*. Re. Deco, Revista electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación, nº 19 (2008).

Pois bem, embora fosse difícil ignorar a inaplicação dos artigos 25 a 28 da Lei 26/1984 de Consumidores, que estabeleceu a Disposição Final Primeira da Lei 22/1994 de produtos defeituosos, agora, o regime que instauravam ficou relegado unicamente ao Capítulo II “Danos causados por outros bens, morada e serviços”. Para que nos entendamos, o anterior artigo 26 da Lei de Consumidores é agora o 147 do Texto Refundido, e o artigo 28, é o 148 do Texto Refundido.

O artigo 147 do Texto Refundido leva por título “Regime Geral de responsabilidade” e o 148 “Regime Especial de responsabilidade”, mas ambos se aplicam só a serviços (e a morada que, por ser um bem imóvel, não entra dentro do conceito de produto do artigo 6 do Texto Refundido).

A redação do artigo 147 corresponde-se com a redação do artigo 26 da derogada pela Lei 26/1984 de consumidores e usuários, mas eliminou-se a parte que dizia “as ações ou omissões de quem produzem, importam, fornecem ou facilitam produtos ou serviços aos consumidores ou usuários, determinantes de danos ou prejuízos aos mesmos...” e substitui-se por “Os prestadores de serviços serão responsáveis dos danos e prejuízos...”. E da redação do artigo 148 (antes, artigo 28 da Lei 26/1984) elimina-se a frase “os produtos alimentícios, os de higiene e limpeza, cosméticos, especialidades e produtos farmacêuticos”, que passam ao regime do capítulo I englobados no conceito de “bem móvel” (artigo 6 do Texto Refundido)”.

Em considerações gerais acerca do tema em comento, no pertinente à responsabilidade por produtos defeituosos, nota-se que as mesmas encontram-se contidas no Capítulo I, que é praticamente uma cópia da derogada Lei 22/1994. Vê-se que aqui se trata da equação causa e efeito, pois para cada ato de responsabilidade de seu autor, exige-se a reparação ao prejudicado como resposta da relação jurídica.

O legislador manteve, portanto, a chamada responsabilidade de tipo objetivo (sem culpa) a qual poderá exigir o prejudicado, desde que “comprove o defeito, o

dano e o relacionamento de causalidade entre ambos” (artigo 141 do texto unificado).

De fato, na Espanha, a Jurisprudência do Tribunal Supremo estabelece que basta apenas que se prove o dano e o relacionamento causal entre a atividade do demandado e dito dano para se comprovar a responsabilidade objetiva.

Adverte, no entanto o atual legislador que a Disposição Transitória Terceira do atual Texto Legislativo introduz uma exceção ao manter para os produtos comercializados antes de 8 de julho de 1994 (data da entrada em vigor da Lei 22/1994 de produtos defeituosos) o regime vigente até dita data, isto é, o dos artigos 26 e 28 da Lei 26/1984 de consumidores e usuários, ao remeter neste caso ao Capítulo II do texto unificado.

Seguindo para a conclusão deste estudo, anotamos que, pese os cuidados prevenidos sobre a maioria das questões mais transparentes, aqui também se procurou aclarar a questão e o atual texto já não mais deixa dúvidas sobre qual é a responsabilidade exigível ao estabelecer as diretrizes destinadas à correspondência comunitária, respondendo de igual modo às expectativas aguardadas por consumidores, usuários, fornecedores e produtores, todos considerados público alvo desta nova normativa.

Finalmente, insta-nos lembrar que ao caso em tela será de aplicação o regime de responsabilidade previsto no artigo 148 para os produtos alimentícios, de higiene, limpeza, cosméticos, especialidades ou produtos farmacêuticos, gás, eletricidade, artigos de motor, brinquedos e produtos dirigidos às crianças”, isto é, que a respeito da responsabilidade destes produtos, será de aplicação a exigência estabelecida pela Diretiva 374/85/CEE14, independentemente da data em que sejam postos no mercado.²⁰¹

²⁰¹ SILVA, Ana Catarina Mota da. *Op. Cit.* p. 30.

Conclui-se do exposto que ainda que possa parecer perfeitamente adequada a legislação para o caso de responsabilidade por defeito de fabricação do produto, parte da doutrina ainda critica algumas lacunas e alega restar duvidosa a questão atinente ao defeito de comunicação ao que respeita a publicidade do produto, eis que em certos casos se aparenta totalmente inadequada, ineficaz e insuficiente para a proteção dos cidadãos prejudicados por um crasso defeito de informação sobre as particularidades do produto, especialmente a respeito daqueles que se dirigem designadamente à proteção da saúde.

4- Dos contratos com consumidores e usuários no RDL1/2007.

Uma característica importante a se destacar no novo texto da LGDCU/2007, sem dúvida alguma reside no corolário resultante da incorporação de outros textos legislativos esparsos condensados num diploma único. Aqui merece destaque o capítulo dedicado aos contratos, eis que justifica ser titulada como uma importante atualização legislativa em que se regulamenta a questão dos contratos de consumo.

Despiciendo anotar que resulta de uma necessidade premente rever a antiga posição dos civilistas mais tradicionais que impunham como dogma jurídico a questão da liberdade da vontade das partes para contratar. É cediço que nos tempos atuais o consumidor tornou-se uma presa fácil para o sagaz e inescrupuloso empresário que não mede conseqüências para lhe atrair e obrigar o consumidor a contratar sob a égide das cláusulas abusivas²⁰².

Então, esta questão de proteção ao hipossuficiente passou a ser uma questão de ordem pública e não mais privada, a confundir o consumidor como um

²⁰² AMARILLA MATEU, Núria. *Op. Cit.* p. 21.

mero contratante numa relação nem tanto igualitária, e não como antes existia nos contratos comerciais entre particulares.

Os comerciantes não estão incluídos no rol de consumidores, portanto não estabelecem vínculo consumerista entre si e por isso seus contratos não estão tutelados pela LGDCU, mas sim pela legislação comercial e civil. Trata-se de negócios entre iguais, ainda que certas legislações procurem amparar o pequeno comerciante em normativa especial, mas nada a se comparar com uma relação de consumo que reclama a tutela do Estado a amparar a parte mais fraca desta relação.

Aos particulares ficaram reservados os contratos comerciais entre iguais, e aos desiguais, como se verifica na relação consumidor-empresário, há de ser acompanhada mais de perto pelo Estado como agente fiscalizador, que tem o dever de proteger a parte mais fraca. Assim, a partir deste contexto viu-se a urgente necessidade de se criar um Código do Consumidor, tratando como matéria especial aquilo que antes era geral nas linhas do Código Civil.

A matéria foi disciplinada e o que há muito já se esperava regulamentar, hoje se consumou e não se pode mais confundir contratos comerciais com contratos de consumo, porque as cláusulas abusivas impostas à parte frágil, hoje precisam ser vigiadas diuturnamente pelas autoridades protetoras dos consumidores e usuários.

Neste diapasão, atualizando-se às necessidades vertentes, a LGDCU/2007, muito oportunamente ao rever a questão, nesta nova edição acercou-se da matéria com muita propriedade, ao tratá-la no Título I do Livro II (arts. 59 a 79), disciplinando a relação contratual entre consumidores e empresários, ao rubricar a matéria sob o signo de “Dos Contratos com os Consumidores e Usuários”, e no Título II do mesmo Livro II (arts. 80 a 91) rubricado como “Das Condições Gerais e

Cláusulas Abusivas", conforme revalida trabalhos acadêmicos que tratam deste tema²⁰³.

Inobstante, a questão começa a ser tratada no art. 59.1, e leva a cabo a configuração jurídica dos contratos nos quais intervenham consumidores com empresários. Vale destacar que este regulamento supõe uma alteração do regime tradicional do artigo 1255 do Código Civil que estabelece o princípio de autonomia da vontade, próprio do pensamento liberal arcaico no qual até então se disciplinava a questão consumerista, porém, com coerência e disciplina, anota-se doravante a organização racional no trato da matéria, como veremos adiante.

Como dissemos antes, a questão tradicional da não intervenção do Estado na regulamentação do contrato e seu conteúdo foi revista. Os tempos mudaram e com ele também a sua posição, pois ante a crescente importância da contratação com consumidores e o surgimento do fenômeno dos contratos de adesão com cláusula padrão, isso se alastrou de forma a impedir a possibilidade de se negociar as condições do contrato, eis que imposta por uma das partes surge historicamente a necessidade de proteger a parte que deve ser considerada em princípio como a mais frágil no negócio jurídico, ou seja, o consumidor, e por isso, a LGDCU/2007, não se furtou à tal proteção, e, ao contrário, tratou de assegurar as condições protetoras mínimas para tal contratação.

O que se vê então é a preocupação desta nova norma em limitar as possibilidades de avanços desequilibrados nos contratos de consumo, coibindo práticas abusivas que possam favorecer o hiper em prejuízo do hipo. Com efeito, o que se perseguiu foi um regulamento mais adequado a monitorar este desequilíbrio, quando esta legislação passa a exigir que se observe com mais acuidade as entrelinhas de um contrato que escamoteiam a verdadeira intenção do

²⁰³ SILVA, Ana Catarina Mota da. *Op. Cit.* p. 32.

comerciante ou fornecedor em capturar o consumidor, que na passividade de sua ingenuidade, às vezes não percebe a armadilha em que está caindo.

O legislador foi buscar nas omissões passadas o verdadeiro motivo para rever e atualizar as novas condições da contratação de consumo ao restabelecer o necessário equilíbrio entre as partes e sustentar, se necessário, inclusive a indisponibilidade de renúncia das partes.

Do exposto se observa a severa proteção estatal quando a norma advoga pelo hipossuficiente, a exemplo do que ocorre na irrenunciabilidade dos alimentos ou dos salários. Assim, o art. 59.2 estabelece que, o doravante regulado na LGDCU/2007, se corresponde com um conteúdo mínimo de proteção ao consumidor e usuário, e, portanto indisponível para as partes, pois o consumidor não pode renunciar aos mesmos.

Em consequência, será admissível um nível maior de proteção pactuado entre ambas as partes em benefício do consumidor, porém nunca a um nível inferior ao previsto nesta nova legislação.

Fato contínuo, o art. 60, ao especificar para os contratos com consumidores e usuários o direito básico reconhecido no art. 8º, d, exige uma informação prévia ao contrato, o qual deverá ser facilitado de forma gratuita, e que venha abranger os principais elementos contratuais, especialmente suas condições jurídicas e econômicas.

Esta previsão legal tem a finalidade de prever que o consentimento contratual a ser facilitado ao consumidor esteja suficientemente informado com caráter prévio à sua emissão, para que dessa maneira se possa ter a certeza de tratar-se de um consentimento consciente e realmente livre.

Outra questão importante, qual seja, a integração do contrato entre consumidores e usuários com cláusulas não incluídas no mesmo, passa a ter também especial destaque. Isso é o que se observa na redação do art. 61, cujo conteúdo ao se referir à oferta, promoção ou propaganda, obriga que estes termos sejam diretamente exigíveis pelos consumidores aos empresários, e isso, mesmo que dita exigência não se integre dentro do contrato. Isso pressupõe mais um mecanismo de proteção, pela importância que a oferta ou a propaganda tenham na confirmação da vontade do consumidor.

Sobre o princípio da boa fé objetiva, a LGDCU/2007 trata a questão sob o signo da interpretação do conteúdo do contrato. É o que está contido no art. 65, que permite levar a cabo uma interpretação contratual para o lado mais benéfico do consumidor ante qualquer cláusula duvidosa, o que convencionalmente poderíamos classificar como “*in dubio pro consumidor*”.

Isso nos faz pensar que há de se incluir neste contexto o direito de desistência a favor do consumidor, o que não deixa de ser também outra boa novidade ofertada ao consumidor, como se observa nos arts. 68 a 79, onde se prevê o direito de desistência do contrato como uma faculdade do consumidor em detrimento a uma imposição ao empresário se assim optar aquele, sem que para isso haja cláusula penal que possa prejudicar o consumidor, se bem que sua aplicação deve estar legal ou regularmente prevista, nos termos conforme esteja previamente reconhecido na promoção ou propaganda.

Vale lembrar que esta previsão não se trata de uma figura desconhecida, pois foi incorporada em diversas leis especiais relacionadas com a proteção do consumidor, porém, a novidade alcança a amplitude do regulamento, com vocação de se generalizar a todos os contratos com consumidores, a que se dá a preocupação da LGDCU/ 2007 de fixar um regime jurídico concreto com clara delimitação dos direitos e obrigações de ambas as partes, assim como as conseqüências derivadas de seu exercício.

Nesta mesma linha se observa a previsão do art. 77 que regulamenta a desistência nos contratos de financiamento quando se altera o vínculo com a situação econômica do momento, fonte resgatada de exemplos passados por situações de crise econômica suportada pelo mercado, para proteger o consumidor de possíveis repasses financeiros.

4.1- Tipos de contratos.

Para complementar este quesito formulado a regular os contratos de consumo, muito oportuno trazer à tela o estudo desenvolvido por LORCA NAVARRETE²⁰⁴ onde o autor, com muita propriedade analisa a questão contratual sob o signo da *configuração material do conteúdo do contrato com consumidores e usuário*, para classificar dita materialidade em quatro pontos distintos, a saber: a) *cláusulas proibidas*; b) *condições gerais da contratação*; c) *cláusulas não negociadas individualmente*; e; d) *cláusulas abusivas*. Assim, transcrevemos adiante suas noções:

a) *“Cláusulas proibidas: O artigo 62.2 da LGDCU de 2007 expressamente proíbe as cláusulas que imponham obstáculos onerosos ou desproporcionados no exercício dos direitos reconhecidos ao consumidor no contrato, e especialmente, conforme assinala o artigo 62.3 da LGDCU de 2007, as cláusulas que obstaculizem o direito do consumidor a por um fim no contrato de trato sucessivo;*

b) *Condições gerais da contratação: Nos supostos em que o contrato fique dentro do âmbito material da Lei de Condições Gerais da Contratação, regerá preferencialmente essa disposição legal e, subsidiariamente, as*

²⁰⁴ LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo*. San Sebastián – Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), 2008, p.11.

normas reguladoras do contrato com consumidores da LGDCU de 2007, tal como se desprende do artigo 59.3 da LGDCU de 2007;

c) Cláusulas não negociadas individualmente: São as cláusulas que se integram em um contrato, mas que não pode ser consideradas como condições gerais da contratação ao não poderem incluir-se no âmbito objetivo e material da Lei de Condições Gerais da Contratação, mas que, no entanto, se incluem por um empresário em um contrato com consumidores de forma imperativa, ou não negociada. Em tal sentido, o artigo 80.1 da LGDCU de 2007 exige que se cumpram os requisitos de concretização, clareza e singeleza na redação; acessibilidade e legibilidade, e boa fé e justo equilíbrio entre os direitos e obrigações, de maneira que, em caso de dúvida, se incorpore um critério de interpretação da cláusula no sentido mais favorável ao consumidor (art. 80.2. da LGDCU de 2007);

d) Cláusulas abusivas: A LGDCU de 1984 a interpretou e a aplicou, fundamentalmente, com base na interpretação de referência às cláusulas abusivas que, inicialmente, se continha no seu artigo 10 e que, posteriormente, em virtude das diversas reformas, se desenvolveu nos artigos 10 e 10 bis da LGDCU de 1984, assim como no catálogo de cláusulas abusivas contido em sua disposição adicional Ia. A LGDCU de 2007, partindo do mesmo conceito de cláusula abusiva (art. 82.1. da LGDCU de 2007), desenvolve um regime juridicamente mais harmônico e coerente, estruturando as cláusulas já refletidas na disposição adicional 1ª da LGDCU de 1984, e algumas que acrescenta a partir de uma ordenação sistemática de todas as cláusulas que se presumem abusivas nos artigos 85 a 90 da LGDCU de 2007, de tal maneira que se transformam em um importante instrumento de interpretação do contrato com consumidores e usuários, diretamente deduzida e aplicável ante os tribunais, sem que, de nenhum modo, possa entender-se que estamos ante uma relação fechada ou de numerus clausus, mas, ante uma relação não exaustiva, suscetível de ampliar-se a outras cláusulas que, pelas suas condições e efeitos, possam ser consideradas como prejudiciais para os consumidores.

A seguir pela continuidade da matéria em tela que prevê a proteção dos consumidores e usuários na nova legislação consumerista espanhola pelo RDL1/2007, vez que esta normativa acata a indicação de Diretiva europeia, vale trazer à lume a questão como foi tratada nos moldes da EU, que desde há muito se preocupa com a efetiva potencialidade do consumidor no que tange à defesa de seus direitos e assim bem a demonstra ainda quando não estava politicamente unificada ou não especificava efetivamente a condição de consumidor.

Esta questão encontra respaldo desde 1905, em Haia - Holanda, quando nessa época já se argumentara acerca da necessidade de proteção para os economicamente desafortunados, como se consolidou nas edições de 1954 e depois ratificada em 1980²⁰⁵, por conta da Conferência de Direito Internacional Privado, em sua décima quarta edição, por ocasião do Convênio para Facilitar o Acesso Internacional à Justiça, firmado em 25 de outubro de 1980, com entrada em vigor em 1º de março de 1988, pelos Estados signatários com vistas a facilitar o acesso de seus nacionais, inclusive à gratuidade de justiça. Confira-se:

Capítulo V – Das Disposições Gerais:

Artigo 22. O presente Convênio substituirá, nas relações entre Estados que o ratifiquem, os artigos 17 a 24 do Convenio relativo ao Procedimento Civil firmado em Haia, em 17 de julho de 1905, e os artigos 17 a 26 do Convenio relativo ao Procedimento Civil firmado em Haia, em 1º de março de 1954, para os Estados que foram parte de um ou de outro destes Convênios, inclusive se fora feita a reserva prevista no parágrafo segundo do artigo 28, alínea c.

²⁰⁵ Com mais de 60 Estados membros representando todos os continentes, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental de caráter global. Mescla de diversas tradições jurídicas, ela desenvolve e oferece instrumentos jurídicos multilaterais que correspondem às necessidades mundiais. Um crescente número de Estados não membros está aderindo às Convenções da Haia. Assim, mais de 120 países participam hoje nos trabalhos da Conferência.

Artigo 23. Os acordos adicionais aos Convênios de 1905 e 1954 celebrados pelos Estados contratantes serão considerados igualmente aplicados ao presente Convênio na medida de sua compatibilidade com o presente).

Trata-se de Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura em Roma, em 19 de junho de 1980, que dispõe sobre as obrigações contratuais em situações que impliquem conflitos de leis e dá outras providências, e regula em seu artigo 5º acerca dos Contratos celebrados por consumidores. A Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 entrou em vigor em 1 de Abril de 1991. Esta Convenção sofreu alterações, introduzidas pela adesão de novos Estados às Comunidades, respectivamente, através da Convenção de 10 de Abril de 1984 relativa à adesão da Grécia, da Convenção de 18 de Maio de 1992 relativa à adesão de Espanha e Portugal e da Convenção de 29 de Novembro de 1996 relativa à adesão da Áustria, Finlândia e Suécia.

A Convenção de Bruxelas é relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial: Dispõe que as altas partes contratantes no Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, "... desejando dar execução ao disposto no artigo 220.º do referido Tratado, por força do qual se obrigaram a assegurar a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos das decisões judiciais...", resolvem, nos seguintes termos:

Art. 1.º A presente Convenção aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição. A presente Convenção não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas. São excluídos da sua aplicação: 1...; 2...; 3...; 4. A arbitragem.

OBS: Vale lembrar que neste tempo, a arbitragem de consumo sequer era ventilada por qualquer legislação de consumo, na Europa ou em qualquer outra localidade.

Ademais, anote-se que da mesma forma como fora expresso na dita Conferência, consta no Tomo II, titulado: Vendas aos Consumidores, nos trabalhos preliminares, p. 17, a seguinte referência: *“insiste-se na capacidade profissional do vendedor ou provedor de bens, e, de outro lado a falta de profissionalismo ou capacidade comercial do comprador. Isso se dá em razão das diferentes capacidades das partes do contrato, em que se quebra o equilíbrio em prejuízo do consumidor e isto é o que justifica sua proteção”*.

Ora, é cediço que a atual CE tem hoje cerca de 500 milhões de consumidores potenciais. O fato é notório e como tal implica que os Estados-Membros houveram por bem elaborar progressivamente medidas que se destinavam a defender os interesses específicos destes consumidores, cujo papel económico e político é primordial na sociedade. Assim, pois, a partir de meados dos anos 70, a União Europeia inicia a harmonização destas medidas nacionais a fim de garantir aos cidadãos europeus o mesmo nível de protecção elevado no mercado único.

A política europeia em prol dos consumidores prossegue nos objetivos de preservação dos interesses, da saúde e da segurança dos consumidores, consagrando-os nos artigos 153.º e 95.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, através da promoção da abertura, da equidade e da transparência do mercado interno.

Ainda a respeito da matéria pertinente há que se registrar que também a Convenção de Roma, de 1980 e a Convenção de Bruxelas, hoje atualizada como Regulamento 44/2001²⁰⁶ adotam algumas normas especiais para os consumidores.

²⁰⁶ O Regulamento determina a competência judiciária, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial nos Estados-Membros da União Europeia (UE).

Se as questões de proteção de consumo neste período começavam a ter penetração na realidade europeia o mesmo não se poderia esperar do tema relacionado à arbitragem de consumo, eis que ainda totalmente inconsistente às vistas da comunidade jurídica internacional, por isso, o que se conhecia do tema se limitava a questões comerciais, nos moldes da UNCITRAL, e em outro alcance os princípios sobre os Contratos Comerciais Internacionais, da UNIDROIT. Até então ambos os documentos cuidam somente dos contratos internacionais entre comerciantes e excluem os consumidores de seu âmbito de aplicação.

4.2- A proteção dos interesses econômicos e jurídicos dos consumidores como base para o RDL1/2007.

A partir de então a União Europeia fixou as regras destinadas a proteger os interesses econômicos e jurídicos dos consumidores nas suas relações com os profissionais em caso de litígio. A União proibiu, nomeadamente, as práticas comerciais consideradas desleais, facilitou a resolução dos conflitos e dos pequenos litígios por conciliação e harmonizou a tramitação das ações inibitórias respeitantes às violações dos interesses dos consumidores.

Além disso, criou uma rede europeia de informação e uma rede de autoridades nacionais para assegurar a aplicação efetiva da legislação relativa aos consumidores. A União emvidou ainda esforços no sentido de reforçar a segurança jurídica, harmonizando as regras aplicáveis a certas transações, como o comércio eletrônico ou certos tipos de contratos, bem como as regras aplicáveis a setores específicos, como os transportes ou os serviços financeiros.

Segue-se adiante a Cooperação entre Estados-Membros no domínio da defesa do consumidor. Este regulamento, permitindo a cooperação jurídica entre Estados-Membros na luta contra os comerciantes desonestos, incrementa a defesa do consumidor no âmbito das aquisições transfronteiriças. Sobre a questão de

transposição de fronteiras, muito oportuno trazer à lume o pensamento de GONZÁLEZ POVEDA²⁰⁷ acerca do tema: Confira:

Dizia Dom José Castan em seu trabalho titulado “A socialização do Direito e sua atual panorâmica”, que na questão das obrigações são tão profundas as transformações que a socialização obriga que se ponha em voga a crise da dogmática o contrato.

Mais adiante, observa amiúde que dentro do Direito das Obrigações a socialização se manifesta com características muito marcantes não só na área de contrato, em que chega quase a ofuscar sua noção tradicional, mas também na responsabilidade em face dos riscos individuais.

Assim, mudanças no sentido social se manifestam tanto na esfera contratual como extracontratual, e é em ambos os campos onde mais refletem a problemática suscitada em nossos dias sobre a contratação de massa.

Esta última corresponde também na produção em massa, a produção dominada pela automação mais avançada que distorce o conceito clássico de comportamento e ação humana, ou pelo menos levantar dúvidas como se as consequências da violação do contrato ou ato ilícito fossem os mesmos no outro sistema.

Essa cooperação entre Estados-Membros deve garantir a aplicação efetiva da legislação sobre a defesa do consumidor no mercado interno. O Ato que normatiza esta questão se torna possível por meio do Regulamento (CE) n.º

²⁰⁷ GONZÁLEZ POVEDA, P. *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*. Bookseller: AG Library, Malaga, 2011.

2006/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor (“regulamento relativo à cooperação no domínio da defesa do consumidor”).

Em síntese, este regulamento cria uma rede de autoridades competentes para controlar a aplicação da legislação relativa aos consumidores. O objetivo é garantir o respeito pela legislação e o bom funcionamento do mercado interno. Este regulamento aplica-se unicamente às infrações intracomunitárias da legislação de defesa do consumidor, em que as autoridades responsáveis nos Estados-Membros designam as autoridades competentes e o serviço de ligação único responsável pela aplicação do regulamento. Essas autoridades dispõem dos poderes de investigação e de aplicação necessários para dar cumprimento ao regulamento e exercem-nos em conformidade com a legislação nacional.

Ademais, as autoridades competentes, assim, devem intervir o mais rapidamente possível para pôr termo a qualquer infração verificada, escolhendo o meio jurídico apropriado. Este será, na maior parte dos casos, uma ação inibitória, já que a mesma permite uma intervenção rápida. A ação inibitória possibilita a cessação ou proibição do ato ilícito e o julgamento dos comerciantes desonestos nos tribunais de outros Estados-Membros. Quanto à assistência mútua, o regulamento estabelece um enquadramento para tal, onde a mesma inclui o intercâmbio de informações, os pedidos de medidas de aplicação, bem como a coordenação das atividades de vigilância do mercado e de aplicação da legislação.

Assim, pois, sempre que uma autoridade competente tenha conhecimento de uma infração intracomunitária, deve fornecer essa informação às autoridades dos demais Estados-Membros e à Comissão. Deve igualmente fornecer, a pedido de outra autoridade competente, todas as informações pertinentes para verificar se foi cometida uma infração intracomunitária. Além disso, deve tomar todas as

medidas de aplicação necessárias para fazer cessar ou proibir a infração intracomunitária.

As autoridades competentes informam a Comissão sobre as infrações intracomunitárias, sobre as medidas tomadas e respectivos efeitos, assim como sobre a coordenação das suas atividades. As informações fornecidas só podem ser utilizadas para garantir o cumprimento da legislação de defesa dos interesses do consumidor. A Comissão armazena e trata as informações que receber numa base de dados eletrônica.

Todos os pedidos de assistência mútua devem conter informações suficientes para permitir dar-lhes seguimento. Em certas condições, uma autoridade pode recusar dar seguimento a um pedido de medidas de aplicação ou de informações, ou decidir não dar cumprimento às suas obrigações. Nesse caso, deve informar a autoridade requerente dos motivos da recusa do pedido de assistência.

No que for pertinente às atividades comunitárias, Os Estados-Membros informam-se mutuamente e informam a Comissão sobre as suas atividades em certos domínios de interesse comunitário relativos, nomeadamente a:

- coordenação da aplicação de legislação: formação de funcionários responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, pela recolha e pela classificação das queixas dos consumidores;
- cooperação administrativa: fornecimento de informações e de conselhos aos consumidores, apoio às atividades dos representantes dos consumidores.

A Comunidade colaborará com países terceiros e com as organizações internacionais competentes, no intuito de reforçar a proteção dos interesses económicos dos consumidores. A cooperação pode ser objeto de acordos entre a Comunidade e os países terceiros em questão.

Capítulo III.
O Sistema Arbitral de Consumo Espanhol:
Considerações Gerais

SUMÁRIO:

1- A progressão legislativa da parceria LGDCU/SAC, 1.1- A natureza processual da Arbitragem de Consumo na reforma consumerista; 2- A evolução da Arbitragem na Espanha: Da convencional a do consumidor; 3- A nova Lei de Arbitragem de Consumo RD/231/2008, 3.1- Os novos institutos no RD231/2008; 4- O Sistema de Arbitragem de Consumo e sua organização; 5 – Das Juntas de Arbitragem de Consumo, 5.1 Conceito e termo, 5.2- A natureza jurídica das JACs, 5.3- A competência das JACs, 5.4- O suporte das JACs; 6- A constituição das Juntas de Arbitragem de Consumo, 6.1- A comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, 6.2- Composição e funcionamento, 6.3- Competências; 7- O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, 7.1- Natureza e composição, 7.2- Funcionamento, 7.3- Disposição legal, 7.4- Composição do Conselho Geral; 8- Órgãos arbitrais, 8.1- Proposta de árbitros e lista de árbitros credenciados, 8.2- Credenciamento de árbitros, 8.3- Órgãos arbitrais singulares, 8.4- Órgãos arbitrais colegiados, 8.4.1- Conceito e Termo de Colégio Arbitral, 8.4.2- O Secretário, 8.5- Designação, abstenção, recusa e descredenciamento de árbitros, 8.5.1- O procedimento de designação, 8.5.2- Abstenção e recusa do árbitro.

1- A progressão legislativa da parceria LGDCU/SAC.

Ao pretender atualizar o estudo da arbitragem de consumo na Espanha, importa-nos delimitar a legislação que ao longo do tempo vem acompanhando passo-a-passo os caminhos traçados pela melhor doutrina especializada nos conflitos de consumo e ao alcance do legislador a adaptar novas regras às situações fáticas em que a proteção deste deve estar atualizada na medida em que as dificuldades vão cobrando maior monitoramento do Estado.

Assim, a matéria da defesa do consumidor, bem como da arbitragem de consumo, em face da recente reforma legislativa sofrida nos últimos tempos em Espanha, insta-nos a especular a questão em tela bem mais de perto e procurar analisar tais reformas alçadas sobre duas vertentes: A uma, o Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro, que pelo qual se aprova o texto unificado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, a chamada LGDCU de 2007, que posteriormente sofreu novas alterações²⁰⁸; A duas, o Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, que regula o atual Sistema Arbitral de consumo (RDSAC de 2008).

No que tange às ditas alterações, estas se realizaram em atenção às diretrizes comunitárias, sobretudo para se mitigar a concorrência desleal e da publicidade enganosa, em prejuízo do consumidor, e assim o faz pela via da Lei 29/2009, de 30 de dezembro, em vigência desde 1º de janeiro de 2010, que traz em seu bojo a justificativa de tal mudança, informando em suas exposições de motivos alguns aspectos relevantes que acercam a defesa dos consumidores, cujas notas explicativas entendemos oportuno trazer à lume sob alguns aspectos:

Se modifica o texto refundido da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, com o objetivo de estabelecer

²⁰⁸ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

claramente nesta as prerrogativas dispostas no direito comunitário, as práticas comerciais dos empresários ou profissionais dirigidas aos consumidores regidas exclusivamente pelas disposições da Lei da Concorrência Desleal e no próprio texto da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, sem que tenha-se que impor aos empresários e profissionais outras obrigações, exigências ou proibições que não as previstas nestas normas, quando o título em que estas se baseiam é a protecção dos legítimos interesses económicos dos consumidores.

Estabelecida esta regra geral, se esclarece nos termos previstos na legislação comunitária, a compatibilidade deste regime com a regulação específica ditada por razões alheias à protecção dos legítimos interesses económicos dos consumidores, com regras específicas que regem as práticas comerciais nas normas que constituem a transposição de diretivas comunitárias editadas em matéria de protecção dos consumidores e usuários, e, por último, com as disposições ainda mais protetoras que regulamentam as matérias de serviços financeiros e de bens imóveis.

Igualmente se incorporam ao texto refundido da Lei Geral para a Defesa de Consumidores e Usuários e outras leis complementares as obrigações de se informar ao consumidor nas práticas comerciais que incluam informação sobre o bem ou serviço e seu preço, possibilitando que o consumidor ou usuário tome sua decisão sobre a contratação.

Traçadas estas primeiras linhas, passamos à análise legislativa em questão um tanto mais amiúde, quando então, após um estudo aprofundado na atualização da normativa consumo/arbitragem, concluímos que tais passos foram tão quanto importantes nas modificações e adaptações ocorridas, eis que nos levou a entender que a intenção do legislador nestas reformas não foi outra senão reforçar a protecção do consumidor e do usuário que até então caminhava oscilante numa

linha paralela entre ambas as legislações. Talvez possamos entender também que já nem tanto consolidadas entre si estavam, eis que culminou o ponto de merecer importantes alterações em suas já corroídas estruturas.

Pela ordem das matérias, preliminarmente há que se falar da reforma consumerista que à luz da anterior normativa, deu azo a nova LGDCU de 2007, portal de anúncio para a futura normatização que também estava em marcha, a reforma arbitral de consumo, para completar o ciclo legislativo de consumo. Neste diapasão, nos servimos da base consumo/arbitragem, para focar nossa análise em elementos mais significativos que propiciaram tal reforma legislativa, essa que adiante passamos a investigar.

Com efeito, se acaso quisermos delinear os limites legislativos de uma norma no tempo e no espaço, tendo como base a normativa vigente e como pano de fundo sua base legislativa, basta tomarmos, com efeito, a resposta social do destinatário final que tão sábio quanto o legislador, remete a este sua disposição em atender ou não sua proposta, pois quando sabatinado na utilidade social da norma, há de resultar com a aclamação ou reprovação popular de seu público alvo, que lhe diz se sua proposta aplacou ou não às suas necessidades mais prementes. Por isso o legislador não deve se distanciar da realidade iminente, pois, se sua proposta não aplacar, for inútil ou inviável, todo seu trabalho terá sido inócuo e desnecessário.

O caso em tela se nos aparenta como um ramo do Direito disponível das pessoas, eis que a livre expressão de vontade do consumidor deve estar contida na efetivação da norma aplicada ao caso concreto. Em relação ao Direito do Consumidor, como grande parte dos direitos ali discutidos se trata de direitos disponíveis, a princípio, a arbitragem pode ser adaptada e utilizada sem nenhum problema na harmonia das legislações, tanto arbitral como de consumo, permitindo, inclusive a fusão de ambas num só determinado diploma legal. Contudo, há de se tomar algumas precauções nas reservas legais que este

diploma deve conter, porque não podemos nos olvidar que estamos diante de uma clara e evidente situação de hipossuficiência do consumidor em confronto com a poderosa representação do fornecedor, eis então quando a polêmica se reacende.

Em qualquer legislação consumerista, haverá sempre a presunção de que seu Código de Defesa do Consumidor em vigor classifica como abusivas as cláusulas que prevêm o abuso de poder econômico do empresário em detrimento à posição menos favorecida do consumidor, portanto, seria de igual teor temerária, consentir como possível as cláusulas arbitrais obrigatórias nas demandas a que este viria suportar contra aquele, por entender que o consumidor seria prejudicado pela atitude do fornecedor que a estipularia em interesse próprio a seu favor, mas nada deveria opor se sobre a questão se versasse sobre o compromisso arbitral, eis que este, por possuir característica e forma consensual seria perfeitamente possível.

1.1- A natureza processual da Arbitragem de Consumo na recente reforma consumista.

Inobstante suas reformas, vale trazer à luz o tema da natureza processual da arbitragem de consumo, vista aqui sob a ótica de um processualista e especialista em arbitragem, sobretudo de consumo, LORCA NAVARRETE²⁰⁹ como já feita em várias nuances literárias acerca da matéria, sobretudo por sua privilegiada condição de autor já consagrado por diversas publicações sobre o tema, além de árbitro da Junta de Arbitragem de Consumo do País Vasco, condições que lhe dão

²⁰⁹ LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Op. Cit.* p. 2.

elementos (status) suficientes, tanto na teoria como na prática, para ilustrar com muita propriedade o presente tema de que ora tratamos. Assim se apregoa:

Um "Direito processual de consumo". Mas, entendam-me bem: não baixo a idéia da tutela jurisdicional nem de Direito Jurisdicional algum. Pelo menos, assim se reconhece aberta e enfaticamente desde o meu lado. Não desde o outro, é certo. Mesmo que deste se fale de jurisdicional com ímpeto. Não é meu caso. Está claro.

Portanto, desconfio que a presença do processo na arbitragem de consumo, não jurisdicional, volto a insistir não se faça -normalmente- desde a propedêutica de suas garantias; a qual denuncia que, algo substancial pulsa sob o SAC que regulamentou que as garantias, que se aplicam ao SAC em particular, encontrem sua justificativa na jurisdição. Ora direi.

O grande êxito do processo destes últimos e recentes anos e também do processo na arbitragem de consumo- apoiou-se no âmbito devido às garantias do processo que não só se desvinculou da jurisdição [pelo que ficaram preteridas às posturas panjurisdicionalistas] senão, quanto mais, melhor, e isso é importante, vale dizer, a substância devida dessas garantias não se fixam exclusivamente [em sua formulação constitucional] no funcionamento dos Juizados e Tribunais estatais.

Assim sucede com o árbitro ou árbitros de consumo que não são Juízes nem Tribunais, nem exercem função jurisdicional [nem equivalente jurisdicional algum], mas que, entretanto, justificam sua atividade negocial [não jurisdicional, nem equivalente] nas garantias cuja substância aplicada e devida ao processo arbitral, que é de ordem pública constitucional, e de ordem pública jurisdicional. E, como tal, nos mantemos assim, de braços, com o "Direito processual de consumo.

Com isso se produz -penso eu- um evidente deslocamento para o RDSAC de 2008, leia-se não o art. 57.2. da LGDCU de 2007 no qual se indica que "a organização, gestão e administração do Sistema Arbitral de Consumo e o

procedimento de resolução dos conflitos, se estabelecerá regularmente pelo Governo". E aí, em realidade, se esconde - tenho para mim- a substância do problema que agora me ocupo, porquanto me dá azo, agora sim, para reivindicar.

Compulsando a referência em tela, reporta o autor acerca da relação existente entre consumidores e empresários, que se encontra prevista no Capítulo II do Título V do Livro I da LGDCU de 2007, que aparece rubricado da seguinte forma: "Sistema Arbitral de Consumo" – arts. 57 e 58 da LGDCU de 2007. Antes que transcrevamos suas idéias, pensamos oportuno recordar que o autor pertence à escola doutrinal a qual não aceita a arbitragem como equivalente jurisdicional, sob nenhum aspecto. Feita essa importante consideração preliminar, passemos adiante ao seu colóquio.

A regulamentação da matéria em pauta, seguindo sua progressão legislativa traz elementares progressos, sobretudo no que tange à efetiva colocação expressa e textual, eis que efetivamente, nem a Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários aprovada por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro, nem a Lei de Arbitragem de 2003 estabelecem que a arbitragem de consumo tenha que ser gratuita.

Neste diapasão, tem-se que o regime jurídico da arbitragem de consumo contido nos arts. 57 e 58 de Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários, LGDCU, e depois no Real Decreto 231/2008, sobretudo este último, passa a fazer referência a este importante elemento, porquanto a interpretação literal da norma deve conter todos os adjetivos referentes à sua aplicação.

Entretanto, convém assinalar que, o não previsto neste Real Decreto, será de aplicação a Lei 60/2003, de Arbitragem (art. 3.1 RD 231/2008), que é, por tanto, de aplicação supletiva. Em algumas ocasiões o RD 231/2008 remete de maneira expressa a determinados preceitos da LA, cuja aplicação é indubitável; assim acontece nos arts. 19.3, 33.3 e 48.1- RD 231/2008. Fora destes supostos, aplicar-

se-ão à arbitragem de consumo aqueles preceitos da Lei de Arbitragem que regulem uma feição não prevista no RD 231/2008, sempre que esse preceito não afete a princípios essenciais da arbitragem de consumo.

Convém advertir ademais, que alguns preceitos contidos no RD 231/2008 constituem uma mera cópia da LA (por exemplo, arts. 42.3, 47, 48.3, 49.1- RD 231/2008, eis que não nos parece desnecessário lembrar que tanto a aplicação da LGDCU como do RD 231/2008 para o caso em tela, devem fazer referência a todos os quesitos fundamentais que passam a regulamentar o tema da proteção dos consumidores e usuários sob o manto da proteção do Estado de forma geral e irrestrita.

Aqui, também há de se referir não só a questão da gratuidade do procedimento como a natureza de seu alcance em relação às partes envolvidas no processo, porque desde o ponto de vista subjetivo, é necessário que as partes em conflito sejam um consumidor e uma empresa ou profissional. O RDAC não define, no entanto, que tem de se entender por consumidor e empresa ou profissional, é o que comenta MARÍN LÓPEZ²¹⁰.

Dado que este RD 231/2008 se dita em desenvolvimento do art. 57.2 da LGDCU, então terá que estar contido em seu texto legislativo os conceitos de “consumidor” e “empresário” dos arts. 2 e 4 LGDCU. Em qualquer caso, a arbitragem de consumo só pode conhecer das controvérsias que têm a sua origem em um ato de consumo, quer dizer; as que relacionam a um empresário e a um consumidor mediante um contrato, em virtude do qual este adquire um bem ou um serviço daquele.

²¹⁰ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Op. Cit. p. 94.

Com muita propriedade nos informa MARÍN LOPEZ²¹¹ que, exatamente por este motivo, não se pode admitir uma arbitragem de consumo quando um particular vende o seu veículo, já usado, a uma empresa.

2- A evolução da Arbitragem na Espanha.

Da convencional a do consumidor.

Para um retrospecto acerca da história da Arbitragem na Espanha, basta lembrar que de sua *genesis* pouco restou, quando a arbitragem comercial espanhola deu seu primeiro passo para outra definição e também para a atualização internacional, comungando-se definitivamente para as tendências atuais, quando efetivamente, em 5 de dezembro de 1988 se promulgou uma nova Lei de Arbitragem, a Lei 36/1988, que veio para substituir a de 1953, com características muito diferentes que a anterior.

Assim, dispôs-se que: *O novo texto legal proclamou sua vocação de ser o “Direito Comum” de todas as arbitragens de Direito Privado, vez que permitia a regulação específica de diferentes arbitragens setoriais, entre elas a arbitragem de consumo.* Registre-se ademais que, nos termos preconizados pela Disposição Adicional 1ª, dita lei não deixou de enfatizar a obrigação de marcar as arbitragens especiais, dispondo a subsidiariedade da arbitragem geral, a gratuidade da arbitragem de consumo e a não necessidade de protocolo notarial, (Disposição Adicional 2ª), como dispunha a vetusta lei de arbitragem espanhola.

Ademais da arbitragem de consumo, objeto de nosso estudo, e as mais tradicionais, Cível Comercial Interna e Cível Comercial Internacional, outras arbitragens setoriais previam um longo caminho a ser percorrido até alcançarem suas propostas peculiares segundo suas necessidades mais prementes, conforme se apresentam nos dias de hoje, distribuídas nas mais distintas atividades.

²¹¹ MARÍN LÓPEZ, M. J. *Presente y Futuro del Arbitraje de Consumo: 43 Cuestiones Controvertidas*. RDP, 2006, nº 90, pp. 11 y ss.

Destacamos algumas entre as mais ativas: Laboral, (vinculada aos movimentos intersindicais de conciliação prévia nas questões coletivas de trabalho), Informática, Tecnologia da Informação e afins (setor em franco desenvolvimento, inclusive dotado de tribunal virtual), Telecomunicação, Logística e Transporte, Mercado Financeiro, Mercado Imobiliário e Construção Civil, Relações de Representação Comercial, Infra-Estrutura e Construção Pesada, Propriedade Intelectual, Industrial, Relações de Franchising, Mercado de Seguros, Relações de Ensino presencial e a distância, Recursos Naturais e Meio Ambiente, Agronegócios, etc.

Seguindo a cronologia legislativa, desde a LA/1953, a CE/1978, a LGDCU/1984 e a LA/1988, esta última reiterando o mandato não cumprido de 1984, ratificou-se a implantação em todo o território espanhol de um sistema de arbitragem de consumo, com regime jurídico único, pese algumas Comunidades Autônomas se estimularem a esboçar legislações regionais, cujo objetivo do INC previa frear este ímpeto de independência regional²¹² muito característico em Espanha. Em conseqüência, a proposta dos Ministérios de Saúde e Consumo e de Justiça e o Conselho de Ministros aprovou em 3 de maio de 1993 o Real Decreto nº 636, em que se regula o Sistema Arbitral de Consumo.

Convém lembrar preliminarmente que em sua exposição de motivos se faz uma retrospectiva legislativa a justificar a evolução do sistema de proteção ao consumidor e por conseqüência a implementação de tal sistema de arbitragem de

²¹² A independência regional espanhola é o termo que se dá a uma questão nacional enraizada em sua história, face às diversas fases por que passou o país ao longo de sua história como colonizadora e colonizada; desde a Hispânia pré-romana, dominada pelos Visigodos, depois os Celtas no domínio da península, passando pelos Fenícios, até a derrota dos Mouros, últimos dominadores, quando então legitimaram-se como soberanos da Península Ibérica, que era um conjunto de reinos juridicamente e politicamente independentes governados pela mesma monarquia, até os dias de hoje onde, pese estar unificada num único reinado, é dividida pelas insurgências regionais com idiomas, costumes e tradições próprias, conforme ainda se vê nas regiões da Catalunha, País Basco e Galícia, dentre outras.

consumo, nos seguintes termos: *“ouvidas as associações de consumidores e usuários, setores afetados, a proposta dos Ministros da saúde e Consumo e da Justiça, de acordo com o Conselho de Estado e prévia deliberação do Conselho de Ministros, dispõe-se sobre o Real Decreto do Sistema de Arbitragem de Consumo - RDSAC 636/1993, de 17 de dezembro, que regula o Sistema Arbitral de Consumo”*.

Esta normativa alterou, portanto, a matéria antes regida pela LA/1988, dando novas perspectivas ao regime jurídico destinado exclusivamente ao sistema de arbitragem de consumo. Como destacou a doutrina, as novidades contidas neste Real Decreto não são as que cabia esperar dado seu longo período de gestação; pelo contrário, em muitos casos se limita a reiterar aspectos já tratados na LGDCU e, sobretudo na Lei de Arbitragem, deixando ademais, sem aclarar alguns pontos problemáticos.

No que concerne ao procedimento arbitral, com anterioridade, a LA/1988 exalta a aplicação da equidade, uma das mais peculiares características da arbitragem. Com efeito, o artigo 4º, em seus dois apartados assim preconizava: 1. *“Os árbitros decidirão a questão litigiosa com sujeição a direito em equidade, segundo seu saber e entender, a eleição das partes”*. 2. *“No caso que as partes não tenham optado expressamente pelo arbitragem de direito, os árbitros resolverão em equidade, salvo que hajam encomendado a administração da arbitragem a uma corporação ou associação em cujo caso se estará ao que resulte de seu regulamento”*. Posteriormente, a LA/2003, em seu art. 34.1, por outra via contrária assim veio preconizar: *“Os árbitros só decidirão em equidade se as partes lhes autorizaram expressamente para isso”*.

A vigente Lei de Arbitragem suprimiu a opção a favor da arbitragem em equidade que resultava do art. 4.1 da derogada Lei de Arbitragem de 1988, como regime substantivo da resolução arbitral, em defeito de sujeição expressa das partes à arbitragem de Direito. Porém, já de modo paradoxal, ao tratar da arbitragem de consumo, a própria LA/2003 retifica sua posição frente a arbitragem

de consumo e assim dispõe em sua Disposição adicional única. *“Arbitragens de consumo. Esta lei será de aplicação supletiva à arbitragem a que se refere a Lei 26/1984, de 19 de julho, geral de defesa de consumidores e usuários, que nas suas normas de desenvolvimento poderá estabelecer a decisão em equidade, salvo que as partes optem expressamente pela arbitragem em direito”*.

Ora, é cediço que um dos pontos mais destacados na normativa arbitral, conjugada paritariamente até então nas duas legislações disponíveis, (LA e RDSAC) tratavam da preferência da equidade em substituição ao direito, por entender mais apropriado sua aplicação às questões arbitrais de consumo. A arbitragem de consumo tem características próprias por se tratar originalmente de uma arbitragem de equidade, salvo se as partes decidam submeter-se a uma arbitragem de Direito, em cujo caso, os membros do Colégio Arbitral deverão ser advogados em exercício, excluindo aqui se tratar-se do presidente designado por proposta da Administração, em cujo caso será suficiente que seja bacharel em Direito (art. 11.3 do RD 636/1993). Assim, para melhor situar a questão, posteriormente foi revista e mantida como dispositiva na legislação de arbitragem de consumo, por ser um procedimento mais específico às particularidades da matéria.

Neste contexto, a nova Lei de Arbitragem de 2003 estabelece em sua DA Única que *“Esta lei será de aplicação supletiva a arbitragem a que se refere a LGDCU, Lei 26/1984, de 19 de julho, que em suas normas de desenvolvimento poderá estabelecer a decisão por equidade, salvo quando as partes optem expressamente pela arbitragem de direito”*. Precedida pela sua antecessora, a LA/2003 recebeu como herança dito encargo, eis que deste modo, a Lei de Arbitragem de 1988 proporcionou indiretamente uma regulação mais completa do sistema de arbitragem de consumo.

Da Lei de Arbitragem desde seus primórdios de 1953 até a atual de 2003, passamos pela LGDCU, o RD 26/1984, e sua atualização no RDL 1/2007, para o

RDSAC, RD 636/1993, depois a Lei 44/2006, para a melhora da proteção dos consumidores e usuários até a recente RDSAC 231/2008, com sua atualização no RD/863/2009.

3- A nova Regulação de Arbitragem de Consumo RD/231/2008.

Ao analisar-se a nova norma arbitral consumerista, verifica-se que o RD 231/2008 consta de sessenta e quatro artigos (divididos em cinco Capítulos), quatro Disposições transitórias, uma Disposição derogatória, e quatro Disposições finais. Trata-se, por tanto, de um texto normativo bem mais extenso que o já derogado RD 636/1993, que constava somente de dezessete artigos.

Nesta ordem, o Capítulo I (Disposições gerais) compreende os arts. 1 a 4. O Capítulo II (Organização do Sistema Arbitral de Consumo), que abarca os arts. 5 a 23 divide-se em quatro Seções, que versam, respectivamente, sobre as Juntas Arbitrais de Consumo (arts. 5 a 8), a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo (arts. 9 a 11), o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo (arts. 12 a 15), e os Órgãos Arbitrais (arts. 16 a 23). O Capítulo III trata do convênio arbitral (arts. 24 a 32), e o IV do procedimento arbitral (arts. 33 a 50). Por último, o Capítulo V regula a arbitragem de consumo eletrônico (Seção 1ª, arts. 51 a 55), a arbitragem de consumo coletivo (Seção 2ª, arts. 56 a 62), e a possibilidade de que as Juntas Arbitrais de Consumo sirvam de suporte administrativo de outras arbitragens (Seção 3ª, arts. 63 e 64).

Como apanágio legislativo, ao se apresentar ao público em geral a edição de uma obra de fundamental importância e relevância no universo jurídico, tais como códigos, diplomas especiais e outras publicações afins, a apresentação da abertura desta nova edição de um sistema já consagrado, como foi a arbitragem de consumo na Espanha. Veja que a reforma legislativa da arbitragem de consumo na Espanha ocorreu a partir de 2008, quando o Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro entrou em vigor e alterou o antigo texto de 1993, ainda em

correspondência à previsão constitucional contida no art. 15 da Carta Magna espanhola de 1978, que previa que os Poderes públicos deveriam garantir a defesa dos consumidores e usuários, protegendo-os mediante procedimentos eficazes de segurança, saúde e seus legítimos interesses econômicos.

Tal perspectiva passou a se efetivar já em 1984 por meio da nova regulamentação, o Decreto Real nº 26/1984, de 19 de julho, Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários, que em seu art. 31 previa que o Governo deveria estabelecer, com a participação dos setores interessados e das associações de consumidores e usuários, um sistema de arbitragem que, sem muitas formalidades especiais, atendesse e resolvesse com força vinculante e executiva para ambas as partes, as queixas e reclamações relacionadas às questões de consumo. Ato contínuo, em resposta à dita legislação, surgiu o Real Decreto 636/1993, de 3 de maio, que regulamentou o Sistema Arbitral de Consumo.

Tempos depois, em 2006, busca-se iniciar a renovação da legislação de consumo com a edição da Lei 44/2006, de 29 de dezembro, alterando o antigo texto com vistas a melhorar a proteção dos consumidores e usuários, prevendo em sua Disposição Final Sexta que em um prazo de um ano desde sua entrada em vigor, o Governo, contando com a participação das Comunidades Autônomas, por meio da Conferência Setorial de Consumo e das associações deste gênero, editasse uma nova legislação, mais atualizada, do Sistema de Arbitragem de Consumo na Espanha, incluindo também a arbitragem virtual²¹³.

Neste diapasão, esta normativa dispôs que se determinassem as competências territoriais relacionadas às Juntas de Arbitragem, segundo seu alcance, podendo ser em nível nacional ou regional, bem como a possibilidade de atuação de um árbitro único na administração da arbitragem de consumo. De tal

²¹³ BARRAL VIÑAS, Inmaculada. *La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR*. 2009-Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/> [artículo en línea].

forma e por este compasso, em substituição à LGDCU/1984 surge a nova lei do consumidor, aprovando-se o Real Decreto Legislativo nº 1/2007, de 16 de novembro, que unifica outras leis esparsas com a Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários, incluindo em seus artigos 57 e 58 o regime geral aplicado à arbitragem de consumo.

Do mesmo modo tornou-se necessário adequar a legislação arbitral de consumo segundo os ditames da nova norma de consumo, eis que tais questões deveriam se compatibilizar com a Lei de Arbitragem, nº 60/2003, de 23 de dezembro, para tornar-se viável, consoante nos aponta BARRAL VIÑAS²¹⁴.

Sob este contexto, o regulamento arbitral de consumo deveria alterar-se para manter as características essenciais de segurança jurídica, introduzindo as reformas necessárias a compatibilizar-se em sua efetividade, de tal modo que, em que pese garantir a proteção do consumidor, deveria também oferecer a confiabilidade necessária às partes envolvidas, quais sejam, consumidores, usuários, empresários e fornecedores, assegurando a todos os recursos necessários para reforçar a confiança destas partes que, ao optarem de forma voluntária por tal sistema, deveriam ter a consciência plena que esta opção trata-se de um meio alternativo, extrajudicial de resolução de conflitos de consumo.

Partindo desta premissa básica resolver-se-iam as disparidades daquelas questões elementares e até então carentes na legislação anterior, eis que então causavam muitas controvérsias entre os julgados das Juntas de Arbitragem de Consumo, levando umas a entendimentos diversos de outras, confundindo a exegese do tema e pondo em dúvida sua efetiva eficácia legal.

Ademais, questionavam-se ainda quais as matérias que efetivamente poderiam ser objeto de arbitragem de consumo, cuja diretriz deveria ter como

²¹⁴ BARRAL VIÑAS, Inmaculada. *Op. Cit.* p. 09.

resultado aclarar definitivamente os entendimentos de seus julgadores, de modo a terem coerência em suas decisões, fosse a nível regional ou nacional. Este era o efetivo desiderato, destinado a agregar e integrar definitivamente a arbitragem de consumo.

A doutrina espanhola especializada na matéria relacionada ao consumo e arbitragem, sobretudo aquela esposada por ACOSTA ESTÉVEZ, citado por CELSO MARCELO DE OLIVEIRA²¹⁵ levantava questões das mais diversas contidas na antiga normativa, tais como acerca da legitimidade de alguns órgãos julgadores, seus procedimentos unilaterais utilizados na formação de juízo quando da busca do livre convencimento do árbitro a deduzir seus julgados segundo suas consciências. Eis seu entendimento:

Em 1984, a 19 de julho, foi promulgada na Espanha a assim conhecida Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários (n. 26/84), que, dando concretude ao preceito constitucional, encampou, em seu art. 31, a criação de um sistema arbitral para resolução de conflitos de consumo. Conforme anotou a doutrina espanhola, na lavra de José B. Acosta Estévez em sua obra "Tutela procesal de los consumidores", a criação desse sistema, destinado a resolver conflitos de consumo, obedeceu de forma especial a razões de caráter prático, considerada a enorme demanda social de consumidores que, para ressarcirem-se de danos econômicos de pequena quantia, deviam se dirigir aos órgãos jurisdicionais, o que supõe, em certas ocasiões, gastos superiores ao próprio dano sofrido.

Outras questões processuais também eram questionadas, como a admissibilidade da reconvenção na arbitragem de consumo e o papel da mediação em tais procedimentos, ademais de levantarem dúvidas relacionadas à fragmentação da congruência das competências autonômicas de suas regiões

²¹⁵ OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso Poder Judiciário*. Apud, José B. Acosta Estévez em sua obra *Tutela procesal de los consumidores*. Copyright © 2000-2013 Saraiva S/A Livreiros Editores. São Paulo.

acerca dos juízos de valores que deveriam ter para regular a resolução de conflitos de forma institucional ou aleatória a determinados princípios. Ainda para lembrar a posição da doutrina especializada no tema, vale trazer à lume o entendimento de MARÍN LÓPEZ²¹⁶ que, ao analisar os principais motivos para a edição desta nova regulamentação de arbitragem de consumo, assim nos expõe seu entendimento:

O primeiro que há que se perguntar é por que é necessária uma nova regulação da arbitragem de consumo. É evidente que a arbitragem de consumo constitui em nosso país um exitoso mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos entre empresários e consumidores. As Administrações Públicas souberam atrair aos empresários à arbitragem de consumo, e consta que ano após ano cresce o número de controvérsias submetidas à arbitragem de consumo. No entanto, os operadores jurídicos constataram que o RD 636/1993, muito útil na data de sua promulgação, precisa de uma profunda reforma. Isso obedece a várias razões.

Em primeiro lugar, a que existem questões mal resolvidas pelo RD 636/1993 ou, o que é ainda mais freqüente, a que há feições não reguladas nessa norma, e que a prática demonstrou que precisam de tratamento jurídico. Efetivamente, o transcurso dos anos e a aplicação pelas Juntas Arbitrais (em adelante, JA) e os colégios arbitragens do RD 636/1993 evidenciou que o regulamento prévio ficou defasada ou precisava ser melhorada ou completada.

Em segundo local, a que a aplicação supletiva da Lei 60/2003, de Arbitragem (em adelante, A), à arbitragem de consumo pode resultar complicada, ou ao menos perturbadora. Em muitos âmbitos a aplicação supletiva desta lei não resulta nada fácil. Isso se deve a que a Lei de Arbitragem toma como fiel referente a Lei Modelo sobre arbitragem comercial internacional, aprovada

²¹⁶ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo*. Op. Cit. p. 95.

pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUMDI), de 21 de junho de 1985. E as regras e princípios que inspiram a arbitragem comercial internacional são, em alguns extremos, pouco adequadas para uma arbitragem especial, o de consumo fundado nos princípios de gratuidade e acessibilidade. Conserte-se, ademais, em que existe uma estreita vinculação entre a Lei de Arbitragem de 1988 e o RD 636/1993, até o ponto de que muitos dos preceitos deste Real Decreto são uma mera reprodução da Lei de Arbitragem. Por isso parece razoável entender que, uma vez desaparecida a Lei de 1988, tenha que modificar o regime jurídico da arbitragem de consumo.

Neste diapasão, para garantir o funcionamento integrado do SAC, bem como sua segurança jurídica, tais mecanismos foram instituídos por força da publicação no Boletim Oficial do Estado nº 48 (BOE), espécie de Diário Oficial nacional, em 25 de fevereiro de 2008, às fls. 11073, a criação de dois institutos fundamentais para tal propositura, quais sejam, a Comissão das Juntas de Arbitragem de Consumo e o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo.

3.1- Os novos institutos no RD231/2008.

Visto e sabido acerca do novo arcabouço jurídico em que se alicerça o Real Decreto 231/2008, este apresenta dois novos institutos até então desconhecidos na anterior legislação arbitral consumerista, e isso se faz com a finalidade de dar sustentação ao sistema, segundo se encontra justificado na Exposição de Motivos da nova norma. Pois bem, trata-se da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo (arts. 9 a 11 RDSAC) e o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo (arts. 12 a 15 RDSAC).

No primeiro caso, esta comissão seria integrada por três presidentes de Juntas Arbitrais de Consumo com a incumbência de examinarem e resolverem recursos acerca da admissão ou inadmissão das solicitações de arbitragem no que se referem às suas pertinências, matérias objetos de arbitragem, além de informes

técnicos, pareceres e recomendações que facilitassem os trabalhos dos órgãos afins no sentido de evitarem pronunciamentos discordes e contraditórios, bem como a análise de admissibilidade das ofertas públicas de adesão ao sistema.

Esta informação preliminar seria vinculante quando seu pronunciamento fosse contrário à admissibilidade da oferta. Os membros da Comissão das Juntas Arbitrais deveriam atuar assistidos por dois árbitros, cada um representando sua classe, ou seja, um da associação dos consumidores e outro da associação dos empresários, com a dupla finalidade de garantir a transparência no funcionamento do sistema e reforçar a segurança jurídica das partes ao se introduzir expressamente a publicidade das decisões da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e das demais informações relevantes sobre o Sistema Arbitral de Consumo.

À segunda instituição, o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, integrado por ampla representatividade da Administração Geral do Estado, das Juntas Arbitrais de Consumo e das organizações sociais, coube as funções relacionadas à instituição dos critérios gerais de funcionamento do sistema, conforme tal finalidade já sinalizada.

Seguindo este contexto, deveriam estabelecer critérios claros sobre a competência territorial das Juntas Arbitrais que integrariam o Sistema Arbitral de Consumo, ao traçar diretrizes para a captação de profissionais habilitados a exercerem a função de árbitros, bem como a criação de colégios setoriais especializados, pelos critérios de adesão dos empresários às ofertas públicas, seus limites e comprometimentos com a transparência e integridade do sistema a honrar a distinção do selo de adesão de suas empresas como sinal de respeito ao consumidor, permitindo-lhes conhecer as limitações do sistema com o aporte da boa-fé para não tirar vantagens pessoais em concorrências desleais na utilização do selo de aderência ao sistema, mas sim a dar-lhes um *plus* a mais no distintivo que justificasse a qualidade de sua empresa, alertando-os do controle e

fiscalização que poderiam sofrer, inclusive podendo sofrer a exclusão e a retirada do selo de qualidade em caso de abuso na utilização do sistema.

Em se tratando das relações de consumo, houve a necessidade de se criar um órgão imparcial e justo no tratamento das partes, ainda que este visasse à proteção do consumidor, eis que ditas partes poderiam se defrontar com conflitos de baixos valores econômicos, porém deveria se apurar a causa sem perder a responsabilidade pela integridade do sistema fosse qual fosse seu valor econômico e a complexidade do tema relacionado ao consumo, sobretudo, neste último caso se tal complexidade justificasse o estabelecimento e o detalhamento do relevante papel e funções do Secretário Arbitral.

Entretanto, em que pese à ocorrência de possíveis complexidades, não se poderia perder de vista a informalidade do sistema, informando e esclarecendo a todos os requisitos mínimos para a solicitação e estabelecimento da arbitragem de consumo, seu procedimento e suas conseqüências.

Para tanto, fundamental que se estabelecesse regras de procedimento que respeitasse os princípios mais mezinhos e básicos norteadores do bom direito, quais sejam, da igualdade no tratamento das partes, do direito de ação e sua voluntariedade, do contraditório, da publicidade dos atos das partes, da objetividade das provas, do prazo e lapso temporal adequado para a conclusão do processo e da gratuidade da prestação do serviço. Assim é como nos aparenta sob a ótica registrada em artigos jurídicos publicados²¹⁷.

A questão relacionada à notificação dos atos arbitrais, em respeito ao acordo

²¹⁷ MARCOS FRANCISCO, Diana. *El Arbitraje de Consumo Como Médio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Em La Normativa Española*. Universidad Católica de Valencia, subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación. Fecha de recepción: 7 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2010. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Ensayos Año 18 - Nº 1, 2011, pp. 241-226.

das partes se estabeleceu a aplicação supletiva da Lei nº 30/1992, de 26 de novembro que trata do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

Este novo diploma arbitral de consumo apresenta duas novidades de notável transcendência que se incorporam ao antigo sistema: a regulação da arbitragem de consumo eletrônico e a arbitragem de consumo coletiva.

No primeiro caso, a arbitragem de consumo eletrônica deveria ser abordada respeitando os preceitos que já normatizam a matéria informática em lei especial, sem, entretanto perder as características básicas da arbitragem de consumo. Em tais aspectos haver-se-ia de respeitar a competência de uma Junta Arbitral especializada, que conhecesse as técnicas elementares dos temas relacionados com a cibernética, desde a firma eletrônica, *sites* relacionados, meios de notificação eletrônica, publicações eletrônicas e modos de comprovação de sua segurança jurídica e demais procedimentos pertinentes com a sua característica peculiar.

No segundo caso, a arbitragem coletiva deveria também ter suas peculiaridades, sobretudo no que diz respeito à competência territorial das Juntas Arbitrais de Consumo, o modo de início do procedimento, a publicidade e o chamamento dos consumidores e usuários para a aderência ao processo quando assim justificassem suas legitimidades e interesse individuais contidos no coletivo, a regulação do *modus operandi* ao conhecimento dos interessados sobre todos os aspectos formais pertinentes ao procedimento arbitral de consumo, tais como prazos para habilitação e formalização dos atos necessários, conhecimento sobre o convênio de participação da empresa reclamada ao sistema, provas elementares comprobatórias de seu interesse na causa, forma de acompanhamento do processo, sua finalização, decisão e execução de sua parte fração, etc.

Concomitante à previsão de aderência do consumidor à arbitragem de

consumo coletiva, em seu bojo haveria de conter a possibilidade de acumulação da parte ao processo coletivo, bem como a de sua conversão ao procedimento individual em casos justificados, ou inclusive a acumulação em ambos os procedimentos, quer dizer, coletivo e unitário.

Esta regra seria em respeito ao que se está contido na lei ordinária de arbitragem, a Lei 60/2003, de 23 de dezembro, de Arbitragem, que estabelece a possibilidade de decisão por equidade, salvo nos casos em que as partes expressamente optarem pela arbitragem de direito, valendo lembrar da normatização de aplicação supletiva desta lei no que couber ao caso concreto.

A Disposição Final Terceira da nova normativa arbitral de consumo modifica o texto do anexo do Real Decreto 1163/2005, de 30 de setembro que regula o distintivo público que tem a pretensão de garantir a confiança dos serviços à sociedade da informação e do comércio eletrônico, nos termos conforme se descreve exclusivamente ao sistema eletrônico, se ditando em cumprimento do contido na Disposição Final Sexta da Lei nº 44/2006, de 29 de dezembro, que trata da melhora da proteção dos consumidores e usuários, conforme o previsto nos artigos 57 e 58 do texto adaptado da Lei Geral para a Defesa dos Consumidores e Usuários e outras leis complementares, contando com o parecer das comunidades autônomas por meio da Conferência Setorial de Consumo e com anuência do Conselho de Consumidores e Usuários e das organizações de empresários²¹⁸.

Desta feita, a proposta ao sistema se consolida por força da competência conferida ao Ministro da Saúde e Consumo e de Justiça, com a aprovação prévia do Ministro das Administrações Públicas, de acordo com o Conselho de Estado e prévia deliberação do Conselho de Ministros, por ocasião de reunião realizada em 15 de fevereiro de 2008.

²¹⁸ MARCOS FRANCISCO, Diana. *Op. Cit.* p. 33.

Finalmente, em face desta dita proposta, notamos tratar-se de um novo regulamento que apresenta importantíssimas novidades, não só pela maior amplitude das Juntas Arbitrais de Consumo quanto por sua natureza, descrição, composição, funções e competência, senão pela modificação dos órgãos arbitrais com a introdução daqueles de caráter individual e, sobretudo pela criação da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo. Com respeito a estes dois últimos órgãos, na verdade trouxeram muita expectativa eis que sua implantação tardou demasiada e chegou a por em dúvida a eficácia do sistema, conquanto decorrido um ano desde a aprovação da norma ainda não estavam efetivamente constituídos.

4- O Sistema de Arbitragem de Consumo e sua organização.

Após algumas considerações preliminares de extrema relevância, quando já alcançamos um ponto básico em nosso estudo a permitir enveredar para a efetividade da proteção do consumidor por meio do Sistema de Arbitragem de Consumo, pensamos chegar o momento oportuno para elucidar a questão que nos obriga explicar a sistemática e a engrenagem do organograma e outros detalhes técnicos para se fazer entender a organização do sistema e seus pilares de sustentação.

Pois então, sigamos esta trilha para adentrarmos neste sistema aparentemente nem tão complexo, porém muito bem entrelaçado, para assim explanar a questão: No pertinente a arbitragem de consumo, oportuno realçar que a nova norma surge para completar as lacunas até então existentes e com o claro propósito de corrigir algumas deficiências do derogado RD 636/1993.

Ademais, vale realçar, sobretudo em face do hercúleo trabalho desenvolvido a mando da urgência pela normativa singular precedente (DF 6.^a da Lei 44/2006, de 29 de dezembro), que em seu desiderato complementário mais focava a sobrevivência da arbitragem de consumo, em face de suas discutidas mazelas, do

que qualquer outra justificativa, quando então introduz critérios de racionalidade econômica que asseguram a sobrevivência desta disciplina de consumo.

Aparenta-nos que o legislador buscou mais tecnicismo nesta nova disciplina, porquanto revela agora um cuidado mais estrutural e organizado do que simplesmente matérias dispersas no texto legislativo, como até então singularizava carente na anterior normativa. Deste ponto de vista, temos para nós que a novidade mais importante foi a criação de dois novos órgãos: a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo.

Despiciendo anotar que no plano substantivo, ora como exposto, a matéria apresenta-se despida de novas formalidades, tal como já lhe fora peculiar em suas costumeiras raízes, vez ou outra apontadas como características essenciais que davam forma ao modelo anterior, ainda que contemporaneamente alguns observadores num inexplicável paradoxo teimem em ocultar suas felizes e importantes inovações, sobretudo relacionadas aos inéditos órgãos arbitrais, estes que doravante sustentarão o convênio arbitral e o procedimento arbitral, além, claro, do inédito regulamento da arbitragem de consumo eletrônico e da arbitragem de consumo coletivo.

Uníssona a doutrina especializada da necessária reforma do SAC, a nova norma vem à luz em tempo muito oportuno, pese numerosas críticas que atacam sua atrasada publicação, eis que se torna pública por meio do Diário Oficial do Estado de 25 de fevereiro de 2008, ao publicar o Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, pelo que então passa a regular o Sistema Arbitral de Consumo, e concomitantemente derroga o Real Decreto 636/1993, de 3 de maio, de arbitragem de consumo.

Como dito, este feito complementa um programa de reforma já previsto desde uma normativa suplementar, a Lei 44/2006, de 29 de dezembro, em seu Dispositivo Final 6º, o qual, além de indicar a criação da regulamentação da

arbitragem virtual, preconizava também a publicação desta norma dois meses antes, porém, ainda que nem tanto tardia, mas, em tempo, foi recepcionada e saudada com loas a dar-lhe as boas-vindas ao feliz intento de atualizar-se a proteção dos direitos do consumidor pela via da arbitragem de consumo.

Feitos os ajustes necessários, conforme aponta-nos a melhor doutrina que interpreta o caso²¹⁹, doravante tudo seria expectativa até que se consolidasse a questão. Por enquanto interessa-nos destacar que o tema da arbitragem de consumo em Espanha retorna à ribalta de um cenário atual tido como modelo para o direito comparado, até que outra extraordinária atenção justifique novas alterações legislativas.

O tronco dorsal do SAC está sustentado basicamente sobre duas colunas que lhes dão forma e equilíbrio. São elas: as JAC's (Juntas Arbitrais de Consumo) e os OA's (Órgãos Arbitrais) que alguns autores preferem chamar de CA's (Colégios Arbitrais). Vale lembrar que a questão em referência está inspirada a partir do pioneirismo do seu antecessor, o RDSAC/1993, porquanto ali efetivamente está o berço da atual normativa.

Porém, antes de comentar estes dois pontos basilares, muito importante e conveniente esclarecer que a organização do SAC, segundo disposto, o artigo 4 do RDSAC, organiza o Sistema Arbitral de Consumo através de quatro figuras chaves:

- a) As Juntas Arbitrais de Consumo;
- b) A Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo;
- c) O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo; e;
- d) Os órgãos arbitrais.

²¹⁹ MARCOS FRANCISCO, Diana. *Op. Cit.* p. 39.

A definir estes dois pontos, cumpre-nos esclarecer que enquanto as Juntas Arbitrais de Consumo são vistas como órgãos administrativos de gestão da arbitragem institucional de consumo, eis que emprestam serviços de caráter técnico, administrativo e de secretaria, tanto às partes como aos árbitros (art. 5 do RDSAC de 2008); de outro modo os OA são órgãos de natureza não administrativa, porém integrados pelos árbitros inscritos e designados pelo presidente da JAC (arts. 17 e 21.1. do RDSAC de 2008) para atuar ante ela, diga-se e entenda-se, com o fim de substanciar e sustentar as arbitragens, ao resolver, por meio dos laudos arbitrais, as controvérsias a eles encomendadas. Passamos a seguir às anotações apontadas sobre a questão à luz da crítica exposta por LORCA NAVARRETE.²²⁰

Precisamente, para dar curso ao que pretendo esclarecer (a radical incorreção da equiparação entre JAC e OA) me parece oportuno aludir, também dita equiparação aos reclamantes e reclamados do SAC. Lidos com atenção, os precedentes parágrafos deixam ao descoberto a seguinte idéia: para alcançar um propósito louvável que, gira em torno do funcionamento integrado do SAC para garantir a segurança jurídica de reclamantes e reclamados, se estabelecem mecanismos que favorecem a previsibilidade do SAC espanhol. Para tanto se criaram no RDSAC de 2008, no ambiente das JAC, duas instituições fundamentais: a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo.

Começemos com a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo. Para o RDSAC de 2008 à Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo -integrada por três presidentes de Juntas Arbitrais de Consumo- «se lhe encomenda a resolução dos recursos frente à admissão ou inadmissão de solicitações de arbitragem com causa na matéria objeto de arbitragem, a emissão de relatórios técnicos, ditames ou recomendações que facilitem o trabalho dos

²²⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Op. Cit.* pp.13 e14.

órgãos arbitrais e evitem pronunciamentos contraditórios e a emissão de relatório preceptivo na admissão das ofertas públicas de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo. “Este relatório preceptivo é, além disso, vinculativo quando seu pronunciamento seja contrário à admissibilidade da oferta».

E, agora, me detenho na atuação da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo. Segundo o RDSAC de 2008 «os membros da Comissão das Juntas Arbitrais atuarão -diz o RDSAC de 2008- assistidos por dois árbitros em representação das associações de consumidores e usuários e das organizações empresariais ou profissionais». E acrescenta o RDSAC de 2008 que «com a dupla finalidade de garantir a transparência no funcionamento do sistema, se entende, o SAC- para reforçar a segurança jurídica das partes, se introduz expressamente a propaganda das resoluções da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e do resto das informações relevantes sobre o Sistema Arbitral de Consumo». E até aqui o essencial, a que alude o RDSAC de 2008, sobre a Comissão de as Juntas Arbitrais de Consumo.

Como visto, apesar de bem recebido pela doutrina em geral, não faltaram críticas ao sistema, sobretudo daqueles que estão mais familiarizados com a matéria. Neste rumo, segue o autor a analisar o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo integrado por uma ampla representação da Administração Geral do Estado, das Juntas Arbitrais de Consumo e das organizações sociais.

Diz o autor que concomitante, ao Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, há de entender-se, de acordo com suas prerrogativas contidas no RDSAC de 2008, que “*as funções relativas ao estabelecimento de critérios gerais do funcionamento do sistema, entenda-se, o SAC, também se formaliza como um órgão colegiado*”, competente para apreciar a proposição da demanda, se possível ou não. Desta decisão, caberia recurso a outro órgão colegiado, a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo.

Ainda neste patamar notamos que quanto a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, com funcionamento subordinado ao INC através da JAN – Junta Arbitral Nacional, esta assume como competência o estabelecimento de critérios homogêneos no Sistema Arbitral de Consumo (SAC) e a resolução dos recursos frente às resoluções dos presidentes das Juntas Arbitrais de Consumo.

Adianta ainda dizer que neste caso, nos supostos previstos no artigo 36 do RDSAC de 2008, este órgão tem competência para receber os recursos contra a admissão ou inadmissão da solicitação de arbitragem- (art. 9º do RDSAC de 2008), como se fora uma segunda instância, qual seja, diferente do modelo original de arbitragem convencional que não aceita recurso, porém aqui este expediente refere-se apenas à análise da matéria proposta ao Sistema Arbitral de Consumo, se disponível ou indisponível à proposta do autor.

Parece-nos à primeira vista uma questão tanto complexa, porém se observarmos mais amiúde pela ótica da segurança legislativa, nem tanto, eis que não se nos aparenta a subordinação de um órgão frente a outro, mas sim, salvo melhor juízo, cada qual com sua função previamente definida, apenas se subordinando hierarquicamente ambos a outro superior, o INC. Portanto, verifica-se que o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo é o órgão colegiado - também com funcionamento subordinado ao INC, de representação e participação em matéria de arbitragem de consumo (art. 12 do RDSAC de 2008).

Alude a normativa que ante um panorama assim desenhado, se explica que quanto ao conteúdo normativo em análise, tanto a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo como o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo são órgãos administrativos, o primeiro, a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, é um órgão administrativo uniformizador do SAC, enquanto que o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo é basicamente representativo, de funcionalidade institucional, do SAC.

Resumindo, a natureza funcional de cada órgão se mostra bem definida quando se explica que ambas atuam de modo autônomo, porém harmônicas e integradas num só desiderato, eis que tanto a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo como o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, têm competências bem definidas, porém compartilhadas segundo suas naturezas.

5 – Das Juntas de Arbitragem de Consumo.

Seguindo adiante em nosso estudo sobre as JACs, à título de prólogo, para inicialmente conceituá-las como órgãos sobre os quais se estrutura o funcionamento do SAC, sigla que alguns autores preferem denominá-lo SNAC, Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo, pensamos que de forma didática e não casualmente, convém trazer à lume também outros institutos arbitrais que fazem parte do Sistema de Arbitragem de Consumo, aos quais as JACs se integram para com estes viabilizar o sistema em análise.

Neste diapasão, trazemos à colação a coluna dorsal do SAC que se fundamenta, principalmente, em dois órgãos de naturezas bem distintas, a saber: as JACs e os CACs (Colégios de Arbitragem de Consumo). Enquanto as JAC são órgãos de natureza administrativa, órgão gestor cuja função reside no contexto de gerenciamento e administração das arbitragens do SAC, os CACs são órgãos de natureza colegiada, que analisa o procedimento das arbitragens do SAC, resolvendo, por meio de laudos, a questão litigiosa a eles encomendada.

Entretanto, como dissemos, é preciso levar em conta que para o perfeito funcionamento do SAC, devem participar ademais outros órgãos ou instituições correlatas, sem as quais não seria exeqüível sua operatividade, sem deixar de lado ainda os órgãos judiciais, dos juízes e tribunais que fomentam a jurisprudência emanada de ações, medidas cautelares ou recursos sobre a matéria de arbitragem de consumo, que terão competência para resolver em última instância e dar a

última palavra, em sede de cognição acerca das nulidades ou validades das sentenças proferidas no SAC.

Não obstante, pensamos que estes temas certamente ainda voltarão à baila no presente estudo e ao longo deste trabalho, de modo que de momento devemos concentrar nossa atenção e esta se manter fixada de forma especial no estudo das JACs. Pois bem, para que este SAC possa funcionar exitosamente necessita do suporte operativo das JACs, que terão a incumbência de gerenciar e administrar os pedidos de arbitragem apresentadas pelos consumidores ante elas, direta ou indiretamente.

5.1- Conceito e termo.

Ainda perseguindo seu elemento caracterizador naquilo que preferencialmente pretendemos dirigir nossa atenção, poderemos definir o conceito de JAC de uma forma ou outra, dependendo do ponto vista que possa nos interessar, qual seja, sobre o aspecto literal de suas funções, conforme contido no RDSAC, ou, de outro, quanto à sua natureza jurídica.

De um modo geral, cediço que se trata de órgão de natureza administrativa estabelecido pela Administração Geral do Estado, que mediante acordos subscritos por meio do INC com as correspondentes Administrações Públicas, deve funcionar com vistas à administração e gerenciamento das arbitragens reguladas no RDSAC, bem como para o fomento e formalização de convênios arbitrais para submissão de matéria arbitral consumerista ao SAC.

O termo Junta Arbitral de Consumo encontra resistência perante parte da doutrina que entende não justificar efetivamente seu conceito, como é o caso de

ÁLVAREZ ALARCÓN²²¹ que sustenta que o termo “Junta” para designar as JACs é de todo “improcedente, senão totalmente inadequado”. Sua opinião:

O termo “Junta”, com que são denominadas, é de todo improcedente, pois ninguém se “junta” nelas, salvo o Presidente da mesma, que a ninguém preside, e o Secretário, atuante nas decisões daquele, entre outras funções. Ignoro se o desejo do autor do regulamento era constituir alguma sorte de Junta na que se sentassem os presidentes dos Colégios Arbitrais e os representantes das Associações de consumidores e empresários, cuja participação no SAC resulta indispensável. Mas não é assim na realidade, por mais que esta idéia possa ser plausível, com o que o nome de “Junta” é totalmente inadequado.

Outros autores, entretanto, não compartilham da mesma opinião, inclusive buscam respaldo no Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola para elucidar que a correta aceção do termo se define como: “*Conjunto de indivíduos nomeados para dirigir os assuntos de uma coletividade*”, e assim, obedece perfeitamente ao contido nas funções das JACs. Afinal de contas, uma JAC não é outra coisa senão um conjunto de indivíduos, nomeados pela Administração Pública da que depende uma JAC, para dirigir os assuntos de uma coletividade: no caso em tela o gerenciamento e a administração das arbitragens de consumo do SAC, os quais requisitados pelos consumidores.

Ademais, afirma esta corrente que o termo “Junta” encontra-se presente dentro do âmbito do Direito Administrativo, em diversos momentos:

a) As “Juntas de Pessoal”: Contempladas na Lei 9/1987, de 12 de junho, sobre Regulação dos órgãos de representação, determinação das condições de trabalho e participação do pessoal ao serviço das Administrações Públicas, as Juntas de Pessoal são órgãos colegiados de representação dos

²²¹ ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo. “*El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*”, INC, 1999, pp. 114 y 115.

servidores públicos que se encontram ao serviço das Administrações Públicas. Constam de um número determinado de representantes, que depende do número de servidores públicos aos que representam, dentre os quais se elegem um Presidente e um Secretário;

b) As “Juntas Autárquicas de Distrito”. Contempladas nos arts. 128 e 129 do RD 2568/1986, de 28 de novembro, do Regulamento de Organização, Funcionamento e Regime Jurídico das Entidades Locais, as “Juntas Autárquicas de Distrito” são órgãos territoriais de gerenciamento desconcentrado para o melhor gerenciamento dos assuntos da competência autárquica, facilitando a participação dos cidadãos em seu respectivo âmbito territorial.

c) As “Juntas de Vizinhanças”. Conforme assim se estabelece no art. 45 LBRL, as Comunidades Autônomas são quem, através de suas próprias Leis sobre regime local, têm de regular as entidades locais de âmbito territorial inferior ao município. No entanto, as Comunidades Autônomas têm de respeitar em dita regulação uma série de regras, dentre as quais se encontra a necessidade de que a entidade tenha de contar, preceptivamente, com um órgão individual executivo de eleição direta e um órgão colegiado de controle: a “Junta de Vizinhança”.

Se observarmos com atenção às características dos órgãos nos que o termo “Junta” foi utilizado, existe um traço característico denominador comum a todos eles: a colegiação. Talvez fosse esta a intenção do legislador: informar sobre a característica do colegiado nos órgãos encarregados do gerenciamento e administração das arbitragens do SAC, isto é, as JACs.

Ademais, não esqueçamos que em um primeiro momento, no período da experiência piloto do SAC, as JACs eram órgãos colegiados formados por um representante da Administração, um representante das ACU (Associação dos Consumidores e Usuários), e outro representante das AEC (Associação dos Empresários de Consumo. No documento do INC que serviu de base para a

implantação do SAC, com ensejo de experiência piloto que dizia respeito às JACs, assim as contemplavas nos seguintes termos: “*As Juntas Arbitrais organizam-se a nível local, Autônomo e Nacional, com competência em seu âmbito territorial respectivo e segundo o valor do reclamado*”.

As Juntas Arbitrais de Consumo estarão sempre compostas por um Presidente, representante da Administração Pública competente, eleito pelas partes litigantes entre três servidores públicos designados pelo prefeito da localidade (no caso da competência municipal) e dois vogais, um pertencente às Organizações de consumidores dentre os propostos previamente à Junta por essas Associações e outros representantes dos setores interessados dentre os propostos pelas Organizações empresariais à Junta Arbitral.

Finalmente, é preciso ainda advertir que a utilização do termo “Junta” não é estranha no âmbito da arbitragem, de tal sorte que a eleição de dito termo seguramente obedece em realidade a um motivo bem mais simples: a histórica e prévia existência das denominadas *Juntas de Detasas*, que tinham como objetivo resolver as questões de devolução de valores pagos em excesso pelos transportadores de mercadorias, sobretudo no âmbito ferroviário, e que hoje se identificam pelas atuais Juntas Arbitrais de Transporte.

Dita procedência das especializadas Juntas Arbitrais de Transporte, oriundas das *Juntas de Detasas*, conforme nos explica ADOLFO QUINTELA²²², nos faz entender sua origem para melhor definir o conceito claro de controle para frear os excessos cometidos por aqueles que exageram em suas pretensões de lucro e causam conflitos de interesses entre as partes interessadas. Assim espõe:

²²² QUINTELA, Adolfo. *El arbitraje en el transporte de mercancías*. Artigo publicado em Legaltoday.com. © Editorial Aranzadi. Madrid. 01/06/2009.

Las Juntas Arbitrales de Transporte tienen su precedente en las llamadas Juntas de Detasas, creadas por la Ley de 18 de julio de 1932. Hoy día, son unos tribunales dependientes del Ministerio de Fomento, si bien, han sido transferidas a las Comunidades Autónomas. Las reclamaciones que deciden las Juntas están relacionadas con indemnizaciones por daños, pérdidas o retraso en la entrega de las mercancías transportadas, así como, por reclamaciones en el impago de los portes y gastos por los servicios prestados, siendo estas últimas las que más conocen estos tribunales arbitrales.

5.2- A natureza jurídica das JACs.

Ao tratarmos adiante dentro do tópico das questões que envolvem as JACs, avocamos pois, a discussão de sua natureza jurídica, ao que pensamos que partindo da premissa que natureza jurídica seja o elo de ligação de toda relação entre partes, esta então passa a ser o objeto de análise no contexto doutrinário daqueles que dissertam sobre o instituto jurídico da responsabilidade civil e, em especial, daqueles que se detém sobre o estudo da responsabilidade de um modo geral, qualquer que seja ela.

A título de ilustração seria em boa hora colacionar uma definição deste instituto jurídico que a todos interessam, mas que poucos sabem exatamente sua propriedade e alcance legal na busca da definição do termo. Por exemplo:

No entender de DELGADO²²³:

Encontrar a natureza jurídica de uma figura do direito (...) consiste em se apreender os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no direito.

²²³ DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho. Relações de Trabalho e Relações de Emprego*. São Paulo: LTr, 1999. 2 ed. revisada, atualizada e reelaborada, p. 232.

Para DINIZ²²⁴, esta é a síntese da natureza jurídica:

A afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação.

Portanto, determinar a natureza jurídica de um instituto consiste em determinar sua essência para classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no Direito. Seria como uma forma de localizar tal instituto topograficamente. É como se um instituto quisesse saber a qual gênero ele pertence, é a espécie procurando o gênero, é a subespécie procurando a espécie.

No que tange ao nosso estudo, num primeiro momento definimos a natureza jurídica da relação de consumo como sendo um ato jurídico bilateral de fundo econômico pelo qual um sujeito (fornecedor) se obriga a transferir a propriedade de certo produto ou fornecer certo serviço, sem vínculo empregatício, mediante determinada prestação em dinheiro, denominada preço, que deverá ser paga pelo outro sujeito (consumidor) e usufruir dos mesmos na posição final de consumo.

A natureza jurídica da relação de consumo nos revela, então, que se trata de uma relação jurídica, que deve, portanto, apresentar três elementos: sujeitos, objeto e negócio jurídico vinculante.

Neste diapasão, oportuno revisar a natureza jurídica da arbitragem para alcançarmos o conjunto formado pelos elementos consumidor, arbitragem e arbitragem de consumo. O magistrado brasileiro EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER²²⁵ ao

²²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V. 1.

²²⁵ KLAUSNER, Eduardo Antônio. *A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 646, 15abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6564>>.

analisar a questão cita CARMEM TIBÚRCIO²²⁶ ao expor seu entendimento acerca do tema:

Carmem Tibúrcio leciona que existem quatro teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem: 1) teoria jurisdicional; 2) teoria contratual; 3) teoria mista (jurisdicional/contratual); e 4) teoria autônoma.

Pela teoria jurisdicional a atuação do árbitro é comparada ao do juiz no exercício da jurisdição, declarando o direito e decidindo a lide, e embora nomeado pelas partes, seus poderes decorrem da lei, que permite o exercício privado do poder jurisdicional.

Para os adeptos da teoria contratual, a jurisdição é monopólio do Estado e manifestação da soberania, indelegável aos particulares, e a arbitragem na verdade é um contrato oriundo única e exclusivamente da vontade das partes, exercendo o árbitro seus poderes em razão do contrato.

Os adeptos da teoria mista sustentam que, efetivamente a arbitragem decorre de um contrato, mas no qual as partes constituem um julgador privado para o seu litígio que exerce poderes jurisdicionais reconhecidos pelo Estado e cuja decisão possui coercibilidade para as partes, constituindo título executivo judicial.

Por fim, a teoria autônoma sustenta que, tratando-se de arbitragem internacional, que tem fundamento e se desenvolve com base nas suas próprias regras, sem qualquer ligação a um sistema jurídico nacional, trata-se a decisão arbitral de ato autônomo não vinculado a qualquer jurisdição.

Em que pese os doutrinadores que aderem as correntes supra elencadas, é evidente o caráter contratual/jurisdicional da arbitragem, uma vez que decorre de um ato privado, a convenção arbitral, que investe terceiro em atividade tipicamente jurisdicional para dirimir um litígio afastando a jurisdição estatal. O fato do árbitro não possuir o poder coercitivo sobre bens ou pessoas, no que tange ao exercício da força por ato próprio, não descaracteriza o exercício da jurisdição, ou parcela dela, decorrente do ato de julgar definitivamente uma demanda posta pelas partes, pois o cumprimento da sua decisão é obrigatório constituindo título executivo (ex vi do art.31 da Lei 9.307/96), não havendo um controle de fundo da decisão arbitral por parte da justiça estatal, o controle será meramente formal ^[11], e tratando-se de sentença arbitral estrangeira estará sujeita ao mesmo controle, mormente

²²⁶ TIBÚRCIO, Carmem. *A lei aplicável às arbitragens internacionais. Reflexões sobre Arbitragens Internacionais*. São Paulo: LTr, 2002.

quanto a não ofender a ordem pública nacional, que as sentenças judiciais. Por outro lado, sem jurisdição estatal a reconhecer validade a decisão arbitral, seja no Estado em que foi sede da arbitragem, seja em Estado estrangeiro, ela torna-se sem nenhuma eficácia, logo não é autônoma, pois sempre dependente da jurisdição para possuir eficácia.

Passando então à natureza jurídica das JACs, pensamos que se trata de um instituto meio, contido em outro instituto fim, cuja eficiência daquele inclui no resultado final deste. Dentro desta ótica, pensamos que merece se destacar a respeito da natureza jurídica das JACs o seu caráter institucional, isto é, as JACs são instituições arbitrais sobre a base de uma arbitragem institucional, concentrada na modalidade meio que é o consumo e eliminando as demais modalidades de arbitragem em geral.

Ao que ora nos importa, ressaltamos que a natureza jurídica das JACs tem significado somente no âmbito do SAC, sem nenhum vínculo agregador na LA – Lei de Arbitragem, porquanto, ainda que ambas possam pertencer a um mesmo gênero, não pertencem a uma mesma espécie. Mas, ademais, e quiçá seja esta a nota mais característica das JACs e que a diferencia do resto das instituições arbitrais, as JACs são órgãos adstritos às Administrações Públicas e, portanto, autênticos órgãos administrativos.

Sob este contexto também analisa FERNÁNDEZ GIMÉNEZ²²⁷:

As Juntas Arbitrais de Consumo são órgãos da Administração Pública da que dependem. Assim resulta do artigo 3.1 R.D. (incorporação ao Instituto Nacional de Consumo da Junta Nacional) e do artigo 3.2 R.D. que exige na criação das

²²⁷ FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, José Pascual. *El acceso de los consumidores a la Justicia*. Nociones Básicas del Derecho de Consumo. AA.VV. (Coord. REIS LÓPEZ, M.^a JOSÉ), Editorial Práctica de Derecho, 1^a Ed., 1996, pp. 288 e 289.

Juntas aos inferiores convênio entre o INC e a Administração Pública correspondente.

Em conseqüência, se as JAC são órgãos de natureza administrativa terão de estar submetidas ao Direito Administrativo, e, portanto:

- a) Os consumidores e os empresários, em seu relacionamento com as JAC, se encontrarão em um relacionamento de caráter jurídico-administrativo;
- b) O pedido de uma arbitragem de consumo ante uma JAC será, por tanto, um autêntico procedimento administrativo;
- c) As JAC, como órgãos administrativos que são, estarão sujeitas ao regime jurídico estabelecido no Título II (“Dos órgãos das Administrações Públicas”) da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

Desta forma, a LA não só não impede que no RDSAC se contemple na criação de novos entes ou órgãos de caráter institucional para o gerenciamento e administração das arbitragens do SAC diferentes aos recolhidos no já mencionado art. 10.1 LA, senão que possibilita dita circunstância, precisamente, através da alínea primeira de sua disposição adicional segunda, quando assinala:

O Governo estabelecerá regularmente a denominação, composição, caráter, forma de designação e âmbito territorial dos órgãos arbitrais e demais especialidades do procedimento e do regime jurídico do sistema arbitral que prevê, em suas características básicas, o artigo 31 da Lei 26/1984.

Em conseqüência, e em aplicação do acima exposto preceito, o RDSAC aparta-se dos dois modelos de instituições arbitrais contemplados na LA para

adotar um modelo de instituição arbitral “*sui generis*”: as JACs. Como unanimemente vem reconhecendo a doutrina jurídico-científica especializada de autores consagrados como: ALMAGRO NOSETE, RIBÓN SEISDEDOS, ALARCON ALVAREZ, LORCA NAVARRETE, GOMEZ DE LIAÑO, LAQUIDARA, MARÍN LÓPEZ, QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO, conforme tantas destas obras já foram citadas aqui neste trabalho e outras tantas ainda veremos mais a seguir, estes autores nos mostram os caracteres de definição de todo relacionamento jurídico-administrativo, que, mui sutilmente se resumem em:

- a) Que a Administração seja parte desse relacionamento;
- b) Que a Administração não atue como pessoa de Direito Privado;
- c) Que o relacionamento jurídico esteja sujeita e regulada pelo Direito Administrativo.

O fato de que as JACs sejam órgãos administrativos e estejam, em consequência, submetidos ao Direito Administrativo determinará em grande parte a exegeses e hermenêutica do SAC, e mais concretamente, da organização e funcionamento das JAC.

As JACs não se amoldam a nenhum dos supostos contemplados no art. 10.1, segundo entende ALMAGRO NOSETE²²⁸, eis que a LA, enquanto conceito geral de arbitragem até antes da criação do SAC, vislumbrava que não são corporações de Direito Público, nem associações ou entidades sem ânimo de lucro. No entanto, ao viés desta circunstância, poder-se-ia dizer que não é óbice para que possamos catalogar às JACs como autênticas instituições arbitrais; e isso, em virtude do caráter supletivo da LA, que se exclui a respeito da regulação contida no RDSAC.

²²⁸ ALMAGRO NOSETE. Conforme *Op. Cit.*, item anterior.

Finalmente, em relação ao que ora expusemos, a natureza jurídica das JACs se detêm ao seu objetivo meio, atuando para a realização de um fim, em que se contempla a efetividade da Arbitragem, de Consumo. No mesmo diapasão, podemos cotejar esta posição meio e fim, conforme ocorre na Arbitragem Comercial que possui seus órgãos especializados, como ocorre com a criação das atuais Juntas Arbitrais de Transporte, em que GARCIMARTÍN MONTERO²²⁹ assinala como “... *cabe aqui se questionar sobre a oportunidade da criação de um novo sistema arbitral, máxime tendo em conta a existência das Juntas Arbitrais de Consumo, às que podem ser submetido uma parte importante dos conflitos planejadas ante as Juntas Arbitrais do Transporte...*”

5.3- A competência das JACs.

Pese a posição doutrinária ainda prestar críticas a efetiva competência destes dois eixos do sistema que sustentava a antiga norma, o RDSAC/2008 (RD231), em seu art. 4 (Capítulo I) dispõe que o SAC se organiza por meio das Juntas Arbitrais de Consumo, a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo e os Órgãos Arbitrais. Esta organização está expressa sistematicamente nas seções 1ª, 2ª, 3ª e 4ª, do Capítulo II, do RD 231/2008.

Preliminarmente, na Seção 1ª, o art. 5º da norma em referência trata das Juntas Arbitrais de Consumo, dispondo que estas são os órgãos administrativos de gestão da arbitragem institucional de consumo e prestam serviços de caráter técnico, administrativo e de secretaria, tanto às partes como aos árbitros (5.1). Estão compostas (5.2) pela Junta Arbitral Nacional [5.2.a (um braço do INC)] e das Juntas Arbitrais Regionais (entendidas como aquelas de competência das Comunidades Autônomas), constituídas mediante convênios de colaboração entre

²²⁹ GARCIMARTÍN MONTERO, Regina. “As Funções das Juntas Arbitrais de Transporte”, Revista de Direito Processual, 1, 1998, p. 92.

as administrações públicas e o INC, podendo prever a constituição de delegações com as Juntas Arbitrais Regionais e as Juntas setoriais [5.2.b (estas especializadas em determinados seguimentos de mercado)].

No caso de transferências de documentos entre juntas (por questão de competência territorial) as comunicações entre estas devem ser feitas no prazo máximo de dez dias contados da data de entrada dos documentos que devam ser transferidos para a junta competente, com vistas à necessária administração da arbitragem, salvo se houver previsão de outro prazo distinto para tal finalidade (5.3).

A Seção 2ª, a partir do art. 9º, trata da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, definindo-a como um órgão colegiado, filiado ao INC, para efeito de funcionalidade por meio da Junta Arbitral Nacional, cuja competência reside no estabelecimento de critérios homogêneos no SAC e na resolução dos recursos dos presidentes das Juntas Arbitrais de Consumo, nos termos como previstos no art. 36.

Na Seção 3ª, o art. 12 *usque* 15, dispõe sobre o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, preconizando que este é um órgão colegiado, adstrito funcionalmente ao INC, com competência para representação e participação nos assuntos relacionados à matéria de arbitragem de consumo.

A Seção 4ª, desde o art. 16 a 23, cuida dos Órgãos Arbitrais nos quatro apartados do art. 16, elucidando no nº 1 que a Administração, compreendida como o pessoal a seu serviço, as associações de consumidores e usuários inscritas no Registro estatal, ou que reúnam os requisitos exigidos pela normativa autonômica competente, as organizações empresariais ou profissionais legalmente constituídas, no caso podendo ser as Câmaras de Comércio, proporão ao presidente da Junta Arbitral de Consumo as pessoas que atuarão como árbitros nos procedimentos arbitrais inerentes a ela.

O apartado nº 2 trata do procedimento que as pessoas eleitas devam exercer devendo estas solicitar ao presidente da Junta Arbitral de Consumo seu credenciamento para a efetiva atuação, porquanto dita solicitação implicará na aceitação e inclusão de seus nomes na lista de árbitros inscritos na Junta Arbitral de Consumo, comprovando sua aceitação no cargo e nos procedimentos dispostos para tal mister.

O apartado nº 3 revela a continuidade do procedimento, dizendo que após a aprovação dos nomes, a Junta notificará as pessoas eleitas, procedendo a inclusão destes em sua lista que será publicada nos órgãos competentes.

Finalmente o apartado nº 4 dispõe que o secretário da Junta Arbitral de Consumo deverá manter sempre atualizada a lista de árbitros, bem como aqueles nomes revelados como árbitros especializados em determinadas matérias sujeitas aos critérios instituídos pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, cujos conflitos devem ser resolvidos por órgãos arbitrais de consumo especializados.

Como resta demonstrado, notamos que a natureza dos atos da Junta Arbitral, na forma anterior era tradicionalmente uma questão discutida pela doutrina. Entretanto, no novo texto regulamentar do sistema arbitral, este põe fim ao debate. Segundo dispõe o artigo 5.1 RDSAC, as Juntas Arbitrais de Consumo são os órgãos administrativos de gerenciamento da arbitragem institucional de consumo e prestam serviços de caráter técnico, administrativo e de secretaria, tanto às partes como aos árbitros.

Porém, apesar de tantos progressos não podemos olvidar algumas mazelas ainda deixadas pelo antigo sistema e reclamadas pelo atual, pois que vale trazer à lume as anotações de EUGENIO RIBÓN SEISDEDOS²³⁰ que, no mister de seu ofício de

²³⁰ RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio. *Manual Básico de Arbitraje de Consumo*. CEACCU, p.68.

árbitro aponta para as reclamações queixadas por aqueles que convivem diuturnamente com a matéria em questão, e nos informa assim seus reclamos:

Isso supõe como expusemos ao abordar no capítulo segundo os fundamentos jurídicos do sistema arbitral, que tal e como adverte o artigo 3.2 RDSARC, resultará de aplicação no não previsto expressamente pela norma a Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

Sobre este particular já pudemos escutar o lamento de alguns secretários de juntas arbitrais por ter perdido a oportunidade para desenvolver um procedimento especial dotado de maior agilidade.

Seguindo nosso desiderato analítico ao atual RDSAC/2008 (RD/231), compete-nos analisar a seguir, a gestão que proporciona as Juntas Arbitrais ao SAC, eis que a sistemática operacional do sistema está toda estruturada nestes órgãos que emprestam todo o arcabouço operacional para o seu desenvolvimento técnico, administrativo e de secretaria aos elementos que os compõe.

5.4- O suporte das JACs.

O sistema de arbitragem de consumo está basicamente sustentado pelas juntas de arbitragem que lhes dão suporte logístico para sua efetiva funcionalidade, visto como órgão administrador para recepcionar as solicitações dos consumidores e usuários por si só ou representados por suas respectivas associações, bem como a fomentar a adesão de empresas ao sistema.

Esta base encontra suporte a partir do art. 6 e seus apartados de “a” a “n”, do RDSAC/ 2008, que preconiza em suas linhas preliminares as funções das juntas arbitrais de consumo, atribuindo a estes órgãos a responsabilidade de fomentar a arbitragem de consumo dentro de um círculo composto por técnicos em consumo a atender consumidores, usuários, empresários, empresas e associações

respectivas, envolvidas em controvérsias a partir de um processo resolutivo de conflitos de interesses, provocado por queixas e reclamações acerca de matéria concernente ao consumo.

As Juntas Arbitrais de Consumo são os órgãos administrativos de gestão da arbitragem institucional de consumo, e emprestam serviços de caráter técnico, administrativo e de secretaria, tanto às partes como aos árbitros (art. 5.1 RDAC). Entretanto, suas funções vêm efetivamente detalhadas e enumeradas no art. 6 RDSAC/2008.

Resta claro que além das atribuições previstas no antigo art. 4 do RD 636/1993, se acrescentam outras como a de resolver sobre as ofertas públicas de adesão e conceder ou retirar o distintivo de adesão, comunicar ao registro público de empresas aderidas os dados das empresas que têm realizado ofertas públicas de adesão através dessa Junta Arbitral, dar propaganda das empresas que aderiram ao sistema arbitral, elaborar e atualizar a lista de árbitros credenciados ante essa Junta Arbitral, tramitar o arquivo arbitral, levar os livros de registro relativos aos procedimentos arbitrais, tramitar o registro de laudos emitidos (que será público), etc.

De modo mais didático, a melhor vislumbrar o efetivo alcance da norma, cumpre-nos detalhar ditos apartados, consoante se verifica adiante:

Nesta ordem, de “a” a “n”, verificamos que:

- a) as JACs devem incentivar a adesão de empresas ao sistema dentro de um programa denominado “*ofertas públicas de adesão*”, o qual possa conferir credibilidade ao consumidor e dar suporte de viabilidade ao sistema;

- b) devem também administrar este programa, de cujas ofertas, que sejam monitoradas por meio de fiscalização para conceder ou retirar o distintivo de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo, assim como praticar atos de gestão para tramitar e manter atualizados os dados das empresas ou profissionais que estejam aderidos ao Sistema Arbitral de Consumo através da Junta Arbitral de Consumo;
- c) devem comunicar ao registro público de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo os dados atualizados das empresas e profissionais que tenham feito ofertas públicas de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo através da Junta Arbitral de Consumo;
- d) dar ênfase publicitária às empresas ou profissionais aderidos ao Sistema Arbitral de Consumo, mediante ofertas públicas de adesão, em particular no respectivo âmbito territorial;
- e) elaborar e atualizar a lista de árbitros inscritos na Junta Arbitral de Consumo;
- f) assegurar recurso à mediação prévia ao conhecimento do conflito pelos órgãos arbitrais, salvo nos casos em que não deva proceder conforme o previsto no artigo 38 – mediação no procedimento arbitral;
- g) gestionar o arquivo arbitral, nos casos em que se conservarão e custodiarão os expedientes arbitrais;
- h) levar aos livros de registro relativos aos procedimentos arbitrais através de aplicações informáticas correspondentes ou, em sua falta, manualmente;

- i) gestionar, custodiar ou depositar ante a instituição correspondente os bens e objetos referentes aos expedientes arbitrais, quando esteja de acordo o órgão arbitral que tenha conhecido do conflito ou o presidente da Junta Arbitral, por solicitação das partes antes da designação do órgão arbitral;
- j) impulsar e gestionar os procedimentos arbitrais de consumo (j);
- k) prover de meios e realizar as atuações necessárias para o melhor exercício das funções dos órgãos arbitrais e, no que couber, dos mediadores;
- l) gestionar um registro de laudos emitidos, cujo conteúdo seja público, respeitando a privacidade das partes;
- m) por à disposição dos consumidores ou usuários e das empresas ou profissionais, formulários de solicitação de arbitragem, contestação e aceitação, assim como as de ofertas públicas de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo; e;
- n) no geral, qualquer atividade relacionada com o apoio e suporte aos órgãos arbitrais para a resolução dos conflitos que sejam submetidos à Junta Arbitral de Consumo.

6. A constituição das Juntas de Arbitragem de Consumo.

Seguindo a determinação assinalada pelo artigo 3.2 do RD 636/1993, de 3 de maio, o vigente artigo 5.2 RDSAC estabelece o que são as Juntas Arbitrais de Consumo: a) A Junta Arbitral Nacional; b) As Juntas Arbitrais territoriais.

Existe uma única Junta Arbitral Nacional, adstrita ao Instituto Nacional do Consumo, que foi constituída formalmente o 29 de novembro de 1993. Estende seu âmbito a todo o território nacional.

A questão singular relacionada à competência territorial pode ser entendida segundo a explicação de MARIN LOPEZ²³¹, que assim expõe a questão:

Em virtude dos acordos assinados entre o INC e a Administração Pública correspondente, se foram criando muitas Juntas Arbitrais de diferente âmbito territorial, porém, resta-nos observar que um dos grandes problemas da normativa anterior era a ausência de uma definição mais clara da competência territorial das Juntas Arbitrais, eis que possuíam diferentes alcances de âmbito territorial (autônoma regional das províncias, de consórcio de municípios, e municipal); além da Junta Arbitral Nacional.

Esta superposição territorial de Juntas Arbitrais pode distorcer o sistema, sobretudo quando não existem critérios de atribuição de concorrência territorial das Juntas. Ante esta situação, parece que a intenção primeira do INC era utilizar o novo regulamento da arbitragem de consumo para realizar um novo organograma físico territorial das Juntas. O certo, no entanto, é que as Administrações que já contam com Juntas Arbitrais não queriam ser privadas delas.

A solução salomônica final foi manter as coisas tal e como estão, e permitir, portanto, a constituição de Juntas Arbitrais territoriais mediante convênio entre as Administrações Públicas e o INC. Uma das novidades da norma é que estes convênios poderão prever a constituição de delegações da Junta Arbitral territorial, já sejam territoriais ou setoriais (art. 5.2 RDSAC/2008).

²³¹ MARÍN LOPEZ, Manuel Jesús. *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero*. Diario La Ley, núm. 6905, 17 de marzo de 2008.

Em todo caso, os convênios de constituição de Juntas Arbitrais que atualmente existem deverão adaptar-se à nova normativa antes de 25 de agosto de 2010 (DT 1.ª RDSAC/2008). Deste modo, até essa data as Juntas Arbitrais poderão seguir atuando baseando-se nos convênios vigentes.

Quanto às Juntas Arbitrais territoriais, podem ser de âmbito autárquico, de macro-comunidade de municípios, provincial e autonômico. Constituem-se mediante convênio de colaboração entre as Administrações públicas e o Instituto Nacional do Consumo, no que poderá ser previsto a constituição de delegações da Junta Arbitral territorial, já sejam territoriais ou setoriais. Atualmente existem 72 Juntas Arbitrais, a Nacional e outras 71 de caráter territorial²³², assim dispostas:

- a) 19 Juntas Arbitrais Autonômicas (C.A. Andaluzia, C.A. Aragon, Principado das Astúrias, C.A. Ilhas Baleares, C.A. Canárias, C.A. Cantabria, C.A. Castilha La Mancha, C.A. Castilha León, Cataluña, C.A. Extremadura, C.A. Galícia, Comunidade de Madri, C.A. Múrcia, C. Foral de Navarra, País Basco, C.A. Rioja, Comunidade Valencia, Cidade Autônoma de Melilla e Cidade Autônoma de Ceuta);
- b) 10 Juntas Arbitrais Provinciais (Alicante, Almería, Cádiz, Castellón, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, Sevilla);
- c) 3 Juntas Arbitrais de Macro Comunidade (Vale do Nalón, Zona noroeste de Madri, Henares-Jarama); e;
- d) 39 Juntas Arbitrais Autárquicas (Alcalá de Henares, Alcobendas, Almería, Ávila, Avilés, Badajoz, Badalona, Barcelona, Burgos, Cádiz, Córdoba, O Ejiço, Getafe, Gijón, Granada, L'Hospitalet, Huelva, Jaén, Jerez, León, Lleida, Madri, Málaga, Maó, Mataró, Palencia, Sabadell, Salamanca, San Fernando, Segovia, Sevilla, Soria, Terrasa, Valladolid, Vigo, Villafranca do Penedés, Vitoria, Zamora, Zaragoza).

²³² Conforme disposição de Juntas Arbitrais de Consumo no território espanhol.

O artigo 5.2 RDSAC, consolida a possibilidade de constituição de delegações da Junta Arbitral territorial, sejam a sua vez territoriais ou setoriais, que já se estava desenvolvendo na prática como é o suposto da sede de Benidorm da Junta Arbitral Provincial de Alicante.

Com respeito à concorrência para a criação das Juntas Arbitrais, vale lembrar que esta competência corresponde exclusivamente ao Governo Nacional para estabelecer o sistema e criar os correspondentes órgãos arbitrais segundo julgou o Tribunal Constitucional nas Sentenças 15/1989, de 26 de janeiro e 62/1991, de 22 de março²³³.

6.1- A comissão das Juntas Arbitrais de Consumo.

Como visto, o espírito da nova lei foi garantir a segurança jurídica do sistema, e, como tal buscou-se criar comissões técnicas que cingissem tal sistemática de modo a auditar a gestão das juntas e vincular todas na unificação do sistema à lograr a confiança de seu público alvo constituído pelos consumidores e empresários.

A importância da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo pode ser avaliada no monitoramento que presta a estas, vez que, conforme prevê o Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, RDSAC, que se regula o Sistema Arbitral de Consumo, compõem-se como as figuras chaves para a eficácia das juntas e, por sua vez, de todo o sistema.

²³³ Sentença do Tribunal Constitucional (Pleno) 62/1991, de 22 de março (BOE de 24 de abril).

Ademais, conquanto pensamos oportuno reiterar que as administrações públicas que gerenciam estes setores também suportam sua quota de responsabilidade, já que a efetiva razão da criação desta Comissão reside no fato que antes não existia uma decidida política de controle sobre as gestões das juntas e qualquer tipo de sanção aos reiterados descumprimentos das políticas de funcionamento destes órgãos.

Haja vista setores como o das Telecomunicações, um dos mais acionados pelo sistema, visto a enorme quantidade de demandas reclamatórias de seus usuários em face das companhias prestadoras de serviços, em que ante esta situação a Comissão Técnica de Telecomunicações do Conselho de Consumidores e Usuários chegou a dirigir um documento à Secretaria de Estado das Telecomunicações e Políticas para a Sociedade da Informação (SETSI) com uma dúzia de pontos nos que se resumiam as principais causas de desatinos gestores das variadas juntas, que configuravam a procedência deste tipo de reclamação.

6.2- Composição e funcionamento.

Neste diapasão, a constituição da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo está prevista no art.10 do RD 231/2008²³⁴, de característica colegiada, subordinada ao Instituto Nacional de Consumo, por meio da Junta Arbitral Nacional. Vejamos:

1. A Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo estará integrada por seu presidente, que será o presidente da Junta Arbitral Nacional, e duas vogais designados, por um período de dois anos, pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, entre os presidentes das Juntas Arbitrais territoriais. O secretário da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, que assistirá às reuniões com voz, mas sem voto, será designado entre o pessoal do Instituto Nacional do Consumo.

²³⁴ RD/231/2008. Artigo 10. Composição e funcionamento.

2. A Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo estará assistida por dois árbitros designados, por um período de dois anos pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, entre os árbitros propostos pelos representantes em dito órgão do Conselho de Consumidores e Usuários e das organizações empresariais e profissionais.

3. Os vocais e árbitros designados pelo Conselho poderão ser reeleitos por um máximo de três mandatos, procedendo à abrangência das vagas que se produzam mediante nova designação do Conselho pelo tempo que reste de mandato ao vocal ou árbitro substituído.

4. Em caso de vaga, ausência ou doença o presidente será substituído pelo vocal mais antigo no cargo.

5. Os acordos da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo se adotarão por maioria de votos emitidos se entendendo validamente adotados se na votação coincidem, ao menos, uma maioria de seus membros.

Sobre esta questão de criar um maior controle sobre as juntas, pensamos oportuno expor o entendimento de CERILLO MARTINEZ ²³⁵, que com muita propriedade assim se posiciona:

A proliferação de órgãos colegiados responde a uma dupla finalidade. Por uma parte, persegue melhorar a coordenação entre órgãos de uma Administração pública e entre órgãos de diferentes Administraciones Públicas. Por outro, persegue incrementar a participação dos cidadãos nas Administraciones Públicas. Ambos objetivos achamos que podem ser atingido com o esquema proposto pelo RDSARC.

²³⁵ MARTINEZ, CERILLO I.A. *Órganos Colegiados Electrónicos*, Navarra, 2006, p. 71.

Assim, pois, a composição da Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo integram-na o Presidente da Junta Arbitral Nacional e duas vogais, designados pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, entre os presidentes das diferentes Juntas Arbitrais Territoriais.

Vemos do exposto, portanto, que ao Presidente da Junta Arbitral Nacional compete dirigir os trabalhos não havendo maiores problemas, salvo qualquer situação relativa à sua vacância, ausência ou doença, em cujo caso o artigo 10.4 estabelece sua substituição se dará pelo vogal mais antigo no cargo.

Sobre esta situação, imaginamos que no caso em tela poderíamos supor a composição de uma Comissão formada por dois árbitros, pelo que em se adotando concordância, já que não podemos falar em maioria e não constando a previsão de voto diferenciado pela qualidade de presidente, então, poderíamos supor a possibilidade de haver discrepância entre seus membros.

Por outra parte, também não fica claro se a substituição do presidente pelo vogal mais antigo no cargo tem de entender-se ao nomeado como tal na Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo ou em sua qualidade de Presidente de Junta Arbitral Territorial. Como é bem possível que ambas as nomeações para a Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo se produzam de modo simultâneo, nos inclinaremos a pensar que a norma deve ter se referido à antiguidade no cargo de Presidente da Junta Arbitral territorial correspondente.

De outra maneira, e no pertinente aos vogais designados pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, entre os presidentes das diferentes Juntas Arbitrais Territoriais, também se propõe a incógnita de se a eleição tem de ser realizada a sua vez entre os Presidentes das Juntas Territoriais que integram o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, ou, de outro modo pode ser estendido para além deste segundo órgão e seleccionar um presidente de Junta Arbitral Territorial que não faça parte deste colegiado.

Qualquer das duas opções pode ser razoável, a primeira por conseguir uma maior sintonia e conexão entre a Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo e o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo (que quiçá resulte mais prático e razoável) e a segunda precisamente por fazer da Comissão um órgão mais plural e aberto.

Pensamos que melhor seria entender que o mandato dos membros da Comissão, se distingue da característica aparentemente permanente do Presidente da Comissão, porquanto coincida com a Presidência da Junta Arbitral Nacional de Consumo e os dois anos de limitação impostos aos vogais procedentes das Juntas Arbitrais Territoriais. No tocante aos vogais, estes poderão ser reeleitos por um período máximo de três mandatos consoante prevê o art. 10.3 RDSAC.

Junto aos vogais, e em qualidade de assessores, isto é com voz, mas sem voto, conforme o projeto de lei do Real Decreto acolheu parcialmente a proposta formulada pela CEACCU e assumida pelo Conselho de Consumidores e Usuários em suas alegações acerca do trâmite de audiência, de incluir um representante dos consumidores e outro dos empresários com objetivo de manter a participação coletiva dos quadros sociais envolvidos, máxime quando este se aparenta como o órgão crucial para determinar as diretrizes do sistema.

Ademais, estabelece-se assim a participação de dois árbitros designados também, por um período de dois anos pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, entre os árbitros propostos pelos representantes deste órgão, o Conselho de Consumidores e Usuários e das organizações empresariais e profissionais. Aqui entendemos que as incógnitas seguem sendo similares.

Por outra parte resta elucidar se a nomeação por parte do Conselho de Consumidores e Usuários dos assistentes da Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo deve ser feita dentre os árbitros vogais de consumidores que integram o

Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo ou se é possível sua seleção alheia a este órgão.

Distintamente e de modo ainda mais complexo, ignoramos a que organizações empresariais e profissionais se refere a norma para a seleção do assistente designado pelo ramo empresarial. Tem de lamentar-se tanto no caso dos vocais como no dos árbitros assistentes que não se preveja um regime de substituição imediata por um suplente já designado em caso de ausência e relegue-se a abrangência do artigo 10.3 RDSARC a uma nova designação do vocal ou árbitro pelo tempo que reste de mandato ao árbitro ou vogal substituído. Isso pode supor uma desnecessária paralisação do órgão ou uma situação igualmente carente de razão.

De qualquer modo, o que parece fora de dúvida, seja no caso dos vogais Presidentes de Juntas Arbitrais Territoriais seja no caso dos assistentes designados por consumidores ou empresários, é que deve ser desenvolvido um esforço por todas as partes para constituir a Comissão com representantes devidamente qualificados na matéria arbitral designadamente ao que se refere e o direito em geral. Entretanto, não restaria de todo lamentável se entender que de fato, trata-se de integrar um administrador e um civilista ou processualista aos vogais da Comissão.

Do exposto, pensamos que resta ainda mencionar o que está previsto no art. 10.1 do RDSAC, qual seja, a intervenção de um secretário da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, que assistirá às reuniões com voz, mas sem voto ao tempo que será designado entre o pessoal do Instituto Nacional do Consumo. Pensamos ainda que fosse desejável haver também um maior desenvolvimento da figura do secretário da Comissão, quanto a sua qualificação, duração no cargo, suplência, funções, etc. Teremos que confiar no prudente critério do Instituto Nacional do Consumo para a eficaz designação desta figura, cuja relevância não

convém minorar. Em qualquer caso, terá de aplicar-se-lhe o disposto no art.25 da LRJAP-PAC.

6.3- Competências.

No tocante as competências da Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo, este tema está tratado no art.11 do RDSAC, acatando grande parte das sugestões que eram formuladas, tanto na conveniência de um sistema tendente à unificação de critérios, como no referido ao estabelecimento de um regime de recursos. Portanto, sobre suas competências, atribuem-se à Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo as seguintes:

- 1. A resolução dos recursos que proponham as partes sobre a admissão ou inadmissão a trâmite de um pedido de arbitragem, conforme o previsto no artigo 36.*

Sobre esta normativa, RIBON SEISDEDOS²³⁶ explica seu entendimento sob a seguinte perspectiva:

Sendo profundamente receoso da regulação dada em geral à possibilidade de inadmissão a trâmite do pedido de arbitragem apresentada por um usuário, tem de destacar-se que da leitura do texto legal parece se atribuir só concorrência à Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo para o conhecimento do recurso que se proponha, conforme ao previsto no art. 36 RDSAC, que se identifica aos supostos do art. 2 RDSAC, isto é das matérias objeto de arbitragem. Isso significa que poderia dar azo à interpretação de excluir do recurso ante a Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo os supostos de inadmissão do

²³⁶ RIBON SEISDEDOS, E. “Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo” em Noticias Jurídicas, maio 2007 (www.noticias.juridicas.com). Correspondente a sua sustentação apresentada no VIII Congresso de Arbitragem de Consumo, celebrado em Huelva, em março de 2007.

pedido de arbitragem por se apresentar a critério do Presidente da Junta como infundada e aquelas nas que não se aprecie afetos os direitos e legítimos interesses econômicos dos consumidores ou usuários.

O resultado não poderia resultar mais perverso, pois isso significaria que pelo critério individual do presidente pode vedar-se ao consumidor o acesso à tutela arbitral, se este entende que não ficam lesionados seus direitos ou que sua petição resulte infundada. Adiantar assim nesta fase prévia um julgamento de valor sobre o fundo da reclamação, à margem de resultar extraordinariamente pouco afortunada conforme o consagrado princípio pró actione, não pode culminar com uma porta fechada sem possibilidade de recurso.

É por isso pelo que entendemos que o encaminhamento ao art. 36 tem de se entender diretamente formulada quanto a seu título genérico (recurso contra a admissão ou inadmissão do pedido de arbitragem) e não a seu conteúdo literal de desenvolvimento, o que permitiria estender a qualquer causa genérica de inadmissão das previstas no artigo 35 do RDSARC. Uma futura reforma não estaria mal, se não obstante ampliasse sua audiência de modo expreso também ao artigo 35 RDSARC”.

A emissão de relatórios técnicos, ditames ou recomendações que sirvam de apoio aos árbitros no exercício de suas funções, designadamente ante a existência de laudos contraditórios que cheguem a pronúncias divergentes ante fatos, fundamentos e pretensões substancialmente iguais. Os relatórios, ditames ou recomendações salvaguardam a independência e imparcialidade dos árbitros que, motivadamente, poderão ser apartado de seu conteúdo.

A letra da norma que se refere aos relatórios, ditames ou recomendações, diz que se emitirão segundo a iniciativa dos presidentes das Juntas Arbitrais, dos árbitros ou das partes no procedimento arbitral, no prazo máximo de 30 dias a contar desde o dia seguinte à recepção do pedido pela Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e publicados na página web do Instituto Nacional do Consumo.

Entendemos, salvo melhor juízo, tratar-se da competência atribuída à Comissão de solicitar tais documentos às Juntas Arbitral, bem como toda a informação que se considere oportuna. Em acato ao princípio da publicidade dos atos procedimentais, entendemos que tais serão públicos e deverão ser tempestivamente notificados pela secretaria da Comissão às Juntas Arbitrais de Consumo e a suas delegações.

Ainda sobre a análise da norma, retomamos o estudo do autor para comungar de sua opinião, segundo a qual, o fato de atribuir-se tal competência encomendada à Comissão de Juntas Arbitrais merece também o seu reconhecimento e admiração à visão do legislador que observou com muita propriedade o reconhecimento das contribuições aceitas que chegaram também a transcrever-se em grande parte de modo literal no texto aprovado.

Diz também que a fórmula empregada, ainda que com ares que pudessem evocar a recusa da doutrina para a unificação da norma, conforme prevista nos arts. 216 e seguintes do RD Legislativo nº 2/1995, de 7 de abril, se emoldura de modo analógico e com maior acerto em algo similar aos acordos não jurisdicionais para a unificação de critérios.

Aceito pela doutrina como dignificante e merecedora de todo apoio foi o esforço unificador que se tem de reconhecer como um decisivo passo a uma maior segurança jurídica e com isso também maior confiança das partes.

Eficaz igualmente o regime de transparência e publicidade que alude a Exposição de Motivos e consagra o preceito ao estabelecer sua publicação na página eletrônica do Instituto Nacional do Consumo. E assim, acertada a legitimação atribuída à competência da Comissão para solicitar os informes necessários à elaboração dos relatórios, ditames ou recomendações, estendendo-se não só aos árbitros atuantes, senão também às partes para sua intervenção.

Finalmente, a doutrina de RIBON SEISDEDOS²³⁷ entende que o prazo de trinta dias parece absolutamente razoável para sua tramitação administrativa e resolução.

A emissão do relatório preceptivo na admissão de ofertas publica de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo. O relatório negativo da Comissão será, ademais, vinculante para a Junta Arbitral de Consumo. O relatório, que terá em conta as diretrizes afixadas pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo e, se for o caso, as razões alegadas pela Junta Arbitral competente para resolver, se pronunciará igualmente sobre a procedência de conceder o distintivo de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo.

Sobre as linhas deste texto, pensamos que com respeito à necessidade de um relatório preliminar, e ademais vinculante, para a admissão de ofertas públicas de adesão limitadas ao sistema arbitral de consumo, melhor seria remeter a questão aquilo a qual nos posicionamos e que já debatemos anteriormente, qual seja, que compartilhamos com o estabelecimento de toda cautela adicional como é a necessidade de relatório por parte da Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo, para a aceitação destas.

4. A emissão do relatório preliminar e não vinculante no procedimento de retirada do credenciamento como árbitro do Sistema Arbitral de Consumo, nos casos previstos no artigo 23.1.

Aqui, entendemos tratar-se de uma imersão ao princípio deontológico do julgador que confere a este seus mais mezinhos princípios de ética profissional. Como dito, se não observado os ditames de seu mister, trata-se da competência da

²³⁷ RIBON SEISDEDOS, E. *Op. Cit.* p. 35.

Comissão em emitir relatório e parecer para o processo de descredenciamento do árbitro.

Isso em muito reforça a tese de se buscar garantir aos usuários do sistema a garantir da imparcialidade dos árbitros e sua característica de inamovibilidade, no caso de processo de retirada do credenciamento outorgado, submetendo a decisão em caso de não cumprimento de suas responsabilidades ou em desalinho às suas funções, para quando se necessitar de emissão de relatório preliminar da Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo.

A retirada do credenciamento nestes casos está justificada, pois a condição de árbitro tal e como preconizado no *ATC 326/1993*²³⁸, não é equiparável a um cidadão particular, porque o árbitro que julga uma controvérsia mediante um laudo de Direito atua em exercício de uma legalidade de ofício, de *iuris dictio*. Sua declaração de direitos e obrigações recíprocas às partes da controvérsia encontra-se revestida de autoridade por imperativo da lei.

A *auctoritas*²³⁹, conforme revela a doutrina reside na autoridade conferida ao julgador, e, portanto reconhecida ao árbitro, que exige deste ademais de sua integral dedicação profissional, de igual modo, exige-se uma reputação ilibada do árbitro no exercício de suas função magistral. Sobre esta questão, JOUVENEL DÊ URSINS²⁴⁰ incide em que a *auctoritas* é um fenômeno mais antigo que o poder (*potestas*), vez que erigido no princípio de todas as organizações e de todos os progressos.

²³⁸ Tribunal Constitucional. STC 326/1993, 8 de Novembro de 1993.

²³⁹ DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*, Barcelona, 1999. Sobre a *auctoritas*, sua origem, teoria orsiana e reflexão constitucional à luz desta, indicada por RIBÓN SEISDEDOS, a esta extraordinária obra.

²⁴⁰ JOUVENEL DÊ URSINS, B. *À recherche du bem politique*, Paris, 1955, p. 59.

Entretanto, não há unanimidade doutrinária no que tange ao caráter vinculante do relatório da Comissão, que aqui muito bem poderíamos identificá-lo como uma espécie de investigação preliminar, pois há quem entenda que este não tenha caráter vinculante, eis que não define nada até que a decisão fique em mãos do Presidente da Junta Arbitral de Consumo a possibilidade de descredenciar um árbitro.

Os relatórios previstos nas alíneas 3 e 4 se emitirão no prazo de 15 dias desde o seguinte à recepção na Comissão do pedido da Junta Arbitral competente.

Finalmente a redução do prazo de trinta para quinze dias, para os supostos de admissão de ofertas limitadas e retirada do credenciamento da condição de árbitro parece também razoável, assim que indubitavelmente são questões que habitualmente requererão menor esforço investigador e discussões que a resolução de recursos de inadmissão ou emissão de relatórios técnicos.

7- O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo.

Tendo como diretriz básica formalizar um sistema integrado com as JACs, para viabilizar o funcionamento do SAC, além de garantir sua segurança jurídica, essa foi efetivamente a intenção do legislador espanhol em fomentar todos estes aspectos e direcionar a criação do Conselho Geral do SAC. A este órgão, integrado por ampla representação da Administração do Estado, das Juntas Arbitrais de Consumo e das Organizações Sociais compostas pelas Associações de Consumidores e Empresários, foi destinada a incumbência de estabelecer os critérios gerais de funcionamento, conforme alude o art. 12 do RDSAC: Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, *ipsis literis*: *O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo é um órgão colegiado, adstrito funcionalmente ao Instituto Nacional de Consumo, de representação e participação em matéria de arbitragem de consumo.*

Em de 24 de fevereiro de 2008, no mesmo ano em que entrou em vigor o RD 231/2008, constituiu-se o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, sob o comando de uma Presidência, de uma Subsecretaria, subordinada ao Ministério de Previdência e Consumo e do Instituto Nacional do Consumo. A constituição deste Conselho foi um importante passo para a consolidação e desenvolvimento deste sistema extrajudicial de resolução de conflitos entre consumidores e usuários e seus fornecedores.

Esta regulação foi a primeira variação que se introduziu desde 1993, ano no que se criou este procedimento cujas características, como a gratuidade, voluntariedade, formalidade e rapidez na resolução final com uma decisão inculpada num laudo arbitral de obrigatório cumprimento para as partes, sem o quê, o sujeita à execução judicial, fez com que, a partir de então, a cada ano se apresentassem números superiores a 60.000 (sessenta mil) pedidos de arbitragem de consumo.

Em sua primeira reunião em dita data, o Conselho Geral fixou as diretrizes para o credenciamento dos árbitros, capacitando-os segundo características fundadas na capacidade, honorabilidade e qualificação dos candidatos, bem como critérios homogêneos para a criação de órgãos arbitrais setoriais e especializados, que poderão ser criados por razões da necessidade da especialidade e do volume de pedidos, ou ainda, pela especial complexidade da reclamação ou de sua regulação.

7.1- Natureza e composição.

Ao assinalar que é um órgão colegiado, resulta também de aplicação o disposto nos artigos 22 a 27 LRJAP-PAC. Pelo próprio enunciado que realiza o artigo 12 RDSAC, e seguindo a distinção realizada por VALERO²⁴¹ dos órgãos

²⁴¹ VALERO TORRIJOS, J. *“Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente”*. Madrid, 2002, p.494.

colegiados, entre burocráticos e representativo, devemos concluir que nos achamos ante este último tipo como cabe deduzir de sua composição que abordaremos seguidamente.

O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo nasce com uma vocação de ampla representação das diferentes Administrações Públicas, Corporações e agentes sociais. Quiçá demasiado ampla para resultar operativo, e demasiado extensa também assim que não se acaba de entender o relacionamento de alguns conselheiros com o sistema arbitral de consumo.

Sua composição está determinada no artigo 13, estando constituído pelo Presidente, Vice-presidente e Conselheiros. O Presidente corresponderá com o Presidente do Instituto Nacional do Consumo, isto é o Subsecretario de Previdência e Consumo. O Vice-presidente do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo recairá na pessoa do Diretor do Instituto Nacional do Consumo. E quanto aos Conselheiros, atingir-se-á o número de 20, segundo a seguinte distribuição:

- a) O presidente da Junta Arbitral Nacional;
- b) Quatro presidentes das Juntas Arbitrais territoriais, designados de forma paritária, respectivamente pela Comissão de Cooperação de Consumo e pela associação de maior implantação no âmbito estatal representativa das entidades locais;
- c) Um representante do Ministério da Justiça, designado pelo Subsecretario deste Departamento;
- d) Um representante do Ministério de Administrações Públicas, designado pelo Subsecretário deste Departamento;

e) Um representante do Ministério de Economia e Fazenda, designado pelo Subsecretário deste Departamento;

f) Um representante do Ministério de Indústria, Turismo e Comércio, designado pelo Subsecretário deste Departamento;

g) Dois representantes da Administração de consumo das Comunidades Autônomas ou cidades com Estatuto de Autonomia, um, o Presidente do Grupo de Trabalho de Arbitragem da Comissão de Cooperação de Consumo, e outro designado pela própria Comissão;

h) Dois representantes da associação de maior implantação no âmbito estatal representativa das entidades locais;

i) Três representantes do Conselho de Consumidores e Usuários, designados por este órgão de consulta e representação institucional dos consumidores e usuários através de suas organizações;

j) Dois representantes das organizações empresariais e profissionais, ao menos um dos quais representará às PMEs, designados pelas organizações mais representativas de âmbito estatal;

k) Um representante do Conselho Superior das Câmaras de Comércio, designado por este órgão;

l) Um representante do Conselho Geral da Advocacia, designado por este órgão.

A duração do mandato dos conselheiros não natos será de quatro anos, cessando no cargo por renúncia, revogação da designação, incapacidade permanente apreciada pelo pleno do Conselho Geral do Sistema Arbitral de

Consumo, com prévia audiência do interessado, ou por finalização do mandato. Finalmente prevê-se que a secretaria do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo seja desempenhada pelo titular da Subdireção Geral de Regulamento e Arbitragem do Consumo do Instituto Nacional do Consumo.

7.2- Funcionamento.

Vista a amplitude de conselheiros integrantes do Conselho Geral do Conselho Arbitral, é um acerto por fortuna que se preveja seu funcionamento em pleno e por seções. Estas últimas poderão ter caráter permanente ou temporário, constituídas para o estudo ou seguimento de assuntos específicos. Nestes casos, como é lógico, o artigo 14.3 RDSAC assinala que se determinará sua composição e funcionamento no momento de sua constituição.

O pleno do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo terá de reunir-se ao menos uma vez ao ano, o que não deixa ser um ato rituário mais que executivo. Considerar-se-á validamente constituído quando coincida ao menos a metade dos vogais, se adotando seus acordos por maioria dos votos emitidos. Em caso de empate, o voto do presidente atuará como voto dirimente.

Também não fosse muito se tivesse estado a mais prever a constituição de uma Comissão Permanente para assegurar um funcionamento mínimo de modo continuado. Nada diz o RDSAC a respeito dos relacionamentos entre as possíveis seções temporárias ou permanentes e o resto do pleno. Fosse desejável esboçar umas linhas mínimas e indispensáveis de comunicação com objeto de que a atividade que realizem estas comissões possam ser referendadas ou censuradas pelo Conselho.

Finalmente, sem prejuízo de seu desenvolvimento posterior e da vontade de quem o integre, apresenta-se inicialmente mais como um órgão de corte burocrático e político que executivo e prático. Terá que confiar na constituição de

seções ágeis e com uma adequada preparação técnica para que possa oferecer os frutos que se esperam deste órgão.

Entre suas funções, destacam as seguintes: seguimento, apoio e propostas de melhora do sistema arbitral de consumo; aprovação da memória anual do sistema arbitral de consumo; aprovar programas comuns de formação dos árbitros e fixar os critérios de honorabilidade e qualificação para seu credenciamento; elaborar diretrizes gerais sobre os supostos de admissão de OPASAC (Ofertas Pública) limitadas, e propostas de convênios marco de constituição de Juntas Arbitrais territoriais; habilitar instrumentos que favoreçam a cooperação e comunicação entre as JACs e os árbitros; editar e divulgar os relatórios técnicos e ditames da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e dos laudos ditados; e fixar critérios homogêneos sobre a criação de órgãos arbitrais setoriais e especializados.

Conquanto a composição do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo acorda certas dúvidas sobre a eficácia de seu funcionamento por razão de sua amplitude e heterogeneidade, quando descemos às funções que lhe depara o artigo 15 RDSAC cobra novamente interesse o órgão.

São funções do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo:

- a) O seguimento, apoio e as propostas de melhora do Sistema Arbitral de Consumo;
- b) A aprovação da memória anual do Sistema Arbitral de Consumo;
- c) A aprovação dos programas comuns de formação dos árbitros e a fixação dos critérios de honorabilidade e qualificação para seu credenciamento;

- d) A elaboração de diretrizes gerais envelope os supostos de admissão das ofertas públicas de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo;
- e) A aprovação de planos estratégicos de impulso do Sistema Arbitral de Consumo;
- f) A proposta de convênios marco de constituição das Juntas Arbitrais territoriais;
- g) A designação dos membros não natos da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo;
- h) A habilitação de instrumentos que favoreçam a cooperação e comunicação entre as Juntas Arbitrais de Consumo e os árbitros;
- i) A edição e divulgação dos relatórios técnicos, ditames e recomendações da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo e dos laudos ditados pelas Juntas Arbitrais de Consumo;
- j) O estabelecimento de critérios homogêneos envelope a criação de órgãos arbitrais setoriais e especializados;
- k) O resto das funções previstas legal ou regulamentar mente e, se for o caso, as que lhe encomende o Instituto Nacional do Consumo e a Conferência Setorial de Consumo.

7.3- Disposição legal.

Conforme preconiza o art. 12 do RD 231/2008, O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo é um órgão colegiado, adstrito funcionalmente ao

Instituto Nacional do Consumo, de representação e participação em matéria de arbitragem de consumo.

Pertinente a esta disposição legal acerca do Conselho Geral do SAC, temos o dever de argumentar que se trata de um órgão colegiado, e, como tal resulta também a aplicação do disposto nos artigos 22 a 27 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, que regulamenta o Regime Jurídico das Administrações Públicas e o Procedimento Administrativo Comum, que em cuja normativa consta sobre os órgãos colegiados de tais administrações.

Pelo enunciado do artigo 12 RDSAC, e seguindo as pegadas da melhor doutrina, que é o que nos ensina a distinção realizada por VALERO²⁴², e nos explica que estes órgãos colegiados se distinguem entre burocráticos e representativos, de onde devemos concluir que poderíamos nos filiar a este último tipo como cabe deduzir de sua composição que veremos adiante:

¿Era necesaria una nueva ley que regulara el uso de los medios informáticos y telemáticos en el ámbito administrativo?

Como ha quedado evidenciado en las páginas anteriores, muchas de las críticas vertidas sobre la regulación que ha venido a sustituir –y, en algunos casos, completar– la LAECSP eran ciertamente inmerecidas, al menos en los términos en que esta última las plantea en su exposición de motivos. Aun reconociendo las insuficiencias y disfunciones de la LRJ-PAC, lo cierto es que la falta de desarrollo de la Administración electrónica en España no es imputable tanto al anterior marco legal como, sobre todo y especialmente, a que las propias administraciones públicas no han tenido con carácter general la voluntad y/o capacidad para emprender un proceso de modernización que, con los objetivos e instrumentos adecuados, nos podría llevar, sin duda, a un nuevo modelo de Administración.

²⁴² VALERO TORRIJOS, J. *Op. Cit.* p. 435.

Más allá de meras etiquetas vacías de trascendencia sustancial,³² la idea ha sido certeramente apuntada por Arena, quien ya destacó que la proyección de postulados propios de una administración basada en el paradigma bipolar, que tiende a considerar al ciudadano como un simple administrado, hace perder a las tecnologías de la información y las comunicaciones gran parte de su potencial impacto, de ahí que reclame la necesidad de diseñar las políticas en este ámbito

“desde una perspectiva que considere a los destinatarios del servicio no sólo como usuarios, sino como verdaderos coprotagonistas de su gestión”.

7.4- Composição do Conselho Geral.

O Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, integrado por uma ampla representação da Administração Geral do Estado, das Juntas arbitrais de Consumo e das organizações sociais, encomendam-se-lhes as funções relativas ao estabelecimento de critérios gerais do funcionamento do sistema, com idêntica finalidade à assinalada.

Com os mesmos fins, estabelecem-se critérios claros sobre a concorrência territorial das Juntas Arbitrais que integram o Sistema Arbitral de Consumo, e se aposta decididamente pela capacitação dos árbitros, pela criação de colégios setoriais e especializados, pelas ofertas públicas de adesão sem limitação ou pela criação de um distintivo específico quando se admitam ofertas públicas de adesão limitadas, com o objeto de permitir ao consumidor conhecer de antemão a existência de limitações e evitar a concorrência desleal no uso do distintivo de adesão ao sistema.

8- Órgãos arbitrais.

Para conceituar o que são os órgãos arbitrais, preliminarmente devemos dividi-los em dois lados distintos que os identificam por singular e colegiado. Na realidade os órgãos arbitrais são as instituições competentes para decidir o conflito

nos limites do SAC, e uma vez comprovado pela JAC que o pleito trata-se de direito disponível, e, como tal possa ser admitido a julgamento na competência da arbitragem de consumo, estará então sujeito ao procedimento arbitral de consumo que, como dito, pode ser unitário ou colegiado, ou seja, constituído por um único árbitro ou por uma junta composta por três árbitros, escolhidos entre o elenco indicado pela Administração Pública, a Associação de Consumidores e Usuários e a Associação de Empresários.

Cediço que a questão posta a julgamento ao SAC deve preencher certos requisitos fundamentais de admissibilidade a possibilitar seu procedimento, sem o que impossível sua propositura, estes tais como a complexidade da causa, relativa à sua vulnerabilidade; seu valor, a ser considerado para o tipo de processamento adequado; e; obviamente a incontroversa expressão de vontade das partes em submeter o conflito de interesses ao SAC.

A matéria está catalogada entre os arts. 16 a 23 do RDSAC, que preconizam a Proposta de Árbitros a partir de uma lista de nomes credenciados (art. 16), o credenciamento destes árbitros ((art.17), a efetividade dos órgãos arbitrais ((art.18) e sua decomposição entre unipessoais-unitário ((art.19) e colegiado-coletivos (art. 20), a designação do árbitro no procedimento arbitral competente ((art. 21), a abstenção do árbitro ou a sua recusa ((art.22) e a retirada da credencial dos árbitros ((art.23).

Assim, vê-se que, uma vez comprovados os requisitos de admissibilidade pela JAC, iniciar-se-á o procedimento arbitral de consumo para solucionar o conflito, partindo da premissa natural do sistema calcado na preliminar tentativa de composição de acordo pela conciliação, ou, se não for possível, nova tentativa por meio da mediação, para só então, superadas tais etapas, dar início ao procedimento arbitral de consumo para decidir a causa.

8.1- Proposta de árbitros e lista de árbitros credenciados.

Preconiza o art. 16 do RDSAC os seguintes termos: Proposta de árbitros e lista de árbitros credenciados:

1. A Administração, dentre o pessoal a seu serviço, as associações de consumidores e usuários inscritas no Registro estatal de associações de consumidores e usuários ou que reúnam os requisitos exigidos pelo regulamento autônomo que lhes resulte de aplicação, as organizações empresariais ou profissionais legalmente constituídas e, se for o caso, as Câmaras de Comércio, proporão ao presidente da Junta Arbitral de Consumo as pessoas que atuarão como árbitros nos procedimentos arbitrais que se sujeitem a ela.

Pois bem, sobre este parágrafo pensamos tratar da condição imposta pelo legislador no trato da matéria concernente a composição da lista de árbitros que deverá estar à disposição das Juntas para afetividade do procedimento arbitral de consumo, de modo que ao tratar se da proposta de árbitros e a Lista de Árbitros Credenciados, conforme preconiza o art. 16.1, RDSAC, notamos que o legislador intencionou estabelecer uma via de mão dupla para reconhecer e credenciar o árbitro em sua lista, qual seja, numa mão estipula a mecânica que deve ser obedecida para a composição da mesma, que deverá contar de nomes habilitados e capacitados, previamente inscritos nos Registros competentes e oriundos da Administração Pública, das Associações de Consumidores e Usuários e das Associações de Empresários ou se for o caso das Câmaras de Comércio, lista esta proposta às JACs para a seleção de pessoal para cada caso à sua atribuição. Na outra mão de direção, vejamos o que sinaliza o art. 16.2:

2. As pessoas propostas deverão solicitar ao presidente da Junta Arbitral de Consumo seu credenciamento para atuar ante ela. Dito pedido implicará a aceitação de sua inclusão na lista de árbitros acreditados ante a Junta Arbitral

de Consumo e a aceitação do cargo de árbitro nos procedimentos em que seja designado como tal.

Pois bem, para complementar o primeiro quesito, prossegue-se com uma segunda imposição, porquanto que na outra mão de direção exige-se que os requisitos não se limite somente a estes elementos, e, ademais, vai além ao instituir que tal lista deve ser ratificada pelo Presidente da Junta Arbitral de Consumo, após solicitação pessoal do candidato interessado em seu credenciamento ante tal órgão.

Isso para nós supõe uma situação análoga ao que se sucede na Lei de Arbitragem em vigor (Lei nº 60/2003, de 23 de dezembro) ao tratar o caso em tela, segundo podemos cotejar que ali já se formula uma distinção com a exigência imposta com caráter geral na arbitragem pelo seu art. 16/LA, que ordena a aceitação expressa pelo árbitro no prazo de quinze dias desde sua nomeação, sob pena de considerar-se a recusa do mesmo em caso de silêncio, sobretudo em se considerando a tal efeito que o citado prazo é de natureza preclusiva e de caducidade temporânea, no caso em aplicação ao preceito do silêncio administrativo por parte do agente.

A aceitação, pois que automática com a inclusão na listagem de árbitro, e sem prejuízo do dever de abstenção que possa ser local, segundo entendimento de MERINO MERCHAN ²⁴³ se coincidem as causas estabelecidas para isso, considerando que se supõe um acerto da norma arbitral de consumo, contribuindo em muito à agilização de seu procedimento.

²⁴³ MERINO MERCHAN, J. *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Navarra, 2004, p. 17.

3. Concedido o credenciamento, este se notificará às pessoas propostas, procedendo a sua inclusão na lista de árbitros credenciados ante a Junta Arbitral de Consumo, que será pública.

Ato seguinte argüimos que o parágrafo 3 diz respeito ao procedimento pós ratificação da Junta na pessoa de seu presidente. Concretizado o credenciamento, o interessado será notificado pelo Presidente da Junta indicada, informando que doravante seu nome comporá a lista deste órgão, e, especificamente no caso ao qual foi indicado, inserindo tal publicação em veículo informativo de caráter público, em respeito ao princípio da publicidade dos atos jurídicos que devem nortear o procedimento do Sistema Arbitral de Consumo.

4. O secretário da Junta Arbitral de Consumo manterá permanentemente atualizada a lista de árbitros credenciados ante a respectiva Junta Arbitral de Consumo e as listas de árbitros especializados acreditados para conhecer os conflitos que, conforme aos critérios do Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, devam ser resolvidos por órgãos arbitrais especializados.

Dentre as funções do Secretário da Junta consta a necessidade de sua vigília permanente, a manter sempre atualizada a lista de árbitros credenciados pela JAC da qual seja membro. Ademais, deve também observar outra lista paralela da qual faça parte apenas nomes de pessoas técnicas, peritos, experts e profissionais que possuam formação técnica especializada em determinados assuntos, os quais deverão ser convocados quando a matéria a ser apreciada faça parte de suas especialidades e seja definida pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo como questão de foro especial.

8.2- Credenciamento de árbitros.

Prescreve o art. 17 do RDSAC, que a seleção do árbitro, sua proposta, seu credenciamento e sua inclusão nas listas deve preceder de certos elementos

constitutivos a nortear tal critério. Assim, observamos que formulada a proposta de inclusão do árbitro pela instituição empresarial ou a associação de consumidores e usuários e apresentado o pedido pelo candidato, corresponderá agora ao Presidente da Junta Arbitral em face da pretensão em comento, examinar o pedido com atenção aos critérios de honorabilidade e qualificação do pretendente, estabelecidos pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, segundo as funções encomendadas a este no artigo 15 c) deste RDSAC.

Ao analisar os critérios estabelecidos pelo legislador para contemplar o candidato indicado por seu órgão de origem a compor o quadro de árbitros de uma determinada JAC, verifica-se a preocupação em blindar e proteger o sistema congregando apenas pessoas de reputação ilibada e de notável saber técnico/jurídico quando a matéria assim exigir. Estes detalhes tão significativos chamam a atenção do observador a analisar a norma em seus pormenores, que tais critérios deverão ser públicos e objetivos de tal modo que não possa ficar ao subjetivo arbítrio do Presidente a aceitação ou rejeição da proposta apresentada pelas associações de consumidores ou empresariais.

Ademais, ao caso em tela há de se observar também que a norma omite qualquer referência ao prazo para proceder à inclusão nas listas dos árbitros propostos ou inclusive a possibilidade de sua denegação, fato que pode ser perfeitamente possível e compreensível, já que o simples silêncio do presidente pode preconizar a aplicação do correspondente princípio do silêncio administrativo que rege os procedimentos da Administração Pública a orientar dito procedimento.

Veja que falta detalhe a norma e o doutrinador ou aplicador desta deve observar a analogia congênita do dispositivo no caso de silenciar-se a fato questionado, pensamos melhor fosse desejável um esforço adicional para fechar este preceito e entender como de supletiva aplicação o preceito que reza o prazo para proceder à resolução do pedido de inclusão do árbitro proposto na lista, e, na

falta desta previsão específica do RDSAC, optamos pelos três meses assinalados no artigo 42.3.b LRJAPPAC.

No caso em tela, ao cotejar-se os assuntos sob estudo, entendemos que mais complexa ainda pode ser a consequência do silêncio administrativo ante o pedido de inclusão, porquanto a regra geral disposta no artigo 43.2 LRJAP-PAC é que poderão entender deferidos seus pedidos em todos os casos, salvo que uma norma com categoria de Lei ou norma de Direito Comunitário estabeleça o contrário, pois o verdadeiro é que a realidade não é tão singela e costuma se projetar para um amplo leque de situações através das que consegue justificar a conversão da regra geral na exceção.

Por sua vez, temos que considerar que no presente caso há que se entender por silêncio administrativo os seus efeitos negativos, além do referido com respeito à previsão por norma com categoria de Lei ou de Direito comunitário, os que se derivem de procedimentos de exercício do direito de petição a que se refere o artigo 29/CE, em que os procedimentos de impugnação de atos, disposições e aqueles outros cuja estimativa tivesse como consequência que se transfiram ao solicitante ou a terceiros as faculdades relativas ao domínio público ou ao serviço público.

Pensamos, salvo melhor juízo, que aqui reside à complexidade maior da causa sob análise, eis que a dificuldade em interpretar se a atividade arbitral de consumo, como arbitragem de natureza quase que institucional pública, pode ser entendida como espécie de serviço público e aplicado a normativa do procedimento administrativo para sua resolução.

Nesta linha de raciocínio cotejador, pensamos oportuno trazer à lume o entendimento de SENDÍN GARCÍA²⁴⁴ que aduz que o termo serviço público foi e é

²⁴⁴ SENDÍN GARCÍA, M.A. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada, 2003, p. 62.

freqüentemente utilizado com um duplo significado: a) para designar uma atividade que por sua importância social deve ficar garantida, com independência de que o mercado esteja interessado em fornecer ou não; b) para designar um serviço que se presta com a natureza de um determinado regime jurídico.

Sobre esta questão diverge SEISDEDOS²⁴⁵ ao comentar que não acha que em sentido estrito, e neste particular, possa ser falado de translação a terceiros de faculdades relativas ao serviço público, a diferença do que logicamente supusesse aspirar a desempenhar um cargo com a condição de função pública. É por isso pelo que advogamos pelo desejo que a Administração implique a aceitação dos árbitros propostos, com seu conseqüente credenciamento e inclusão nas listas.

A concluir ambas as situações demarcadas pela doutrina, pensamos que ao fim e ao cabo, o certo é que depende da decisão do Presidente da Junta Arbitral que possui a competência necessária para deliberar acerca da questão, porém não esquecendo que a matéria arbitral possui trato mais delicado e especial e, portanto, merece que se respeite sua particularidade de simplicidade e celeridade, porquanto se ocorrer a oposição recursos e mais recursos por parte de árbitros inconformados com dito silêncio administrativo por parte dos presidentes de juntas, a questão perde sua característica principal de procedimento informal e sem maiores complexidades.

No mais, parece-nos que para solucionar esta questão, melhor seria que a norma especificasse com mais clareza como pretende limitar a matéria sob análise, o que *de per se* poria fim à via administrativa e em frente a ela, a falta de atribuição expressa da competência de revisão à Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo, que quiçá possa ser proposta para uma futura reforma, máxime quando estamos falando de critérios públicos e objetivos, os quais mereciam e deveriam ser

²⁴⁵ RIBÓN SEISDEDOS E. *Op. Cit.* p. 91.

tratados com maior acuidade legislativa a evitar incômodas situações em sede de contencioso administrativo.

8.3- Órgãos arbitrais singulares.

Desde sua concepção, em 1993, o Sistema Arbitral de Consumo se caracterizou pela congregação de três elementos necessários a composição de uma Junta de Arbitragem de Consumo, qual seja, a conexão de interesses das três classes ativas deste seguimento, sendo eles o Estado, o Consumidor e o Empresário, cujo órgão colegiado não houvera conhecido precedentes até então.

Porém, não esqueçamos que a temática toma novo curso quando se conclui que poderia haver situações em que um órgão colegiado poderia onerar demasiadamente o sistema e poderia ser substituído por outro unilateral com vistas à contenção de custos operacionais ao erário público. Esta questão já fora objeto de análise enquanto transcorria o período de vigência do RDSAC/1993, e se tornou objeto de estudo quando então se preconizava uma nova alternativa arbitral de consumo para aqueles casos menos complexos e de menor valor econômico.

Assim, pois é que então se amadureceu tal propositura e chegou-se a conclusão de sua viabilidade, o que *de per se*, se tornou em uma das novidades que maiores debates geraram no RDSAC, quer dizer, a desconstituição do tradicional colégio arbitral tripartite integrado com a presença de um árbitro vogal pelos consumidores e outro pelo setor empresarial junto ao Presidente da Junta, por uma nova figura de arbitragem individual.

A doutrina mais conservadora entendeu tratar-se de um sacrilégio alterar a estrutura e coluna dorsal do sistema ao destituir-se o colégio arbitral tripartite tradicional. Porém, algumas vozes de enorme respeito e prestígio se levantaram

em sua defesa, como foi o caso de LORCA NAVARRETE²⁴⁶, que assim expressou seu parecer:

Sem dúvida, uma novidade a respeito do RDSAC de 1993, o vigente RDSAC de 2003 permite que se constituam órgãos arbitrais não só colegiados quanto também individuais (art. 18.1. do RDSAC de 2008). Os órgãos arbitrais individuais são os que conhecem dos assuntos arbitrais, entenda-se, um árbitro único (art. 19.1. do RDSAC de 2008).

Seja como for, não me parece irritante a opção do RDSAC de 2008. Muito ao revés. Conquanto tenho de reconhecer que, a constituição de colégios arbitrais de consumo em individuais destaca por não possuir precedentes no sistema jurídico anterior do RDSAC de 1993 no que os árbitros unicamente se constituíam colegiadamente em número de três árbitros. E faço questão de que não me parece irritante a opção do RDSAC de 2008 já que sai ao passo de um presumível esbanjamento econômico nos supostos nos casos em que as reclamações sejam de pequena quantia.

Não tem nenhum sentido constituir um OA de consumo integrado por três árbitros, com os inconvenientes de conteúdo econômico e de tempo, que isso implica para elucidar ou resolver reclamações de escassa quantia ou ausentes de complexidade.

Distinguem-se assim os órgãos arbitrais colegiados e os órgãos arbitrais individuais. Desta separação o novo RDSARC parece apostar também decididamente por esta via em seu artigo 19 com a criação dos órgãos arbitrais individuais. A designação do árbitro individual será possível em dois supostos:

a) Quando assim o lembrem livremente as partes.

²⁴⁶ LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Op. Cit.* p. 39.

b) Quando o lembre o presidente da Junta Arbitral de Consumo, sempre que a quantia da controvérsia seja inferior a 300 € e que a falta de complexidade do assunto assim o aconselhe.

Podemos entender, pois que isso não seria inverossímil, eis que a arbitragem constitui a expressão da liberdade das partes de submeter seu conflito a um terceiro, bem lógico é que possam determinar de que modo e a quem confiam à solução de seu litígio.

Seguindo essa linha de raciocínio, podemos também admitir a segunda possibilidade, pois há ocasiões que se apresentam litígios de pequena quantia e escassa complexidade para aqueles casos em que parece excessivamente onerosa a constituição de um colégio arbitral tripartite desde um ponto de vista de eficiência econômica. No entanto, entendemos que a eficiência do sistema desde o ponto de vista econômico há que incrementar na agilidade da tramitação dos procedimentos e sua resolução, bem como na unidade de atos. Entretanto, há quem pense a contrário *sensu*, ainda que com ponderações, como ocorre com a doutrina de SEMPERE NAVARRO²⁴⁷, que entende desde o ponto de vista social, todavia seguimos entendendo que:

A eficiência é outro fator fundamental. Seria como mensurar o interesse e benefício social que o sistema tripartite reporta por razão de seu custo, pois não achamos que seja uma boa equação. Já evocamos nesta discussão a tribuna de que eliminando a idéia de que pelo enorme dispêndio que pudesse supor a resolução de um caso ainda supondo que resultasse exitoso para o demandante, não deva ser chamado de fútil por matar moscas com um canhão.

O autor vai mais longe ao advertir que mal pode ser acusado de exagerado a quem se vê obrigado a ir a um pleito para defender o que considera seu. Aponta

²⁴⁷ SAMPERE NAVARRO, A. A propósito do caso *Elsner-Lakeberg: Canhões contra moscas, ou salvas para borboletas?* Em "Atualidade Jurídica Aranzadi" nº 637, de 23 de setembro de 2004, p. 3.

ainda que os grandes princípios ou direitos não perseguem embelezar as normas que os acolhem, senão luzir no âmbito correspondente.

Por isso, em termos metafóricos seria mais acertado afirmar que quem persegue a defesa do que considera que são seus legítimos direitos, ainda nos casos que pudesse parecer mais antieconômico, não dispara canhões contra as moscas, senão que oferece salvas de honra para outras borboletas que possam um dia acompanhar seu vôo.

Sabemos, pois que em consumo, precisamente pela reduzida quantia de muitos dos litígios que podem ser proposto, precisamos dessas salvas de honra, ainda a custa do esforço heróico de anônimos usuários ou idealistas associações.

Há também algumas outras críticas à inovação da arbitragem de consumo singular, no que anota outra parte da doutrina, quando verifica que ademais coincidem outras duas circunstâncias. Em primeiro lugar a lembrança de que uma das razões do sucesso da arbitragem de consumo se assentou no fato de que o empresário ao manter um árbitro vogal no colégio, se sente mais próximo deste e envolvido com o sistema, extremo este que não acontecerá na designação do árbitro único e que poderia abalar a confiança da empresa na arbitragem de consumo. Em segundo termo, preocupa-se com o julgamento de valor que possa realizar o presidente da Junta Arbitral sobre a falta de complexidade do assunto.

Aponta esta corrente que existem colações várias da jurisprudência do Tribunal Supremo e Audiências Provinciais que estão repletas de exemplos de falta de complexidade, que originaram complexos litígios e profundíssimas discussões doutrinárias. Desta doutrina comparte SEISDEDOS²⁴⁸, ao dizer que:

²⁴⁸ RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio. *Op. Cit.*, p.88.

Precisamente em um colégio tripartite, do qual fizemos parte durante anos, observamos que o que era aparentemente um caso singelo, transformou-se em uma questão de profundo cajado jurídico para outros depois da exposição de algumas observações por qualquer dos árbitros que visse no caso um destero de maior dificuldade que se aparente.

Sobre esta questão, aponta o autor casos muito peculiares normalmente apreciados pela Junta Arbitral Nacional em que com freqüência se propõe pedidos de arbitragem de quantia inferior a 300 euros, como no caso onde se impetrava a entrega de um produto ao preço ofertado à que o empresário responde que se tratava de um erro na publicidade e que em realidade estava mal situada a vírgula dos centavos.

Talvez não fosse exagero alguns dizerem que gastaram-se rios de tinta e horas de intenso debate viveu-se para a resolução destes assuntos, tendo-se experimentado uma evolução nos critérios iniciais que pareciam singelos para alguns e sobre os quais ainda se mantêm extensos votos particulares. Arremata-se dizendo que em direito poucos conflitos podem ser qualificado de complexos ou singelos até seu exaurido exame.

Pensamos que na verdade, ainda que pese a opinião de ilustres conhecedores versados no tema e habituais inquilinos no trato da matéria, há que se ponderar que a complexidade da causa, se existe ou não, pode ser analisada por Ilustrados componentes assíduos das Juntas Arbitrais de Consumo que estão dia-a-dia familiarizados com o tema e, temos certeza disso, apostam em situações diversas que possam permitir, sim, a existência de árbitro singular, eleito pelas partes ou seus representantes, com característica claramente insuspeita, quiçá aquele representante da Administração Pública, que bem poderia ser o Presidente da junta, se resultasse indicado para administrar o pleito, sem intervenção de consumidores ou empresários, a da maior transparência de neutralidade e imparcialidade ao caso.

Seguindo esta linha de raciocínio, é possível avaliar que a opção desta via singular de arbitragem de consumo possa ser eficaz se houver intenso debate preliminar para se apurar a complexidade da causa, a partir de uma linha de conduta jurisprudencial do próprio sistema, porquanto houvessem precedentes que justificassem ou não a decomposição do colégio para o juízo singular.

Há também quem diga dentro da comunidade acadêmica em suas pesquisas empíricas que a fixação de critérios deveria ser de competência da Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo em suas recomendações, porquanto esta corrente advoga no sentido que deve haver uma aplicação sumamente restritiva da resolução de pedido arbitral que tenha por objeto a atuação de árbitros individuais, salvo quando houver expressa vontade das partes. É o que ocorre no paradigma português em que os estudos da pesquisadora ISABEL DE OLIVEIRA²⁴⁹ trazem-nos exemplos importantes a serem considerados, nos seguintes termos:

Os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, estruturas criadas a pensar numa forma simplificada e rápida de resolver pequenos litígios de consumo (“small claims”), ainda que subordinados aos princípios e procedimentos previstos na Lei de Arbitragem Voluntária (LAV), aparecem com o objetivo de superar alguns destes obstáculos.

O fato de estes Centros não se limitarem a resolver litígios através da Arbitragem Voluntária, proporcionando, ainda, informação e aconselhamento jurídico e um procedimento faseado que vai desde a mediação à conciliação e arbitragem, transforma-os em estruturas com algumas peculiaridades, das quais resultam as suas maiores virtudes e originam as principais críticas.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Isabel. *Arbitragem do Consumidor*. Artigo publicado na revista Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2 /2000 do Centro de Direito do Consumo (Fac. Direito; Univ. Coimbra). Coimbra. 2000.

Para melhor exposição do caso, oportuno trazer à lume o que a doutrina aponta para a experiência empírica relatadas por algumas juntas, no que adotam para tal acompanhamento o termo que o denominam de Memória do Sistema Arbitral de Consumo, sobretudo aquele correspondente ao ano de 2007, em que o pesquisador VIDEIRA²⁵⁰ observa que a designação do árbitro individual com caráter geral só teria aplicação prática em atenção à quantia média dos pedidos arbitrais, declaradas pelas seguintes Juntas: Junta Arbitral da Comunidade Autônoma de Castilla-La Mancha, Junta Arbitral Provincial de Granada, Junta Arbitral Autárquica de Cádiz, Junta Arbitral Autárquica do Ejido, Junta Arbitral Autárquica de Mao, Junta Arbitral Autárquica de Soria e Junta Arbitral Autárquica de Vitoria. Isto significa que de 72 (setenta e duas) Juntas Arbitrais constituídas, tão somente 7 (sete) delas se moveram em uma quantia média inferior ao limite normativo estabelecido pelo que a pretendida margem de custo não resultasse excessivamente significativo.

Anota-se, portanto, que ademais desta realidade numérica obtida por pesquisas reais, há que adicionar que segundo a redação do artigo 19.1.b) RDSAC, não basta apenas que a quantia litigiosa seja inferior a 300 euros, senão que ademais tem de se inferir na falta de complexidade do assunto.

Finalmente, o art. 19 do RDSAC/2008, detalha mais amiúde as situações em que se permite a utilização do sistema singular de árbitro único, consoante transcrito adiante:

Art. 19. Órgãos arbitrais individuais.

1. Conhecerá dos assuntos um árbitro único:

a. Quando as partes assim o acordem

²⁵⁰ VIDEIRA, E. “*Memória do Sistema Arbitral de Consumo, 2007*”, p. 49 e ss. Disponível em www.consumo-inc.es.

b. Quando acorde o presidente da Junta Arbitral de Consumo, sempre que a quantia da controvérsia seja inferior a 300 € e que a falta de complexidade do assunto assim o aconselhe.

2. As partes poderão ser opor à designação de um árbitro único, em cujo caso se procederá a designação de um colégio arbitral.

3. O árbitro único será designado entre os árbitros credenciados propostos pela Administração pública, salvo que as partes, de comum acordo, solicitem por razões de especialidade que dita designação recaia em outro árbitro credenciado.

8.4- Órgãos arbitrais colegiados.

O RDSAC/2008 preconiza em seu art. 20 os supostos de aplicação aos órgãos Arbitrais Colegiados, a saber:

1. Nos supostos não previstos no artigo anterior, conhecerá dos assuntos um colégio arbitral integrado por três árbitros credenciados e eleitos cada um deles entre aqueles propostos pela Administração, as associações de consumidores e usuários e as organizações empresariais ou profissionais. Os três árbitros atuarão de forma colegiada, assumindo a presidência o árbitro proposto pela Administração.

2. As partes de comum acordo poderão solicitar a designação de um presidente do órgão arbitral colegiado diferente do árbitro proposto pela Administração pública, quando a especialidade da reclamação assim o requeira ou supondo que a reclamação se dirija contra uma entidade pública vinculada à Administração à que esteja adstrita a Junta Arbitral de Consumo.

Como visto, os órgãos arbitrais colegiados se constituirão como regra no SAC, já que a exceção reside no órgão singular, pois pela própria característica do sistema, este se integra pela união tripartite das partes interessadas, consumidores-usuários e empresários, agregados ao representante da Administração Pública. O órgão arbitral, pois, já seja individual ou colegiado, estará assistido por um secretário arbitral.

Neste diapasão, os Órgãos Arbitrais Colegiados ou também denominados Colégio Arbitral, se compõe por três membros:

- a. Um presidente, que é um servidor público;
- b. Um vogal, representante do setor de consumidores; e;
- c. Um vogal, representante do setor empresarial.

O normal é que, seja o consumidor ou empresário, ou ambos, seu representante, que obrigatoriamente deva pertencer a alguma destas, atuará como vogal no Colégio. Se não for possível, a Junta Arbitral deverá designar para cada caso os vogais mais adequados ao caso tendo em conta a complexidade do tema. Tais árbitros atuarão sempre segundo um critério de especialidade.

Aduz o item 2 deste art.20 que, as partes de comum acordo poderão eleger outro presidente que não seja o representante da Administração Pública, quando tratar-se de matéria condizente a um tema especial que requeira a participação de um perito na matéria, ou ainda quando uma das partes litigante for um ente público, eis que em respeito ao princípio da impessoalidade do árbitro, este deve declinar de sua competência por suspeição, e também no que tange ao respeito ético-deontológico que sempre deve nortear o julgador.

Sobre esta questão, por mais contraditório que possa parecer vale lembrar que a imparcialidade de qualquer deles é algo imprescindível para a função de julgador que estão, visto que, ainda que possam estar compondo um colégio cuja

composição se faz quando são indicados pela sua instituição de origem, na verdade não são seus advogados e, portanto não são defensores de nenhuma das partes, senão julgadores neutros, e, como tal, exige-se imparcialidade em suas posturas.

Aqui, pensamos que qualquer que seja a origem do tribunal colegiado, seus membros são eleitos de um modo ou outro para compor uma corte, e, assim, devem fidelidade à instituição a qual fazem parte naquele momento e não aquela que o tenha indicado. Pensamos que no caso em tela não há que se falar em fidelidade partidária que, como sabemos é regra para outra situação e não ao julgador agora independente.

A arbitragem, qualquer que seja ela, possui característica peculiar como a questão da convicção do árbitro ou dos árbitros que deverão compor a mesa julgadora.

Em outras arbitragens, segundo prevê o artigo 15.2 da Lei de Arbitragem, de modo que serão as partes aquelas com poder que poderão escolher e fixar o número de árbitros, constituindo seu prelado, cuja inobservância de princípios será motivo de anulação conforme dispõe a Lei de Arbitragem, em seu art. 41.1.d, cuja aplicação possui ampla e reiterada aceitação na jurisprudência, conforme se pode demonstra, entre outras, *ad exemplum*, a Sentença da Audiência Provincial de Barcelona de 20 de julho de 2000²⁵¹.

Sobre o princípio norteado de um componente de órgão colegiado, acreditamos tratar-se de questão deveras complexa e difícil de dissociar uma coisa de outra quando seus componentes pertencem a uma instituição a qual deveria

²⁵¹ “Tinha-se pactuado que seriam três os árbitros, o que coincide com a previsão, de caráter supletivo, do artigo 13 da Lei de Arbitragem, e a substituição unilateral de dito sistema pelo de árbitro único se considera uma infração tipificada no artigo 45.2 da Lei de Arbitragem, motivadora da nulidade do laudo ditado”.

fidelidade, porém, pensamos que no momento em que assumem a responsabilidade de julgar, este momento obriga sua desfaçatez originária.

E, então, neste desiderato reside a dificuldade do componente colegiado em desvincular-se de seu órgão e julgar segundo sua consciência, ainda que esse julgamento possa prejudicar os interesses de sua associação, pois, salvo melhor juízo, pensamos que em interpretar se a atividade arbitral de consumo, como arbitragem institucional pública, pode ser entendida como que unida ao serviço público, então, se tiver que afastar o árbitro, seja o funcionário público para não julgar a favor ou contra uma instituição pública, ou se o árbitro da associação de consumidores ou empresarial resta perguntar se deverá fazê-lo de acordo com os interesses de clientelismo ou segundo sua consciência. Não temos dúvida que a segunda opção nos parece a mais sensata.

Oportuno talvez seja trazer a este turno analisar o entendimento de SENDÍN GARCÍA²⁵², no pertinente ao tema do termo “julgador” atinado ao serviço público, servidor ou não, enquanto árbitro e, sobretudo ao mister de seu ofício, se este foi se é ou se deve ser, como diuturnamente se utiliza o termo com um duplo significado: a) para designar uma atividade que por sua importância social deve ficar garantida, com independência de que o mercado esteja interessado na eficiência ou não; e; b) para designar um serviço que se presta com responsabilidade a um determinado regime jurídico.

Distinta desta posição se colocam outros pensadores do peso de ARIÑO ORTIZ²⁵³, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²⁵⁴ e GALDUF²⁵⁵, que não aceitam esta tese em

²⁵² SENDÍN GARCÍA, M.A. *Op. Cit.*, p. 62.

²⁵³ ARIÑO ORTIZ, G.; LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de. *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*. Cuadernos de Derecho Público. V. 9. 2000.

²⁵⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em Revista de Administración Pública 150, septiembre-diciembre de 1999.

sentido estrito, e neste particular, possa ser falado de translação a terceiros de faculdades relativas ao serviço público, ou a diferença que possa e deva existir naquilo que logicamente supôs aspirar a desempenhar um mister público e não privado, segundo o cargo com a condição de função pública.

Desta feita, quem define a composição do grupo é o Presidente da Junta Arbitral, que parece por fim à via administrativa e em frente a ela, a falta de atribuição expressa de competência para revisão sujeita à Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo.

8.4.1- Conceito e termo de Colégio Arbitral.

Vistas certas questões de ordem ética, a composição dos órgãos arbitrais colegiados supõe ademais a necessidade de se fazer observar segundo sua natureza etimológica. Assim, em atenção à formação de um colégio julgador aos moldes da arbitragem de consumo, pensamos que a função que desempenham tais colégios deve estar procedente em suas origens enraizadas na Lei de Arbitragem que deu azo a sua propositura, de tal modo que parafraseando o art. 4.1 da LA, podemos definir estes como os órgãos colegiados, designados pelas JAC, que decidem uma questão litigiosa submetida à arbitragem com sustentação no Direito ou na Equidade, segundo a eleição das partes.

O termo “colégio arbitral” então tem sua referência imediata na LA. Isto é lógico, pois seria absurdo introduzir um termo diferente ao recolhido na Arbitragem convencional para referir-nos a uma mesma coisa. Se lermos detenidamente o texto do RDSAC, comprovaremos como no mesmo não se utiliza em nenhum momento o termo “colégio arbitral de consumo”, senão, refere-se a todo o momento ao “colégio arbitral”, mas não o qualifica.

²⁵⁵ GALDUF, J. M. J.; ANTUÑANO MARURI, I. *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

Não obstante, não se faz nenhum alarde sobre a originalidade do termo, e assim tem “apelidado” estes colégios arbitrais como “de consumo”, precisamente para situá-los dentro do SNAC, porquanto, se as Juntas Arbitrais são de consumo, os colégios arbitrais o serão também. Por este motivo, e como esta denominação é aceita de forma unânime e pacífica pela doutrina, no que pensamos que o correto seja seguir a tradição e manter o termo conforme convém, qual seja: colégios arbitrais de consumo.

8.4.2- O Secretário.

Ainda em tempo, ao tratar-se de órgão colegiado, não se pode olvidar a figura do “secretário”, eis que este pese ter voz, não terá direito a voto na decisão. Trata-se de um servidor público que tem como missão impulsionar o procedimento, realizar as notificações, documentar e formar o expediente, levantar atas das sessões e dar fé do que ocorra ao assistir ao Colégio na redação do laudo.

Sobre esta função, será secretário da Junta Arbitral de Consumo aquele designado pelo presidente da Junta Arbitral de Consumo, entre o pessoal que preste serviço nela, com caráter permanente ou para um procedimento ou procedimentos concretos. A figura do secretário é uma figura facultativa na arbitragem geral.

Se não havia precedente na Arbitragem Comercial, esta figura foi criada para dar sustentação ao procedimento arbitral de consumo. Vê-se que a Lei de Arbitragem de 1988, em seu art. 20, silencia-se a toda referência desta figura, ainda que possa estar presente em sua sucessora de 2003. Nesta normativa permite-se-lhe atuar com voz, mas sem voto nas deliberações do Colégio, tal e como dispõe com acerto o art.10.1 do RDSAC, aproveitando as valiosas contribuições que este pode realizar.

Igualmente, parte da doutrina defendida por RIBÓN SEISDEDOS²⁵⁶ defende este conceito postulando que na arbitragem de consumo este elemento se converte em uma figura necessária, tendo em conta a previsão contida nos artigos 11.4 ou o 3.4 do Real Decreto 636/1993 (As Juntas Arbitrais de Consumo estarão compostas por um Presidente e um Secretário).

Idêntica previsão contempla-se no atual artigo 7.1 do RDSAC, no que *de per se*, chama atenção a aparente contradição existente entre a imposição inevitável que realiza o art. 3.4 do RDSAC à Administração da que dependa a Junta para que o secretário seja nomeado entre o pessoal a serviço das Administrações Públicas e a tênue proposição que contém o art. 11.4 da mesma norma, qual seja, que pertence à Administração Pública como uma mera possibilidade (em caso necessário, a Junta Arbitral poderá designar secretário, entre o pessoal ao Serviço das Administrações Públicas).

Nota-se que este novo RDSAC, ocupa-se da figura do secretário com maior atenção, tal e como merece ser tratado no teor do art. 18.2, que dispõe sobre o dever de assistência desta figura, a respeito do órgão arbitral. Diz o enunciado que ao secretário arbitral atribuem-se-lhe as funções seguintes²⁵⁷:

1. Zelar pelo cumprimento de todas as decisões que adotem os órgãos arbitrais no exercício de sua função.
2. Dar constância da realização de atos procedimentais pelo órgão arbitral ou ante este e da produção de fatos com transcendência procedimental mediante as oportunas diligências. Quando se utilizem médios técnicos de gravação ou reprodução, o secretário arbitral garantirá a autenticidade e integridade do gravado ou reproduzido.

²⁵⁶ RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio. *Op. Cit.*, p. 121.

²⁵⁷ O órgão arbitral estará assistido pelo secretário arbitral, ao que corresponde ditas tarefas.

3. Assegurar o funcionamento do registro de recepção de documentos que se incorporem às atuações arbitrais, expedindo se for o caso as certificações que nesta matéria sejam solicitadas pelas partes.
4. Expedir certificações das atuações arbitrais não reservada às partes, com expressão de seu destinatário e o fim para o qual se solicitam.
5. Documentar e formar os expedientes do procedimento arbitral, deixando constância das resoluções que se ditem.
6. Facilitar às partes interessadas e a quantos manifestem e justifiquem um interesse legítimo e direto, a informação que solicitem sobre o estado das atuações arbitrais não declaradas reservadas.
7. Ordenar e impulsionar o procedimento, salvo nas atuações reservadas aos árbitros.
8. Levantar ata das audiências.
9. Realizar as notificações das atuações arbitrais.

O secretário arbitral será o secretário da Junta Arbitral de Consumo ou o designado pelo presidente da Junta Arbitral de Consumo, entre o pessoal que preste serviços nela, com caráter permanente ou para um procedimento ou procedimentos concretos.

Cediço a aptidão da norma em dar subsídio à figura do secretário nos mesmos termos que assim o faz a legislação análoga, que trata do assunto conforme o disposto nos artigos 452 e seguintes da Lei Orgânica do Poder Judicial e o Livro Branco da Justiça aprovado em 8 de setembro de 1997, que se potencie a figura do secretário, assumindo plena responsabilidade nos atos de ordenação procedimental e impulso processual tal e como se esboça no artigo 18.2.g) RDSARC.

Não fosse somente isso, na legislação objeto de nosso estudo, o art. 34.2 do RDSAC determina ao reclamante que no prazo de 15 dias venha subsanar os defeitos de seu pedido sob pena de ser considerado como desistência e perda de interesse no prosseguimento da causa, com conseqüente arquivamento do feito. Finalmente demais temas pertinentes à figura do secretário são tratados nos arts. 7, 10, 16, 18, 38 e 44 do RDSAC.

8.5- Designação, abstenção, recusa e descredenciamento de árbitros.

A composição e decomposição dos órgãos arbitrais, efetivamente quando vista para a formação de uma JAC, vale dizer, os órgãos singulares ou colegiados, ainda que o primeiro seja unitário, porém assim é chamado porque mesmo tendo árbitro único, conta com a presença do secretário e forma uma “junta” *sui generis*, para a resolução do caso apresentado ao SAC. Pois bem, este processo de abertura e encerramento está previsto nos arts. 21, 22 e 23 do RD 231/2008, conforme transcrevemos a seguir²⁵⁸:

Art. 21. Designação dos árbitros no procedimento arbitral.

1. A designação dos árbitros que devam conhecer sobre os respectivos procedimentos arbitrais corresponde ao presidente da Junta Arbitral de Consumo. Nas arbitragens que devam ser decidido em direito, os árbitros designados entre os acreditados a proposta das associações de consumidores e usuários e das organizações empresariais ou profissionais, deverão ser licenciados em direito.

2. A designação de árbitras se realizará por turno, entre os que figurem na lista de árbitras acreditados ante a Junta Arbitral de Consumo, geral ou de árbitros especializados, naqueles supostos em que, conforme aos critérios do conselho

²⁵⁸ RD 231/2008, arts. 21, 22 e 23.

geral do Sistema Arbitral de Consumo, devam conhecer os assuntos órgãos arbitrais especializados.

3. No mesmo ato o presidente designará, igualmente por turno, árbitros suplentes, sem que tal nomeação implique que corra seu turno para ulteriores designações como árbitros titulares.

Art. 22. Abstenção e recusa dos árbitros.

1. Os árbitros atuarão no exercício de sua função com a devida independência, imparcialidade e confidencialidade. Não poderão atuar como árbitros quem intervenha como mediadores no mesmo assunto ou em qualquer outro que tivesse relacionamento estreita com aquele.

2. As partes poderão recusar aos árbitros no prazo de dez dias desde a data em que lhes seja notificada sua designação para decidir o conflito ou desde o conhecimento de qualquer circunstância que dê local a dúvidas justificadas sobre sua imparcialidade ou independência.

3. Proposta a recusa, o árbitro recusado deverá decidir se renuncia a seu cargo em um prazo de 48 horas. Se examinadas as razões alegadas, o árbitro recusado decide não renunciar a seu cargo, no prazo de quarenta e oito horas, o presidente da Junta Arbitral de Consumo resolverá sobre a recusa, prévia audiência do árbitro e, se for o caso, do resto dos árbitros do colégio arbitral.

A resolução aceitando ou recusando a recusa, que deverá ser motivada, será notificada ao árbitro, ao resto dos membros do colégio arbitral e às partes.

4. Se o árbitro recusado tivesse a condição de presidente da Junta Arbitral de Consumo, aceitará a recusa proposta.

5. Aceita a recusa, se procederá ao apelo do árbitro suplente e à designação de um novo árbitro suplente, na mesma forma em que foi designado o substituído. O novo árbitro decidirá se continua o procedimento iniciado, dando-

se por inteirado das atuações praticadas ou se tem local a repetir atuações já praticadas.

Se o novo árbitro ou árbitros decidissem que se repetissem atuações, se lembrará uma prorrogação pelo tempo necessário para as praticas, que não poderá ser superior a dois meses.

6. Se não prosperasse a recusa proposta, a parte que a instou poderá fazer valer a recusa ao impugnar o laudo.

7. O procedimento ficará em suspenso enquanto não se tenha decidido sobre a recusa, se alargando o prazo para ditar laudo previsto no artigo 49 pelo tempo que dure a suspensão e, se for o caso, pelo tempo que se tenha lembrado de prorroga conforme ao previsto no apartado 5.

Art. 23. Retirada do credenciamento dos árbitros.

1. O presidente da Junta Arbitral de Consumo ante aquele que esteja credenciado como árbitro, lhe retirará o credenciamento quando deixe de reunir os requisitos exigidos para tal, conforme o artigo 17 e, prévio relatório preceptivo da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, quando descumpra ou renuncie suas funções. No procedimento de retirada do credenciamento, que poderá ser iniciado de ofício ou por denúncia de parte interessada, serão ouvidos em todo caso o árbitro e, se for o caso, a entidade que o propôs.

2. A competência para retirar do credenciamento de árbitro cabe ao presidente da Junta Arbitral de Consumo corresponde à Administração que o designou, conforme ao previsto no artigo 7.1, devendo ser ajustado ao procedimento estabelecido no apartado anterior.

3. A retirada do credenciamento para atuar como árbitro do Sistema Arbitral de Consumo se entende sem prejuízo do disposto no artigo 19 da Lei 60/2003, de 23 de dezembro, de Arbitragem, a respeito da falta ou impossibilidade de exercício das funções arbitrais no curso de um procedimento arbitral. Não

obstante, em tais casos a pretensão de remoção se substanciará conforme o disposto nos apartados precedentes.

8.5.1- O procedimento de designação.

Como é coloquial no meio arbitral, qualquer que seja ele, a escolha dos árbitros se faz de acordo com a especialidade deste, e, no meio arbitral de consumo, caso não se trate de questão especial que exija um versado no tema, a escolha se dá a partir das listas de candidatos expedida pelas associações de consumidores/usuários e empresário-comerciantes. De acordo com o critério de escolha da JAC, a designação se dá por meio da comunicação que este órgão faz ao eleito.

Por certo, como sinalizamos, o procedimento arbitral de consumo tem início com a composição da Junta ou, com a designação do árbitro único se for pelo sistema unipessoal, portanto o *dies a quo* da arbitragem de consumo não coincide com o *dies a quo* do procedimento arbitral comum, conforme veremos adiante.

Seguindo a ordem de designação, o Presidente do Colégio designará o Presidente da JAC, ainda que, cediço que existam momentos em que as partes, de mútuo acordo possam a nomear como é o caso preconizado pela norma em vigor em relação à antiga norma arbitral consumerista (art. 20.2 RDSAC, seguindo ao art. 11.1 RD 636/1993).

Para a nomeação dos dois árbitros vogais, o RD 636/1993 estabelecia um duplo mecanismo de designação que não fazia sentido, pois colocava ao empresário e ao consumidor litigantes em melhor ou pior situação para designar os árbitros em função de quem formulasse a reclamação (se diretamente o consumidor ou através de uma associação de consumidores) e se a parte reclamada fizesse parte ou não de uma associação empresarial aderida ao sistema arbitral [arts. 11.1.b) e c) RD 636/1993].

Nos termos da legislação anterior, notamos que se assim persistisse, esta forma poderia comprometer a vulnerabilidade do sistema, porquanto refletia na segurança pertinente a questão da parcialidade do árbitro. A contrário *sensu*, a nova regulação muda o sistema, e a entendemos, no sentido positivo, pois doravante a designação se fará pelo Presidente da JAC “por ordem de turno”, entre aqueles que figurem na lista de árbitros credenciados ante a Junta Arbitral de Consumo (art. 21.2 RDSAC).

Nesta seqüência o Presidente designará, igualmente por turno, árbitros suplentes, sem que tal nomeação implique que corra efetivamente sua participação para posteriores designações como árbitros titulares (art. 21.3 RDAC). Conforme entendemos, sob este aspecto desaparecem, pois, os problemas de parcialidade.

Por outra parte, como já houveramos sinalizado, a designação do árbitro deve respeitar a ordem de comunicação e a devida resposta deste no prazo legal, para confirmar sua concordância ou declínio, para então dar início ao *dies a quo* do procedimento arbitral de consumo, o que quer dizer, após exaurido o *dies ad quen* determinado ao árbitro para sua concordância, e se aceita, a se efetivar o início de dito procedimento.

Alude MARÍN LÓPEZ²⁵⁹:

Não temos de confundir, por tanto, a “aceitação do cargo de árbitro por uma pessoa para com uma determinada JAC com a aceitação da arbitragem. A aceitação do cargo de árbitro é um compromisso que uma determinada pessoa adquire com uma JAC para atuar como árbitro dessa JAC quando seja designado por esta, enquanto “aceitação da arbitragem é a aceitação que toda

²⁵⁹ MARIN LÓPEZ, Manoel Jesús. *Op. Cit. (Análisis del Real Decreto 231/2008)*. Disponível em: www.uclm.es/cesco.

peessoa designada árbitro tem de realizar para poder atuar como árbitro e, portanto, membro de um CAC (Colégio de Arbitragem de Consumo).

Sem a aceitação da arbitragem não é possível atuar como árbitro. Este princípio não admite discussão nem interpretação alguma em contrário porque, repito, em nenhum momento do RDSNAC contempla a possibilidade de aceitar de forma prévia e indefinida arbitragem alguma. O RDSNAC refere-se a designações por tempo indefinido, mas em nenhum caso a aceitação de arbitragem com caráter prévio e indefinido.

Dentro da compatibilidade entre o entendimento esposado por alguns autores, esta se distancia quando busca-se encontrar a linha de conduta que regula a aceitação do árbitro e o efetivo início do procedimento arbitral de consumo, se desde a aceitação ou após a nomeação do árbitro. A nosso ver, não há dúvida que sem a efetiva nomeação do árbitro não se há que falar em procedimento, pois este só passa a existir a partir do momento que a JAC esteja composta pelos árbitros designados e, só então se inicie efetivamente o procedimento.

Pelo teor deste exposto, pensamos oportuno trazer à discussão o que há realmente de divergência entre alguns autores acerca da tese esposada por DÍAZ ALABART²⁶⁰ também assim diz:

A maneira em que se produz a designação dos árbitros na arbitragem de consumo, supõe que a aceitação de ser incluído nas listas de árbitros, leva implícita a das arbitragens de consumo concretos que se lhe atribuem (logicamente isto não impede que os árbitros possam abster-se de atuar em algum assunto concreto se acham que estão incursos em alguma das causas

²⁶⁰ DÍAZ ALABART, S. *El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje*, Act. Civ., 2005, p. 1292.

de recusa). Também não parece aqui preciso notificar às partes a aceitação já que elas não nomearam os árbitros (em mudança sim será necessário lhes comunicar quem foram nomeados árbitros, pois se não as partes não poderão os recusar se for o caso). As Juntas Arbitrais nomeiam-nos entre as pessoas que, reunindo os requisitos que marca o RDAC, aceitam ser incluídos nas listas de árbitros. O não precisar essa aceitação "a posteriori" (pois aceitação sim teve, conquanto genérica e "a priori") supõe simplificar o procedimento e fazer mais breve o prazo para laudar.

A celeuma entre MARIN LÓPEZ e DIAZ ALABART está aberta e a discussão no nível em que abordam o tema em muito enaltece seu estudo, porque MARIN LÓPEZ entende que a seguir este caminho trilhado por seu oponente, isso significa que, efetivamente neste ponto implicaria, irredutivelmente, a anulação do laudo por falta de aceitação da arbitragem.

Tenha-se em conta que até que não se produza a aceitação da arbitragem pelo designado, nenhuma pessoa, por muito que esteja designada e por muito que apareça na "lista de árbitros" da JAC, pode desempenhar as funções de árbitro. Em definitivo, a condição de árbitro adquire-se através da aceitação do cargo. E assim arremata²⁶¹:

Quando o árbitro aceita sua nomeação se submete à vontade dos compromitentes e, conseqüentemente, ao termo que lhe foi afixado para desempenhar seu cometido, de forma que, de não o fazer assim, atua fora do limite no que o tem de desempenhar e, por tanto, sem competência para isso, advindo nulo todo o atuado.

²⁶¹ DÍAZ ALABART, S. *Op. Cit.*, p. 1292.

8.5.2- Abstenção e recusa do árbitro.

Ao analisar a questão em tela, reconhecemos que num cotejo mais próximo o art. 13 da Lei de Arbitragem, que todos os árbitros pertencentes ao Colégio, devem cumprir com uns requisitos de capacidade que exigem, sejam pessoas naturais e em pleno exercício de seus direitos civis. A nacionalidade, salvando o obstáculo do acesso à função pública para o presidente, não será obstáculo tão e como acolhe o art. 13 A, em concordância com o 11.1 UNCITRAL.

Sigamos mais adiante para acreditar que ante uma arbitragem de direito, a diferença do que vinha exigindo o antigo artigo 11.3 do RD-636/1993, já não se exige mais que os árbitros vogais sejam advogados em exercício, senão que basta apenas que sejam bacharéis em direito.

Sem prejuízo da excelente formação jurídica que podem ter muitos bacharéis em direito, a anterior exigência da condição de advogado, entendemos contribuía para um inquestionável valor acrescentado ao sistema arbitral de consumo. Aqui, a defender esta tese, pensamos oportuno trazer à lume o pensamento de OSORIO y GALLARDO²⁶² que assim dizia:

A advocacia não é uma consagração acadêmica senão uma qualificação profissional. O título universitário não é de advogado, senão de bacharel em direito, que o autoriza a exercer profissão de advogado. Basta, pois ler-lhe para saber que quem não dedique sua vida a dar conselhos jurídicos e pedir justiça nos Tribunais, será a todo o bacharel que exerça o exercício de advogado.

²⁶² OSORIO y GALLARDO, A. *A Alma da Toga*. Madrid, 1996, p. 11.

Junto a estes requisitos de capacidade em sentido positivo o artigo 17 da Lei de Arbitragem exige na os árbitros a inexistência de relacionamento pessoal, profissional ou comercial com nenhuma das partes.

Temos o dever de anotar que no caso de dois dos três árbitros a setores implicados no litígio, como são os consumidores e empresários, não deve significar baixo nenhum conceito, que ponha em risco a independência ou a imparcialidade dos mesmos, que uma vez que aceitam seu cargo, têm que desempenhá-lo com absoluta equanimidade.

Outros supostos que devemos nos deter ainda, reside no fato de quando houver que retirar um árbitro e impedi-lo de conhecer a questão litigiosa, estes são os referidos à abstenção e possível recusa. Em princípio, o conteúdo do artigo 17 adverte que a abstenção é uma faculdade e não um dever do árbitro.

O artigo 17.1 dispõe que o árbitro não poderá manter com as parte relacionamento pessoal, comercial ou profissional, em prejuízo da garantia de sua independência e imparcialidade. O árbitro que entenda poder existir elementos que possam condicionar sua imparcialidade deve os pôr em conhecimento das partes para sua consideração, segundo lhe ordena o artigo 17.2 da vigente Lei de Arbitragem: *“A pessoa proposta para ser árbitro deverá revelar todas as circunstâncias que possam dar local a dúvidas justificadas sobre sua imparcialidade e independência. O árbitro, a partir de sua nomeação, revelará às partes, sem demora, qualquer circunstância sobrevinda. Em qualquer momento da arbitragem, qualquer das partes poderá pedir aos árbitros o esclarecimento de seus relacionamentos com algumas das outras partes”*.

No âmbito particular da arbitragem de consumo, a abstenção do árbitro aborda-se agora com maior detalhe que em seu aspecto predecessor no artigo 11.6 do RD 636/1993. O atual artigo 22 RDSAC dedica-se a isso.

Neste diapasão, vemos então que como princípio geral há que assinalar que só poderá prosperar a recusa, naqueles casos em que as razões da mesma seja conhecidas pela parte que a aciona anteriormente à designação do árbitro.

Verdadeiro, no entanto que este suposto referido à nomeação dos árbitros pelas partes, não é freqüente na arbitragem de consumo que tão só prevê tal possibilidade nos casos em que o reclamante e reclamado de comum acordo solicitaram a designação como presidente de determinada pessoa e tal pedido tenha sido aprovado pelo presidente da Junta Arbitral.

Em nosso caso portanto, ao tratar de uma arbitragem quase institucional pública, igual aqueles supostos de formalização judicial da arbitragem, a recusa poderá ser, no entanto, alegada em qualquer momento, sem prejuízo de que a parte que conhecesse a causa de recusa e que se silenciasse pudesse incorrer em uma conformidade tácita.

Também pode ser citado como causa usualmente invocada como motivo da recusa a substituição de algum dos árbitros não notificada às partes. Na arbitragem de consumo, no entanto, pensamos que dita razão carece de maior fundamentação em face das razões conforme expostas.

Adverte-se, pois, que uma vez que se optou por formular a recusa, encontramos o procedimento geral desenvolvido no artigo 18 da Lei de Arbitragem, o que supõe sem dúvida uma melhora técnica da nova norma a respeito de sua antecessora, a qual guardava silêncio sobre tão transcendental circunstância.

Lançando mão da normativa espanhola que trata das questões processuais nos tribunais, prevista na Lei de Organização do Poder Judiciário, a LOPJ, no que tange ao declínio de competência por suspeição ou questões análogas, em se aplicando à norma arbitral de consumo é que se faz uma tentativa de evitar que sejam as partes as que tenham que pôr de relevo o tema em pauta.

Assim, tanto a LOPJ como a própria LA e o próprio RDSAC fazem referência à abstenção dos árbitros. Com muito mais relevância ao tratar-se do procedimento arbitral, não podemos olvidar que o fator confiança sobrepõe aos demais no momento da escolha do(s) árbitro(s), como de extrema importância. Assim já preconizava CREMADES SANZ-PASTOR²⁶³:

Entendemos, pois, que em aplicação ao princípio da ética previsto no art. 17.3 LA, qualquer dos árbitros que coincida com uma das circunstâncias citadas como causa de recusa, deverá comunicar às partes a existência de dita circunstância e normalmente dita comunicação virá acompanhada pela sua decisão de declinar de sua competência, se for o caso, e se abster ou não de participar do processo.

Ao árbitro, o problema centra-se então na obrigatoriedade de abster-se, sob pena de sua possível responsabilidade em caso de não o fazer. Não esqueçamos que a aceitação obriga aos árbitros a cumprir fielmente seu encargo, isto é, a desenvolver uma atuação arbitral ilibada e transparente, sem o mínimo de suspeição que culmine na emissão de um laudo comprometido com sua isenção e imparcialidade, se responsabilizando pelos danos causados por dolo ou culpa à parte prejudicada, nos termos conforme previstos no art. 16.1 LA.

Pois bem, trata-se de foro íntimo do árbitro, pois, a abstenção, tal e como esta proposta na LA, não é uma obrigação, senão uma mera faculdade (art. 18). O que efetivamente resulta é que se trata de uma obrigação, a de comunicar a existência dessa causa de recusa (art. 17.3 LA), e, como consequência que o seu não cumprimento possa causar a anulação do laudo por aplicação do art. 45.2 LA.

²⁶³ SANZ-PASTOR, Cremades. *A arbitragem no século XXI, na Lei 1990*, Revista de la Corte Española de Arbitraje. Vol. XXIV, 2009, p. 1186.

Alguns autores já citados neste trabalho fazem referências semelhantes ao tema, os quais podemos destacar BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO²⁶⁴, FONT SERRA²⁶⁵ e ALVAREZ ALARCON²⁶⁶, porém, de modo contrário, DE CARPI PEREZ²⁶⁷.

Dentre alguns autores, pensamos também oportuno trazer à lume o entendimento de GUTIÉRREZ SANZ²⁶⁸, que assim expõe seu ponto de vista:

O verdadeiro dever é o de revelação da existência da causa e não o de abstenção. A forma de comunicar a existência dessa causa e, se for o caso, a decisão do árbitro de abster-se não está prevista pela lei, mas o lógico é que seja escrita e motivada, e que dela se dê conhecimento ao resto do Colégio arbitral e às partes. Isto, em boa técnica, deverá fazer no momento em que tenha conhecimento de dita circunstância, isto é, no momento da notificação de sua designação, no momento da audiência às partes. ou em qualquer outro momento anterior ou posterior. Devemos, não obstante, considerar que não deve ser possível a abstenção dos árbitros posteriormente à comunicação da existência da causa. Se o árbitro não decide se abster quando conhece da existência da causa, deverá esperar a que as partes lhe recusem. O contrário suporia deixar em suas mãos seguir ou não o processo, com os prejuízos que isto suporia para as partes.

Ademais, cite-se no mesmo sentido DE CARPI PÉREZ²⁶⁹, propondo-nos o que ocorre quando o árbitro comunica antes da aceitação do cargo a existência dessa causa. Acharmos que, a diferença do processo arbitral geral, no de consumo, a própria Junta Arbitral deveria revogar a nomeação do mesmo, já que, não em vão,

²⁶⁴ RODRIGUEZ-CANO, BERCOVITZ. *Op. Cit.*, p. 295.

²⁶⁵ FONT SERRA. *A Nova Configuração da Arbitragem no Direito Espanhol*. 1989-11, p. 103.

²⁶⁶ ALARCON, ALVAREZ, A. *Op. Cit.*, p. 162.

²⁶⁷ DE CARPI PEREZ. “*El Sistema Arbitral de Consumo*”. *Op. Cit.*, p. 142.

²⁶⁸ GUTIERREZ SANZ, M.R. *La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros en el Arbitraje de Consumo*. Revista Estudios sobre el Consumo, vol. 2000-55. p. 98.

²⁶⁹ DE CARPI PÉREZ. *Op. Cit.*, p. 143.

é o órgão que administra a arbitragem e, no exercício de tal função, nomeia também os árbitros. Se a lei concede-lhe tal faculdade, devemos entender que também lhe concederá a possibilidade de atuar em sentido contrário. Produza-se ou não a comunicação da existência das circunstâncias dos arts. 219 e 220 LOPJ, quando as partes conheçam dita existência e não se tenha produzido abstenção do árbitro, poderão instar a recusa deste.

Tem-se do exposto, salvo melhor juízo, que salvo no caso de designação dos árbitros de comum acordo pelas partes, em que só poderá ser produzido a recusa por circunstâncias sobrevindas após sua nomeação, ou por circunstâncias anteriores desconhecidas pelas partes (art. 17.2 LA), estas poderão recusar qualquer árbitro, seja a causa de recusa anterior ou posterior à nomeação.

Ante o silêncio do RDAC, e dado que a LA não prevê nem o momento nem a forma de legalização da recusa, será oportuno distinguir vários supostos:

1. Quando a causa da recusa seja anterior à nomeação dos árbitros. Terá que fixar um prazo a partir da audiência que se outorga às partes (art. 12 RDSAC) para que, conhecida a causa, estas possam a expor. Passado esse prazo, não deveria ser permitido às partes alegar ditas causas, se não se fixa esse prazo preclusivo, as partes desfrutariam de um poder ilimitado a estas faculdades para recusar aos árbitros em qualquer momento, inclusive o de ditar o laudo.

2. Causas de recusa sobrevinda ou anteriores não conhecidas pelas partes. Estas poderão recusar desde o momento em que conheçam a existência da causa até o momento de ditar o laudo. Não obstante, terá que ter em conta o dever de alegar o desconhecimento da causa para aludir o prazo afixado pelos árbitros, o que poderia ser uma prática fraudulenta, pelo qual deve ser exigido que de alguma forma se comprove a razão, não imputável à falta de diligência da parte, de seu desconhecimento.

Quanto ao procedimento a seguir, continuamos com o mesmo vazio legal que o RDSAC manteve com respeito às causas de recusa, e neste caso a LA também ignorou o procedimento que deve ser seguido para resolver a recusa de um árbitro, ficando em mãos das partes (no convênio arbitral), da entidade administradora da arbitragem (nas normas estabelecidas pelo regulamento), ou dos próprios árbitros (arts. 9.1 e 21.2 LA).

Curiosamente, aqui não se prevê a aplicação análoga da LOPJ, já que se a parte, ao não ter superiores hierárquicos, é de todo ponto inaplicável. Tal assertiva é certa, mas na arbitragem de consumo poderíamos fazer uma interpretação um tanto complexa, embora talvez prática, que nos levasse a considerar a possibilidade de que não fossem os próprios árbitros os que decidissem sobre a recusa, senão a Junta Arbitral.

Desde este ponto de vista aludimos sobre à arbitragem de consumo e a definimos como arbitragem institucional ou administrada. A primeira alínea do art. 10 - LA distingue-a entre administração da arbitragem e designação dos árbitros, e no mesmo sentido o art. 9.1, faz expressa referência a dois conteúdos possíveis do convênio: a designação dos árbitros e a determinação das regras do procedimento arbitral.

Vê-se, pois, que a administração da arbitragem configura-se bem como algo, mas amplo que a designação dos sujeitos que decidirão a questão, e consiste basicamente em duas coisas: em primeiro lugar, determinar o procedimento que se vai seguir para resolver a controvérsia, logicamente em tudo aquilo que a lei deixa à livre disposição das partes e em segundo lugar, em proporcionar os elementos necessários para que se desenvolva o procedimento e se chegue ao laudo, e, depois, o elemento pessoal por excelência na arbitragem que é o próprio árbitro.

Desta feita, a seguir tais premissas, pensamos que a própria Junta Arbitral pode ser o órgão encarregado de dirimir a existência ou não dessa causa de recusa. Carece de lógica que seja o próprio árbitro juiz parte desse incidente. Seria processualmente mais correto, mais econômico e, dado o vazio legal, em absoluto contrário ao RDSAC, entender que ante a negativa do árbitro em aceitar a recusa apresentada, pudesse ser aberto um pequeno incidente ante a Junta com o fim de evitar, na medida do possível, a posterior tentativa de anulação do laudo por parte do litigante recusante.

Outrossim, no caso de que o árbitro aceite a recusa, a Junta terá que intervir nomeando outro árbitro para que a sua suplência, mantendo logicamente, a composição do Colégio. Tudo depende do conceito de administração de arbitragem de que partamos. Se por tal entendemos só a designação de árbitro, obviamente, a Junta não poderá atuar na recusa, mas se, como nós achamos, administrar a arbitragem é tentar o desenvolvimento do procedimento, então poderia lhe encomendar tal tarefa sem nenhum problema.

Neste diapasão, o procedimento deve ser sobrestado enquanto se resolve sobre a recusa porque é a solução menos prejudicial, sobretudo se temos em conta que o art. 28 obriga-a a repetir as provas realizadas pelo árbitro substituído, salvo que o árbitro considere-se suficientemente informado pela leitura de atuações.

Visto que os problemas que se apresentam na composição do órgão decisor tal e como se acha regulado na atualidade são numerosos e desde então não existem fórmulas mágicas que assegurem a total independência nem a total imparcialidade dos árbitros, só nos resta acreditar na consciência dos integrantes dos Colégios, unidos a um atento controle por parte da Junta e das próprias partes, isso pode fazer realidade o que em princípio poderia ser ilusório.

Entendemos que é preciso manter a composição do Colégio de modo a se estabelecer a forma do interesse das partes numa compensação recíproca, e tanto como afirmar que a imparcialidade se obtém pela compensação. As parcialidades dos árbitros não se compensam. Há de considerar-se que se neutralizam, dando passo a que seja a vontade do terceiro a que se considere a partir do entendimento que esses dois árbitros são totalmente prescindíveis.

A parcialidade do árbitro o incapacita para desempenhar seu labor. Se o legislador considerou que o labor deve ser desempenhado por um colégio arbitral, não foi como reconhecimento tácito da falta de imparcialidade e sua superação através de um terceiro árbitro, senão porque a visão dos três árbitros, e seus conhecimentos do objeto da arbitragem, lhes fazem absolutamente necessários para outorgar a solução justa ao caso concreto e satisfazer assim as expectativas de um consumidor que confia na arbitragem de consumo como meio para a solução de seus problemas.

Capítulo IV.
O Convênio e o Procedimento
Arbitral de Consumo Espanhol.

SUMÁRIO:

1- Convênio arbitral, 1.1- Oferta pública de adesão ao SAC, 1.1.1- Oferta pública de adesão limitada ao SAC, 1.2- Competência territorial para ofertas públicas, 1.3- Adesão, renúncia e descredenciamento de ofertas públicas, 1.3.1 – Adesão, 1.3.2 – Renúncia, 1.3.3- Descredenciamento, 1.4- Registro público e fomento de empresas credenciadas; 2- Procedimento arbitral de consumo, 2.1- Solicitação de procedimento, 2.2- Medidas cautelares no procedimento arbitral, 2.2.1- As medidas cautelares específicas no procedimento arbitral, 2.3- Recurso contra admissão ou inadmissão de procedimento, 2.4- A mediação no procedimento, 2.5- Arbitragem de consumo setorial e especializado, 2.6- Princípios aplicáveis ao procedimento arbitral de consumo, 2.7- Tramitação, 2.8- Reconvenção e modificação de pretensões das partes, 2.9- Audiência e provas, 2.10- Do laudo arbitral, prazos e notificações.

1- Convênio arbitral

Iniciamos este assunto em busca de uma efetiva definição do que seja um convênio, um convênio arbitral, ou, mais especificamente, um convênio arbitral de consumo. Segundo a Real Academia, inserto no Gran Diccionario de la Lengua Española, convênio, do latim “*convenium*”, se define como:

- 1- *Situação de conformidade ou acordo, entre duas ou mais pessoas, sobre um determinado assunto: as partes litigantes chegaram a um acordo.*
- 2- *Texto em que contém o acordado: no convênio se buscam as normas das empresas; os convênios acordados fixam certas garantias.*
- 3- *Convênio coletivo: acordo entre trabalhadores e patrões em que se regulam as condições de trabalho e determinam certas obrigações diretas para as partes contratantes.*

Então, do exposto podemos entender como: situação de conformidade, acordo entre partes, as bases de um acordo, contrato e/ou protocolo de intenções entre partes.

Pois bem, a aplicar esta expressão ao nosso estudo, observa-se que o termo convênio não se acha muito bem definido na normativa especial ou geral aplicada à espécie, pois, nem na Lei de Arbitragem, cujo Título II se denomina “do convênio arbitral e seus efeitos”, nem no artigo 24 RDSAC, encontramos uma definição clara do que seja efetivamente um convênio arbitral. Tudo o que há resume-se numa descrição, da que cabe deduzir as características que deve apresentar o protocolo de intenções, um termo de contrato com as obrigações recíprocas para dar sustentação ao Sistema de Arbitragem de Consumo.

Cediço que a Lei de Arbitragem de 1988, em sua Exposição de Motivos definia o convênio como o instrumento em que se prega o direito das pessoas para solucionar as questões litigiosas por sua livre disposição. Dentre as definições propostas pela doutrina, podemos sugerir aquela apresentada por LORCA NAVARRETE²⁷⁰, em que pode ser definido o convênio arbitral como: “*o negócio jurídico bilateral que afastado do contratualismo permite a resolução processual da questão litigiosa*”.

Quando discutimos em certo momento deste estudo a natureza jurídica do contrato, notamos algumas disparidades doutrinárias em conceituar a questão, entretanto, quando se disse que a ação, do ato de agir, impulsionar e dar efeito a algo se apresentava como uma quase-contrato, de modo que sua analogia, salvo melhor juízo, se aplica ao presente tema, vez que possui uma característica *sui generis* e possui luz própria para se fazer entender que o conveniar se *resume em tratar*, de forma mais distinta que *contratar*, porém gerando direitos e obrigações recíprocas às partes conveniadas.

Com mais sugestões, cite-se também a doutrina de ALARCÓN²⁷¹, que por sua vez, entende que: “*o convênio arbitral é sempre um contrato, pacto ou acordo consensual: um ato de autonomia privada da vontade que adota a forma de contrato*”. Nesta mesma linha manifestaram-se outros autores como REGLERO²⁷² e DÍEZ PICAZO²⁷³.

²⁷⁰ LORCA NAVARRETE, A. *Op. Cit.* p. 81.

²⁷¹ ALVAREZ ALARCON, A. *Op. Cit.* p.174.

²⁷² REGLERO CAMPOS. *Op. Cit.* p.71.

²⁷³ DÍEZ PICAZO. *El pacto compromisorio y la Nueva Ley de Arbitraje*, en ADC, 1954, p. 1160.

Com efeito, a par dessas questões anotamos inspirados nas benesses do art. 1254 do Código Civil²⁷⁴ e da razão etimológica de *cum* e *trato* (vir em um, se unir), o certo é que o legislador espanhol optou por enfatizar muito mais a Lei de Arbitragem, sobretudo em seu sentido morfológico contido nos termos implícitos da cláusula compromissória e compromisso arbitral, cuja soma de ambas resulta a definição de “convênio arbitral” para dar sustentação aos efeitos preconizados, do que se amparar em expressões débeis e inócuas para fazer valer o peso da expressão “convênio”.

Sobre esta questão, também está correto afirmar que desde que a Lei de Arbitragem de 1988 entrou em vigor e até a presente de 2003, o legislador optou pelo termo *convênio arbitral*, procurando eliminar a distinção entre o antigo contrato preliminar de arbitragem, contido na cláusula compromissória, bem como o compromisso arbitral, resultante deste. Comungamos com aqueles que vêm nesta questão seus efetivos efeitos práticos, e abstraem-se das disposições doutrinárias à que tanto gostam os docentes universitários, acrescentando que o que de mais verdadeiro se diz é que: “*convênio é o acordo pelo que as partes submetem em matérias disponíveis suas diferenças à decisão extrajudicial de um árbitro*”.

Finalizando esta celeuma, talvez a mais simples e prática seja a definição dada por BADENAS CARPIO²⁷⁵, quando se refere metaforicamente ao convênio arbitral como “*o motor de arranque da arbitragem*”.

Tem-se do exposto extraído de suas várias explicações etimológicas que em sua natureza jurídica reside a certeza de que o convênio resulta da vontade das partes em levar ao conhecimento de um *expert* ou uma junta de profissionais

²⁷⁴ Cfr. art.1254 do CC “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

²⁷⁵ BADENAS CARPIO, J.M. LORCA NAVARRETE. A.M. (Dir.) *Temas actuales de consumo: la resolución de conflictos en materia de consumo*. San Sebastián, 2001, p. 170.

letrados no tema, de forma extrajudicial, suas questões para sua resolução, ainda que vale recordar, que depois das mudanças sepultadas pela Lei 16/87, de 30 de julho, de Ordenação do Transporte Terrestre, também a questionável Sentença do Tribunal Constitucional (Pleno) de 14 de dezembro de 2006, que dava por bom e certo a presunção de submetimento à arbitragem quando nenhuma parte manifestasse expressamente à outra sua vontade contrária ao dito procedimento, antes do momento em que se iniciasse ou devesse ter sido iniciado a realização do serviço ou atividade com desfechos arbitrais.

Com efeito, a formalização do convênio arbitral de consumo se apresenta em dupla via de direção de acordo com a manifestação de vontade das partes no que for pertinente à opção pelo sistema arbitral de consumo. De uma parte, o empresário que adere ao sistema por meio de sua manifestação de vontade, quando firma uma *oferta pública* de submissão à arbitragem, em casos de reclamações ou conflitos com seus clientes consumidores ou se não aderente, aceita a solicitação de arbitragem somente para aquele caso, e, de outra parte, este consumidor, a partir do momento que formaliza uma reclamação e opta pelo sistema de arbitragem para solucionar o conflito originado pelo consumo.

1.1- Oferta pública de adesão ao SAC

Na denominação mais usual no Sistema de Arbitragem de Consumo a Oferta Pública de Adesão costuma ser abreviada por suas iniciais: OPA. A matéria, em princípio, está catalogada nos arts. 25 e 26, e 27 *usque* 32, RD 231/2008, relacionadas a questões pertinentes a adesão das empresas às OPAs. A Oferta Pública de Adesão ao SAC pode ser total ou parcial.

A quem interessar saber possa, seria correto iniciar este tema no que toca à empresas ou profissionais dispostos a ver seu nome no rol de empresas aderidas ao SAC, por meio do OPA. Isto posto, todos "empresas ou profissionais com

relacionamento direto ou contratualmente reconhecidos, em relação ao consumidor podem, em princípio, aderir-se publicamente ao SAC.

Para tanto é preciso que subscrevam "por escrito, por via eletrônica através do procedimento previsto no capítulo V, seção 1 relativo à arbitragem de consumo eletrônico, ou em qualquer outro suporte que permita dar conhecimento da apresentação e de sua autenticidade, uma oferta unilateral de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo que terá caráter público", conforme está disposto no art. 25.1. do RDAC de 2008.

Anotemos como fator imprescindível que este procedimento há de ser sempre por escrito e, ademais, em apoio desse critério é possível aludir ao artigo 3.3. da LA de 2003, *in fine*, que indica que "se considerará cumprido este requisito quando do convênio arbitral conste e seja acessível para sua ulterior consulta em suporte eletrônico, óptico ou de outro tipo".²⁷⁶

Neste diapasão, a OPA pode ser realizada por qualquer meio que seja considerado idôneo, desde que se comprove a via documental expressa da mesma. Temos para nós que a vontade expressa do aderente é fator fundamental para se fazer constar "registrada" a vontade do empresário nos arquivos da entidade arbitral de consumo para consignar sua opção ao sistema e alcançar seus jurídicos e legais efeitos.

Sob estas circunstâncias consigna-se a chave emanada da arbitragem, qual seja, a cláusula compromissória insculpida no compromisso arbitral de consumo, firmado pelas empresas ou profissionais em respeito aos direitos legais dos contratantes reconhecidos na *relação de consumo*, conforme previsto no art. 1.2. do RDSAC de 2008, de submeter-se ao SAC.

²⁷⁶ ALVAREZ ALARCON, A.M. *Op. Cit.* p.178.

Prosseguindo nesta linha, verificamos que o RDSAC de 2008 qualifica a oficialização da empresa ou do prestador de serviços para a realização da arbitragem de direito, como condição *sine qua non* para aderência ao sistema pela via da OPA, ou seja, o que obrigatoriamente deve estar contido para dar validade e legalidade ao ato jurídico perfeito, conforme preconiza o art. 25.1. do RDAC de 2008, assim disposto: "*na oferta pública de adesão se expressará se se opta para que a arbitragem se resolva por direito ou equidade bem como, se for o caso, o prazo de validade da oferta e se se aceita a mediação prévia ao conhecimento do conflito pelos órgãos arbitrais*".

Ademais, a segunda parte desta normativa deixa bem claro que no caso de omissão a esta prerrogativa a qualquer destes extremos, a oferta se entenderá tacitamente que a arbitragem de consumo será realizada por equidade, por tempo indefinido e com aceitação da mediação prévia.

Notamos do exposto que, por mais contraditória que possa parecer a imperatividade da norma, esta se aparente flexível quando a normativa facilita a opção ao sistema, para que o aderente se manifeste ou se cale no primeiro caso se aceita por direito e no segundo, ao seu silêncio entender-se-á a opção pela equidade, ademais acerca do prazo e da mediação prévia para a solução do conflito.

Sobre este tema, pensamos oportuno trazer à lume o pensamento de LORCA NAVARRETE²⁷⁷, que a seguir transcrevemos:

Bem, a opção do RDSAC de 2008 não suscita dúvidas. Em primeiro lugar, deseja optar pela arbitragem de equidade (disposição adicional da LA de 2003). Em segundo termo, se deseja a OPA, por tempo indefinido e, como

²⁷⁷ LORCA NAVARRETE, A.M. *Op. Cit.*, p. 60.

uma novidade certamente relevante, se também deseja a aceitação da mediação prévia. Estes seriam os elementos que o RDSAC de 2008 deseja que se expressem na OPA, tipo ou modelo, embora especialmente importante seja o tema da determinação do prazo de validade da OPA. O item anterior significa que as empresas ou profissionais em relação aos direitos legal ou podem determinar durante quanto tempo submetem-se ou aderem voluntariamente ao SAC. Mas, vamos por partes. Com independência das preferências do RDSAC de 2008 pelo modelo de OPA que deseja perfilar para empresas ou profissionais em relacionamento aos direitos legal ou contratualmente reconhecidos ao consumidor (art. 1.2. do RDAC de 2008), também o RDSAC de 2008 quer que a OPA seja única, se entendendo realizada a todo o SAC.

E ao que vou. A OPA será única, insisto sobre isso so, porque se entende realizada a todo o SAC. Dito de outro modo: que não é possível que a OPA se leve a cabo de modo múltiplo ou diverso. O RDSAC de 2008 quer que se faça uma única OPA e que, ademais, essa única OPA, o seja a todo o SAC. O RDSAC de 2008 não deseja a OPA múltipla ou diversa, embora sem a limitada (art. 25.4. do RDSAC de 2008). Essa é, pois, a OPA que queria e deseja o RDSAC de 2008, realizando uma interpretação autêntica de quando a OPA não é limitada.

Em primeiro lugar, indicando que "não se considerarão ofertas públicas de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo, aquelas que tenham caráter temporário, sempre que a adesão se realize por um período não inferior a um ano, ou aquelas que limitem a adesão às Juntas Arbitrais de Consumo correspondentes ao território em que a empresa ou profissional desenvolva principalmente sua atividade" (art. 25.3. do RDSAC de 2008). E agora vem a delimitação territorial: "em todo caso, se entende que a empresa ou profissional desenvolve principalmente sua atividade em um determinado território quando comercialize seus bens e serviços exclusivamente através de estabelecimentos abertos ao público em um dito âmbito territorial" (art. 25.3. do RDSAC de 2008).

Em segundo lugar, o RDSAC de 2008 realiza também uma interpretação autêntica de quando a OPA não é limitada.

É assim quando não "condicione o conhecimento do conflito através do Sistema Arbitral de Consumo à prévia apresentação da reclamação ante os mecanismos de solução de conflitos habilitados pela empresa ou profissional, sempre que o recurso a tais mecanismos seja gratuito e se preste informação sobre sua existência e modo de aceder a eles na informação pré-contratual e no contrato" (art. 25.3. do RDAC de 2008).

Indicado o item anterior, o que parece claro é que a OPA - a oferta pública de adesão "seja total ou limitada, bem como sua denúncia, terá de se efetuar pelo representante legal da empresa ou profissional com poder de disposição, sob prévio acordo, se for o caso, do órgão de governo correspondente" (art. 25.4. do RDAC de 2008).

1.1.1- Oferta pública de adesão limitada ao SAC

Sobre a OPA limitada ao SAC, a comentar sua disposição, pensamos de bom tom, preliminarmente, transcrever seu texto, e assim o fazemos, *ipsis literis*:

Art. 26. Oferta pública de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo. Poderão ser admitidas ofertas públicas de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo, designadamente, em setores que apresentem um importante número de consultas e reclamações ou nos que não exista uma suficiente implantação do sistema, por meio de um informe preliminar da Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo. O informe negativo à admissão da oferta pública de adesão limitada será, ademais, vinculante para a Junta Arbitral de Consumo.

Com efeito, alude a norma em comento que a OPA pode ser admitida para empresas que possuam um grande volume de reclamações, ou, de outro modo àquelas empresa que, ainda que não possuam grande vulto reclamatório, mas que queiram voluntariamente aderir ao sistema para usufruir de suas vantagens, e isso somente ocorre após prévio exame da Comissão das JACs, podendo, inclusive, ser recusadas, e, se ocorrendo isso será informada a JAC sobre a rejeição de tais empresas. O que isso quer dizer?

A primeira vista se nos aparenta uma contradição de enunciados ao teor dos artigos 26 com o 1.2, ambos do RDAC de 2008. Senão, vejamos. Para o RDSAC de 2008 "um importante número de consultas e reclamações" pode justificar, ou ser motivo para admitir, uma OPA limitada ao SAC. Dito de outro modo: que o SAC, que é a arbitragem institucional de resolução extrajudicial de carácter vinculante e executivo dos conflitos surgidos entre os consumidores ou usuários e as empresas ou profissionais, poderá desatender os direitos legais ou contratualmente reconhecidos ao consumidor quando, "designadamente", diz o art. 26 do RDSAC de 2008, existam "setores que apresentem um importante número de consultas e reclamações".

Isso quer dizer que quando se produzam um importante número de consultas e reclamações "será possível não atender os direitos legais ou contratualmente reconhecidos ao consumidor", nos termos conforme preconizados no art. 1.2. do RDSAC de 2008; que assim, literalmente está disposto: Art. 1. Objeto. 1)...; 2. *"O Sistema Arbitral de Consumo é a arbitragem institucional de resolução extrajudicial, de carácter vinculante e executivo para ambas as partes, dos conflitos surgidos entre os consumidores ou usuários e às empresas ou profissionais em relacionamento aos direitos legal ou contratualmente reconhecidos ao consumidor"*.

Ademais da interpretação do confronto destes dois artigos (1.2 e 26), há ainda outro, o art. 32 do citado RDSAC, em que chamam atenção alguns críticos que analisam o enredo da normativa e questionam sobre sua coerência. Com efeito, assim está disposto dito artigo:

Artigo 32. Fomento da adesão ao Sistema Arbitral de Consumo.

1. As Administrações públicas instarão às empresas ou entidades pertencentes ao setor público ou às concessionárias que comercializem bens ou serviços destinados a consumidores ou usuários em regime de direito

privado, a apresentar oferta pública de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo.

2. As Administrações públicas poderão estabelecer incentivos no âmbito de suas concorrências para as empresas ou profissionais, que facilitem o acesso à justiça de consumidores e usuários, mediante a oferta pública de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo.

Do exposto, poderíamos pensar resultar óbvio que a proposta do RDSAC de 2008, da forma como está redigida não se nos aparentasse correta, em face de suas possíveis incoerências. Entretanto, pode não ser assim, se observarmos mais amiúde a interpretação de suas linhas, conforme nos avalia LORCA NAVARRETE²⁷⁸, nos termos seguintes:

Conforme está redigido, a respeito dos setores "nos que não exista uma suficiente implantação do sistema" (art. 26 do RDAC de 2008), a indicação do RDSAC de 2008 também pode não ser fruto de privilégio para setores onde não exista ainda uma suficiente implantação do SAC? Porém, é que a esta altura do século XXI não se encontra implantado ainda o SAC?

A perplexidade tenho de confessá-la-, assalta-me e me causa indignação. Não obstante, algo de razão parece assistir ao RDSAC de 2008 quando se preocupa no art. 32 do RDSAC de 2008, do "Fomento da adesão ao Sistema Arbitral de Consumo". Esse preceito preocupa-se em fomentar, o que não é pouco, o SAC ao indicar que as Administrações públicas, todas, instarão às empresas ou entidades pertencentes ao setor público ou às concessionárias que comercializem bens ou serviços destinados a consumidores ou usuários em regime de direito privado, a apresentar oferta pública de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo" (art. 32.1. RDAC de 2008).

²⁷⁸ LORCA NAVARRETE, A.M. *Op. Cit.*, p. 58.

E não só se lhes insta, quanto pior ainda, depois direi por que, "as Administrações públicas poderão estabelecer incentivos no âmbito de suas competências para as empresas ou profissionais, que facilitem o acesso à justiça de consumidores e usuários, mediante a oferta pública de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo" (art. 32.2. RDAC de 2008).

Bem, que se lhes inste, vale. Mas, que se lhes incentive quiçá seja excessivo porque tipo de incentivos são esses? vão ser os econômicos? empresa ou profissional incentivo-te economicamente para que facilite o acesso à justiça de consumidores e usuários, mediante a oferta pública de adesão ao SAC? Certamente, parece-me uma proposta pouco séria que fomenta a "pesca" da subvenção econômica das Administrações públicas e até verdadeiro clientelismo - ou afinidade, inclusive de justificativa política. Dito de outro modo: empresa ou profissional afim ao partido político de turno na Administração pública de que se trate, já o sabe, acederá, sem dúvida, com maior facilidade e em maior monte econômico que outras a esses incentivos, se são econômicos. Não acrescentemos mais elementos discutíveis e discutidos a algo que já é público e notório: o clientelismo econômico que existe através das subvenções que outorgam as Administrações Públicas.

Ato contínuo, o ator ainda defende o controle que a normativa faz sobre o monitoramento acerca da adesão de empresas ao sistema, e assim completa: É um controle louvável e desejável, de modo tal que "o relatório negativo à admissão da oferta pública de adesão limitada será, ademais, vinculante para a Junta Arbitral de Consumo" afetada (art. 26 do RDAC de 2008). Quiçá todo um acerto.

1.2- Competência territorial para ofertas públicas

A definir a questão territorial de competência para aferir as Ofertas Públicas de Adesão ao Sistema Arbitral de Consumo, o RDSAC/2008, retrata a matéria no seu art. 27, que assim a determina, nos termos conforme passamos a estudar nas linhas que se seguem adiante. Vejamos:

Alude a normativa atual que regulamenta o SAC, no pertinente à competência territorial para resolver sobre as Ofertas Públicas de Adesão (OPA), que esta será a mesma conferida a JAC de origem, conforme preconiza o art. 27.1, do RDSAC/2008.

Assim, textualmente, não há dúvida que: *será competente para conhecer das ofertas públicas de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo, a Junta Arbitral correspondente ao âmbito territorial em que a empresa ou o profissional desenvolva principalmente sua atividade. Se no âmbito territorial em que a empresa ou profissional desenvolve principalmente sua atividade existam várias Juntas Arbitrais, será competente a Junta Arbitral de superior âmbito territorial* (art. 27.1, RDSAC/2008).

Como não poderia ser de outra maneira o RDSAC/2008 está aludindo à “competência territorial” porque se trata precisamente da extensão do âmbito de ação da JAC originária. Veja que a questão se assemelha ao critério estabelecido à competência do juiz no processo civil, diferenciando apenas no que tange competência-competência do Sistema Arbitral de Consumo em relação à matéria a ser tratada e não à sua esfera de competência geral, porém, respeitando o mesmo critério pertinente à região geográfica e hierárquica, se nacional, regional ou municipal, como ocorre no sistema judicial referente a jurisdição.

Isso tudo resta muito claro quando a norma preconiza que a competência se estabelece de acordo com o lugar onde a empresa ou o profissional exerça sua atividade, e, repita-se, podendo ser a nível nacional, regional ou municipal. Na esfera internacional PALAO MORENO²⁷⁹ comenta acerca do lugar da arbitragem.

²⁷⁹ PALAO MORENO, Guillermo. *El Lugar de Arbitraje y la “Deslocalización” del Arbitraje Comercial Internacional*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 171-205.

Vale dizer, que o denominado superior âmbito territorial não dá azo a dúvidas, porque apregoa tanto a respeito das Administrações Públicas nas que exista uma só JAC, no município, na província o nuna região de comunidade autônoma.

Não obstante, se apresentada fora de sua região, haverá o declínio de competência de uma JAC para outra, respeitando o critério hierárquico, em prazo legal previamente estabelecido pela normativa determinada, qual seja: *A Junta Arbitral de Consumo ante a que se tenha apresentado a oferta pública de adesão a trasladará à Junta Arbitral competente para resolver em um prazo máximo de dez dias* (art. 27.2 RDSAC/2008).

No terceiro parágrafo da dita norma se estabelece a questão da notificação do declínio de competência quando for o caso, informando a Comissão das Juntas Arbitrais acerca do ocorrido, notificando acerca da resolução adotada se houver a OPA-Limitada ao SAC, segundo determina dita normativa: *A Junta Arbitral de Consumo notificará à Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo a resolução que adote na tramitação das ofertas públicas de adesão limitada ao Sistema Arbitral de Consumo* (art. 27.3 RDSAC/2008).

Como visto, por meio do critério territorial determina-se a competência territorial do órgão administrativo, de tal sorte que os órgãos da Administração serão competentes unicamente no território que se lhes atribua. A competência territorial baseia-se, portanto, em um critério horizontal ou geográfico.

Uma vez delimitados os critérios através dos quais se qualifica a competência dos órgãos administrativos, será preciso remeter a OPA a quem de direito, em respeito à regulamentação normativa dada a matéria.

1.3- Adesão, renúncia e descredenciamento de ofertas públicas

1.3.1 – Adesão

Dentre as formalidades do sistema, o credenciamento de empresas e profissionais aptos a participarem do OPA/SAC – Ofertas Públicas de Adesão ao Sistema Arbitral de Consumo, consiste o compromisso de atender as queixas ou reclamações de seus clientes através da arbitragem de consumo, que juridicamente recebe esta denominação. Os empresários, comerciantes e profissionais que formalizam esta oferta oferecem a seus clientes uma garantia acrescentada à qualidade de seus produtos ou serviços; esta garantia acrescentada consiste em atender com rapidez e eficácia os problemas que possam surgir no relacionamento de consumo.

A intenção do legislador ao elaborar esta normativa, com vista a OPA, desde o RD 636/1993 até a presente normativa em vigor, o RDSAC 231/2008, era viabilizar a adesão ao sistema arbitral de consumo para seu público alvo, constituído por consumidores e empresários, de forma gratuita tanto para aqueles quanto para estes. As empresas, comércio e profissionais, deveriam ter facilitada sua adesão às Juntas Arbitrais de Consumo, por meio da concessão de um Distintivo Oficial, em que estas pudessem usufruir de seus benefícios, fixando-o em seus estabelecimentos ou utilizar-lo em suas publicidades, como um elemento a mais, diga-se um plus, a valorizar sua marca perante os consumidores à hora de eleger onde adquirir produtos e serviços.

Assim mesmo, a oferta pública de adesão supõe a inclusão do empresário, comerciante ou profissional em um censo oficial de empresas aderidas, do que periodicamente dá-se difusão. Assim mesmo a adesão a arbitragem de consumo supõe a inclusão da empresa ou profissional no registro oficial de empresas aderidas que gerencia o Instituto Nacional de Consumo. Este registro é público e cada vez mais é requerido pelos consumidores para saber quais empresas

atendem, efetivamente, as queixas ou reclamações de seus clientes através do Sistema Arbitral, com a agilidade, rapidez e facilidade que lhe caracteriza.

Tal como ocorre nos sistemas comerciais que conferem um selo de qualidade para as empresas que respeitam um determinado controle de qualidade de seus produtos e serviços, assim também ocorre no Sistema de Arbitragem de Consumo, o qual confere à empresa aderente ao sistema, um símbolo ao qual preconiza que dita empresa poderá usufruí-lo para demonstrar sua distinção e qualificação²⁸⁰.

Este distintivo de adesão reporta ao logotipo do sistema e o objetivo principal desta distinção é informar ao consumidor e usuário que aquela empresa ou profissional encontra-se oficializado como membro participante do sistema.

Em realidade, o que isso quer dizer é que se o consumidor ou usuário tiver algum problema na qualidade do produto ou serviço contratado, desde que a causa se amolde à disponibilidade do sistema, o conflito será resolvido pela via extrajudicial de resolução de conflitos por meio do Sistema de Arbitragem de Consumo, com a devida aceitação deste consumidor ou usuário, coincidindo desde então, com as suas vantagens da eficiência, rapidez e da gratuidade da resolução do conflito.

Para a outorga do distintivo de adesão ao sistema e sua conseqüente Oferta Pública de Adesão, a competência de tal mister cabe ao Presidente da Junta Arbitral de Consumo, da qual pertença o território do pretendente. A decisão de aceitação ou rejeição deverá ser fundamentada, e, em caso positivo, a empresa ou profissional aceito será condecorado com o distintivo de adesão ao sistema (art. 28.1 RDSAC/2008).

²⁸⁰ PICÓ JUNOY, J. *El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones* en Diario La Ley nº6198, 25 de febrero de 2005.

Outrossim, cabe também lembrar que o distintivo de adesão ao SAC tem dupla modalidade de adesão, podendo ser total ou limitada. No caso em que a adesão seja total ao SAC se "outorgará à empresa ou profissional o distintivo oficial. Na suposição que a resolução se refira a admissão de uma oferta pública de adesão limitada, a resolução do presidente da JAC "conterá uma pronúncia expressa sobre a procedência de outorgar o distintivo, mas que conste explicitamente e de forma clara, que se trata de uma oferta limitada" (art. 28.2. do RDAC de 2008).

A questão em tela também nos faz lembrar que é possível que ocorra que, em atenção ao conteúdo da imitação, o presidente da JAC possa aceitar a oferta pública de adesão limitada mas negando o direito a utilizar o distintivo oficial, conforme determina o art. 28.2, in fine, do RDSAC/2008.

Para melhor entender essa distinção de adesão sem permissão de utilizar o distintivo, vejamos a explicação de LORCA NAVARRETE²⁸¹:

Essa negativa de utilizar o distintivo oficial só pode ser justificado em adesões ao SAC muito limitadas que fariam injustificáveis o uso do distintivo oficial. De qualquer modo, não se justifica a negativa para utilizar o distintivo oficial por muito limitada que seja a adesão ao SAC. O distintivo é o que lhe orienta ao consumidor em relação aos direitos que legal ou contratualmente se lhe reconhecem como tal consumidor. Faltando o distintivo, o consumidor é um pouco menos consumidor. E aqui é onde eu queria chegar.

Sigamos. O RDSAC de 2008 regulou questões que na prática já se achavam perfeitamente assumidas. Assim, que o distintivo de adesão ao SAC possa figurar em castelhano ou nas demais línguas co-oficiais do Estado nas respectivos comunidades autónomas onde se utilize (art. 28.3. do RDAC de

²⁸¹ LORCA NAVARRETE, A.M. *Op. Cit.*, p. 62.

2008), ou que as empresas ou profissionais aderidos ao SAC possam utilizar em suas comunicações comerciais o distintivo oficial concedido.

Embora no caso de ofertas públicas de adesão limitada, as comunicações comerciais, nas que se utilize o distintivo oficial concedido, deverão pôr ao dispor do consumidor o modo de aceder à informação sobre o âmbito da oferta de adesão realizada (art. 28.4. do RDAC de 2008).

Ou, enfim, que a concessão do distintivo público de adesão ao SAC e sua retirada, se publicará no diário oficial que corresponda ao âmbito territorial da JAC competente para adotar as respectivas resoluções (art. 28.5. do RDAC de 2008) o que, de um lado, supõe abordar a denúncia da OPA -oferta pública de adesão- ao SAC e, de outro, a retirada do distintivo de empresa aderida ao SAC.

Para a concessão do distintivo público de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo ou sua retirada, o processo há que prever a publicação no diário oficial que corresponda ao âmbito territorial da Junta Arbitral de Consumo competente para adotar as respectivas resoluções.

1.3.2 – Renúncia

Da mesma forma que uma empresa busca a adesão ao sistema, há casos inversos, quando por um motivo ou outro se busca o descredenciamento voluntário do sistema. Para tanto há que se respeitarem certas formalidades, ainda que a baixa do censo de empresas aderidas, ademais de voluntária, é gratuita²⁸².

O procedimento consiste mediante sua notificação por escrito à Junta Arbitral de Consumo e suporá a perda e retirada do Distintivo Oficial de empresa aderida causando baixa no censo de empresas aderidas. Em caso de fechamento

²⁸² PELAYO JIMENEZ, R.C. *Renuncia (resolución por mutuo disenso) tácita al arbitraje pactado (convenio arbitral)* en Revista de la Corte Española de Arbitraje 2007, Madrid, p. 255.

da empresa ou do negócio, deve a empresa comunicá-lo ao JAC onde esteja filiado para sua baixa e descredenciamento no dito censo²⁸³.

Toda empresa registrada no Censo de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo figurará nas seguintes edições das Páginas Laranja de Consumo, uma publicação especializada no tema de consumo, cuja adesão ou baixa dar-se-á sem custo algum amparadas pelos benefícios concedidos pelo sistema.

Vale lembrar que, pese a voluntariedade da renúncia por parte da empresa aderente, esta, desde o início ao firmar o termo de adesão, assume a concordância com as regras estabelecidas pela Junta Arbitral conveniada, de conformidade com o preceito legal preconizado pelo RD/231/2008, nos seguintes termos:

1º. Que mediante la firma de este documento formula oferta pública unilateral de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (S.A.C.) regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero (B.O.E nº 48 de 25 de febrero);

2º. Que conoce la regulación del Sistema Arbitral de Consumo contenida en el Real Decreto 231 /2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y acepta que los conflictos que puedan surgir con sus consumidores sean resueltos a través Del procedimiento previsto en dicha norma, por la Junta arbitral de consumo competente conforme a lo previsto en el artículo 8 del citado Real Decreto y a través del procedimiento;

3º. Que teniendo en cuenta el ámbito territorial de su actividad, su adhesión al Sistema Arbitral de Consumo se produce a través de las Juntas Arbitrales de Consumo constituidas o que puedan constituirse en dicho ámbito territorial de actividad;

²⁸³ MOURRE, A. “Arbitraje y Derecho concursal: Reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro” en Revista de la Corte Española de Arbitraje 2007, Madrid, 2008, pp. 228-240.

4º. Que este compromiso de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo se formula en Equidad, salvo que expresamente se opte por el arbitraje de Derecho;

5º. Que, con carácter previo al conocimiento del conflicto por los árbitros.

Assim como o aceite prévio de adesão ao sistema de arbitragem de consumo, dita opção resulta nas condições impostas pelo sistema a tal propositura, consoante se apresenta como exemplo o formulário preconizado pela Junta Arbitral de Consumo de Canárias, que define a opção da equidade, o aceite da mediação, supondo a oferta pública por tempo ilimitado²⁸⁴.

1.3.3 – Descredenciamento

Pertinente ao descredenciamento e perda da concessão de uso do distintivo de adesão ao sistema, o art. 30 e seus incisos, assim definem a situação:

Artigo 30. Retirada do distintivo de empresa aderida ao Sistema Arbitral de Consumo.

1. Perder-se-á o direito ao uso do distintivo de empresa aderida e, se for o caso, se procederá à baixa no registro público de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo pelas seguintes causas:

- a) Expiração do prazo para o que se realizou a oferta pública de adesão ou denúncia de dita oferta, conforme ao previsto no artigo anterior;

²⁸⁴ De acuerdo con el art. 25 del R.D. 231/2008, de 15 de febrero, en el supuesto de que no conste cualquiera de los extremos señalados en los puntos 4, 5 y 6 se entenderá que realiza su oferta pública de adhesión al arbitraje en EQUIDAD, por tiempo INDEFINIDO (teniendo efecto la renuncia al arbitraje de consumo a partir de los 30 días naturales de su comunicación a la Junta Arbitral) y con aceptación de la MEDIACIÓN previa.

- b) Utilização fraudulenta ou enganosa do distintivo;
- c) Não cumprimento reiterado dos laudos;
- d) Reiteradas infrações qualificadas como graves ou muito graves em matéria de proteção ao consumidor e usuário, sancionadas, com caráter firme, pelas Administrações públicas competentes;
- e) Realização de práticas, constatadas pelas Administrações públicas competentes em matéria de proteção ao consumidor e usuário, que lesionem gravemente os direitos e interesses legítimos dos consumidores e usuários.

2. O presidente da Junta Arbitral que concedesse o distintivo oficial, prévia audiência da empresa ou profissional, ditará resolução motivada de retirada do diferente de adesão e, se for o caso, de baixa no registro público de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo, exceto nos supostos previstos na letra a de o apartado anterior, no que não será precisa a motivação.

3. A retirada do distintivo determinará a perda do direito das empresas e profissionais a seu uso em qualquer atividade ou comunicação.

Como visto, o descredenciamento de empresas ou profissionais junto ao SAC pode se dar de duas formas, a exemplo do que dissemos, pela renúncia voluntária da empresa ou pelo descredenciamento compulsório, motivado e declarado pelo órgão competente.

Assim, pode se perder o direito ao uso do distintivo de empresa aderida e, se procede, pode ser descadastrada no registro público de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo. Com efeito, Vimos as situações que podem provocar a perda da concessão ao OPA/SAC, e o que de tal procedimento resulta.

Reiteramos pois, que, nestes casos, o presidente da Junta Arbitral que conceda o distintivo oficial, com prévia audiência da empresa ou comerciante, deve ditar uma resolução motivada de retirada do distintivo de adesão que determinará a perda do direito das empresas e comerciantes a sua utilização em qualquer atividade ou comunicação e, se procedente, a descredenciará no registro público de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo, exceto se, se expira o prazo pelo qual se realizou a oferta pública de adesão ou denúncia desta oferta, pelo que não será necessária uma motivação.

Não há de se olvidar que qualquer forma de arbitragem presume a boa-fé das partes, em qualquer circunstância, em qualquer modelo de arbitragem, eis que essa pressupõe a boa vontade inserta num termo de adesão ou comprometimento, compromisso e voluntariedade, não justificando qualquer hipótese contrária a tal propositura.

1.4- Registro público e fomento de empresas credenciadas

O RDSAC/2008 prevê em seu arts. 31 e 32 o Registro Público de empresas aderidas ao sistema, bem como o fomento e incentivos a tais empresas. No primeiro caso, este registro público, gratuito e rápido de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo, é gerenciado pelo INC - Instituto Nacional de Consumo. Neste, as Juntas Arbitrais de Consumo devem notificar as ofertas públicas de adesão ou sua denúncia acerca dos acordos de concessão ou retirada do distintivo de empresas aderidas e qualquer outra modificação conhecida que afete aos dados destas empresas ou comerciantes, conforme comenta VERDERA SERVER²⁸⁵.

²⁸⁵ VERDERA SERVER, R. A. en VVAA, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004, p. 327.

O registro deve comunicar as modificações registradas que se produzam a todas as Juntas Arbitrais e a suas delegações de forma imediata e em todo caso, em um prazo que não excederá a cinco dias. O Instituto Nacional do Consumo e as Juntas Arbitrais de Consumo devem facilitar o acesso à informação do registro público de empresas aderidas ao Sistema Arbitral de Consumo.

O enunciado do art. 32 da norma em comento, preconiza que as Administrações Públicas devem motivar as empresas ou entidades que pertencem ao setor público ou às concessionárias, que comercializam bens ou serviços destinados a consumidores ou usuários sob o regime de direito privado, a apresentar oferta pública de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo. Também podem estabelecer incentivos no âmbito de suas concorrências para as empresas ou comerciantes que facilitem o acesso à justiça de consumidores/as e usuários/arias, mediante a oferta pública de adesão ao Sistema Arbitral de Consumo.

A doutrina de CHECA BRAVO²⁸⁶ comenta a adesão de empresas às ofertas públicas, quando estas recebem uma distinção insígne, como forma de compensação pelo comprometimento ao sistema, fomentando a aderência da concorrência a seguir os passos daquelas pioneiras, fazendo com que isso resulte numa campanha em massa pró adesão ao sistema arbitral de consumo, tal como preconiza a campanha governamental de fomento ao sistema, a dar-lhe credibilidade, confiança e garantia também ao consumidor.

2- Procedimento arbitral de consumo

Na anterior legislação arbitral de consumo, o RDSAC 636/1993, de 3 de maio, o procedimento desta matéria estava previsto no Capítulo IV, desde o art. 10

²⁸⁶ CHECA BRAVO, J. *Las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje*, en Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo, Cuadernos de Consumo nº 23 de la Dirección General de Consumo de Aragón, Zaragoza, 2005, p. 119 y ss.

usque 13, quando iniciava suas diretrizes determinando, entre outras, as seguintes providências: “... art. 10.1) O procedimento arbitral de consumo começará com a designação do colégio arbitral, ajustando-se no que couber ao disposto neste Real Decreto, estando sujeito aos princípios da audiência, contradição, igualdade entre as partes e gratuidade...”

Cediço entre a doutrina arbitral espanhola, por unanimidade, que se reconhece no caso em tela a inspiração para o procedimento arbitral, emanado na Lei de Arbitragem de 1988, quando em seu Título IV, tendo como epígrafe “a sustentação das atuações arbitrais”, que em seu art. 21²⁸⁷, dispõe que o procedimento se desenvolverá em atenção ao acordo das partes, sempre que estas respeitem os princípios da audiência, contradição e igualdade das partes.

Neste diapasão, temos para nós que os princípios são mais fortes que as leis, eis que estas se fundamentam naqueles, razão pela qual não seria possível pensar em procedimento judicial, administrativo ou arbitral, sem que presentes tais pressupostos. Ademais, oriundos da Carta Magna espanhola, se configuram como o mínimo “*minimorum*” indispensável e indisponível para as partes à configuração de tal propositura de procedimento, segundo sua autonomia.

Aliás, diga-se, incontroverso que a coluna dorsal da arbitragem está sustentada na seara dos direitos disponíveis. A inexistência deste princípio leva por terra qualquer propositura contrária e, conseqüentemente, será cláusula nula de pleno direito.

Neste sentido, respeitados os princípios norteadores que ensejam a arbitragem, a legalidade do procedimento arbitral permite abrir portas à vontade

²⁸⁷ Lei de Arbitragem (LA/68), art. 21.

das partes, embutido na informalidade dos atos, e, sobretudo em face de outro ponto norteador da arbitragem que reside na coerência volitiva das partes, qual seja o respeito ao acordo de vontades destas, a delinear o procedimento arbitral.

Acerca do procedimento arbitral de consumo insculpido nesta atual normativa do RDSAC/2008, o disposto no Capítulo IV (artigos 33 a 50) vai mais longe e além de reiterar os três mencionados, aportam mais dois, determinando que se observem tais preceitos, sobretudo as linhas do art. 41, que mais especificamente preconiza de modo preciso os princípios do procedimento arbitral, podendo auditá-los nos cinco seguintes:

- a) Princípio da audiência;
- b) Princípio da contradição;
- c) Princípio da igualdade;
- d) Princípio da gratuidade;
- e) Princípio da confidencialidade.

2.1- Solicitação de procedimento

Similar ao que se apregoa no processo civil, dá-se início ao feito a partir da atividade da parte autora que provoca a jurisdição, consoante denomina-se a iniciativa da parte, insculpido no interesse de provocar jurisdição. No caso em tela, de igual modo o procedimento arbitral terá início sempre quando o consumidor apresentar um pedido de arbitragem de consumo.

Para formalizar um pedido de arbitragem é necessário solicitar e assinar o impresso de pedido. Este pedido pode ser formalizado por meio das Associações

de Consumidores e Usuários, das Agência Autárquicas de Informação ao Consumidor e demais órgãos de representação legal competente, podendo ainda ser apresentado, direta e pessoalmente, à Junta Arbitral de Consumo da competência territorial destinada.

A Junta Arbitral de Consumo, uma vez tendo analisado o pedido de arbitragem, decidirá se admite-se a trâmite ou, em caso contrário, rejeita-se, informando ao consumidor as causas pelas quais não pode ser admitido o pedido. Em se apresentando o pedido e este sendo admitido a expediente, se notificará do mesmo ao reclamado.

Verificando-se que o comerciante, empresa ou profissional reclamado esteja aderido ao sistema arbitral o convênio arbitral formaliza-se automaticamente. Se não, solicitar-se-á sua aceitação expressa, dando-lhe prazo de 15 dias para tal, e, ato seguinte, respeitadas as regras estabelecidas, conclui-se a fase preliminar procedimental, momento em que considerar-se-á formalizado o convênio arbitral. Uma vez formalizado este convênio, designar-se-á o Colégio Arbitral.

Ato contínuo, no prazo máximo de 3 meses desde a nomeação do Colégio Arbitral dar-se-á audiência às partes implicadas, comunicando-lhes o local, dia e hora da celebração da audiência, momento em que as partes manifestarão as alegações que estimem convenientes e contestarão as perguntas dos integrantes do Colégio Arbitral. A inatividade das partes no procedimento não impedirá que se dite Laudo nem lhe privará de eficácia. O procedimento estará concluído com um Laudo que terá cumprimento obrigatório para as partes.

Em linhas gerais, esta é a forma sucinta do procedimento arbitral de consumo, entretanto, entendemos necessário elucidar cada parte deste procedimento, com vistas a dar maior embasamento acadêmico à matéria, objeto deste estudo, eis o que determina o art. 34 do RDSAC/2008.

Pensamos ser inevitável não comparar o procedimento arbitral de consumo com o procedimento civil comum, eis que este se apresenta como a referência necessária para o cotejo procedimental para qualquer instância, administrativa, arbitral ou de outra esfera, em face de sua estrutura tradicional, consagrada no tempo, emanada desde o período das *legis actiones* romanas.

Dando azo a este raciocínio, entendemos que ademais das condições da ação analisada preliminarmente a saber da possibilidade da propositura do feito, outra condicionante revela-se na competência territorial para dar início a demanda, razão pela qual mister se faz buscar no art. 8 deste RDSAC/2008, a referência legal para conhecer a competência territorial indicada a dar início ao feito.

Notamos que a normativa flexibiliza às partes a escolha da JAC, somente determinado a competência quando existir falta de acordo entre as partes o domicílio do consumidor ou usuário, ou, se várias JACs, a de inferior âmbito territorial (preferência da municipal sobre a regional e esta sobre a nacional) em caso de limitação territorial, aquela oriunda da OPA da empresa ou profissional, e, sendo plúrimas, aquela eleita pelo consumidor ou usuário.

A inobservância desta ordem demonstra um vício processual sanável, eis que pela norma vigente mais flexível, esta tem facilitado a eleição da competência, situação que era omissa na norma anterior e causava conflitos, conforme restou demonstrada a decisão judicial emanada da Audiência Provincial de Valência de 19 de fevereiro de 2003, em que anulou um laudo arbitral por ditar-se em sede diferente daquela conveniada pelas partes, com o seguinte fundamento²⁸⁸:

O artigo 21 da LA estabelece em seu apartado segundo que o desenvolvimento do procedimento arbitral se regerá pela vontade das partes, acrescentando o

²⁸⁸ Art. 21 da LA/68.

artigo 24 aos efeitos da questão que se está analisando, que, salvo o lembrado no convênio arbitral ou o que disponham regulamentos arbitrais, os árbitros decidirão o local onde se desenvolverá a atuação arbitral. Por tanto, e dado que no suposto dos autos às partes expressamente acordaram o local onde deveria ser ditado o Laudo, os árbitros estavam submetidos a tal convênio (...).

Pensamos que aqui cabe uma observação oportuna, porque ainda que a normativa vigente tenha evoluído, todavia resta omissa a eleição do órgão competente para decidir acerca do conflito de competência entre as JACs, consoante regula a legislação processual civil espanhola, o art. 60 da LEC, no que entendemos, salvo melhor juízo, em razão da simbiose normativa que se apresenta, esta nos remete a analogia preconizada por tal cotejo legislativo que a atribuição a algum órgão, este bem poderia ser a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, de sua resolução acerca do conflito de competências.

Superada a questão da competência territorial, dá-se início ao procedimento arbitral por meio da solicitação de arbitragem, que a exemplificamos como a peça equivalente à “petição inicial” no processo civil, ou seja, o ponto de partida, o motor de arranque que põe em marcha o procedimento arbitral de consumo.

Conforme já nos referimos, esta provocação dirigida ao juízo arbitral pertence ao consumidor ou usuário, que poderá fazer uso de sua prerrogativa para ajuizar o feito direta e pessoalmente ou por meio de uma associação de consumidores e usuários ante a Junta Arbitral de Consumo que corresponda. Com isso quer-se dizer que se mantém o caráter unidirecional da arbitragem de consumo, podendo ser instado única e exclusivamente pelo consumidor, não pelo empresário, a quem se reconhecerá o direito de oferecer reconvenção nos termos do processo.

Ademais, esta prerrogativa dada ao consumidor ou usuário ainda faculta a possibilidade de apresentar seu pedido de arbitragem por algumas vias legais, como: por escrito, por via eletrônica, conforme o procedimento previsto no capítulo

V, seção I, do RDSAC/2008 relativo à "Arbitragem de consumo eletrônica, ou por qualquer outro meio idôneo que permita ter-se constância do pedido e de sua autenticidade" (art. 34.1. do RDSAC/2008).

Nota-se também que esta prerrogativa de se fazer o pedido por escrito também não nos aparenta de todo expresso, eis que permite a via tácita, porquanto o "pedido de arbitragem" pode ser feito oralmente sempre que, por meio desta via, se "permita dar constância do pedido e de sua autenticidade" (art. 34.1. do RDSAC/2008).

Para mais esclarecimentos, notamos que o RDSAC/2008 põe-nos em guarda sobre um dado: "se o pedido de arbitragem formula-se por escrito, ainda que possa não sê-lo, deverá ser apresentado junto com a documentação que a acompanhe, com cópias" (art. 34.1. f, do RDSAC/2008), e ainda, que reúna os demais elementos contidos neste citado art. 34.

Com efeito, não nos esqueçamos também que o consumidor ou usuário poderá optar pela arbitragem de direito ou de equidade. Em respeito às regras do procedimento, ressaltamos que, ainda que o RDSAC/2008 tenha aumentado consideravelmente seu corpo textual em relação à normativa anterior, notamos que assim se procedeu com vistas a esclarecer alguns pontos omissos e, restando portanto, mais clara e didática.

Cediço que a Espanha é um país em que além do castelhano, a língua oficial de todo o país, em que pese estas serem aceitas em suas regiões de origem, de acordo com suas peculiaridades, fala-se em mais três idiomas (catalão, vasco e galego). Assim, a apresentação do pedido de arbitragem pode ser feito no idioma das Comunidades Autônomas que delas disponham, de conformidade com o preceito dos artigos 35 "d" e 36 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, acrescentado pela jurisprudência constitucional sobre a definição de língua oficial, conforme resultou a STC 82/1986: *É oficial uma língua, independentemente de*

sua realidade e peso como fenômeno social, quando é reconhecida pelos poderes públicos como meio normal de comunicação em e entre eles e em seu relacionamento com os sujeitos privados, com plena validade e efeitos jurídicos.

Neste diapasão, vista a legalidade do ato, este não poderá ser argüido como carência de defesa. Esta questão foi analisada e resolvida no pertinente ao uso do idioma catalão e castelhano como línguas oficiais, tendo como prolator a Audiência Provincial de Barcelona, em Sentença de 21 de setembro de 2001, ao resolver a impugnação do laudo ditado pela Junta Arbitral de Consumo de Catalunha, assim expresso:

Não pode desconhecer o instante que as línguas oficiais das Comunidades, com arranjo às mais altas normas, (Constituição Espanhola, Estatuto de Autonomia e Lei Orgânica do Poder Judicial), têm igual categoria, de sorte que a utilização de uma ou outra não pode produzir indefesa, "per se", toda vez que a parte pode pedir (como assim acontece no suposto dos autos) a oportuna tradução de todas as atuações. Por outra parte a própria norma invocada da Lei Arbitral permite optar por uma língua ou outra embora uma parte não a conheça. Sem que possa obviar se que o próprio instante é residente na Cidade de Alicante, cuja Comunidade assim mesmo desfruta de língua oficial, diferente ao castelhano o que faz altamente duvidoso que não entenda a língua própria desta Comunidade".

2.2- Medidas cautelares no procedimento arbitral

A questão do procedimento cautelar na arbitragem já foi e segue sendo tema de acirradas discussões doutrinárias, eis que a celeuma levantada por correntes diversas põe-nos a pensar que efetivamente o tema de per se gera demasiadas polêmicas, e, por isso, entendemos que deve sempre estar presente quando a matéria em estudo trata de arbitragem, sobre seus vários aspectos.

Vale ressaltar de início, que, via de regra, todos os atos ou procedimentos acautelatórios podem ser aplicados ao procedimento arbitral, porém, como ocorre em diversas legislações que regulamentam a arbitragem como alternativa, necessitam do auxílio do juiz togado, eis que, tal como na execução, o árbitro não possui o chamado poder coercitivo para praticar, singularmente o ato jurídico necessário.

A situação nos aparenta paradoxal, por que tais atos deveriam ser praticados pelo árbitro que é a autoridade eleita pelas partes e possuidor da competência originária para tal mister com o *munus* público por sua investidura no cargo. Porém, como ocorre na legislação arbitral brasileira não lhes é dada essa prerrogativa, visto que à luz do § 4º, do art. 22, da Lei nº 9.307/96, o árbitro deverá solicitar tal prestação jurisdicional ao órgão do Poder Judiciário, que seria, originalmente competente para julgar a causa. A doutrina espanhola, conforme nos informa MARTINEZ GARCIA²⁸⁹ é dividida sobre esta questão.

Os procedimentos cautelares poderão ser específicos, comum, ou ainda, medidas cautelares atípicas ou inominadas, com procedimento comum. Entretanto, quaisquer que sejam as medidas a serem requeridas, para sua propositura, mister se faz que nas mesmas se demonstrem o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

São, a nosso ver, deveras situações previstas em qualquer foro de jurisdição, seja na Justiça Comum, seja no Juízo Arbitral ou até mesmo nos procedimentos administrativos, porém, nem sempre estão previstas em suas normas, algumas até eivadas de demasiados tecnicismos desnecessários e exagerada instrumentalidade jurídica.

Sob este aspecto, mister se faz ressaltar que segundo nossa tese, e, salvo melhor juízo, todos os atos e medidas cautelares ao prosseguimento do processo

²⁸⁹ MARTINEZ GARCIA, E. El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, Valencia, 2002, pp. 198-215.

deveriam ser também ordenados e executados pelo árbitro, mesmo em caso de resistência da parte renitente, por força de sua investidura no caso, outorgada pelas partes que o elegeram para processar e julgar a questão posta à sua jurisdição.

Já discutimos esta questão em outra ocasião, quando estudamos o uso de procedimentos cautelares à luz da legislação arbitral brasileira²⁹⁰, em que ressaltamos o tema acerca da matéria em pauta, e, sobre tal, assim expusemos nossa posição, nos seguintes termos:

O procedimento arbitral estabelece que sempre que houver necessidade de se executar medidas cautelares e coercitivas, em caso de desatendimento da parte faltosa, sem justa causa, o árbitro deverá buscar ajuda no órgão estatal.

Ora, isso nos leva a concluir que, em primeira instância quem decide se necessita ou não da medida acautelatória é o próprio árbitro, já que ao juiz togado não lhe é dado poder discricionário.

Por isso, entendemos que o ato se efetiva de qualquer forma, a mando do árbitro, o que reforça ainda mais nossa tese de que, apenas por uma questão de capricho o legislador vetou ao condutor do processo a legitimidade para realizar atos coercitivos e urgentes a dar eficácia ao feito.

Ressaltamos, nada obsta que o árbitro venha a diligenciar pessoalmente em benefício do feito e sem a presença do juiz togado.

A matéria em discussão certamente é polêmica, visto que não encontra a unanimidade dos exegetas da seara arbitral. O ponto nodal da questão reside no alcance da autonomia do árbitro; até onde o árbitro depende ou independe do Poder Judiciário. Seria o árbitro apenas um interlocutor do jurisdicionado junto ao Poder Judiciário? Ou, um juiz de fato e de direito quando no mister de seu ofício, para decretar as decisões que se lhes parecerem justas, urgentes e aplicáveis ao

²⁹⁰ CAYRES, Nelson Aguiar. *Justiça Arbitral no Brasil: Processo de Execução e Cautelar*. Dissertação de Mestrado, UFPE, 2002, p. 125.

caso concreto, sem que estas se sujeitem ao crivo homologatório do Poder Judiciário ?

O cerne da questão reside justamente no fator coercibilidade, posto que diverjam doutrinadores quando arguem sobre os poderes do árbitro em decretar medidas tais. O fato é que mesmo ao arripio dos indignados, na maioria das legislações arbitrais o árbitro mesmo decretando de ofício medidas cautelares, estas não poderão ser atacadas de imediato, visto que se trata por enquanto, de uma simples decisão interlocutória, sem possibilidade de oposição recursal, e, este recurso normalmente não encontra amparo em tais legislações, e então somente poderia ser revisto na prolatação da sentença arbitral ou laudo arbitral, de acordo com a norma vigente, para o ataque ao seu teor através da propositura de ação declaratória de nulidade, ou, depois disso, somente nos embargos à execução.

Salvo melhor juízo, temos para nós que a soberania do juízo arbitral emana da convenção arbitral, posto que o ajuste das regras a serem impostas ao procedimento deverão, necessariamente, estar contidas no compromisso arbitral, sobretudo se este for convencionado pela via do direito e seus princípios, da equidade ou das normas que regem a lei comercial nacional ou internacional. O árbitro, tanto quanto o juiz togado, não pode julgar *extra petita*, de modo que, tanto nas decisões interlocutórias quanto na sentença, fica condicionado às regras convencionadas no compromisso arbitral e no pedido inicial.

O caso em tela exige o raciocínio lógico da necessidade da decisão do árbitro e se este precisa da autorização do juiz togado para executá-la. Em primeiro lugar, diríamos que, se a medida for tomada, segundo a convenção das partes, sem interferência do Poder Judiciário e for remansosamente cumprida, não haverá que se discutir sobre sua ilegalidade, visto que corresponde às regras procedimentais acerca da eficácia do ato; se foi eficaz e bastou por si só; então a autonomia para a exeqüibilidade da medida se fez presente e cumpriu sua propositura.

De outra forma, se a convenção arbitral silencia sobre tal situação, a parte ao requer a medida, cabe ao árbitro deferir ou não, se acordo com seu entendimento, e, se a parte obrigada não cumpre, aí sim, necessário seria a intervenção do Estado, através do juiz togado para impor o seu poder de império e fazer valer a decisão do árbitro; neste caso o árbitro teve o poder de decisão mas não pode, por conta própria executar a medida; foi, pois, dependente do Poder Judiciário.

Voltando o foco ao objeto de nosso estudo, para então discutirmos a possibilidade de se solicitar medidas cautelares no procedimento arbitral de consumo, segundo a legislação espanhola vigente, oportuno se nos aparenta lembrar que este tema até então não era usual, e, portanto um pouco desconhecido na prática.

Com efeito, a possibilidade de se vislumbrar a adoção de medidas cautelares no procedimento arbitral se deu a partir de 2003, quando foi introduzida pela reforma da Lei de Processual Civil – LEC, e, por conseguinte na Lei de Arbitragem deste mesmo ano, quando se acentuou a importância do ato procedimental acautelatório na fase vestibular do pedido de arbitragem, qual seja, a possibilidade de se solicitar tal medida no momento de sua propositura.

Pois bem, a legislação arbitral espanhola anterior era omissa acerca deste tema, salvo em situações previstas no art. 50, aquelas para assegurar a efetividade do laudo arbitral, porém sem que o mesmo ocorresse na legislação de arbitragem de consumo. A previsão de medidas cautelares só encontrava precedentes na norma comunitária observada no Convênio Europeu sobre Arbitragem Comercial Internacional, realizado em Genebra, em 21 de abril de 1961, ratificado por Instrumento de 5 de março de 1975 e integrado na legislação espanhola no art. 96 da Constituição que preconiza: *“se uma das partes solicitar medidas provisionais ou preventivas, de conservação ou segurança ante uma autoridade judiciária, não*

deverá esta indeferir como incompatível ao acordo ou compromisso arbitral, nem submeter o assunto ao tribunal judicial para que este o resolva como matéria de fundo”.

Antes que se promulgassem a vigente LEC e a LA/2003, a matéria também causava polêmica nos tribunais, porquanto pairavam dúvidas na jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação ou não de medidas cautelares no procedimento de arbitragem. Em Barcelona, a Audiência Provincial, em decisão de 5 de abril de 2000, recusou pedido de adoção de medidas cautelares argumentando a execução provisória do laudo arbitral pendente de pedido de anulação²⁹¹.

De modo contrário, a Audiência Provincial de Madrid, em Sentença de 20 de novembro de 1999, acolheu a petição de cautelares argumentando que *a existência de um convênio arbitral não exclui que assista às partes a faculdade de impetrar nos órgãos jurisdicionais a adoção de medidas cautelares, prévia ou concomitante à iniciação da arbitragem, mediante as quais se garanta a efetividade do laudo, e isso ainda que não se expresse no pedido prévio ao efeito formulado que a parte solicitante se propõe pôr em marcha a instituição arbitral.*²⁹². Vê-se que a questão divide opiniões e causa discussão e isso em muito contribui para o enriquecimento da matéria.

A estreitar ainda mais nosso estudo, pensamos conveniente trazer à lume o direito europeu comparado, para melhor aferirmos a matéria. Tal possibilidade de adoção de medidas cautelares no procedimento arbitral, era também uma

²⁹¹ Audiência Provincial de Barcelona, em Sentença de 20 de 5 de abril de 2000.

Dizia que mais se aparenta uma espécie de execução provisória do laudo arbitral pendente de recurso de anulação, ignorando significativamente qualquer menção à possibilidade de pedido e adoção de medidas cautelares prévias. O conteúdo de dito preceito excluí, ao nosso entender, a existência de uma lacuna legal, sendo mais legítima a expressão de uma vontade alheia à viabilidade do que pôde ser regulado e não se fez.

²⁹² Audiência Provincial de Madrid, em Sentença de 20 de novembro de 1999.

faculdade aceita no art.1679.2 da Lei Belga de Processo Civil²⁹³, que admitia as medidas cautelares, conforme se comprova pela ratificação que confirmou tal possibilidade, ao teor das Sentenças de 28 de novembro de 1979 e 23 de junho de 1987, do Tribunal de Apelação de Bruxelas.

De igual modo, podemos também exemplificar a questão por meio da legislação holandesa, que previa com clareza no art. 1022 do Código de Procedimento o pedido de adoção de medidas cautelares. Outrossim, tanto a Itália²⁹⁴ quanto a Suíça também contemplavam a adoção de medidas cautelares, porém, reservavam aos órgãos judiciais a adoção das mesmas apesar de acatar a sujeição do litígio à arbitragem.

Atualmente a legislação processual civil espanhola vislumbra a possibilidade de se adotar medidas cautelares em um procedimento arbitral. Com efeito, dispõe o art. 722 da Lei de Enjuizamento Civil: *“Poderá pedir ao tribunal medidas cautelares quem acredite ser parte de um processo arbitral pendente em Espanha; ou se for o caso, ter pedido a formalização judicial a que se refere o art. 38 da Lei de Arbitragem; ou no suposto de uma arbitragem institucional, ter apresentado o devido pedido ou encarregado à instituição correspondente segundo seu Regulamento. Com apoio nos Tratados e Convênios que sejam de aplicação, também poderá solicitar de um tribunal espanhol a adoção de medidas cautelares quem acredite ser parte em um processo jurisdicional ou arbitral que se siga em país estrangeiro, nos casos em que para conhecer do assunto principal não sejam exclusivamente competentes os tribunais espanhóis”*.

²⁹³ Art. 1679.2 Code de Judiciaire *“Une demande en justice tendant à des mesures conservatoires ou provisoires n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage et n'implique pas renonciation à celle-ci.”*

²⁹⁴ Vide *Codice di Procedura Civile, Capo III: Dei procedimento cautelari, Sezione I: Dei procedimento cautelari in generale, arts. 669 bis a 669 quaterdecies.*

Em compasso com a lei processual civil, segue a vigente LA, Lei 60/2003, de Arbitragem, que vislumbra a possibilidade de adoção de medidas cautelares no processo arbitral, ao dispor em seu artigo 23 o seguinte:

“1. Salvo acordo em contrário das partes, os árbitros poderão, a instância de qualquer delas, adotar as medidas cautelares que estimem necessárias a respeito do objeto do litígio. Os árbitros poderão exigir caução suficiente ao solicitante.

2. Às decisões arbitrais sobre medidas cautelares, qualquer que seja a forma de revisão, lhes serão de aplicação as normas sobre anulação e execução forçada de laudos”.

Ainda na seara das discussões doutrinárias acerca do chamado poder discricionário, se a competência pertencente ao árbitro ou ao juiz para a adoção de medidas cautelares no procedimento arbitral, alguns autores entendem que ambos podem participar, de modo concorrente, dependendo do previsto no convênio arbitral ou, segundo a previsão legal contida na aplicação à espécie. Assim preconiza GISBERT POMATA²⁹⁵:

O poder arbitral ou judicial em matéria cautelar são questões alternativas e concorrentes, sem prejuízo da presunção da boa fé processual. A adoção das medidas cautelares deverão ser sempre a instância da parte, com apresentação da cópia do convenio ou da solicitação de sua formalização judicial, junto a demanda de solicitação da medida, segundo o cumprimento dos requisitos tradicionais exigidos pela mais pacífica jurisprudência: “fumus boni iuris”, ex-vi art. 728.2 – LEC, e o “periculun in mora”, art. 728.1, da citada norma processual civil. A estes dois requisitos acrescente, quando for o caso, a prestação de caução suficiente, salvo se expressamente dispuser diferente, conforme reza o art. 23.2 - LA, em consonância com o previsto no art.728.3 –

²⁹⁵ GISBERT POMATA, M. em HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.) *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*. Barcelona, 2004, p. 127.

LEC. Logicamente a adoção da medida cautelar deverá ser proporcionada ao fim pretendido e ao objeto do litígio.

2.2.1- As medidas cautelares específicas no procedimento arbitral

A questão em tela, sob o ponto de vista analítico, se nos aparenta subjetiva, em que pese a objetividade de sua eficácia que espera encontrar o solicitante da medida cautelar na arbitragem de consumo, considerando-se a urgência da medida fundada no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Dizemos isso porque, se bem observado, não existe no RDSAC/2008, nenhum artigo que trate desta matéria, sequer no capítulo IV – Procedimento Arbitral.

Concernente a esta questão nos resta asseverar que a possibilidade de se estender a competência do árbitro de consumo para decidir sobre a concessão ou não de medidas cautelares vem condicionada no caráter supletivo emprestado da Lei 60/2003 (art. 23), de Arbitragem, combinada com o caráter concorrente da LEC (art.722 y 724), de processo civil.

A esta altura poderíamos perguntar qual o alcance de tais medidas e certamente encontraríamos como resposta a garantia do objeto perseguido em todas aquelas insculpidas nas letras do art. 727 da LEC, consagradas no elenco das medidas cautelares específicas. Neste diapasão, oportuno comparar dito preceito à luz do art. 812.1 da referida norma processual espanhola que faz referência ao procedimento cautelar monitorio, vez que alude às ditas medidas preventivas aplicadas ao procedimento arbitral, conforme argumenta BERTOLACCI:

296

²⁹⁶ BERTOLACCI, Rodrigo Lacueva. *La adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio*. Noticias Jurídicas, La Ley. Madrid, 2006.

No es frecuente, pues, la petición de medidas tales como el embargo preventivo de bienes, la consignación, el depósito de determinada cantidad o la anotación preventiva de la demanda (vid. art. 727 LEC). Sin embargo, en algunas ocasiones sí se han interesado, motivando que los tribunales deban pronunciarse acerca de la posibilidad de su aplicación en sede del proceso monitorio.

Outrossim, ao tratarmos do duplo grau de jurisdição preliminar para outorgar a competência acautelatória ao árbitro ou ao juiz, pensamos que a investidura do árbitro, salvo nos casos não previstos pela lei ou no convênio, deve se fazer justificar pela coerência das partes terem escolhido esta via alternativa ao juízo comum, por acreditar nas vantagens e benefícios que esta pode lhes proporcionar, não justificando, portanto, afastar-se da esfera arbitral para buscar refúgio em outra instância, salvo quando a questão assim exigir a demanda.

Sobre esta questão de compatibilidade do árbitro em avocar para si a competência do juízo arbitral para resolver sobre medidas cautelares específicas, comungamos do pensamento de VERDERA Y TUELLS²⁹⁷, que entende que tal competência deve ser prorrogada ao juiz somente nos casos de inadimplência da obrigação, deixando a este apenas as situações em que for preciso executar a medida cautelar em face da resistência da parte contrária, devendo, pois, revestir a medida em forma de laudo parcial ou provisório, na execução da medida cautelar já aprovada pelo Colégio Arbitral, sem entrar em maiores valorações e consistindo apenas em assegurar a execução da medida do modo que o poder discricionário jurisdicionário lhe atribui.

Por tratar-se de questão controversa que fere o conceito da doutrina processualista mais conservadora, por certo que esta tese não encontra muito eco

²⁹⁷ VERDERA Y TUELLS, E. em FERNANDEZ ROZAS, J.C. (Dir). *La nueva Ley de Arbitraje. Estudios de Derecho Judicial nº 102*, Madrid, 2007, p. 49.

e ressonância doutrinal, porém, embora inicialmente minoritária já era acolhida por alguma sentença judicial, como é caso da ditada pela Audiência Provincial de Madrid, de 27 de novembro de 1997 com a matização de que neste caso concreto existia uma previsão no convênio a respeito. A citada sentença tem seu arrazoado no sentido que a resolução recorrida arrazoa adequadamente que será o árbitro designado que deverá, ante a petição da parte interessada, dar lugar se for o caso, à medida requisitada e então ir o mesmo árbitro à jurisdição ordinária para arrecadar a correspondente atuação nesse sentido²⁹⁸.

Em se comparando a época deste julgado com o período em que foi publicada a mais nova edição da Lei de Arbitragem, nº 60/2003, de 23 de dezembro, observa-se que transcorreu um lapso temporal em que dito conceito evoluiu e mostrou porque foi alterada dita Lei de Arbitragem, que desde então atribuiu diretamente aos árbitros a faculdade de adoção de medidas cautelares (salvo acordo em contrário das partes, os árbitros poderão a instância de qualquer delas, adotar as medidas cautelares que estimem necessárias a respeito do objeto do litígio).

Em face do exposto, resta-nos concluir que se a vigente Lei de Arbitragem pode e deve ser usada subsidiariamente e de forma supletiva na aplicação do procedimento arbitral de consumo, salvo melhor juízo, temos para nós que esta parceria resulta plenamente harmônica com o ordenamento existente e aplicável, com a possibilidade de adoção da medida cautelar pelo colégio arbitral, desde que seja solicitada pela parte, e, se necessário, por resistência da parte contrária, inadimplente da obrigação, deve dar-se traslado da mesma ao Juízo competente para sua aplicação.

²⁹⁸ Sentença da Audiência Provincial de Madrid, de 27 de novembro de 1997.

Ademais, denota-se que, em qualquer caso tem de ter-se presente que o artigo 11.3 da LA estabelece que o convenio arbitral não impedirá a nenhuma das partes, anteriormente às atuações arbitrais ou durante sua tramitação, solicitar de um tribunal a adoção de medidas cautelares nem a este as conceder.

2.3- Recurso contra admissão ou inadmissão de procedimento

Nos termos conforme apregoados pelo art. 36 do RDSAC/2008, da decisão do presidente da JAC sobre a admissão ou inadmissão do pedido de arbitragem, nos casos do art. 2 (matérias objeto de arbitragem de consumo), cabe recurso ante a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo no prazo de 15 dias, desde a notificação da decisão que se impugna.

Por outro turno a disposição do art. 35.1 da citada norma determina que uma vez recebido o pedido na Junta Arbitral de Consumo, bem como o disposto no nº 2 do citado artigo, o mesmo será examinado pelo presidente se a pretensão formulada é suscetível de ser submetida à arbitragem, se trata-se de direito disponível a matéria posta à apreciação do sistema, conforme o disposto no art. 2.2, qual seja, se o objeto do conflito não verse sobre intoxicação, lesão, morte ou aqueles em que existam indícios racionais de delito, incluída a responsabilidade por danos e prejuízos diretamente derivada deles.

Nota-se que, a exemplo da norma anterior, o legislador cuidou para que houvesse uma análise preliminar na esfera arbitral de consumo, e assim evitar delongas desnecessárias e prevenir a propositura de possíveis recursos a ensejar maiores formalidades, quando da efetiva entrega da prestação de serviços à comunidade pelo sistema arbitral de consumo.

A análise preliminar acerca da competência do órgão arbitral de consumo em recepcionar ou não o pleito da matéria litigiosa em conflito posta à discussão, no que diz respeito a normativa aplicada à espécie, faz com que a mesma seja alvo

de recurso nos mesmos termos preconizados pelo art. 66.2 da LEC que regulamenta o duplo grau de jurisdição previsto no procedimento comum, conforme analisa a questão CALVO CARAVACA y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA²⁹⁹ explicando que resta defeso às partes argüir matéria diversa daquela emanada da disponibilidade de competência, bem como cooperar na nomeação dos árbitros, participar com lisura do procedimento arbitral, bem como acatar a decisão arbitral para a plenitude do sistema arbitral de consumo.

Sobre esta questão louva-se o espírito da lei em prevenir aos órgãos integrantes do SAC a constante postura de estado de alerta a garantir a eficácia do sistema, ainda que pese a dificuldade de que em certas ocasiões possa entranhar o usuário do sistema, a enfadonha análise crítica do caráter disponível pelas partes de uma determinada matéria.

Neste diapasão justifica-se a composição de órgão colegiado habilitado a escrever a exegese conjunta dos efeitos preliminares emanados desta inicial proposta, uma vez que se os meios justificam os fins, os resultados seguintes possam garantir a eficácia do procedimento arbitral de consumo, exatamente por ser colegiado, ou, se ainda que unitário, porém, representado na figura de seu presidente ou árbitro único, possa tratar-se de decisão singular, mas que efetivamente representa o consenso do colégio.

Em razão disso, alude o art. 36.1 do RDSAC/2008, que a resolução do presidente da Junta Arbitral de Consumo sobre a admissão ou inadmissão do pedido de arbitragem nestes supostos, poderá ser recorrida ante a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, no prazo de 15 dias, desde a notificação do acordo que se impugna.

²⁹⁹ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (dir.) *Contratos Internacionales*, Madrid, 1997. p. 146.

Poderia parecer excesso de zelo, para quem dissesse que tal situação foge às comezinhas idéias da celeridade arbitral, porém, salvo melhor juízo, a nós representa uma segurança a mais a garantir a eficácia do sistema ainda na fonte de sua nascente. Segurança maior resulta no procedimento que este recurso poderá ser apresentado diretamente ante a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo, bem como ante o presidente da Junta Arbitral que ditou a resolução recorrida, em cujo caso se dará traslado do recurso, com seu relatório e cópia completa do expediente à Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo no prazo de quinze dias.

Por se tratar de um procedimento *sui generis* em face de sua natureza própria, pensamos, salvo melhor juízo, que as partes devem evitar procrastinar o feito em pró da convencionada celeridade, salvo casos extremos, por isso devem evitar qualquer possibilidade de inconformidade com tendências judiciais, até que se exaure esta via, porque ainda que o prazo máximo para ditar e notificar a resolução seja de três meses, desde que tenha sido interposto dito recurso, ainda assim este prazo não nos parece discrepante se pensarmos que a via judicial seria muito mais tardia. Somente após exaurido este prazo é que se poderia falar em definição do recurso e o fim da via administrativa.

Abordamos este tema com o propósito de lembrar que pese a disposição da cláusula compromissória das partes em respeitar a opção pela via arbitral, porém somos todos cientes que não se pode ultrapassar máxima constitucional de que não se admitirá o afastamento do Poder Judiciário, quando houver lesão ou ameaça de direito a ser tutelada pelo Estado.

As matérias afastadas da competência arbitral de consumo, nos termos do art. 2.2 do RDSAC, de cuja análise preliminar compete ao presidente da JAC, por outro lado encontra ressonância no art. 35.1, porquanto, verificando o árbitro presidente que a solicitação de arbitragem não preenche os requisitos legais

exigidos ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de impossibilitar sua propositura, poderá indeferir de plano a solicitação.

Talvez possa alguém entender que há um certo exagero neste dispositivo, porque o art. 35 não permite recurso algum, ao contrário do art. 36, ambos do RDSAC, quando o presidente indeferir preliminarmente a solicitação de arbitragem nos termos do primeiro caso, estará este avocando a si um poder exorbitante, e a crítica reside no fato de entender que trata-se de um autêntico exame de mérito da questão apresentada pondo fim à via administrativa, porquanto tal decisão carece de qualquer recurso dentro da esfera arbitral.

Vejamos que a norma se refere à inadmissão das solicitações de arbitragem que resultem infundadas e aquelas em que não se aprecie nenhuma ofensa aos direitos e legítimos interesses econômicos dos consumidores ou usuários, sem que caiba recurso interno à via arbitral, e tão apenas em consequência disso, ao consumidor desconforme não há outra via que não seja a do recurso junto ao contencioso administrativo, diga-se na esfera judicial.

Questiona-se se esta normativa não fere o princípio do direito de ação, eis que o consumidor corre o risco de ver seu pleito indeferido de plano, sem chance de ser revisto na via arbitral, que bem poderia ser competente para rever uma decisão monocrática, situação idêntica prevista no processo civil como decisão interlocutória, que neste caso não põe fim ao pleito, salvo por omissão da parte interessada.

Pensamos tratar-se da adaptação subsidiária das condições da ação aqui aplicada ao procedimento arbitral, qual seja, o que possa-se efetivamente definir como relação de consumo, qual o objeto e entre quem pode haver dita relação.

Para dita questão responde-nos a doutrina de DIANA MARCOS FRANCISCO³⁰⁰ que assim expõe seu entendimento:

No todo conflicto entre consumidores o usuarios y empresarios o profesionales es susceptible de someterse a la estudiada vía. Así, además de versar sobre "los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor" (art. 1.2 RD), en coherencia con el art. 2.1 LA, es imprescindible "que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho" (art. 2.1 RD). Por otro lado, se excluyen expresamente del aludido ámbito u objeto del AC "los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1"TR (art. 2.2 RD).

Outros autores³⁰¹, inclusive argüem que a rejeição de plano *ab initio*, conforme resta instaurado pela norma, como dito, o fazem questionar inclusive sua adequação ao princípio pró *acione*, dentro das características próprias de um procedimento arbitral, e isso sem esquecer a possibilidade de recurso contencioso administrativo.

Observamos que ao agir assim, o árbitro presidente analisa ao seu livre arbítrio uma mera questão de formalidade procedimental, quando chega a entender que não houve nenhum dano moral ou material aos direitos econômicos do consumidor e por isso considera infundada sua demanda, deixando conseqüentemente de apreciar as questões de fundo, aquelas que efetivamente poderiam mudar o curso do pleito, se efetivamente demonstradas.

³⁰⁰ FRANCISCO, Diana Marcos. *El Arbitraje de Consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española*. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año 18 - N° 1, 2011 pp. 241-226.

³⁰¹ RODRÍGUES-CANO, Alberto Bercovitz (2008). *La experiencia del arbitraje de consumo*. En Tomillo Urbina, Jorge (director) y Álvarez Rubio, Julio (coordinador): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 379-388, p. 383.

Alude também certos autores que a não observância das questões de fundo, deixando o árbitro de pronunciar-se sobre tais, pode dar azo ao controle constitucional destas decisões de inadmissão ou de não pronúncia sobre o mérito da causa, como nas situações de que o juiz extingue o processo sem adentrar-se na apreciação do mérito.

A saber, se, trata-se de exagero de forma a dar-se tanto poder unilateral, ou se por verificar que de tal forma especialmente intensa, possa resultar de seu rigorismo, por seu formalismo excessivo ou por qualquer outra razão, revelem uma clara desproporção entre os fins que aquelas causas de inadmissão ou não pronúncia sobre o mérito possam resultar ou se preservam os interesses daqueles que o sacrificam.

Neste sentido resulta oportuno recordar a defesa do Professor OTERO LASTRES³⁰² ao direito à tutela arbitral efetiva, ao menos em sentido indireto, invocando a plena adequação deste ao enquadramento de exigências constitucionais. E, seguindo esta mesma linha de raciocínio HERNANDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS³⁰³, também advertia que a postura que exclui a arbitragem do âmbito do direito fundamental à tutela efetiva, ouvida-se quando presentes três elementos, a saber:

1) Que as garantias do art. 24.1 da CE podem constituir o conteúdo da ordem pública, que é uma das vias de anulação do laudo;

2) Que precisamente esta conexão entre o art. 24.1 da CE e a ordem pública, na medida em que fundamenta o exercício da ação de anulação que tem

³⁰² OTERO LASTRES, J.M. *El Derecho a la Tutela Arbitral Efectiva*. Revista Abogados, Madrid, Febrero de 2007, pp. 53-55.

³⁰³ HERNANDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A. DE MARTÍN/HIERRO (Coords). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid, 2006, p. 175.

lugar em sede jurisdicional estatal, e é a que permite de maneira imediata o controle jurisdicional e;

3) Que se a arbitragem não tivesse que adequar-se às exigências do art. 24 da CE, se produziria uma quebra irreparável no sistema constitucional de justiça.

Com a máxima devida vênia, sem ânimo de provocar celeuma, pensamos que a questão em tela não reporta necessariamente estar diante de uma hierarquia normativa, sem que haja desrespeito a ordem legal, porém, a nosso ver, uma adequação reconhecida na comunidade jurídica internacional de que os direitos e garantias insculpidos nas constituições dos países democráticos, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais os quais seja signatário este país.

Assim, salvo melhor juízo, pensamos tratar-se de uma condição legal internacional conhecida por *Kompetenz-Kompetenz*, e a sua inobservância ao que o presente caso possa aparentar, demonstra, de *per se*, um efetivo paradoxo de jurisdição, porquanto, a parte que contesta a competência do tribunal arbitral para decidir uma questão no curso da causa e se nega a cumprir tal determinação, se contradiz com sua própria disposição preliminar de escolher e submeter a este órgão a resolução do conflito a que lhe foi confiada.

Esta disposição legal está consagrada no domínio da arbitragem voluntária, o chamado princípio da *Kompetenz-Kompetenz*³⁰⁴, Competência-Competência, conforme argüiu DIAMVUTU em *Competence of tribunal to rule on its jurisdiction* ou *Kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht*.

³⁰⁴ LINO DIAMVUTU. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Angola, em 12 de Outubro de 2009.

Então, por conseqüência, se a questão em tese está relacionada com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, atribuído ao tribunal arbitral competente sua disposição para processar e julgar as causa postas à sua jurisdição, salvo melhor juízo, pode e deve decidir sobre sua própria competência. *A priori*, este controle se faz presente quando a sua competência for contestada por uma das partes.

O princípio da competência-competência encontra, *prima facie*, a sua justificação no seguinte desiderato: invocando uma das partes litigantes a falta de competência do tribunal arbitral, seria necessário recorrer ao tribunal judicial para decidir se a controvérsia relacionada ao objeto da convenção arbitral é ou não da competência do tribunal arbitral. Neste caso a questão se aparenta contraditória, eis que, para beneficiar-se das vantagens da arbitragem, a parte renitente necessitaria submeter-se concomitantemente a um processo judicial.

Ao caso em estudo, se o mesmo está subvencionado de modo supletivo à Lei de Arbitragem espanhola, Lei nº 60/2003, por falta de previsão comutativa em seu texto, aplica-se dita carência à analogia de lei similar, no caso a Lei de Arbitragem, e, esta por sua vez, respalda-se na Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) de 1985, que dispõe no n.º 1 do seu artigo 16 que o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para esse efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória ³⁰⁵.

³⁰⁵ Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) de 1985, n.º 1 do art. 16.

No mesmo sentido, o Regulamento da Câmara do Comércio Internacional (CCI) de Paris, de 1998, prevê no n.º 2 do seu artigo 6 que se uma das partes formular uma ou mais exceções quanto à existência, validade ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade da exceção ou das exceções, que a arbitragem poderá prosseguir se estiver convencida, “prima facie”, da possível existência de uma convenção de arbitragem conforme o Regulamento. Neste caso, qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal”.³⁰⁶

Assim, pensamos, salvo melhor juízo, que a questão se resolve a partir de uma decomposição legislativa que permita reconhecer a legalidade, a constitucionalidade e a internacionalidade de sua aplicação, ainda que isso, concessa vênia, provoque arrepios àqueles que, de afogadilho e sem se aprofundar mais amiúde no fundo da questão, se antecipa a expressar uma opinião equivocada, ressaltamos que se os tribunais seguem acatando a aplicação da norma, e se isso ocorre, é porque se consigna na prática reiterada destas cortes.

2.4- A mediação no procedimento

Como sabemos, dentre as formas alternativas para a resolução de conflitos, além da conciliação, a negociação e a arbitragem, está presente também a mediação. Por isso, é uma alternativa disponível muito vantajosa para todos, porque as soluções são encontradas pelos próprios envolvidos, com a facilitação de um profissional mediador. Esse profissional, preparado para tal fim, disponibiliza mecanismos que visam ampliar os aspectos que estão sendo discutidos, de modo a criar um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações dos envolvidos no conflito.

³⁰⁶ Regulamento da Câmara do Comércio Internacional (CCI) de Paris, de 1998, n.º 2 do art. 6.

A definição deste procedimento intitulado mediação e sua natureza pode ser estudado também seguindo os passos de doutrinadores do peso de GÓMEZ CABELO³⁰⁷, que segundo suas lições podemos entender como:

Acrescente-se que BLANCO CARRASCO³⁰⁸, depois de enumerar em seus estudos mais detalhados, outras sete propostas de definição de outros tantos autores, conclui sobre a coincidência de quatro notas comuns em todas elas, a saber:

- a) É um ADR que requer a intervenção de uma terceira pessoa;
- b) Esta terceira pessoa é neutra e imparcial;
- c) São as partes as que decidem a controvérsia;
- d) Referem-se à necessidade de um processo ou procedimento.

Quanto aos sujeitos da mediação cabe distinguir entre os necessários e voluntários. Dentro dos primeiros teremos de enquadrar tanto as partes em conflito (consumidor e empresário) como ao próprio mediador. O RDSAC/2008 faz a diferença dos critérios impostos aos árbitros e mostra-se mais laxo com a figura do mediador, sem precisar os requisitos necessários para seu exercício nem o modo de sua designação.

O Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, que regula o atual Sistema Arbitral de Consumo na Espanha, inova o aspecto conciliador, e destaca como um de seus pontos altos no procedimento arbitral de consumo a opção pela mediação,

³⁰⁷GOMEZ CABELLO, M.C. *Aspectos Jurídicos de la Mediación: Nociones Básicas de la Mediación*. Em Noticias Jurídicas, abril 2007. Disponível em: www.noticias.juridicas.com.

³⁰⁸BLANCO CARRASCO, M. *Mediación y Consumidores*. Madrid, 2005, p. 38.

uma vez que na hodierna jurisdição global, esta alternativa, ao lado da conciliação, vem paulatinamente revelando sua eficácia e com muita habitualidade, obtendo destaque na preferência dos julgadores e das disposições que regulamentam as normativas orgânicas destes setores.

A mediação, pois, está prevista no art. 38 do RDSAC/2008 e a regula como mais um componente no procedimento arbitral. Assim, pois, dito instituto constitui então uma das duas formas a que possa ser levado a cabo a resolução das queixas ou das reclamações propostas pelos consumidores ante as Juntas Arbitrais de Consumo.

Inserida no contexto arbitral, a mediação vem tomando espaço em vários seguimentos de resolução extrajudicial de conflitos, e não poderia ser diferente no procedimento arbitral, visto fato incontroverso que exista uma perfeita harmonia entre ambos institutos, consoante recepciona a doutrina de BUSTO LAGO³⁰⁹ assim nos informa ao relatar seu posicionamento:

Entre los objetivos que se persiguen en dicho Acuerdo se encuentra precisamente el fomento, la difusión y la mejora de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos de consumo, para lo cual se propone como actividad que debe llevarse a cabo la armonización de los criterios aplicables a la mediación con el fin de garantizar la independencia e imparcialidad de los procedimientos. En el ámbito normativo, este Marco Común de Actuación propone la regulación de la mediación de consumo, y su impulso.

Nesse sentido vários outros autores de alto calibre na doutrina especializada, como é o caso de BONACHERA VILLEGAS³¹⁰, atestam a importância

³⁰⁹ BUSTO LAGO, José Manuel. *Op. Cit.* p. 88.

³¹⁰ BONACHERA VILLEGAS, Raquel. *El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo. Diario La Ley*, núm. 7045. Disponible en: diariodelaley.es, consultada pp. 1-22, p. 2.

da Mediação no procedimento arbitral, alcançando altos índices de aceitação nas Juntas das Autonomias, eis que essa via encurta caminhos quando a sentença se anuncia bruta causando embaraços às partes e ao árbitro em face da complexidade da causa apresentada, consoante relata a mestre: *Não se pode perder de vistas que a matéria nas Comunidades Autônomas mostram que tem assumido plena competências em matéria de mediação de consumo.*

Utilizando a mediação como um *plus* a propiciar a *paz* social, escopo de todo processo, judicial ou extrajudicial, a normativa vigente arbitral de consumo, em seu art. 38, incentiva sua atualização, asseverando que ainda na fase postulatória do procedimento arbitral, não havendo empecilhos que possam obstar sua admissão, as partes, por consenso mútuo, deverão procurar um acordo que ponha termo ao conflito. Ademais, induz a normativa que usando as partes de tal prerrogativa, caberá ao Secretário da JAC, consignar nos autos a data de início e fim do ocorrido, bem como o resultado obtido.

A escolha do mediador, de comum acordo, deverá sinalizar a este que em seu mister porte-se com os mesmos princípios norteadores da função do árbitro, quais sejam: com independência, imparcialidade e confidencialidade. Em síntese, a atuação do mediador neste procedimento se verifica pelos seguintes atos:

- analisar e qualificar o conflito, e negociar com as partes para encontrar a melhor solução para ambas. Com freqüência, em um conflito coincidem circunstâncias tais como interesses pessoais, tratos indevidos, falta de diálogo, idéias preconcebidas, etc., que fazem com que cada parte se mantenha hermética em sua postura e que, sem a ajuda do mediador, se faça difícil a comunicação. Por isso o mediador tenta identificar quais são as causas fundamentais ou decisivas do desacordo, faz ver às partes as feições que impedem uma aproximação e sugere, quando seja procedente, as atuações a realizar, ou propõe alternativas paralelas.

- O mediador também deve tentar alargar a qualidade da informação ou facilitá-la da maneira mais adequada, para que as partes possam entender a situação desde outra perspectiva: a do benefício mútuo. Deve convencer as partes de que, se não existe certa flexibilidade ou se não estão dispostas a ceder em alguma feição, a mediação não será possível e a negociação pode ser rompida. Se isto não se consegue, será necessário recomendar a utilização de outras vias, como são as da arbitragem de consumo ou a judicial.
- Se as partes aceitam iniciar um procedimento de mediação, é porque valorizaram esta opção, sabem que lhes convém utilizar este procedimento e aceitam a intervenção do mediador. Portanto, é importante fixar as pretensões de cada uma das partes e tentar valorizar as possibilidades reais de resolver as diferenças mediante a aproximação de posturas.
- É importante que as partes assumam que, em toda mediação, tem que existir uma margem de manobra para atuar, já que caso contrário não se trataria de uma mediação.
- O mediador deve aplicar técnicas próprias que favoreçam o fechamento da mediação, mas sem perder nunca a neutralidade; por isso não considera que o consumidor seja a parte mais fraca do relacionamento frente ao empresário. Respeita os oferecimentos e os acordos aos que chegam as partes, já que do que se trata é de encontrar uma solução satisfatória e negociada por ambas as partes.
- O mediador deve ajudar a recapitular, resumir e fixar as bases a fim de que o acordo execute-se.

- Dependendo de cada caso em concreto e das posições das partes, bem como do grau de confiança mútua que observe o mediador, este propõe a forma mais adequada de propor o acordo.
- Em muitas ocasiões, seja pela importância econômica do acordo ou pela mútua desconfiança entre as partes, estas podem propor um acordo por escrito. Este se pode solicitar em forma de um acordo transacional, que tem valor de contrato privado, está regulado pelo artigo 1809 do Código Civil e deve estar assinado por ambas as partes. No suposto de não haver cumprimento poderá ser feito valer o termo ante os tribunais ordinários.

Nem tanto inovadora, a Mediação já era mencionada na anterior legislação, pois a letra b) do art. 4 do RD 636/1993 assinalava como uma das funções das Juntas Arbitrais de Consumo realizar *atuções de mediação a respeito das controvérsias derivadas das queixas ou reclamações de consumidores e usuários*. Neste diapasão, a o uso da mediação confirma que esta prática vem se consagrando e aumentando sua participação nos casos resolvidos pelo sistema arbitral de consumo.

Há que se consignar ainda que também em sede de arbitragem de consumo e na audiência às partes, os árbitros podem tentar a conciliação entre as partes em conflito (*ex-vi* art. 12.4 do RD 636/1993). Efetivamente, a junta arbitral em que tramita uma reclamação de um consumidor pode impulsionar a consecução de um acordo que ponha fim à controvérsia existente entre o consumidor reclamante e o empresário em face ao que se dirige a reclamação.

O Real Decreto 231/2008, finalmente aprovado é menos ambicioso que as previsões que se continham no Capítulo V do Projeto de Lei (arts. 35 a 37), quanto à mediação de consumo. Com efeito, no que tange ao Projeto de Lei que culminou

no RD 231/2008, sabe-se que O Instituto Nacional de Consumo levou anos trabalhando na reforma normativa da arbitragem de consumo. Neste compasso, o INC elaborou um projeto de lei regulamentando a mediação e a arbitragem de consumo e este foi apresentado ao Grupo de Trabalho de Arbitragem constituído por este órgão com o desiderato de desenvolver o projeto.

Assim nos informa MARÍN LÓPEZ³¹¹ que este Grupo, depois de várias reuniões e feitas importantes modificações no texto original, alcançou sua definitiva edição depois de passar por dois anteprojetos anteriores:

Hubo el Borrador de Regulación en junio de 2006. En marzo de 2007 se presentó un primer Proyecto de Real Decreto, al que siguió un segundo en diciembre de 2007. Finalmente, se dicta el RD 231/2008, que consta de sesenta y cuatro artículos (divididos en cinco Capítulos)2, cuatro Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria, y cuatro Disposiciones finales. Se trata, por tanto, de un texto normativo mucho más extenso que el ya derogado RD 636/1993, que constaba sólo de diecisiete artículos.

No Projeto previa-se que o Presidente da Junta Arbitral, uma vez admitido o pedido de arbitragem, designaria um mediador, que tentaria uma solução amistosa do conflito através da mediação, salvo se constasse que esta já havia sido tentada sem sucesso pela Administração da que depende a Junta Arbitral, e salvo que na oferta pública de submetimento realizada pelo empresário, este recusasse a mediação prévia (art. 10.1).

Por sua vez, certas concepções dos exegetas que participaram de uma comissão responsável a elaborar o Projeto de Lei agiram de modo distinto ao esperado, pois, quando deveriam contribuir facilitando a viabilidade deste instituto,

³¹¹ MARÍN LÓPEZ , Manuel Jesús. *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo. Op Cit.p. 2.*

às vezes dificultavam demasiadamente sua propositura inserindo textos desnecessários e de difícil execução, como foi o caso de certos projetos legislativos sobre mediação, que buscavam reservar a função de mediador para determinadas classes profissionais de seu meio (advogados, psicólogos, sociólogos, etc.), e com tal desiderato olvidavam-se do bem maior que deveria se pautar na busca da paz social pela via da facilitação conciliatória, porém, como sempre ocorre, põem tantas regras que inviabilizam a finalidade do instituto. Entendemos que a postura do mediador é facilitar a resolução da contenda, devendo-se pois se afastar de qualquer procedimento complexo que dificulte tal propositura.

Importante ressaltar que, ademais das causas complexas, conforme dito anteriormente, há ainda uma seara muito propícia para a aplicação da mediação no procedimento arbitral que reside nas causas de pequena monta com ínfimo valor econômico. Sobre esta questão, com vistas à diminuição da procura judiciária e resolução dos problemas inerentes à proclamada "crise da justiça", encaminhando a lide de consumo para ser solucionada ante instâncias tecnicamente mais adequadas, conforme nos revela a professora CÁTIA CEBOLA³¹², nos seguintes termos:

O reduzido valor dos litígios de consumo, face às custas processuais em vigor, as especificidades das matérias inerentes ao direito do consumo ou o seu caráter transfronteiriço, no atual contexto de globalização da economia, constituem alguns dos fatores que evidenciaram as deficiências do sistema judicial.

Os conflitos de consumo nascem da especial relação jurídica que se estabelece entre consumidor e agente económico, aquando da aquisição de

³¹² CEBOLA, Cátia Marques. *Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: Panorama português*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo Núm. II-2, Junho 2012 Doutrina.

bens, prestação de serviços ou transmissão de direitos, destinados a uso não profissional.

O objeto das relações jurídicas de consumo respeita muitas vezes a aquisições de bens ou prestações de serviços de baixo preço, o que se projeta no reduzido valor deste tipo de litígios, sendo vulgarmente designados, ainda que forma imprópria, de “bagatelas jurídicas”.

A transferência de competências dos tribunais judiciais para os centros de arbitragem justifica-se não como simples medida profilática, para diminuição da procura judiciária e resolução dos problemas inerentes à proclamada “crise da justiça”, mas antes como atribuição da solução dos litígios de consumo a instâncias tecnicamente mais adequadas, com procedimentos céleres e simplificados, ajustados às particularidades deste tipo de conflitualidade.

Ademais destes apontamentos da ilustre professora lusitana, comunga-se ainda a esta assertiva o emérito professor da Universidade de Salamanca, FERNANDO MARTÍN DIZ³¹³ quando complementa que a matéria relacionada à mediação encaixa-se perfeitamente no processo penal permitindo a composição da pena imposta ao delito por meios outros que não aqueles convencionais, quando a demanda resultar de delitos de menor teor social citando como exemplo a possibilidade de prestação de serviços à sociedade.

Feitas as devidas observações, cumpre-nos ainda lembrar que as disposições contidas no art. 38 do Real Decreto 231/2008 devem ser relacionadas com a previsão de seu art. 6, que trata da funções da JAC, e entre estas anuncia que devem *assegurar o recurso à mediação prévia ao conhecimento do conflito pelos órgãos arbitrais, salvo se não proceda conforme ao previsto no artigo 38.* A tentativa de mediação, uma vez formulada o pedido de arbitragem de consumo,

³¹³ MARTÍN DIZ, Fernando. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Op. Cit.

suspende o prazo de seis meses de que a Junta Arbitral dispõe para ditar o laudo e por um período não superior a um mês (art. 49.1, alínea 2º, RDSAC/2008).

No RDSAC/2008, pois, a diferença dos critérios impostos aos árbitros, mostra-se mais flexível com a figura do mediador, sem precisar literalmente os requisitos necessários para o seu exercício, nem o modo de sua designação. Entretanto, entendemos que o legislador reservou a este profissional a adoção de certas características em sentido *lato*, porquanto, pese não enumerá-la, deixa entender nas entrelinhas, a comparação de sua função com a do árbitro, e, para tanto, os mesmos princípios deontológicos exigidos a este.

A doutrina espanhola dominante³¹⁴ mantém-se afeta ao mecanismo da mediação como forma de facilitar a negociação ou a conciliação, nos moldes da autocomposição, e neutralizar desta maneira a cognição pelo procedimento arbitral ou utilizá-lo tão somente para homologar o acordo entre as partes, vez que isso só viria contribuir para a resolução do conflito.

2.5- Arbitragem de consumo setorial e especializado

Suponha-se que a venda de um produto ou a prestação de um serviço requeiram um expediente ágil, célere e eficaz, em face da pericia do produto ou da imediatez da prestação do serviço, sem o que, seria inócua ou ineficaz a prestação jurisdicional por já estar extemporânea. Ou então, suponha-se que a questão requeira um exímio especialista, perito na matéria objeto de julgamento, e este não existe ou não está disponível na JAC a qual foi proposta a arbitragem de consumo. Pois bem, neste caso, feitas as análises preliminares de admissibilidade do pleito arbitral de consumo e a validade do convênio, as partes serão convocadas para uma audiência onde se estabelecerá o rito que o procedimento deverá tomar, a

³¹⁴ MARÍN LÓPEZ , Manuel Jesús. *Op Cit.*p. 21.

disponibilidade do árbitro especialista naquela junta ou se a causa deve ser transferida para outra JAC, melhor aparelhada com árbitros especialistas para recepcionar o pleito, cuja prorrogação de competência dar-se-á para uma Junta Arbitral de Consumo de superior âmbito territorial que disponha de tal especialidade, com o propósito de designar este profissional entre os árbitros especializados credenciados.

Estas são, em poucas linhas a resenha do objeto da arbitragem setorial e especializada, eis que dependendo da questão a ser tratada, bem poderia ocorrer a indisponibilidade de árbitros especializados em determinadas juntas que inviabilizassem a efetivação da arbitragem de consumo setorializada e ou especializada, razão pela qual a nova normativa as agrega em seu contexto.

Com este desiderato, as arbitragens de consumo inovam em alguns setores antes não amparados pela legislação precedente, conforme se mostra a atualização neste setor do vigente RDSAC/2008. Não esqueçamos que em situações não previstas nesta normativa, as demais deverão estar contidas na analogia supletiva da Lei de Arbitragem vigente, a Lei 60/2003.³¹⁵

Compartilham-se as normas num sistema integrado, pois em algumas arbitragens em determinados setores de atividades comerciais dirigidas a fornecer produtos a consumidores e a prestar serviços a usuários, que com este se integra em sua natureza de arbitragens administrativas e institucionais. Ademais, vale repetir que “salvo no que suas especialidades se oponham ao previsto nesta Lei, ou salvo que alguma norma legal disponha expressamente sua inaplicabilidade”, segue aplicando-se a LA/2003 de forma supletiva a todas as regulações de arbitragens especiais (incluído a arbitragem de consumo), de conformidade com o afirmado nos §§.II e IV de sua Exposição de Motivos.

³¹⁵ ROMERO HERRERO, *El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista*, en Anuario de Justicia Alternativa, nº 4, 2.003.

Entretanto, conforme estabelece o art. 63 RDSAC/2008, que trata do suporte administrativo a outras arbitragens, as Juntas Arbitrais de Consumo poderão assumir, nos termos estabelecidos pelas respectivas Administrações públicas competentes, o gerenciamento e administração de arbitragens setoriais diferentes à arbitragem de consumo, sempre que seu gerenciamento e administração seja encomendada legal ou regularmente a uma Administração pública.

Sob esta conduta de apoio, assistência e suporte às chamadas arbitragens especiais ou setorizadas, notamos que algumas normas reguladoras de atividades postas ao dispor dos consumidores de produtos e serviços, consideram adequadas ao sistema e remetem expressamente à arbitragem de consumo sua resolução.

Assim acontece em várias situações representadas pelos conflitos que possam ser propostos em matéria de seguros, setor este no que o art. 61.2 da Lei de Ordenação e Superintendência dos Seguros Privados remete à arbitragem regulada no art. 31 da LGDCU – atual art. 57 TRLGDCU- e normas concordantes; de telecomunicações, de conformidade com as previsões do art. 38.1 da Lei 32/2003, de 3 de novembro, Geral de Telecomunicações [BOE núm. 264, de 4 de novembro], ao teor do qual “os operadores que exploram redes ou que prestem serviços de comunicações eletrônicas e os consumidores que sejam pessoas físicas e outros usuários finais, poderão submeter as controvérsias que lhes enfrentem ao conhecimento das juntas arbitrais de consumo.

De forma mais abrangente, neste setor de telecomunicações ainda há a previsão de que, caso não queiram submeter-se às juntas arbitrais de consumo, ou no caso de que não sejam estas competentes para a resolução do conflito, o Ministério de Ciência e Tecnologia estabelecerá procedimento conforme ao qual os usuários finais poderão submeter à sua decisão ditas controvérsias; e no âmbito dos serviços postais, de acordo com o encaminhamento que se faz nos art. 5.1 da Lei 24/1998, de 13 de julho, de Regulação do Serviço Postal Universal e de

Liberalização dos Serviços Postais, e o art. 20.1 de seu Regulamento de desenvolvimento, aprovado pelo RD 1829/1999, de 3 de dezembro.

Estes setores especiais com legislação própria, como é o caso dos transportes terrestres, os arts. 37 e 38 da Lei 16/1987, de 30 de julho, de Ordenação dos Transportes Terrestres [BOE núm. 182, de 31 de julho], aplicável aos transportes de viajantes e de mercadorias, bem como às atividades auxiliares e complementares do transporte, regula em seus arts. 37 e 38 as chamadas “Juntas Arbitrais de Transporte”, como instrumentos de proteção e defesa das partes que intervêm no transporte.

Ao teor do citado art. 38 da LOTT, em sua redação dada pela Lei 29/2003, de 8 de outubro, de melhora das condições de concorrência e segurança no mercado de transporte por estrada [BOE núm. 242, de 9 de outubro], as Juntas Arbitrais decidirão, com os efeitos previstos na legislação geral de arbitragem, as controvérsias surgidas em relação ao cumprimento dos contratos de transporte terrestre e das atividades auxiliares e complementares do transporte por estrada que sejam submetidas ao seu conhecimento.

Pela regra geral, existe a presunção de que o sistema deva avocar para a arbitragem de consumo controvérsias, cujo valor da causa não ultrapasse 6.000€ (seis mil euros), e, também, como não poderia deixar de ser, o respeito à convenção de arbitragem, conforme prescreve o apartado 2º, do art. 38, da citada lei, que ademais “nenhuma das partes intervenientes no contrato manifeste expressamente à outra sua vontade contrária antes do momento em que se inicie ou devesse ser tido iniciado a realização do serviço ou atividade contratada. Na mesma linha deste apartado 2º, insta-se que o Governo, ao determinar regularmente o procedimento conforme o qual deve substanciar-se a arbitragem, deve estar caracterizada pela simplificação de trâmites e pela não exigência de formalidades especiais.

Afastada a hipótese vislumbrada na questão anterior e que, em outra situação, a reclamação submetida a arbitragem seja originada de um consumidor ou usuário, conforme estabelece o art. 3 do TRLGDCU, em face a um empresário do setor de transportes, o apartado 7 do art. 8 do Regulamento de Ordenação dos Transportes Terrestres (RD 1211/1990, de 28 de setembro) prevê que as Juntas Arbitrais estarão compostas do seguinte modo, segundo o estabelecido nos apartados 1: As Juntas Arbitrais de Transporte estarão compostas pelo Presidente e por um mínimo de dois e um máximo e quatro Vogais designados todos eles pelas Comunidades Autônomas a que se refere o ponto 1 do artigo anterior, ou, se for o caso, pela Direção geral de Transportes Terrestres. Deverão, em todo caso, fazer parte das Juntas os dois Vogais representantes dos carregadores ou usuários e das Empresas do setor do transporte a que se referem os pontos 3 e 4 deste artigo e 4 O vogal obrigatório restante será ocupado pelo representante das Empresas de transporte ou de atividades auxiliares e complementares deste.

A tal efeito, poderão ser designadas várias pessoas em representação dos diversos setores do transporte, que não poderão exceder dois que constituam seção independente no Comitê Nacional do Transporte por Estrada, existindo no mínimo um representante do setor das Empresas de transporte de viajantes e outro de mercadorias. Se designará assim mesmo, ao menos um representante das Empresas de transporte por ferrovia. Segundo determine o órgão competente, a nomeação das pessoas a que se refere a alínea anterior se realizará a proposta do órgão institucionalizado de representação das Empresas de transporte existentes, se for o caso, no território da Comunidade Autónoma de que se trate, das Associações representativas do setor em dito território ou do Comitê Nacional do Transporte por Estrada, e de RENFE ou, se for o caso, outras Empresas ferroviárias deste mesmo artigo, e o outro vogal será ocupado por um representante das Associações de Consumidores e Usuários, designado a proposta do Conselho de Consumidores contemplado no art. 5 e concordantes do Real Decreto 825/1990, de 22 de junho.

Ademais, acrescenta o estudo de JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO³¹⁶:

Nos casos de reclamações de usuários de meios de transporte em face aos prestadores destes serviços produz-se, portanto, uma sobreposição plena entre o âmbito objetivo da arbitragem setorial que, em matéria de transportes se deriva desta regulação e o sistema geral de arbitragem de consumo, pelo que se tem postulado a conveniência de que a arbitragem especial de transporte se articule como a via adequada para resolver unicamente conflitos entre profissionais ou empresários, evidenciando necessariamente as reclamações de consumidores e usuários na arbitragem de consumo, toda vez que o art. 39.1 do RDSAC/2008 permita que a designação dos membros das Juntas Arbitrais de Consumo recaia em árbitros especializados quando, conforme os critérios estabelecidos pelo Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo, o conflito deva ser conhecido por um órgão arbitral especializado.

2.6- Princípios aplicáveis ao procedimento arbitral de consumo

Os Princípios básicos do funcionamento do sistema arbitral de consumo ou os elementos definidores do sistema arbitral de consumo de conformidade com a configuração da que é objeto o art.41 do RDSAC 231/2008 que o regula, são:

1. O procedimento arbitral de consumo se ajustará aos princípios de audiência, contradição, igualdade entre as partes e gratuidade;

2. Os árbitros, os mediadores, as partes e quem prestem serviço nas Juntas Arbitrais de Consumo, estão obrigados a guardar confidencialidade da informação que conheçam no curso do procedimento arbitral.

³¹⁶ BUSTO LAGO. José Manuel. *Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de los Conflictos de Consumo*. Ed. Aranzadi – INC, Cizur Menor, 2008 (2ª ed.).

No Sistema de Arbitragem de Consumo, o enunciado do art. 41, do RDSAC/2008, alude aos quatro princípios básicos que devem nortear o procedimento arbitral e assim o faz iniciando pelo princípio da audiência, ao preconizar que ambas as partes podem acudir perante a Junta Arbitral de Consumo para expor oralmente ou por escrito as alegações consideradas necessárias para a oferta de suas pretensões ou a tese da melhor defesa de seus interesses, podendo apresentar documentos que estimulem importantes para apoiar suas pretensões ou oferecer. É a aplicação no âmbito da arbitragem, do princípio jurídico de que ninguém pode ser julgado sem ser ouvido, nem condenado sem ser vencido. A observação deste princípio impõe que as citações se efetuem de forma a garantir o conhecimento delas pelas partes.

O princípio de audiência comporta, como principal conteúdo, que as partes do litígio possam expor suas respectivas pretensões e alegações ante o órgão arbitral, no mínimo em uma ocasião. O art. 44 do RDSAC garante esta audiência, dispondo, com caráter geral, que a audiência poderá se escrita, utilizando a assinatura convencional ou eletrônica ou oral, seja presencialmente ou através de vídeo conferências ou outros meios técnicos que permitam a identificação e comunicação direta dos presentes. As partes devem ser citadas às audiências com suficiente antecedência e com advertência expressa de que nela poderão apresentar as alegações e provas que estimem precisas para fazer valer seu direito.

O princípio do contraditório referenda a possibilidade da mais ampla defesa do reclamado no procedimento arbitral de consumo. No Processo Civil, à guisa de uma ilustração mais clássica, o princípio do contraditório se caracteriza pela garantia ou cautela encaminhada a que as partes possam efetuar um autêntico debate, com a possibilidade de formular suas contestações ou réplicas frente às posições do contrário. Ao que se possa dizer do contraditório, alguns autores apegam-se nos quesitos da contrariedade e contraditoriedade, afirmando que

constituem espécies do gênero oposição, que são afirmação e negação do mesmo predicado em relação ao mesmo sujeito conforme diferenciação feita por J. CANUTO MENDES³¹⁷:

A contrariedade se exprime em ato, pois o autor e o réu formulam pedidos, que se constituem na contraposição, o elemento fundamental da contrariedade. Os elementos do pedido são a proposição e a conclusão. Assim, forma-se a proposição: da premissa do pretense direito objetivo formal - a lei - e da premissa do pretense direito objetivo material - o fato; e dessas premissas decorre a conclusão.

Na espécie processo Civil, ao adentrar-se no gênero processo de conhecimento, a cognição do fato para a aplicação do direito, outros autores aprofundam ainda mais suas teses ao cotejar fases processuais como o conhecimento e a execução, conforme nos ensina COUTURE³¹⁸, *ipsis literis*:

No processo de conhecimento, essa igualdade deve consistir em dar a ambas as partes "análogas possibilidades de alegações e provas"; e no processo de execução, em admitir, através de termos mais reduzidos, os necessários meios de controle para evitar uma liquidação ruínosa dos bens do devedor.

Em sentido oposto a certas questões processuais, conforme se apresenta a tese para o surgimento da antítese, contesta GRINOVER³¹⁹, ao afirmar que:

³¹⁷ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A Contrariedade na Instrução Criminal*. São Paulo. Saraiva. 1937. p. 104.

³¹⁸ COUTURE, Eduardo, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*, in *Estudios de Derecho Procesal Civil*, 1948, vol. 1, pp. 47-51.

³¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. Cit.* p. 23.

A tese e a antítese, no diálogo processual, são representadas exatamente pela ação e pela defesa - mais uma vez em seu sentido mais amplo - sendo esta correlata àquela, ou antes, justaposta, como força contrastante; que as partes não de gozar de igual idoneidade técnica e dispor de situações subjetivas análogas, de modo que a função que exercem tenha a mesma eficácia dinâmica no plano dialético. E, finalmente, que o processo jurisdicional moderno não pode abrir mão daquele tipo particular de colaboração que se realiza por intermédio do contraditório, exatamente entendido como método de busca da verdade baseado na contraposição dialética.

O princípio da contradição, complementar ao de audiência, implica na necessidade de que a parte à que se dirige a reclamação possa conhecer com exatidão os termos da pretensão formulada pela parte reclamante de modo a articular de maneira adequada seu direito de defesa. A sua vez, a parte reclamante precisa conhecer as alegações argumentadas na defesa pela parte reclamada. A possibilidade de promover uma conciliação entre as partes do conflito, a que se observa na natureza presente do órgão arbitral, que deve ter a pretensão de perseguir no trato da audiência (art. 42.1 do RDSAC/2008), é o fato de que se favoreça a imediatidade de se evitar os traslados às partes, devem advogar pela opção do desenvolvimento oral destas atuações, em face ao alternativo regulamento entre a audiência oral e escrita que se persegue no art. 44.1 do RDSAC/2008.

A igualdade de tratamento deve nortear os atos do árbitro no mister de sua função. Este princípio, também conhecido por princípio da isonomia ou reciprocidade deve conceder a cada uma das partes, ao longo do decorrer do procedimento, paralelas possibilidades de alegar e provar, sem existir nenhum desequilíbrio entre elas. Significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direito e

pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta etc. Como explica CHIAVARIO³²⁰, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes.

Oportuno para ilustrar esta questão é lembrar o enunciado da legislação processual civil brasileira que, conforme se observa (art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil), a igualdade de tratamento das partes é um dever do juiz e não uma faculdade. As partes e os seus procuradores devem merecer tratamento igual, com ampla possibilidade e oportunidade de fazer valer em juízo as suas alegações.

O princípio de igualdade exige que as partes do conflito disponham das mesmas oportunidades de alegação, prova, conclusão e impugnação. A estes efeitos, o art. 42.3 do RASAC/2008 prescreve que de todas as alegações escritas, documentos e demais instrumentos que uma das partes contribua aos árbitros se dará traslado à outra parte. Assim mesmo, se poderão ao dispor das partes os documentos, ditames periciais e outros instrumentos probatórios nos que o órgão arbitral possa fundar sua decisão.

Entretanto, ao se aprofundar na seara do Direito do Consumidor, que reza pela sua defesa e lhe ampara numa condição de desigualdade, vale lembrar a premissa maior defendida por muitos autores de que dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

³²⁰ CHIAVARIO, Mario. *Terrorismo y Proceso Penal acusatorio*. Editorial: Tirant lo Blanch. Edición: 1 del Año: 2008.

O derradeiro princípio, próprio da arbitragem de consumo, é o da gratuidade, o qual engloba diversos aspectos: custas dos árbitros, gastos do processo, custas das provas quando praticadas de ofício, caso não sejam as partes que deverão custeá-las, mas, na maioria das vezes, tais provas periciais são acordadas de ofício.

Este princípio da gratuidade reside na máxima do direito do cidadão e do dever do Estado. Hodiernamente esta questão de acesso à justiça vem tomando espaços cada vez maiores dentre a doutrina que prega a viabilidade do Estado prestar serviços ao seu público alvo que é o cidadão. São direitos adquiridos ao longo do tempo e que vão se consolidando como a necessidade contemporânea.

Esses novos direitos são resultado das transformações econômicas, sociais e políticas (ocorridas nos séculos XVIII e XIX) exteriorizadas nas declarações de direitos, ampliando de forma significativa o rol de possibilidades do exercício da cidadania por parte dos jurisdicionados. Dessa forma, foi despertada a necessidade de garantir a efetivação dos mesmos, retirando-os do plano meramente formal e trasladando-os para o âmbito pragmático, o que só é possível com a ampliação do acesso aos serviços jurisdicionais.

No Brasil, este princípio de gratuidade de justiça, insculpido na reforma do Poder Judiciário ocorrida gradativamente, fez com que certas questões de ordem social viessem à lume a abrir portas para o jurisdicionado. Nessa perspectiva, a Lei n. 9.099/95 instituidora dos Juizados Especiais, substitutos dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/84), foi elaborada com o intuito de aproximar o cidadão do Poder Judiciário, indo ao encontro das recomendações da moderna processualística, além de profundas reformas no processo civil, criando um verdadeiro *microssistema* processual.

Ademais, a corroborar com o sentido econômico embutido no bojo da questão, acrescentou-se mais um ponto a favor do consumidor da Justiça menos favorecido, qual seja, a dispensa do advogado, pois, a lei retro citada trouxe em seu art. 9º a dispensa do causídico quando a causa não ultrapassar o valor de 20 (vinte) salários mínimos; o art. 54 que trouxe a gratuidade em sede de Juizado Especial e o art. 55, a não condenação em custas e honorários advocatícios do vencido na demanda.

De volta ao sistema arbitral de consumo espanhol, textualmente o item 2 do citado art. 41 do RDSAC/2008, assim alude³²¹:

Os árbitros, os mediadores, as partes e quem prestem serviço nas Juntas Arbitrais de Consumo, estão obrigados a guardar confidencialidade da informação que conheçam no curso do procedimento arbitral.

Este item 2 faz referência ao princípio da ética e deontologia. Do grego “*ethiké*” ou do latim “*ethica*” (ciência relativa aos costumes), ética é o domínio da filosofia que tem por objetivo o juízo de apreciação que distingue o bem e o mal, o comportamento correto e o incorreto. Os princípios éticos constituem-se enquanto diretrizes pelas quais o homem rege o seu comportamento, tendo em vista uma filosofia moral dignificante. Os códigos de ética são dificilmente separáveis da deontologia profissional, pelo que não é pouco freqüente os termos ética e deontologia serem utilizados indiferentemente.

Os componentes das JACs devem observar tais princípios, vez que no mister de seu ofício estão equiparados aos serventuários públicos, sobretudo o profissional jurídico, e, para tanto devem se comportar segundo as regras contidas

³²¹ RDSAC/2008, art. 41.

nas normas de conduta aplicadas, segundo os princípios gerais da Deontologia forense, que assim se enumeram:

1. Conduta ilibada;
2. Dignidade e decoro profissional;
3. Incompatibilidade;
4. Correção profissional;
5. Companherismo;
6. Diligência;
7. Desinteresse;
8. Confiança;
9. Fidelidade;
10. Independência profissional;
11. Reserva;
12. Lealdade e Verdade;
13. Discricionariedade;
14. Outros princípios éticos das carreiras jurídicas: da Informação; da solidariedade; da Cidadania, da Residência; da Localização; da efetividade e da continuidade da profissão forense; da Probidade profissional; da Liberdade profissional; da Função social da profissão; da "Severidade para consigo mesmo"; da Defesa das prerrogativas profissionais; da Clareza, pureza e persuasão na linguagem; da moderação; e da Tolerância.

2.7- Tramitação

O procedimento arbitral de consumo resulta do cotejo havido com a sistemática do processo civil, eis que ambos marcham pelas mesmas linhas, ou seja, em síntese apertada nos aponta que qualquer que seja o processo, este se divide em três fases distintas, a saber: postulatória, instrutória (probatória) e decisória.

Desta feita, sabemos que ao se iniciar um processo, este se dá pelo chamado direito de ação, de ambas as partes, porquanto à parte demandante incumbe expor os fatos e as razões de seu pedido, na mesma medida que proporciona à parte demandada a oportunidade de argüir suas alegações de defesa, ambas acompanhadas das provas (documental, depoimento pessoal, testemunhal e pericial) as que pretendem valer para consolidar suas pretensões.

Assim, após as análises preliminares de admissão do feito, dá-se início à fase postulatória do processo. Portanto, como dito, a fase postulatória é aquela em que se formulam demanda, fazem-se as citações e tem o demandado a oportunidade para oferecer sua defesa. É a fase inicial do procedimento, ou introdutória.

Cediço que dentro desta fase preliminar de análise, em que por meio da petição inicial se dá partida ao feito, os demais procedimentos vêm se intercalando, um a um, por meio de uma marcha processual que se exaure na decisão final, pondo termo ao processo. Comungando das lições de DINAMARCO³²², este assim diz.

Postular é pedir, pleitear, demandar. O primeiro ato de todo e qualquer procedimento, no processo civil brasileiro, é sempre uma demanda - ou seja, o ato com que um sujeito apresenta sua pretensão ao Estado juiz e provoca a instauração de um processo com o objetivo de obter-lhe a satisfação. Sem demanda processo algum se forma. Por isso, é intuitivo que, dividido o procedimento em fases, é na primeira delas que se situa a demanda inicial do autor.

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Procedimento Ordinário na Teoria Geral do Procedimento*. Disponível em: xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina39.htm.

Após complementados os atos processuais pelos quais se instaura o processo, o demandado é chamado ao feito pela via da citação, que ordinariamente comparece (quando não revel) com sua demanda defensiva, postulando para si uma tutela jurisdicional. Ele postula tutela plena, ao pedir a improcedência do pedido do autor e, portanto a prolação de sentença reconhecendo a sua razão pelo mérito; ou postula uma tutela menos intensa, mediante a extinção do processo sem julgamento do mérito. Em ambos os casos o réu está deduzindo demanda e, portanto, postulação.

Aplicando-se a teoria do processo civil à prática do procedimento arbitral de consumo, de igual modo, recebido o pleito do demandante para expediente, notifica-se o demandado para contestar o pedido inicial, ao que se estabelece a relação jurídico-processual. Entretanto, antes mesmo de abrir prazo para o demandado contestar, o presidente da JAC deve oportunizar as partes a se conciliarem, nos termos conforme preconiza o art. 42.1- *o órgão arbitral dirigirá o procedimento com sustentação ao disposto nesta norma, podendo instar às partes à conciliação.*

Não se obtendo êxito na conciliação, dá-se seguimento ao feito para receber a contestação do demandado, situação em que *“as alegações apresentadas pelo reclamado, conforme ao previsto no artigo 37, terão o valor de contestação ao pedido de arbitragem, e se integrarão, junto do pedido e a documentação instruída pelas partes, no procedimento arbitral”* (art. 42.2).

Ao contrário do que acontece com o pedido inicial, a norma contida no teor do art. 42 e seus apartados, do RDSAC/2008, não assinala qual tenha que ser o conteúdo da contestação, no que se presume que a mesma siga a rota processual civil que indica que compete ao demandado alegar neste momento, sob pena de intempestividade, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do demandante e especificando as provas que pretende produzir.

Este apartado limita-se a assinalar que o empresário reclamado poderá formular “as alegações que estime oportunas para fazer valer seu direito [art. 37.3.a) e b)]. Note-se que deixa em branco o prazo de que dispõe o empresário reclamado para formular suas alegações: poderia ser de quinze dias, contados desde a notificação que marca o início do procedimento arbitral (se constar a existência de convênio arbitral) ou desde a notificação do pedido de arbitragem (se não constar a existência de convênio arbitral ou este não for válido).

Conforme enfatiza MARÍN LÓPEZ³²³:

A existência de um prazo para apresentar alegações pelo empresário reclamado deve ser enfatizado, em um duplo sentido. Em primeiro lugar, é possível que o reclamado não conteste nem formule alegação alguma. Isso não significa contestação nem admissão dos fatos alegados pelo consumidor, pelo que poderá ser ditado um laudo indeferindo a petição do consumidor. Mas é que, em segundo lugar, as partes poderão modificar ou alargar o pedido e a contestação em qualquer momento (art. 43.1 RDAC, inspirado no art. 29.2 LA), sempre que o façam antes do período de finalização do trâmite de audiência. Conforme esta previsão, o consumidor e o empresário poderão formular novas pretensões, alegando para isso o que estimem pertinente, e propor novas provas em que estejam baseadas essas petições.

Tudo isso, com o limite temporário citado (art. 44.1. II RDAC), e respeitando sempre o princípio de contradição e igualdade entre as partes. Nesta linha, conforme dispõe o apartado 3: “de todas as alegações escritas, documentos e demais instrumentos que uma das partes facilite aos árbitros se dará traslado à outra parte. Assim mesmo, se porão ao dispor os documentos, laudos periciais e

³²³ MARÍN LÓPEZ, Manuel María. *Op. Cit. (Análisis del Real Decreto 231/2008)*, p. 17.

outros instrumentos probatórios os quais o órgão arbitral possa fundamentar sua decisão". (art. 42.3 RDAC/2008, cópia literal do art. 30.3 A).

2.8- Reconvenção e modificação de pretensões das partes

Sabemos que a normalidade do rito ordinário implica que enquanto o demandante age, o demandado simplesmente reage, defendendo-se da pretensão do autor. Como ensina CHIOVENDA³²⁴ "conquanto o réu se valha de diversas exceções, seu pedido tende sempre à rejeição de demanda do autor". Ele nada pede para si, se não a improcedência do pedido. Pensamos ser impossível falar de processo sem lembrar do inesquecível mestre italiano, da qual extraímos de sua doutrina a lição acerca da reconvenção, o entendimento de que sobre o denominado "direito de ação", torna-se visível quando o mestre afirma que "o réu, ao defender exerce igualmente uma ação, que para ele seria o direito a demandar uma sentença".

Entretanto, existem situações em que o demandado pode sair de sua condição de defesa e passar ao ataque, colhendo o ensejo do feito e propondo contra o demandante uma pretensão inversa. A esta ação do demandado proposta dentro do processo originário, contra o demandante, dá-se o nome de *reconvenção*.

No Direito Processual Civil a reconvenção, todavia, é mera faculdade, não um ônus como a contestação. Da sua omissão, nenhum prejuízo decorre para o direito de ação do demandado, pois, se não formulou a resposta reconvenicional, pode, mesmo assim, ajuizar ação paralela perante o mesmo juiz, mesmo depois de vencido o prazo de reconvir, para ajuizar o pedido contra o autor que poderia ter sido objeto da reconvenção.

³²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I (1998), p. 332.

Na realidade são causas conexas no mesmo feito, já que a *causa petendi* reside no mesmo endereço, tanto do demandante como do demandado, apenas havendo uma inversão de papéis, deste e daquele, cada um acreditando ser possuidor do melhor direito. Sendo a demanda reconvençional uma inversão de pretensão, ela deverá ser proposta com a observância de todos os requisitos que a lei exige para a propositura de uma ação autônoma. Deve, pois, o reconvinte demonstrar a exigência dos chamados pressupostos processuais, formulando a reconvenção através de uma petição semelhante aquela que ele faria se desejasse propor o pedido reconvençional separadamente sob forma de ação autônoma, dando, portanto, os fundamentos de fato e de direito de sua demanda e formulando o pedido correspondente.

Na aplicação das lições de processo civil no procedimento arbitral de consumo, alude a normativa do artigo 43 do RDSAC/2008, a possibilidade do demandado contratar sob o pálio da reconvenção.

Pensamos que se a fase postulatória termina antes da probatória, ou seja, é uma fase preparatória para a seguinte, vale dizer que, nos termos conforme expostos por este item 43.1, da normativa arbitral de consumo, tanto o pedido como a contestação podem ser alterados a qualquer tempo nesta fase, dando azo inclusive, a propositura da reconvenção, até que se tenha exaurido dita fase. Pensamos ainda que aqui, até que se resolva esta fase, concluindo-se o produto da próxima fase, a JAC deve sanear o processo, a permitir sua continuidade sem vícios.

Ainda que possamos prever que cada fase antes de estar conclusa deve ser filtrada de qualquer vício a comprometer sua continuidade, somos obrigados a aceitar também que o saneamento do processo se faz a todo instante, pois além da análise procedimental preliminar, feita de ofício ou a requerimento da parte interessada, a atividade do saneamento do feito, a qual, embora tenha momento

propício para ser realizada, é levada a efeito continuamente durante todo o desenrolar do procedimento.

O RDSAC/2008 ao prever o instituto da reconvenção, supriu uma lacuna até então existente na legislação arbitral de consumo de 1993, chegando a tempo para reparar tal omissão, eis que a questão da inversão de partes no procedimento pode ocorrer com naturalidade, porém, o empresário se quisesse demandar o consumidor, pela normativa anterior não poderia fazê-lo por esta via arbitral, no que a norma vigente veio permitir-lhe tal possibilidade por meio da reconvenção, mantendo-se como órgão competente para apreciar o pleito.

Com efeito, insistimos que mesmo que se mantenha a continuidade da competência arbitral de consumo para recepcionar a pretensão do reconvinte, os árbitros estarão aptos a admitir ou não o pleito, se o mesmo versa sobre matéria suscetível de arbitragem de consumo ou se não existe conexão entre suas pretensões e as pretensões do pedido de arbitragem (43.2). A inadmissão da reconvenção se resolverá no laudo que ponha fim à controvérsia.

Admitida a reconvenção, se outorgará ao reconvindo igual tratamento ao que lhe fora dado quando autor, qual seja, ser-lhe-á aberto prazo de quinze dias para apresentar suas contra razões e, se for o caso propor prova (43.3), mantendo-se idêntico procedimento saneador procedendo a conferência dos atos de pré requisitos para ultrapassar à fase seguinte que desaguará na audiência.

No mesmo diapasão quanto à possibilidade de modificação de pretensões ou sua ampliação, a parte autora deverá saber com suficiente antecedência a pretensão reconvenicional do empresário, com vistas a possibilitar sua adequada defesa.

Devemos ainda observar que ao prévio traslado da reconvenção ao consumidor ou usuário, há de se facilitar que este se oponha, porém, antes que

ocorra a fase de audiência, quando então será necessário sobrestar o feito para conceder-lhe prazo de resposta e igualdade de condições. Ainda que a norma permita adentrar-se à fase seguinte para resolver a questão, com a suspensão do feito, pensamos não ser o procedimento mais correto, eis que isso somente causaria atraso desnecessário, vício que pode ser corrigido com o saneamento do processo.

O espírito na norma preconiza que esta possibilidade que se oferece ao empresário fazer uso da reconvenção deve ser utilizada com parcimônia, sem intenção de retardar o feito com procrastinações desnecessárias. É por isso que a análise perfunctória da admissão da reconvenção deve ser feita com critério, sob pena de comprometer a característica essencial da arbitragem, de proporcionar às partes celeridade e eficácia no procedimento.

Este raciocínio é o mesmo aplicado ao procedimento civil na improbidade do pedido, pedido juridicamente impossível ou a litigância de má fé, que podem fazer da reconvenção uma arma inapropriada para procrastinar o feito, consoante a determinação da legislação processual civil espanhola que prevê no art. 406.1 (LEC)³²⁵:

Ao contestar à demanda, o demandado poderá, por meio da reconvenção formular a pretensão ou pretensões que ache que dizem respeito do demandante. Só se admitirá a reconvenção se existir conexão entre suas pretensões e as que sejam objeto da demanda principal.

Nesta mesma linha, por uma questão de coerência com o sistema, a pretensão reconvenicional deverá ser compatível e suscetível de ser submetida a arbitragem, e por tanto matéria de livre disposição pelas partes e não excluída do âmbito arbitral de consumo ex-vi, o previsto no art. 2 do RDSAC/2008.

³²⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A questão se nos aparenta mais complexa se esta oportunidade de reconvenção der margem a outras dela derivadas, por exemplo a pretensão do reconvinente denunciar a lide com a intervenção a terceiros, querendo com isso formalizar um litisconsórcio voluntário ou necessário. Para melhor vislumbrar esta possibilidade, pensamos oportuno trazer à lume o entendimento de SEISDEDOS³²⁶, que assim expõe seu pensamento:

A situação não tem porquê ser um caso de laboratório. Pense em um usuário demandante de uma tinturaria em que o empresário se submeteu a arbitragem e resolveu reconvir contra o consumidor e a empresa responsável do produto de limpeza aplicado ou contra o fabricante da roupa. É por isso que resulta especialmente recomendável e sem prejuízo, insistimos nas ações de repetição que pudesse dispor o empresário afetado desfavoravelmente pelo laudo que deveria ser contra quem estime responsável, e entende necessária a determinação pelo usuário de todos os demandados desde o começo, apesar de que não somos alheios à possibilidade de que nem todas as partes se submetam ao sistema arbitral, motivo pelo que o usuário foge com frequência desta possibilidade.

*Por último e sem que isso suponha contradição com a possibilidade de esclarecimento e inclusive ampliação da reclamação formulada pelo usuário em fase de audiência com a anuência do empresário, é preciso referir à regra conhecida como *mutatio libellis*, consistente na impossibilidade de que as sucessivas alegações das partes possam acometer uma mudança no objeto afixado no pedido de arbitragem, a contestação, e se for o caso, a reconvenção.*

Com efeito, a questão também encontra amparo na legislação processual civil espanhola, conforme preconiza o art. 412 da LEC, sobre a proibição da

³²⁶ RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio. *Op. Cit.*, p. 202.

mudança de demanda e modificações admissíveis. Outra não seria a tendência da legislação arbitral de consumo, se não cotejasse os mesmos preceitos também no art. 413 da citada legislação processual civil, que regula: *Influência da mudança de circunstâncias na sentença sobre o fundo da questão. Satisfação extraprocessual. Perda de interesse legítimo, conforme se deduz de seu apartado nº 1, ipso iure*³²⁷.

1. Não se terão em conta na sentença as inovações que, após iniciado o julgamento, introduzam as partes ou terceiros no estado das coisas ou das pessoas que der origem à demanda e, se for o caso, à reconvenção, exceto se a inovação privar definitivamente de interesse legítimo as pretensões que se tivessem deduzido na demanda ou na reconvenção, por ter sido satisfeitas extra processualmente ou por qualquer outra causa.

2.9- Audiência e provas

Passando-se à fase seguinte no procedimento arbitral de consumo e exaurida a preliminar fase postulatória, deve-se lembrar que sempre haverá oportunidade para a conciliação das partes e nesta altura dos acontecimentos nada há de mais propício que reiterar a circunstância e utilizar o momento como se fora uma audiência prévia, cujo desígnio principal será o de tentar a composição amigável das partes e, se assim ocorrer pôr termo ao feito. Entretanto, se não for possível, dar-se-á seqüência à fase instrutória, fixando os pontos controvertidos, decidindo as questões processuais pendentes, determinando as provas a serem produzidas e, se necessário, sanear o processo para sua finalização.

O intuito de realizar a conciliação, como forma de composição de litígios, configura a tendência das legislações modernas que trazem incutidas em seu bojo o princípio da celeridade, o que proporciona uma grande agilidade à realização do

³²⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, arts. 412 e 413.

feito, resguardando as partes litigantes dos desgastes que possam advir com o a continuidade dos trâmites procedimentais

Em regra, a audiência é um ato processual solene, público quando o caráter do feito assim o permitir, presidido pelo julgador, ou em se tratando de órgão colegiado, pela Junta comandada por seu presidente. Este deverá ouvir as partes e, se for o caso, seus procuradores ou representantes, com o fim de buscar elementos norteadores para formar sua convicção.

Salvo situações alheias, a audiência de instrução deve ser una e contínua, mesmo quando não for possível iniciar e terminar os trabalhos em uma mesma sessão, isso deve ser evitado e não deve existir outra ou várias, em face da descondensação do ato e a desconcentração do julgador, e sim permitir a este apurar de uma só vez seu livre convencimento para não se dispersar em sessões seguintes. Por isso, tudo deve ser resolvido em um só ato, pois, se houver mais de uma sessão, será altamente prejudicial para a eficácia do ato, pois, podem existir vícios capazes de gerar nulidade, prejudicando os atos posteriores, razão pela qual a audiência deve ser entendida como um ato único, jurídico e perfeito.

O procedimento oral lastreado no depoimento das partes e a oitiva das testemunhas e demais situações assemelhadas que possam corroborar para a obtenção dos elementos necessários à comprovação dos fatos e a busca da verdade real para o livre convencimento do juiz. Trata-se de um princípio basilar para garantir a legalidade do processo, conforme preconiza GIMENO SENDRA:³²⁸

Fundamentalmente en un nuevo sistema procesal civil debe darse siempre la oportunidad a las partes a manifestarse antes de que se dicte una resolución judicial.

³²⁸ GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas. Madrid, 1981.

A conciliação no procedimento arbitral de consumo não está textualmente inscrita em um artigo específico, porém implícita no sentido tácito que o espírito da norma predica. A doutrina a conceitua como *conditio sine qua non* aos objetivos que o sistema preconiza. Para BLANCO CARRASCO³²⁹, a conciliação deve ser identificada com o comparecimento das partes no conflito ante uma terceira pessoa para sua solução, evitando assim a provocação de um pleito. Ademais a distingue entre conciliação judicial e conciliação extrajudicial, conforme Apregoa o autor:

Dentro da denominada conciliação judicial, cabe a sua vez diferenciar dois modelos. Por uma parte podemos referir-nos à denominada conciliação pré-processual, seguindo a regulação ainda vigente da antiga LEC de 1881, em seus artigos 460 a 480190. Para o conhecimento desta conciliação resultarão competentes tanto os Julgados de Primeira Instância como os Julgados de Paz, do domicílio do demandado, com independência da quantia litigiosa. Tendo em conta que sua finalidade não é dar origem a um processo, principiará com o que o legislador denomina “papeleta” em local de demanda, sem que precisem ser subscritas por letrado nem solicitador. Caso de atingir-se um acordo ou avença no ato de conciliação, este receberá força executiva em virtude do disposto no artigo 476 da LEC 1881. Resulta interessante recordar, que conforme o disposto no artigo 395 da LEC, para a condenação em custas em caso de entendimento, se entenderá que esta é em todo caso procedente se o demandante promover previamente o ato de conciliação contra o demandado. Por outra parte, na conciliação também existe a possibilidade de que no seio de um processo declarativo, se produza a conciliação ou transação, tal e como dispõem os artigos 415 e 428 da LEC na fase de audiência prévia.

Assim, do mesmo modo que determina o processo civil, aplicado subsidiariamente na arbitragem, para a realização da audiência no Sistema de

³²⁹ BLANCO CARRASCO, M. *Op.Cit.* p. 46.

Arbitragem de Consumo, o art. 44 do RDSAC/2008, preconiza que se observe ditas regras com o fito de resguardar a legalidade do ato.

Com a alteração da nova norma vigente, o RDSAC/2008 inovou e oportunizou inéditas formas de convenção de audiência. Assim, poderá ser escrita, utilizando a assinatura convencional ou eletrônica, ou oral, podendo inclusive permitir o uso de vídeo conferências ou outros meios técnicos que permitam a identificação e comunicação direta dos presentes (art. 44.1). Ademais, a audiência deverá ser editada por ata que será assinada pelo secretário do órgão arbitral.

Sobre a questão da importância solene da audiência, é necessário que seu condutor tenha manejo exemplar em sua condução, sob pena de viciar o ato, dando ademais de igualdade de tratamento às partes, considerar seus depoimentos com a devida valoração, com o intuito de preservar seus legítimos direitos de convencimento e de defesa, bem como flexibilizar quando necessário em suas atuações, em respeito ao princípio da informalidade do procedimento.

Com efeito, já houve julgado que chegou a anular um laudo por entender que existiu falta de flexibilidade do Colégio ao não aceitar o atraso de um litigante. Entretanto, não deixa de ser curioso que sejam os órgãos judiciais quem abrandem esta dualidade, quando costumam a ser impassíveis ante as dilações dos jurisdicionados que sentem decaídos de seus direitos pelo atraso em audiência, pese a se lhes exigir uma paciência celestial quando ocorre o atraso do expediente da audiência, conforme já se pronunciou o duplo grau de jurisdição³³⁰.

Ato inerente à audiência reside na produção de provas. O termo "prova" é originário do latim "*probatio*", que por sua vez emana do verbo "*probare*", que significava examinar, persuadir, demonstrar.

³³⁰ Audiência Provincial de Cádiz, em Sentença de 13 de julho de 2000.

Segundo preconiza a doutrina civil mais especializada, entre nós do calibre de MONTEIRO³³¹, DINIZ³³² e RODRIGUES³³³, a prova no negócio jurídico é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Neste mesmo diapasão a doutrina do direito processual aqui representada por alguns nomes de notável saber jurídico, tais como: GONÇALVES³³⁴, DINAMARCO³³⁵, GOUVÊA³³⁶, THEODORO JR³³⁷, GRECO FILHO³³⁸, MARINONI³³⁹, DIDIER JR³⁴⁰, NERY JR³⁴¹, GRINOVER³⁴² e CÂMARA³⁴³, conceituam que os meios de prova são os instrumentos que trazem os elementos probatórios aos autos. Sob a ótica mais enfocada na forma jurídica, a

³³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1 : parte geral.- 40. ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. – São Paulo : Saraiva, 2005.

³³² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil, v. 1 : teoria geral do direito civil.- 19. ed. De acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-01-2002) - São Paulo : saraiva, 2002.

³³³ RODRIGUES, Silvio. Direito civil ,v. 1. ed. 34. São Paulo. Saraiva, 2003.

³³⁴ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol 1 – Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte). 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

³³⁶ GOUVÊA, José Roberto Ferreira (Colab.); Negrão, Theotônio; BRASIL. Código de Processo Civil. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 2269.

³³⁷ THEODORO JR, Humberto, 1938-. Curso de direito processual civil: teoria geral do ireitoprocessual civil e processo do conhecimento. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

³³⁸ GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1168, 12 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8845>>.

³⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4ª ed., Salvador: Jus PODIVM, vol. I, 2004.

³⁴¹ NERY JR, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.

³⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

prova é todo meio destinado a convencer o julgador a respeito da verdade de uma situação de fato.

Tendo em vista que o julgador é aquele que decidirá a questão, a prova é, pois, o elemento essencial ao seu convencimento. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o julgador que aquela é a verdade real, ainda que esta possa não ser necessariamente a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente para a convicção do julgador. LIEBMAN³⁴⁴ assim também diz:

Por maior que possa ser o escrúpulo colocado na procura da verdade e copioso e relevante o material probatório disponível, o resultado ao qual o juiz poderá chegar conservará, sempre, um valor essencialmente relativo: estamos no terreno da convicção subjetiva, da certeza meramente psicológica, não da certeza lógica, daí tratar-se sempre de um juízo de probabilidade, ainda que muito alta, de verossimilhança (como é próprio a todos os juízos históricos).

Do exposto, a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos no Código, no momento adequado. Os meios de prova devem ser, portanto, idôneos e adequados, bem como formalmente corretos. O mesmo nos ensina GRECO³⁴⁵ :

Costuma-se classificar as provas segundo vários critérios. Assim, quanto ao objeto, as provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras são as destinadas a demonstrar o próprio fato principal da demanda, ou seja, aquele cuja existência, se comprovada, determina a consequência jurídica pretendida;

³⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

³⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Teoria Geral da Prova*. Disponível em: <http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/greco4.htm>.

as provas indiretas são as destinadas à demonstração de fatos secundários ou circunstanciais, dos quais se pode extrair a convicção da existência do fato principal. A prova indireta é a prova de indícios.

Quanto ao sujeito de que emana, as provas podem ser pessoais ou reais, consistindo as primeiras em depoimentos de testemunhas e das partes, e as últimas em objetos ou coisas.

Quanto à preparação, as provas podem ser casuais ou simples e pré-constituídas, sendo estas as previamente criadas com a finalidade probatória em futura demanda hipotética.

O RDSAC/2008 dá ênfase à teoria da prova, preconizando em seu art. 45, os meios de prova admissíveis no Sistema Arbitral de Consumo, consoante assevera que o órgão arbitral resolverá sobre a aceitação ou rejeição das provas propostas pelas partes, propondo, se for o caso, de ofício, a prática de provas complementares que se considerem imprescindíveis para a solução da controvérsia. Ademais recepciona os meios de prova que se admite no procedimento e regulamenta o modus operandi para a notificação das partes, bem como o suporte dos custos a quem deu zao a tal propositura e os casos em que as despesas devem ser compartilhada, tanto nas arbitragens comuns como nas especializadas.

Em síntese apertada, podemos concluir que no procedimento arbitral de consumo, serão possíveis todos os meios de prova que em direito resultem admissíveis, tais como:

- a) Interrogatório das partes.
- b) Documentos públicos.
- c) Documentos privados.
- d) Laudos periciais
- e) Reconhecimento judicial.

f) Interrogatório de testemunhas.

g) Reprodução de palavra, de som e de imagem e de instrumentos que permitam arquivar e conhecer dados relevantes para o processo.

Enfim, resta-nos acentuar que de todos cediço que em direito não basta falar, há que provar o dito. Tal regra segue com identidade de razão no Sistema Arbitral de Consumo, tanto que as provas são de cabal importância para as partes comprovarem suas alegações, sob pena de prejuízo ao fim e ao cabal do procedimento refletido no laudo arbitral. MONTERO AROCA³⁴⁶ define a prova como “a atividade processual pela que se tende a atingir o convencimento psicológico do julgador sobre a existência ou inexistência dos dados que foram contribuídos ao processo ou os fixar conforme uma norma legal”.

Na verdade, há que se depurar as alegações das partes no sentido de se perseguir a presunção da verdade, essa é efetivamente sua finalidade precípua, nos termos conforme preleciona GETE-ALONSO Y CALERA³⁴⁷, que assim a distingue:

O resultado, é a de conseguir a contribuição daqueles dados, referentes ao thema probandi, ao órgão que tem de resolver ou decidir a respeito de uma determinada questão, para ajudar à formação de seu critério, prévio à realização das operações necessárias para sua depuração.

Alguns autores do signo processualista, sobretudo aqueles da escola positivista, entre estes MARTÍN OSTOS, distinguem a finalidade da prova na arbitragem de consumo, segundo quatro aspectos, a saber: a) iniciativa probatória e admissibilidade de provas; b) despesas derivadas da prova; c) meios de prova; e; d) valoração da prova. Passemos adiante a analisar cada um destes aspectos:

³⁴⁶ MONTERO AROCA, J. *Direito Jurisdicional. II Processo Civil*. Barcelona, 1995, p. 179.

³⁴⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía*, en *Estudios de Consumo* Nº 52, 2000, p. 42.

a) Iniciativa probatória: pensamos tratar-se do ônus da prova, segundo o qual, é preceito insculpido na legislação processual civil brasileira que aduz: *ao autor cabe a alegação dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, cabe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor* (art. 333, CPC). Em sendo assim, a parte responsável por uma determinada afirmação é também aquela que deve oferecer as provas necessárias para sustentá-la. Transportando para a arbitragem de consumo, vale dizer que a atividade probatória pode vir proposta pela parte ou pela própria iniciativa dos árbitros, conforme autoriza o artigo 45.1 do RDSAC/2008. *Mutatis mutandis*, se nos aparenta que dita legislação arbitral de consumo vigente encontra-se mais restrita às questões referentes ao tema, se comparada com sua antecessora, conforme previa o artigo 13.1 do Real Decreto 636/1993, em que os árbitros desfrutavam de amplas faculdades probatórias, de modo coerente com a Lei de Arbitragem de 1988, que também manteve sua sucessora de 2003. Em realidade, nota-se que o árbitro tem amplas faculdades para lembrar as provas que estime pertinentes e sejam admissíveis em direito. Aqui notamos uma clara distinção do procedimento probatório judicial com o sistema arbitral, eis que este condiciona a iniciativa probatória aquela em que as provas que se propõe realizar resultem imprescindíveis para a resolução da controvérsia. Isto é, não basta apenas que sejam úteis ou convenientes, senão que têm de resultar necessárias de tal sorte que sua ausência determine a impossibilidade de comprovação da controvérsia.

b) Despesas derivadas da prova. Pensamos que não se poderia deixar de incorporar na nova legislação arbitral de consumo a previsão para o suposto da litigância de má-fé, de que cuja situação poderá estar contida no laudo final em seu momento de depuração das provas, podendo distribuir as despesas ocasionadas pela prática das provas em diferentes formas, condenando aquele que agiu com temeridade à eficácia do procedimento.

Com efeito, sobre esta questão nos indica MARTÍN OSTOS³⁴⁸ acerca da fé que deve inspirar a parte para não conduzir o julgador a erro, de modo que assim acentua:

A boa fé, sintetizada na doutrina alemã conforme ao princípio Treu and Glauben, implica fidelidade do sujeito de direito às normas morais e jurídicas que devem reger cada caso em sua conduta, e como dinamante desta conduta, a confiança que deve inspirar nos demais indivíduos e na comunidade.

Desta feita, cabe concluir que uma vez às partes limitam-se a propor as provas ao Colégio para que seja deste a competência de sua prática e de seu custo, parece lógico que deve haver muito cuidado em sua efetivação, vez que cabe ao erário público o financiamento destas provas, então, sem que haja prejuízo ao feito, pensamos necessário haver parcimônia em sua efetivação, quanto à conveniência seja contributiva ao processo, mas a instância da parte que as interessa, assumindo por tanto seu custo. Se forem praticadas por ambas as partes de modo comum, então serão pagas em partes iguais.

c) Meios de prova. Na questão relacionada aos meios de prova, não há dúvida que estes em qualquer situação há de ser válido. Sabemos que existe uma diferença doutrinária entre fontes de prova e meios de prova. Fontes de prova são pessoas e coisas de onde provém a prova, enquanto meios de prova são os instrumentos que permitem levar ao julgador os elementos que o ajudarão a formar seu entendimento do caso. Em um cotejo de direito comparado, pensamos oportuno demonstramos as disposições da legislação processual civil brasileira com a espanhola, de tal modo que aquela, o CPC enumera como meios de prova o depoimento

³⁴⁸ MARTÍN OSTOS, J. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Valladolid, 2000, p.1806.

pessoal (Art. 342 a 347), a exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363), a prova documental (Art. 364 a 399), a confissão (Art. 348 a 354), a prova testemunhal (Art. 400 a 419), a inspeção judicial (Art. 440 a 443) e a prova pericial (Art. 420 a 439); esta, a LEC, enumera em seu artigo 299 os seguintes: 1º Interrogatório das partes; 2º Documentos públicos; 3º Documentos privados; 4º Ditame de peritos; 5º Reconhecimento judicial; 6º Interrogatório de testemunhas; 7º Reprodução da palavra, o som e a imagem e dos instrumentos que permitam arquivar e conhecer dados relevantes para o processo. Quanto ao procedimento arbitral são admissíveis quaisquer meios permitidos no ordenamento jurídico e assinala que serão admissíveis como prova os meios de reprodução da palavra, o som e a imagem, bem como os instrumentos que permitam arquivar e conhecer ou reproduzir palavras, dados, cifras e outras operações relevantes para o procedimento.

d) Valoração da prova. Dar o devido valor à prova não parece tarefa das mais fáceis, eis que demasiadas subjetivas. Aliás, o tema é muito controverso, porquanto parte da doutrina entende que a idéia de se conseguir encontrar a verdade absoluta de fatos pretéritos não passa de uma utopia, não sendo o direito probatório capaz de reconstruí-los por meio dos meios de prova convencionais (documentos, testemunhas, perícias etc.). Discorrendo sobre o assunto assim também já disseram MARINONI e ARENHART³⁴⁹:

Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda, daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004. p. 281.

o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade.

No RDSAC/2008, podemos dizer que é livre a valoração da prova, pois, os árbitros podem valorar as provas praticadas segundo suas consciências, sem que isso logicamente suponha a possibilidade de uma valoração totalmente arbitrária e contrária à razão. O colégio arbitral é soberano para considerar que provas aceita e recusa se bem, que uma vez admitidas, este não pode omitir-se de sua prática. Entretanto, não seria possível o silêncio do colégio sobre seu pedido, porque deve pronunciar-se sobre sua pertinência, sob risco de causar carência de defesa à parte solicitante, o que de *per se* poderia causar a nulidade do laudo por *error in iudicando* do árbitro ou responsável por sua prolação. Seria conveniente um maior esforço por parte dos árbitros em responder aos litigantes sobre o resultado da admissão ou denegação se for o caso das provas propostas com objeto de que possam articular seu direito de defesa com as maiores garantias.

Finalmente acerca do tema em comento, há de ressaltar-se que existe uma diferença doutrinária entre fontes de prova e meios de prova, conforme preconiza CÂMARA.³⁵⁰ Fontes de prova são pessoas e coisas de onde provém a prova, enquanto meios de prova são os instrumentos que permitem levar ao juiz os elementos que o ajudarão a formar seu entendimento acerca do caso.

2.10- Do laudo arbitral, prazos e notificações

A matéria processual civil ensina que se põe termo ao processo pela via da sentença, julgando ou não o seu mérito. Na aplicação deste conceito no contexto procedimental da arbitragem de consumo, tal regra prevalece ao se pôr termo à arbitragem de consumo por meio do laudo arbitral. Entretanto, antes de

³⁵⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.* p. 201.

analisarmos esta questão, alguns elementos devem ser observados, com o propósito de melhor entender seu conteúdo.

A normativa vigente do Sistema de Arbitragem de Consumo, seguindo as legislações anteriores que a inspiraram, mantém a forma de que a omissão, ausência injustificada ou falta de atividade das partes não será motivo para se editar o laudo e por fim ao procedimento, com a mesma eficácia, desde que reúnam em seu processo os elementos necessários para tal propositura.

Neste diapasão, preconiza o art. 46 que a falta de comparecimento e inatividade das partes não obsta para que se dite o laudo, decidindo a controvérsia com os fatos e documentos que constem na demanda ou na contestação se esta foi produzida. Em seus apartados 1 e 2, se estabelece que, ademais da omissão do demandante ou do demandado e o silêncio de qualquer uma delas, isso não será motivo para que o julgador considere os fatos alegados pela outra parte.

Pensamos tratar-se da perda de interesse do autor ou do chamado efeito da revelia, em que, em linhas gerais, a falta de interesse do demandante pode ser motivo para encerramento do feito sem julgamento de mérito e seu conseqüente arquivo, e, em se tratando do demandado, o feito será julgado à sua revelia, com os elementos de que dispor o julgador, dentro da previsão legal que a matéria permitir.

À guisa de estudo comparado, algumas legislações tratam a matéria com maior ou menor severidade, a exemplo do processo civil italiano, em que o réu que comparece tem o ônus de impugnar os fatos alegados pelo autor e seu descumprimento implica em serem admitidos como verdadeiros, apesar de não integrarem a prova. Mas, se simplesmente deixar o réu de comparecer ao processo este não sofre tal conseqüência.

Sobre os fatos incontroversos que independem de prova, vale conceituar que para boa parte da doutrina isso significa aquele fundamento da demanda ou da defesa que haja permanecido incontroverso durante o processo, sem que as partes tenham levantado discussão a respeito, e sem que o juiz o tenha de ofício, posto em dúvida o fundamento.

Em nosso caso, com algumas reservas, o sistema adota medidas distintas, aplicando tais efeitos de acordo com a situação que se apresente, entretanto, mantém a regra das linhas gerais processuais, resguardando suas peculiaridades, sobretudo por se tratar, na maioria das vezes de decisão colegiada.

Assim, na seqüência legislativa do RDSAC/2008, o art. 47 passa a perquirir a adoção de decisões colegiadas, sobretudo por tratar-se a arbitragem de consumo, na maioria das vezes, do resultado do entendimento de um órgão arbitral. Sabe-se que nem sempre ocorre a unanimidade nas decisões dos árbitros, consoante a liberdade e a independência que cada julgador possui para expressar seu voto. No caso da arbitragem, pelo fato de na maioria das vezes a junta se compor com apenas três elementos, a questão se mostra mais ágil, porque se não houver unanimidade, será pela maioria simples de apenas dois votos.

Diferente dessa situação enfrentam os tribunais com maior número de votantes, quando a matéria resulta complexa, dificultando o entendimento de seus pares. Para evitar essa situação vários sistemas jurídicos adotam a figura do julgador que irá escrever a decisão baseado no que foi julgado pelo colegiado. Esse é em geral um trabalho coletivo, pois o texto é fruto de sugestões e revisões feitas por todos os que votaram no mesmo sentido. Somente quando um julgador não deseja aderir às razões da maioria é que ele redige um voto apartado, seja para concordar com a decisão mas, por razões diversas, seja para votar contra.

Na vigente normativa arbitral de consumo, em se tratando da adoção de decisões colegiadas, preconiza dito art. 47 que:

Em caso que o órgão arbitral esteja composto por três árbitros, o laudo arbitral, ou qualquer acordo ou resolução diferentes da mera ordenação e impulso das atuações arbitrais, se adotarão por maioria. Se não existir acordo da maioria decidirá o Presidente.

A lei de Arbitragem em vigor, qual seja Lei nº 60/2003, está presente como determinante para o cotejo da matéria referente ao término da atuação arbitral, com a conseqüente expedição de seu laudo, conforme disposto no art. 48 e seus apartados, de que trata o RDSAC/2008. Determina a forma e o conteúdo do laudo, seguindo a mesma orientação processual civil que preconiza os elementos da sentença que o juiz deverá observar para sua prolação.

O apartado 2 da norma arbitral de consumo refere-se à situação de que haja acordo entre as partes para encerrar o feito, na forma conforme determina:

Se durante as atuações arbitrais as partes chegam a um acordo que ponha fim, total ou parcialmente, ao conflito, o órgão arbitral dará por terminadas as atuações com respeito aos pontos lembrados, incorporando o acordo adotado ao laudo, salvo que aprecie motivos para se opor.

A situação prevista de que se poderá encerra o feito sem julgamento do mérito ocorre nos termos do apartado 3 do referido artigo que menciona as três hipóteses para que isso possa ocorrer:

3) O órgão arbitral também dará por terminadas suas atuações e ditará laudo pondo fim ao procedimento arbitral, sem entrar no fundo do assunto:

1. Quando o reclamante não concretize a pretensão ou não contribua com os elementos indispensáveis para o conhecimento do conflito.

2. Quando as partes resolvam dar por terminadas as atuações, ou

3. Quando o órgão arbitral comprove que o prosseguimento das atuações resulta impossível.

Neste laudo se fará constar se fica expedita a via judicial.

No pertinente ao prazo para se editar o laudo arbitral de consumo, a norma determina que o mesmo se faça até seis meses, desde o dia seguinte ao início do procedimento arbitral, sem prejuízo da possibilidade de prorrogar motivadamente este prazo por um período de mais dois meses, salvo acordo em contrário das partes (art. 49.1 RDSAC). A tentativa de mediação suspende o prazo para ditar o laudo arbitral por um prazo não superior a um mês. Também suspende o decurso do prazo para ditar laudo o incidente de recusa dos árbitros, se alargando o prazo de seis meses pelo tempo que dure a suspensão (art. 22.7 RDSAC/2008).

Finalmente, a respeito do prazo para a prolação do laudo, preconiza o apartado 3 do citado art. 49, que:

Se as partes conseguirem um acordo conciliatório sobre todas as questões do conflito, uma vez iniciadas as atuações arbitrais, o prazo para ditar o laudo conciliatório será de quinze dias desde a adoção do acordo.

Se comparado o laudo arbitral de consumo com a regra geral do processo civil, este se constitui basicamente por três requisitos essenciais, a saber:

- a) relatório: é a síntese do processo. Nele o juiz exporá, de forma resumida, todo o histórico do processo, desde a propositura da ação até aquele momento em que a sentença está sendo proferida. Objetiva possibilitar ao magistrado o pleno conhecimento do caso que irá julgar;

- b) fundamentação: é a parte da sentença em que o juiz apresentará suas razões de decidir, os motivos que o levaram a proferir decisão do teor da que está sendo prolatada. Esta parte da sentença também é chamada de motivação.; e;
- c) dispositivo: é a parte da sentença que tem conteúdo decisório. É no dispositivo que o juiz irá apresentar sua conclusão, dizendo se põe termo ao seu ofício de julgar resolvendo ou não o mérito da causa.

Aplicando-se igual teor e forma, o conteúdo do laudo também deverá ser motivado, haja vista a exigência já preconizada ao teor da esposada doutrina jurisprudencial decorrente da SAP Valencia, Seção 6ª, de 26 de abril de 2005, decidindo que se regerá pelo disposto na Lei 60/2003, de 23 de dezembro, de Arbitragem (art. 48.1 RDSAC/2008, que remete ao art. 37 da Lei de Arbitragem, de onde se derivam as exigências de que o laudo seja escrito, contenha a assinatura dos árbitros, bem como a data e local em que se ditou e que seja motivado).

Desta feita, o procedimento arbitral alcança seu desiderato compondo a demanda posta à sua apreciação, momento em que resolve-se a questão decidindo a causa e pondo fim ao litígio. Assim, dentre o variado elenco de obrigações que assume o árbitro ao aceitar sua designação, a obrigação principal provavelmente seja a de emitir um laudo que ponha fim à arbitragem, não lhe permitindo, sob pena de incorrer em responsabilidade por sua conduta e ser causa de anulação do laudo, a omissão da decisão, assim chamada *non liquet*.

Ditado o laudo, o árbitro encerra seu expediente notificando as partes, cujo ato também se sujeita às regras determinadas pela legislação arbitral de consumo, nos termos conforme determinado pelo art. 50 da norma em comento.

E quanto ao procedimento, qual a norma aplicada à espécie? Trata-se da lei de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo

Comum. A presente Lei estabelece e regula as bases do regime jurídico, o procedimento administrativo comum e o sistema de responsabilidade das Administrações Públicas, sendo aplicável a todas elas.

Em face do exposto, prolatado o laudo e notificada regularmente as partes, o laudo arbitral terá os mesmos efeitos da *res judicata* após decorrido o prazo prescricional para a propositura de ação de nulidade na justiça comum, consoante preconiza o art. 43 da Lei de Arbitragem.

A doutrina espanhola, já nem tanto pacífica, trouxe a matéria a debate, conforme adverte GARCÍA SOLE³⁵¹, que a mesma se consolida desde que alcança a coisa julgada, isto é desde que decorre ou prazo para sua anulação, sem que seja interposto recurso contra o mesmo, seja indeferido ou se a parte autora recorrente desista.

A aquisição da coisa julgada é combatida por FERREIRO PANIAGUA³⁵², quem defende que sendo o laudo essencialmente irrecorrível, a suspensão da coisa julgada é de impossível produção. FERREIRO PANIAGUA sintetiza as conseqüências do laudo em três efeitos: vinculante, coisa julgada e executivo.

A conclusão desta celeuma reside no ponto de vista de que se pudéssemos denominar os efeitos negativos, com que a arbitragem põe fim à res litigiosa, impede pois, sua nova proposta ante outro órgão arbitral ou judicial.

Como efeito positivo isso se supõe pois, que a obtenção de uma resolução vinculante para ambas partes é capaz de produzir os mesmos efeitos de uma

³⁵¹ GARCÍA SOLE, F. *La Nueva Ley de Arbitraje*. RGD, nºs 538-539, 1989, p. 421.

³⁵² FERREIRO PANIAGUA, *apud* QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (Dir.) *Op. Cit.*, pp. 211-212.

sentença judicial e por isso susceptível de ser invocada em execução ante ou não cumprimento que desatenda o julgado pelo órgão arbitral.

Neste diapasão, não se pode olvidar que a *res judicata* põe fim à discussão dos fatos controversos vistos e analisados no processo de conhecimento, seja ele pela via da arbitragem ou da via judicial. O que irá ocorrer pois, será a possibilidade de rever apenas questões de ordem processual à título de nulidade e não a oposição à coisa julgada.

Com efeito, vale trazer à luz o entendimento de acerca do tema na exposição de BRITO³⁵³ acerca do tema, no que tange à coisa julgada formal, material e a execução do julgado, sobretudo em sede de embargos à execução, quando já não se pode mais discutir a *res judicata*:

Preclusão Máxima – Coisa julgada Formal:

Sendo a definição de coisa julgada como a lei do caso concreto, virtude própria de algumas sentenças judiciais, que as torna imunes de futuras controvérsias, a coisa julgada formal se apresenta como aquela que impede o manejo de qualquer recurso por restar inesgotadas as possibilidades de impugnar a decisão. Trata-se de estabilidade relativa do julgado, tendo em vista que não se poderá mais no mesmo processo modificar a decisão, não se evitando, contudo, a possibilidade de impugnações e controvérsias subseqüentes, quando postas como objeto de processos diferentes. É possível afirmar assim que as sentenças – todas elas – produzem a denominada coisa julgada formal, quando se tornam irrecorríveis, por esgotados todos os recursos ou por não se ter intentado a impugnação porventura cabível.

A Coisa julgada material:

O conceito de coisa julgada material está na própria legislação. Assim, é possível vislumbrar a coisa julgada material como a “[...] estabilidade que torna a sentença indiscutível entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido [...]”. Em ilação aprofundada é óbvio que a coisa julgada material só existirá após a

³⁵³ BRITO, GABRIEL HERNANDEZ COIMBRA. *A Coisa Julgada no Processo de Execução*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/20611347/execucao-coisa-julgada>.

formação da coisa julgada formal, ou seja, quando não existirem mais recursos cabíveis contra a decisão.

A Execução forçada:

A natureza da execução, como não poderia deixar de ser, é jurisdicional, tendo em vista a necessidade de provocação da parte e a atuação do órgão judiciário, com a formação de uma relação processual própria.

Diferentemente do processo de conhecimento, que visa adequar os fatos a um direito (...), o processo de execução se presta a satisfazer o credor insatisfeito e que está impedido de agir por si, tendo em vista a vedação à autotutela na sociedade contemporânea.

Capítulo V.
Outras formas de Arbitragens de Consumo na Espanha e
Outras questões pertinentes.

SUMÁRIO:

1- Arbitragem de Consumo Eletrônica, 1.1- Competência e lugar da JAC Eletrônica, 1.2- Firma eletrônica, notificações e prazos; 2- Arbitragem de Consumo Coletivo, 2-1- Competência das JACs e procedimento, 2.2- Aceitação, suspensão, exceção e solicitação extemporânea, 2.3- Prazo para apresentação do laudo, 2.4- O suposto duplo grau de jurisdição do laudo arbitral, 2.5- A execução do laudo arbitral; 3- Suporte administrativo para outras arbitragens; 4- Disposições gerais, transitórias, derogatórias e finais; 5- Os principais pontos da reforma do RDSAC/ 231/2008; 6- O Real Decreto 863/2009 que modifica o Real Decreto 231/2008.

1- Arbitragem de consumo eletrônica.

À título de prefaciá-lo este tema, o presente estudo nos obriga a reconhecer que vivemos em plena era digital. Vivemos numa época em que os avanços tecnológicos são demasiadamente ágeis, com rápida propagação, como é o caso da rede mundial Internet, de que nossa geração faz parte, uma geração privilegiada, vez que a conheceu e a aperfeiçoou. Porém, temos que admitir que este privilégio traz em seu bojo uma alta carga de responsabilidade, compromissada com o futuro da humanidade, pois, junto com as descobertas vem os problemas a si inerentes.

Na seara jurídica a Internet tende a imiscuir-se rapidamente, como já ocorre com os sistemas informatizados dos tribunais que permitem a segurança eletrônica prevista em seus provimentos internos, conforme já identificamos em nosso meio o acompanhamento processual eletrônico, a petição eletrônica com a firma digital, a vídeo conferência, etc.

Entretanto, no bojo das conquistas dos sistemas eletrônicos de nosso século, estas trouxeram consigo também um mal a reboque, qual seja a descoberta de fraudes ao sistema, fator inerente à natureza humana, pois o homem sempre que cria algo novo, cria também um egoísmo particular com o desiderato de burlar a regra e suas vantagens coletivas, então, as autoridades devem criar também um antídoto que possa controlar esta epidemia.

Nos dias de hoje a informação é algo valiosíssimo, pois quem a possui controla boa parte do que passa pela rede mundial, haja vista que na lista dos homens mais poderosos do planeta, a maioria de suas fortunas está calcada sob o império eletrônico da informática e da eletrônica.

Compete, pois, às autoridades monitorarem os sistemas, talvez não necessariamente com leis, porque estas possuem uma letargia que não conseguem acompanhar a rapidez da evolução digital, cibernética, etc. Assim, devemos entender que quantidade de leis não resolve. Se os legisladores pretendem criar um código para supervisionar a informação, devem se lembrar que estão policiando uma estrada que, fisicamente, não vai a lugar nenhum.

Talvez, mais importante seja aceitar o método preventivo para assegurar a segurança do sistema em vez de buscar a solução jurídica, nem sempre eficaz para este tipo de situação, ágil e de difícil repressão. Claro que há que se classificar o delito, como dissemos na forma de antídoto, porém a agilidade no caso é algo primordial, pois a velocidade digital fala por si só.

Entendemos que na realidade atual, as medidas preventivas são necessárias, pois há de se encontrar diuturnamente meios cada vez mais eficazes para contrapor os efeitos das fraudes eletrônicas, na busca de fórmulas adequadas para enfrentar esta nova realidade jurídica que é a informática e seus efeitos na vida do Estado e dos cidadãos. Dizem os estudiosos do tema que os crimes praticados na era da informação devem ser evitados com base na seguinte pedagogia: educação, conscientização, ética e participação.

Sob este conceito, ainda devemos vislumbrar que o homem contemporâneo deve buscar novas formas de equilíbrio social com vistas à sobrevivência harmônica. O computador não comete o crime sozinho, mas através de uma ação humana. Segundo análise textual de BARROS³⁵⁴:

Não devemos deixar acontecer com a máquina de computação o que aconteceu com a energia nuclear que foi concebida para fins pacíficos e

³⁵⁴ BARROS. Lucivaldo Vasconcelos. *O crime na era da inform@ção*. Disponível em: Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003.

posteriormente utilizada para fins militares em defesa de guerras injustificáveis. O progresso científico e tecnológico significa o rompimento de fronteiras com grandes benefícios à humanidade. Por outro lado, surge um risco tão grande quanto colocar uma bomba atômica nas mãos de fanáticos radicais. A falta dessa conscientização, certamente, dificultará o progresso da informação e por via de consequência o avanço do conhecimento.

Segundo o site InfoWester , “certificação digital é um tipo de tecnologia de identificação que permite que transações eletrônicas dos mais diversos tipos sejam feitas considerando sua integridade, sua autenticidade e sua confidencialidade, de forma a evitar que adulterações, interceptações ou outros tipos de fraude ocorram” (...) A certificação digital funciona com base em um documento eletrônico chamado certificado digital e em um recurso denominado assinatura digital.

A criptografia como sendo 'um ramo das ciências exatas que tem como objetivo escrever em cifras. Isso ocorre em função de um conjunto de operações matemáticas que transformam um texto claro em um texto cifrado'. A criptografia é utilizada para evitar a violação de uma informação constante em um documento, através da transmissão de um texto cifrado pelo emissor para o receptor o qual, ao receber o documento cifrado, decifra-o, tornando-o, assim, legível o conteúdo do texto emitido.

A assinatura digital é um mecanismo eletrônico que faz uso de criptografia, mais precisamente, de chaves criptográficas (...) para isso, pode-se usar chaves simétricas ou chaves assimétricas, estas últimas também conhecidas como chaves públicas. Chaves simétricas são mais simples, pois com elas o emissor e o receptor utilizam a mesma chave para, respectivamente, cifrar e decifrar uma informação. As chaves assimétricas, por sua vez, trabalham com duas chaves: a chave privada e a chave pública. Nesse esquema, uma pessoa ou uma organização deve utilizar uma chave de codificação e disponibilizá-la a quem for mandar informações a ela. Essa é a chave pública. Uma outra chave deve ser usada pelo receptor da informação para o processo de decodificação. Essa é a chave privada, que é sigilosa e

individual. Ambas as chaves são geradas de forma conjunta, portanto, uma está associada a outra.

A realidade atual, pois, obriga-nos a reciclar diuturnamente nossos parcos conhecimentos informáticos a guisa da atualização jurídico-eletrônica, sem o que, ficamos a sós nesta estrada virtual em que somos obrigados a percorrer. Sob esta conduta, importa-nos conhecer não somente o jargão jurídico, como também os termos atuais do glossário eletrônico, acerca dos significados tais como: certificado digital, criptografia, firma digital, etc.

No chamado primeiro mundo ou nos países em franco desenvolvimento econômico-social e tecnológico, a utilização das novas tecnologias como ferramenta de serviço ao cidadão ou à Administração de Justiça não é um projeto, é uma realidade. Cite-se como exemplo a digitalização dos sumários judiciais de alguns tribunais dos Estados Unidos e Canadá.

Em Espanha o tema tomou impulso partir do Plano Avanza³⁵⁵ que é um paradigma da administração eletrônica e o cumprimento das obrigações tributárias através de Internet que deixou de ser uma novidade. Ato contínuo, em 2007 editou-se a Lei nº 11/2007, denominada LAE – Lei de Acesso Eletrônico, consoante nos informa TREJO CRUZ³⁵⁶ ao citar EDUARDO GAMERO e VALERO³⁵⁷ que complementam o estudo do tema em questão, nos seguintes termos:

El régimen jurídico actual de la Administración electrónica ha tenido importantes cambios, con la creación de la Ley 11/2007 de 22 de junio,

³⁵⁵ O Plano Avanza, aprovado pelo Conselho de Ministros de 4 de novembro de 2005, emoldura-se nos eixos estratégicos do Programa Nacional de Reformas projetado pelo Governo para cumprir com a Estratégia de Lisboa do ano 2000, que tem como objetivo converter o mercado comum na economia mais competitiva e dinâmica do mundo. Vide em www.planavanza.es.

³⁵⁶ TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen. *Bases Jurídicas de la administración electrónica en España*. Disponível em www.letrasjuridicas.com.

³⁵⁷ GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. *Comentarios a la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Ed., Aranzadi, Cisur, Menor, Madrid, 2007.

denominada de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE). Este ordenamiento jurídico constituye (para el sistema jurídico español), um código-ley en la actuación de la Administración electrónica. Como sus premisas principales citamos:

- a). La actuación de la Administración Pública por medios electrónicos, informáticos y telemático.*
- b). Los actos de relación y comunicación, por tales medios, entre la Administración y los particulares.*
- c). Las relaciones de las Administraciones Públicas entre sí.*

Ao reconhecer, pois, que vivemos em plena era digital, esta realidade está conectada com o consumo diário de internautas, cartões de crédito, telefonia digital, móvel celular e outras tecnologias contemporâneas que ao lado dos altos benefícios que proporcionam a seus consumidores, também lhes causam muitos aborrecimentos, haja vista as estatísticas diárias que nos apontam em todo o mundo que a maior incidência de reclamações nos órgãos de proteção ao consumidor, residem exatamente neste tipo de produtos e suas respectivas prestações de serviços.

Não há como fugir, somos cotidianamente influenciados e seduzidos por estes avanços tecnológicos. O envolvimento é tal que sequer nos damos conta de seu alto poder de persuasão, pois, parece-nos impossível nos dias de hoje pensar que não possuímos computadores, aparelhos de telefonia celular, jogos eletrônicos e uma vasta gama de produtos nesta linha que nos aparenta impossíveis evitá-los.

Há quem diga que desde o início dos anos 70, a evolução tecnológica conheceu um desenvolvimento jamais imaginado, acelerando-se vertiginosamente na última década. Por exemplo, SANCHEZ DE DIEGO³⁵⁸, refere-se a esta evolução

³⁵⁸ SANCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M. em CEACCU *Los usuarios de la sociedad de la información*. Madrid, 1999, p.29.

como: “um salto histórico só comparável ao ocorrido há 500 anos com o trânsito da Idade Média à renascença”.

Pesquisas não tão recentes apontavam que no mundo global, a população mundial em 2010, a tecnologia deveria contar com um índice de 30% de usuários, o que pensamos ser um índice muito modesto para a atual realidade a que acompanhamos. Talvez, não fosse demasiado arriscar o contrário, que 70% são possuidores, contra os 30% de desprovidos. Salvo melhor juízo, é o que imaginamos.

Os consumidores destes produtos se alastram com uma rapidez tamanha que parece-nos muito difícil acompanhar sua evolução sistemática baseadas apenas em indícios. Por exemplo, sabe-se que hoje em Espanha, existem mais de 50 milhões de telefones móveis³⁵⁹, o que tendo em conta a população supõe-se um índice de penetração superior aos 109 terminais para cada 100 habitantes. Em setembro de 2008 o número de linhas dos serviços de Internet em Espanha superava já, segundo informa a CMT, nove milhões.

Sob esta ótica é que vislumbramos que a vida neste “espaço global” privilegiado, tende a dar saltos cada vez mais altos, então, para nós operadores do direito e da justiça, avoca-se a responsabilidade de pensar, estudar, discutir e propor, com a mesma agilidade do sistema, soluções para os problemas que acompanham as inovações tecnológicas. - Por isso, pensamos que se o nosso estudo centra-se na defesa dos consumidores, e nossa arma, no caso em tela desenvolve-se pela via da arbitragem de consumo como método voluntário, extrajudicial e eficaz para solucionar os conflitos de consumo, então, opinamos que a via da arbitragem eletrônica de consumo seja a mais preconizada.

³⁵⁹ Vide estatística do Setor. III Trimestre 2008, CMT. Disponível em www.cmt.es

Assim, pensamos oportuno tratarmos adiante de temas relacionados ao assunto, tais como a evolução da tecnologia aliada à elasticidade procedimental da arbitragem, o que *de per se*, leva-nos a propor um procedimento arbitral sem a presença física das partes, tele transportar testemunhas, árbitros e peritos ou inclusive aplicar a inteligência virtual à arbitragem de consumo.

A nova legislação arbitral de consumo consagrou a arbitragem on-line e se introduziu na denominada tecnologia ODR (*On-line Dispute Resolution*), sendo, pois, uma realidade que o sistema atual não poderia olvidar, se assim pretendeu reformar a antiga normativa aos moldes contemporâneos, razão pela qual teria que se adequar a nova realidade digital. Desta forma, já não há mais distancia geográfica a separar o consumidor da proteção que o sistema arbitral pretendeu amparar.

Hoje, pois, já existem o que podemos chamar de tribunal virtual de arbitragem de consumo, ou, como se chama sua peculiar jurisdição, junta arbitral virtual de consumo. Sob este contexto de aldeia global, há, pois, a previsão de que a arbitragem de consumo abra suas portas à adesão de empresas radicadas fora do território nacional.

A doutrina espanhola mais cotidiana no tema ainda busca uma terminologia única para referir a este tipo de processos arbitrais. LORCA NAVARRETE³⁶⁰, refere-se ao como “arbitragem multimídia”. RIVERA NEUTZE³⁶¹ e JUAREZ MELGAR falam de “arbitragem virtual”. MERINO MERCHÁN, citado por SEISDEDOS³⁶² :

Assim se referia já a este tipo de arbitragem o Professor de Direito Constitucional e Letrado do Conselho de Estado José F. Merino Merchán, em

³⁶⁰ LORCA NAVARRETE, A. *Arbitraje Multimedia*. Madrid, 2000.

³⁶¹ Vide Atas do I Congresso Mundial de Arbitragem celebrado em Panamá, 18-24 outubro de 1999.

³⁶² RIBÓN SEISDEDOS, E. *Op. Cit*, apud MERINO MERCHÁN.

uma documentação elaborada por este e facilitada a quem subscreve o 27 de novembro de 2001, como justificativa de nossa coincidência na Conferência de *Estudio de los Derechos de los Concursantes y Audiencia en relación con concursos, juegos y apuestas, constituida en el seno de la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento del Senado.*

Com efeito, emprega, quiçá com melhor critério, o termo “arbitragem telemático” ou “arbitragem eletrônica”, ao igual que MALUQUER DE MOTES BERNET³⁶³. DAVARA³⁶⁴ compreende a telemática como o fruto da união de telecomunicações e informática, fazendo referência ao diálogo a distância de equipes informáticos. Entretanto, o legislador preferiu denominá-la como “arbitragem de consumo eletrônica”, consoante apregoa a normativa do RDSAC/2008, em seus arts. 55 *usque* 55.

A *prima face*, se poderia imaginar que a arbitragem de consumo eletrônica estaria vinculada tão somente aos conflitos de consumo na área da informática, porém esta não é a realidade, eis que não se restringe a litígios oriundos desta área comercial. Com efeito, a arbitragem de consumo eletrônica pode e deve ser perfeitamente aplicável a qualquer conflito entre consumidores e comerciantes, com independência da questão litigiosa originária, nos termos conforme preconizados pelo art. 51 da norma em comento.

Com efeito, esclareça que as questões não relacionadas nos arts. 33 a 50 deste RDSAC/2008, podem ainda alcançar autonomia regulatória através dos termos preconizados nesta seção contida nos arts.51 a 55 da referida norma, resultando também de aplicação supletiva o não previsto, no disposto da Lei 11/2007, de 22 de junho, de acesso eletrônico dos cidadãos nos serviços públicos.

³⁶³ MALUQUER DE MONTES BERNET, C.J. “*El arbitraje electrónico*”, *Societas & Lex*, Nº 11, abril 2003., p.19.

³⁶⁴ DAVARA RODRIGUEZ, M.A. “*Manual de Derecho Informático*”, Pamplona, 1997, p. 23.

Para aclarar possíveis dúvidas acerca do enunciado do apartado nº 2 da norma em comento, poderia se perguntar se possível uma legislação de 2008 referir-se a outra, presumidamente não editada, de 2009, ou seja, o Real Decreto 863/2009, de 14 de maio. Pensamos que devemos adiar de momento esta questão, eis que esta referida normativa será tema de estudo em capítulo próprio. Assim, entendemos ser mais didático tratá-la no momento oportuno.

1.1- Competência e lugar da JAC Eletrônica

A arbitragem eletrônica, conforme previsto no art. 52 do RDSAC/2008, determina que a competência para processar e decidir sobre o tema aduz sobre as Juntas aderidas ao sistema de arbitragem de consumo eletrônica e faz regressão ao art. 8 da citada norma, em que este alude que cabe aos presidentes destas juntas a aceitação ou não, sendo que, no segundo caso (de não adesão ao sistema eletrônico), remete a Comissão das Juntas Arbitrais de Consumo para a publicação da resposta, por meio da página no site do Instituto Nacional do Consumo.

Ainda pertinente à competência territorial resultante da remessa do art. 52 para o art. 8, ambos da citada norma em comento, analisando as considerações doutrinárias aplicadas à espécie, nos leva a entender que ao teor de seus enunciados, salvo melhor juízo, resultará competente:

1º) Em primeiro lugar a Junta Arbitral à que ambas as partes tenham decidido submeter-se, caso exista acordo sobre isso;

2º) Em caso que não exista tal acordo entre as partes, e a empresa formalize uma oferta pública de adesão com limitação territorial (Exº. submete-se só às Juntas Arbitrais Autônomicas), aquela à que tenha se submetido. Se houver submetido a várias (Exº. às Juntas Arbitrais Autônomicas e à Nacional), aquela pela qual opte o consumidor; e;

3º) Finalmente, se não existir acordo entre as partes, nem submissão limitada territorialmente, resultará competente a correspondente ao domicílio do consumidor. E se existirem várias em seu domicílio (Exº. Junta Arbitral Autônômica e Autárquica), a de inferior âmbito territorial.

Fazendo nova regressão, agora ar art. 51.2, que também se refere à competência relacionada à arbitragem de consumo eletrônica, a questão já trouxe alguma polêmica entre as Comunidades Autônomas em face do Governo, avocando para si suas competências em questões relacionadas às juntas territoriais de suas comunidades. Vale lembrar que tal artigo relaciona a questão com a habilitação facilitada pelo Ministério de Previdência e Consumo para o Sistema Arbitral de Consumo, as quais deveriam se incorporar a este para viabilizar a execução do sistema eletrônico.

Face a esta questão o Governo da Comunidade Autônoma de Cataluña, mediante acordo adotado em sua reunião de 22 de abril de 2008, bem como o Governo da Comunidade Autônoma de Valência, mediante acordo adotado de 18 de abril de 2008, requereram ao Governo sua declaração de incompetência, de conformidade com o estabelecido no art. 63 da Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro do Tribunal Constitucional, por considerar que o precitado art. 51.2 do RDSAC/2008 vulnerava suas competências.

Ambos os requerimentos se dispunham a solicitar do governo seu declínio ou se elaborasse subsidiariamente uma nova redação ao preceito litigioso. Em resposta ao dito requerimento, e depois da revisão para a correção técnica deste preceito, o Governo, em reunião do Conselho de Ministros de 23 de maio de 2008, comprometeu-se, não obstante, a dar uma nova redação ao preceito atacado, propondo a seguinte redação alternativa³⁶⁵:

³⁶⁵ Ata do Conselho de Ministros de 23 de maio de 2008.

As Juntas Arbitrais de Consumo, nos termos que conste nos respectivos convênios de constituição, poderão se incorporar voluntariamente à administração da arbitragem eletrônica que se substanciará, conforme ao previsto nesta norma, através do sistemas eletrônicos e aplicações tecnológicas que habilitem as respectivas Juntas Arbitrais de Consumo ao exercício de suas competências. Estes sistemas eletrônicos e aplicações tecnológicas deverão garantir a compatibilidade e o intercâmbio de informação no seio do Sistema Arbitral de Consumo. Sem prejuízo do disposto na alínea anterior, o Ministério de Previdência e Consumo porá ao dispor das Juntas Arbitrais de Consumo que voluntariamente se incorporem a ela uma aplicação eletrônica para o gerenciamento da arbitragem eletrônica.

Estas questões relacionadas à competências territoriais onde muitas regiões possuem autonomia legislativa em diversas matérias, em face de sua disposição política causa muita polêmica, sobretudo se pensarmos que nem sempre consegue centralizar o poder legislativo em suas mãos, diferente dos países que adotam regimes políticos distintos e que centralizam o poder de legislar sobre determinadas matérias de forma exclusiva e não concorrente.

Isso faz com que o Tribunal Constitucional espanhol se veja constantemente acionado a decidir sobre abrangências de matérias que confrontam a regionalidade das autonomias com a exclusividade do âmbito nacional para determinados temas, conforme podemos trazer à lume como exemplo a questão da arbitragem, em que este órgão vem se manifestando de modo reiterado a favor da competência exclusiva do Estado para a regulação da arbitragem³⁶⁶.

Não cabe dúvida que o estabelecimento de um sistema de arbitragem é matéria atribuída à competência do Estado para os títulos de competências do artigo 149.1.5 e 6, pois, sendo a arbitragem um equivalente jurisdicional,

³⁶⁶ Tribunal Constitucional - SSTC 15/1989; 62/1991; 146/1996.

mediante o qual as partes podem obter os mesmos objetivos que com a jurisdição civil (isto é, a obtenção de uma decisão que ponha fim ao conflito com todos os efeitos da coisa julgada), é evidente que a criação de órgãos de natureza arbitral e o estabelecimento de dito procedimento heterocompositivo é matéria própria da legislação processual civil, relacionado, quanto aos efeitos do laudo arbitral e ao sistema de recursos, com a Administração de Justiça, tal e como confirma a supletividade que respeito o artigo 31 da Lei 26/1984, e que estabelece a disposição adicional primeira da Lei estatal 36/1988, de 5 de dezembro, de arbitragem (SSTC 15/1989; 62/1991; 146/1996).

Claro está que se existe polêmica de ordem jurisprudencial a discutir a competência territorial da arbitragem de consumo, isso também ocorre no patamar doutrinário, porquanto muita crítica já foi aventada a esta questão, pensamos, sobretudo, em face de sua inetidez, pois tudo aquilo que é inédito causa discussão e controvérsia. Assim, a ilustrar o tema, pensamos oportuno trazer à lume o entendimento de RIBÓN SEISDEDOS³⁶⁷ acerca do tema, nos termos seguintes:

Sem prejuízo do benefício que pôde implicar em numerosos âmbitos o gerenciamento direto pelas Comunidades Autônomas, a experiência colhida na transferência plena de competências de consumo, nos faz albergar sérias dúvidas sobre seu acerto, vista a divergência de critérios que germinam nas diferentes Comunidades, a multiplicidade normativa gerada e em ocasiões, o diferente grau de proteção outorgado aos consumidores em função de seu local de residência. Além, da ínfima dotação orçamental de algumas Comunidades outorgada para a defesa e proteção dos consumidores e usuários, que implica uma precariedade de meios, que faz quase prodigiosa o labor daqueles que tentam seu cumprimento com muito mais vontade que recursos e inevitavelmente que tutela eficaz.

³⁶⁷ RIBÓN SEISDEDOS, E. *Op. Cit*, p. 283.

Resolvidas as pendências jurídicas que causaram polêmicas ao início da prática da nova normativa, estas, em sua marcha adiante efetivamente não deixaram dúvidas de sua eficácia e que este sistema facilitaria muito a intersecção das JAC com as partes aderidas ao sistema virtual, eis que sua prática permite que tudo ocorra em seus domicílios, sem o deslocamento de nenhum dos sujeitos participantes no processo, quais sejam as partes a junta e seus auxiliares técnicos. Portanto, não há distância geográfica que os separe.

Desde a definição da junta competente, que se resolve a partir do site dom INC, dá-se início às operações virtuais que serão tramitadas até sua definição, resultando o laudo arbitral de consumo por dita via eletrônica. Com efeito, ao se prolatar um laudo por este meio telemático, é possível que os participantes e árbitros intervenientes no processo residam em estâncias distintas, ou inclusive que o laudo possa ser ditado de forma itinerante graças às facilidades oferecidas pelas telecomunicações móveis, e, nesta situação, o local de onde se fizer a prolação do laudo será a da competência territorial para as impugnações de medidas judiciais que se fizerem necessárias, diga-se, a competência judicial territorial para a oposição de ação de nulidade.

Salvo disposição contrária, em regra esta seria a competência territorial aludida, já que estamos falando em ciberespaço, e, por tanto, a princípio um pouco complexo imaginar este espaço territorial. Dizemos disposição contrária porque, em se tratando de previsto pelas partes a adoção da arbitragem eletrônica de consumo, prudente seria que estas elegeassem preliminarmente o lugar físico e geográfico para a emissão do laudo, situação plenamente possível que pode estar contida de forma expressa no convenio arbitral, ainda que virtual, mas com os mesmos efeitos do convenio comum.

Prevedo situações como estas, o legislador foi mais ágil e preconizou no art. 55 do RDSAC/2008, a resposta para a solução do problema, determinando de forma concisa o local de celebração da arbitragem de consumo eletrônica, de

modo coincidente como aquele onde situe a sede da Junta Arbitral de Consumo ou a delegação territorial da Junta Arbitral competente para conhecer o procedimento, salvo se no laudo ditado figure um local diferente, se entenderá como competente o local da celebração da arbitragem, sendo aquele onde houver sido ditado o laudo. Esta última opção parece razoável se pensarmos na possibilidade de colégios itinerantes, estes fadados a aproximar o usuário para o território onde fora iniciado o conflito proposto. Assim, dito art. 55, ao referir-se ao local indicado para a celebração e resolução do conflito arbitral de consumo eletrônica, determina que:

Art. 55. Local da arbitragem. O local de celebração da arbitragem de consumo eletrônica é aquele em que tenha sua sede a Junta Arbitral de Consumo ou a delegação territorial da Junta Arbitral competente para conhecer o procedimento, salvo se no laudo ditado figure um local diferente, em cujo caso se entenderá como o local da celebração da arbitragem e onde tiver que ser ditado o laudo.

Situações similares se apresentam para melhor entender a questão, utilizando a razão da analogia, ademais de se utilizar de modo supletivo a Lei de Arbitragem vigente, esta, em situações que pudessem surgir de igual modo, as remeterias para o enunciado da arbitragem internacional previsto na Convenção de Nova York, de cujo tema se interou GRAHAM³⁶⁸ a comentá-la nos termos seguintes:

Propõe-se a eleição pelas partes de uma sede territorial fictícia, lembrada pelas partes que fixam um determinado território para as incidências judiciais que possam surgir ou a fixação de uma sede no espaço virtual”.

³⁶⁸ GRAHAM, J.A. *Luxemburgo: la deslocalización del arbitraje virtual*, en “Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático”, de 1 de agosto de 2003. (www.alfa-redi.org/revista/data/40-13.asp).

1.2- Firma eletrônica, notificações e prazos

A assinatura eletrônica é a chave de que dispõe o sistema para viabilizar a segurança e a eficácia do sistema. Assim o art. 53 determina ao mesmo tempo em que flexibiliza, porém com as reservas necessárias, adverte que, pese a disponibilidade de outras técnicas de reconhecida autenticidade, a firma eletrônica garante tal autenticidade às comunicações entre as partes, suas identidades e a do órgão arbitral eleito para tal competência.

Preliminarmente pensamos ser necessário que as partes possuam um correio eletrônico, aliás, nos parece fundamental para optar por este sistema que a normativa de arbitragem de consumo ora dispõe a seus usuários, uma vez que o art. 54 preconiza que as notificações se façam por este meio. A segurança da assinatura eletrônica é o ponto cabal para a eficácia deste sistema, poder-se-ia dizer, condição *sine qua non* a garantir sua autenticidade e preservar a identidade do remetente, bem como do destinatário da mensagem eletrônica.

Com efeito, a utilização da assinatura eletrônica no conceito da vigente normativa arbitral de consumo configura a normatização de outra norma que surgiu alguns meses depois da entrada em vigor do RDSAC/2008, qual seja a Lei 59/2003, de 19 de dezembro, de assinatura eletrônica.

Neste diapasão, o momento era assaz propício para tal regulamentação, visto tratar-se de uma lei especial com cunho exclusivo de regulamentar matéria exclusiva, porém, de supletiva aplicação em casos conexos em face de sua ampla abrangência nesta matéria referente ao uso da firma eletrônica no sistema arbitral de consumo eletrônico.

Muito ajustado ao tema, a exposição de motivos da lei de assinatura eletrônica, adverte para algumas questões de cabal importância na aplicação de ambos os casos, e assim justifica alguns pontos que entendemos aplicáveis ao

nosso estudo, em face da necessidade de assegurar a eficácia do sistema³⁶⁹, em que preconiza que a assinatura eletrônica surge para conferir segurança às comunicações por internet. A assinatura eletrônica constitui um instrumento capaz de permitir uma comprovação da procedência e da integridade das mensagens trocadas através de redes de telecomunicações, oferecendo as bases para evitar o repúdio, se se adotam as medidas oportunas baseando-se em datas eletrônicas. Os sujeitos que fazem possível o emprego da assinatura eletrônica são os denominados prestadores de serviços de certificação. Para isso expedem certificados eletrônicos, que são documentos eletrônicos que relacionam as ferramentas de assinatura eletrônica em poder da cada usuário com sua identidade pessoal, lhe dando assim a conhecer no âmbito telemático como firmante.

A regulamentação da firma eletrônica no RDSAC/2008 pese o que anteriormente comentamos, porquanto publicada alguns meses antes da Lei 59/2003, de 19 de dezembro, de assinatura eletrônica, dela se ocupa a crítica de LORCA NAVARRETE³⁷⁰, que entende que a normativa não é nenhuma novidade (a criação de assinatura eletrônica baseia-se no enquadramento estabelecido pela Lei 21/1992, de 16 de julho), e sua previsão normativa apenas segue o curso da tendência hodierna da era digital e nos faz este comentário:

Em realidade o RDSAC de 2008 realiza uma formulação puramente retórica e seu conteúdo, à luz dos antecedentes legais já existentes, parece entrar na obviedade. Situamo-nos, por tanto, na "zona" RDSAC de 2008 que sobressai por regular o óbvio ou o que já está regulado.

Mas, quando se entende realizada, para todos os efeitos legais, a notificação na sede eletrônica? A resposta: "no dia seguinte àquele em que conste o acesso eletrônico, se entende- ao conteúdo da atuação arbitral objeto de notificação". Mas, e se o notificado não acedeu eletronicamente, se entende,

³⁶⁹ Lei 59/2003, de 19 de dezembro, de assinatura eletrônica.

³⁷⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Op. Cit.*, p. 99.

ao conteúdo da atuação arbitral por que seja um pouco torpe nestas coisas da eletrônica? A solução tem: se decorrem dez dias desde a data e hora, atenção, em que se colocou à disposição a notificação eletrônica, esta, sim, é a que se considerará que se tentou sem efeito, "procedendo à publicação do edital eletrônico, que se entende, nas sedes eletrônicas das Juntas Arbitrais de Consumo adstritas à arbitragem de consumo eletrônica" (art. 54 do RDSAC de 2008).

Sobre as notificações e cômputo dos prazos acerca da via eleita, é certo que nos dias de hoje já não nos causa tanta indignação o fato de receber mensagens por correio eletrônico, eis que uma prática comum tanto para internautas como para aqueles nem tanto assediados à informática. Entretanto esta prática no meio jurídico ainda é feita com mais parcimônia, possível somente nos casos onde haja a firma eletrônica ou outro mecanismo capaz de garantir a segurança e a garantia da eficácia do sistema. Contudo, na década dos anos sessenta esta prática foi uma novidade quando o Convênio Europeu sobre Comércio Internacional, realizado em Genebra, a 21 de abril de 1961, ao catalogar a ata do evento, constou em seu artigo 1-2ª o "intercâmbio de cartas, telegramas ou comunicações por teleimpressor". Talvez este método último tenha sido o precursor de uma nova era eletrônica que se iniciava no meio comercial, claro, pois que estamos nos referindo ao teleimpressor, haja vista que as cartas e os telegramas já eram métodos vetustos nos meios de comunicação.

Na Espanha deu-se alguma iniciativa na anterior Lei de Arbitragem de 1988 (art. 6), que deu indícios de permitir o "intercâmbio de cartas ou de qualquer outro meio de comunicação", porém, foi mais audaz sua sucessora, a Lei de Arbitragem, nº 60/2003 (art. 9), que se referiu à questão nos seguintes termos: *suporte eletrônico, óptico ou de outro tipo*. Já o RDSAC/1993, parece receber os maiores encômios por sua ousadia, pois recepcionou em seu texto a apresentação do pedido por meios eletrônicos, informáticos ou telemáticos.

Alhures ao meio de arbitragem, as normativas do atual art. 45 da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, ou o art. 162 da Lei de *Enjuiciamiento Civil*, a lei processual civil espanhola, também contemplam a possibilidade das notificações eletrônicas

O objeto de nosso estudo, a vigente Lei de Arbitragem de Consumo, RDSAC/2008, contempla em seu art. 54 a notificação pela via eletrônica, prevendo que as notificações se realizarão na sede eletrônica designada pelas partes a tais efeitos, se entendendo realizadas a todos os efeitos legais no dia seguinte àquele em que conste o acesso ao conteúdo da atuação arbitral objeto de notificação.

À vista do que possa parecer ainda há resistência por parte da doutrina mais conservadora, no que tange à segurança jurídica que a informática possa garantir ao ato jurídico, esta que segue os preceitos mais arraigados ao positivismo ortodoxo que tarda a se adaptar aos novos tempos, acompanhando os hermeneutas mais radicais que interpretam *ipsis litteris* os dogmas legais ao referirem-se à pessoalidade do ato, duvidando dos métodos os quais não vislumbre a presença física da parte, para legalizar o ato jurídico perfeito.

Ao tipificar a incerteza que ainda se nutre pelo sistema de notificação eletrônica, busca-se interpretar o teor do art. 54 do RDSAC/2008, que alude sobre o cômputo de prazo após a publicação virtual da notificação arbitral, indagando, ao mesmo tempo em que induzem a este raciocínio.

Sobre esta questão, da certeza se os meios informáticos possam garantir a entrega da mensagem, ninguém duvida que obviamente, face à evolução diuturna da tecnologia informática, esta possui os meios de comprovar se o destinatário recebeu ou não a notificação, a considerá-la válida de todo direito, sobretudo se o domicílio do destinatário for o seu endereço eletrônico constante de seu e.mail, com certeza aquele constante como válido para efeitos de notificações, ao que

responderá o infrator pelas conseqüências em caso de má-fé, conforme regulamenta o art. 54 da dita norma em que o cômputo do prazo, revelando que será de dez dias, passa-se a contar do dia seguinte àquele em que conste o acesso ao conteúdo da atuação arbitral objeto de notificação.

2- Arbitragem de consumo coletivo

Ao iniciar o tema acerca dos Direitos Coletivos, sobretudo no que se refere à proteção coletiva dos consumidores, tema objeto de nosso estudo aplicado à tese desta jurisdição, entenda-se, as opções oferecidas pelo método alternativo de resolução de conflitos, no caso em tela para a arbitragem de consumo, cumpre-nos identificar nas letras que a seguir escreveremos uma questão de fundamental importância, a que se refere sempre à definição do termo Direito Coletivo, se comparado ao Direito Difuso.

Assim, pois, ressaltamos: Direito coletivo é um direito transindividual, tem objeto indivisível e tutela os interesses de determinada classe de pessoas, um grupo determinado de pessoas que são identificáveis entre si, pois coincidem como titulares dos mesmos direitos e podem estar ligados por uma relação jurídica compatível e comum a todos ou pertinentes com a mesma parte contrária.

Direito Difuso é um direito transindividual, pois transcende ao indivíduo, ultrapassa o limite de direito e dever individual, tem um objeto indivisível de natureza indivisível, a todos pertence, mas ninguém especificamente o possui, pois tem pluralidade de titulares, indeterminados e interligados por circunstâncias de fato.

Vê-se que o termo difuso determina um alcance abrangente indeterminado, não se sabe ou não se determina a sua extensão, portanto, não poderia ser objeto da arbitragem de consumo, vez que não representa uma coletividade identificável num determinado grupo. De modo distinto, o Direito Coletivo, este sim pode ser

objeto de proteção ao direito do consumidor pela via da arbitragem de consumo, seja por adesão, seja pela representação de associações de consumidores, de forma determinada.

Como salientado em prol da defesa de grupo determinado, a própria evolução tecnológica levou a sociedade a buscar a defesa destes interesses coletivos, isto ficou bem definido com a propagação da cultura de massa em que no mundo contemporâneo a sociedade internacional acolheu em suas legislações e consagrou de modo definitivo a tutela do Estado ao cidadão, de forma individual ou coletiva.

Como visto, descobre-se a aplicação da arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos também na seara coletiva sustentada na defesa dos direitos do indivíduo que adquire bens e serviços dentro de uma produção de massa onde ocorre a venda no varejo eivada de defeitos e passa a alcançar um reflexo coletivo quando isso se estende a uma grande proporção de consumidores. Neste diapasão, muito oportuno vislumbrar a proteção do consumidor vista sob a ótica não só individual como também coletiva, conforme preconiza SILGUERO³⁷¹:

Las sociedades actuales, con una economía basada en la producción en masa, han supuesto una mejora importante en las condiciones de vida del individuo propiciando una inclinación hacia el consumo de bienes y servicios, quizás excesiva. Las necesidades del consumo también se han puesto de manifiesto en el campo del Derecho mediante el establecimiento de una serie de normas cuya finalidad común se encuentra en la protección de los consumidores y usuarios. Este Derecho del consumo presenta un carácter general y pluridisciplinar, y no sólo incluye las normas generales sobre protección del consumidor, sino que se extiende a otras materias como la defensa de la competencia, la competencia desleal, el comercio minorista, la venta de bienes

³⁷¹ SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La protección procesal del interés colectivo de los consumidores*. vLex España. Madrid. 1999.

muebles a plazos, los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los créditos al consumo, la compraventa y arrendamiento de viviendas, la transparencia de las operaciones de las entidades de crédito, o los daños causados por productos defectuosos. Este ámbito tan amplio se justifica si pensamos que todos somos consumidores y, además, en todo momento. Pues bien, la protección del consumidor solo tiene sentido si se presta tanto a nivel individual como a nivel colectivo; y es aquí donde surgen los problemas, ya que buena parte de nuestras leyes restringen la tutela del consumo al nivel individual, lo que supone condenar a la indefensión a los más débiles frente a la producción y distribución de productos y servicios, que se efectúan a escala mundial, y en muchos casos por empresas de carácter multinacional, la defensa individual o de pequeños grupos de afectados resulta claramente ineficaz.

Pese o exposto se relacione à coletividade internacional como um todo, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004 e depois publicado por diversas editoras em diversos países iberoamericanos. Elaborado a partir da iniciativa de ilustres juristas latino americanos, conta a edição brasileira com a lavra de GIDI e MAC-GREGOR³⁷², que assim apresentam a obra:

Não somente a qualidade dos autores como o brilhantismo e a coragem com que interagiram entre si, com o texto comentado e com publicações anteriores, fazem desse livro uma obra peculiar. Através desse novo método, dá-se um passo criativo na construção de um novo modelo processual coletivo.

A questão se nos aparenta propícia, eis que os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores. Cediço que os resultados

³⁷² GIDI, Antônio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*. Editora Podivm. São Paulo. 2009.

colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados.

Acreditam seus autores que os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, *in casu*, aplicado às coerências das legislações destes países que se esforçam em ampliar seus universos legislativos de forma comum, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico.

No caso brasileiro, rico teoricamente em legislações desta seara, porém com resultados práticos nem tantos satisfatórios, sua doutrina adotou a postura de que há a necessidade de unir forças para a efetivação de seus efeitos a partir da elaboração recente deste Código Modelo para Processos Coletivos³⁷³, no âmbito dos países ibero-americanos, que, inspirada em tal propositura reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

No Direito espanhol, a incorporação das ações coletivas é recente e seu exercício, segundo avaliam os mais hóspedes no assunto como é o caso de LOZANO-HIGUERO PINTO³⁷⁴, tais autores acreditam que pese a progressão geométrica experimentada nos últimos anos, dita evolução segue carente de consolidação e maturidade desejável.

³⁷³ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá). Disponível em: www.direituerj.org.br/2005/cbpc.doc.

³⁷⁴ LOZANO-HIGUERO PINTO. *Op. Cit.* 1987.

Com efeito, observam que desde a preliminar legislação consumerista gravada na anterior LGDCU, em seu art. 20.1, esta já previa a possibilidade de se reconhecer às associações de consumidores e usuários o direito de exercer as correspondentes ações em defesa dos mesmos, da associação ou dos interesses gerais dos consumidores e usuários.

Não obstante, segue-se a edição da LO 06/1985, que em seu art. 7.3 da Lei Orgânica 6/1985, de 1 de julho, do Poder Judiciário, impunha que os Julgados e Tribunais deveriam proteger os direitos e interesses legítimos, tanto individuais como coletivos, bem como a Lei 34/1988, Geral de Publicidade, em cujo art. 25.1, ademais da Lei 3/1991, art. 19.2, de Concorrência Desleal, e finalmente o art. 19.3 da LCCG, em que reconheciam a legitimação ativa das associações de consumidores e usuários. Apesar de notável esforço legislativo, a verdade é que seu efetivo desenvolvimento processual chegou muito recentemente, graças à Lei 1/2000, de 7 de janeiro de *Enjuiciamiento Civil*, qual seja a vigente lei processual civil.

Transportando a matéria para a seara arbitral de consumo, este reconhecimento resultou um pouco mais tardio, eis que até o vigente RDSAC/2008 se consolidou tal pretensão depois de vãs tentativas para materializar seu exercício ao amparo do derogado RDSAC/ 631/1993.

Com tanta movimentação chega-se efetivamente a realidade a ação coletiva elaborada pelo legislador, não deixando rastros de suspeitas de que a arbitragem de consumo não fosse a via idônea para a resolução de conflitos coletivos de consumidores, promovidos por associações de consumidores e usuários. Assim, consagrada pelas bênçãos do art. 51 da Constituição Espanhola, passando pelo Real Decreto 636/1993, de 3 de maio pelo que inicialmente se regula o Sistema Arbitral de Consumo, a matéria toma impulso e se consolida nas letras da

legislação arbitral de consumo para se erigir como um procedimento eficaz e sem tantas formalidades especiais.

O apelo dos consumidores e usuários, cujos interesses individuais ou coletivos possam ser vilipendiados pelos comerciantes mais inescrupulosos e que possam se fazer valer da arbitragem de consumo, cujo procedimento oferece inúmeras vantagens para o consumidor e usuário em relação a Justiça comum, mais indicada para aqueles que intencionam procrastinar o pleito, permite a participação de associações de defesa do consumidor em consequência, com o momento no que é formalizados validamente a maior parte dos convênios arbitrais, doravante mais estruturados, permitirão o conhecimento e resolução desta arbitragem coletiva³⁷⁵.

Sobre esta na questão na Espanha, vários autores já publicaram obras sobre estudos de consumo e suas relações, conforme os já citados SILGUERO, LOZANO, ALMAGRO e também muito oportuno citar os estudos de BUJOSA³⁷⁶

Em síntese apertada, nota-se que a vigente legislação arbitral de consumo, o RDSAC/2008, ao tratar da matéria concernentes ao consumo coletivo, viabiliza ao consumidor e usuário tal possibilidade ao tempo que disponibiliza ao empresário seu aceite ou não, quando formaliza em seu preâmbulo que: "a tramitação da arbitragem coletiva determinará ao agregado neste procedimento dos pedidos de arbitragem individual e a possibilidade de que o reclamado se oponha a tal tramitação individual. Adicionalmente, neste segundo caso, prevê a possibilidade deste agregado optar pelos procedimentos individuais"

³⁷⁵ RIBÓN SEISDEDOS, E. *Op. Cit.*, p. 155.

³⁷⁶ BUJOSA VADELL. Lorenzo M. *Op. Cit.* (*La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*).

Neste diapasão, vislumbramos que o que se diz no preâmbulo da arbitragem coletiva do RDSAC/2008 sobressai, basicamente, duas afirmações. A primeira atinente a que a arbitragem de consumo coletivo poderá se moldar conforme a regulação geral sobre a arbitragem contida no dito RDSAC/2008. A segunda concernente à justificativa da arbitragem de consumo coletivo, insculpida na Seção II, do Capítulo V do referido RDSAC/2008, que é o que vai permitir abordar feições mais concretas do tema, necessárias para seu efetivo funcionamento. São, por assim dizer, os litígios coletivos.

A arbitragem de consumo coletivo, conforme preconizado na vigente norma tem como objeto a proteção outorgada pela legislação processual civil, a LEC, ao tutelar os interesses coletivos, possibilitando por meio desta via da arbitragem de consumo coletivo, resolver-se os conflitos que "possam lesionar os interesses coletivos dos consumidores e usuários, afetando a um número determinado ou indeterminado destes" (art. 56 do RDSAC de 2008).

Se a atual legislação tutela os interesses de uma determinada coletividade, não nos olvidemos que não se nos aparenta, entretanto, tratar-se de uma panacéia para todos os males de consumo coletivo, uma vez que dita norma não alcança os interesses difusos dos consumidores, o que *de per se* quer dizer, os interesses dos prejudicados por um fato danoso indeterminado ou de difícil determinação.

Não fosse diferente, tendo em vista a complexidade do tema, poderíamos acreditar que, tal e como prevê o RDSAC/2008, a arbitragem de consumo coletivo justifica-se para um "mesmo pressuposto fático – coletivo", entenda-se aquele que daria lugar a um agregado objetivo de pedidos de arbitragem, aqueles que obviamente se resolveriam em um único procedimento arbitral de consumo (art. 56 do RDSAC/2008).

Concluindo, em nosso pensar, salvo melhor juízo, entendemos que o citado art. 56 tem por objeto resolver num único procedimento os conflitos de consumo

quando houver identidade de causa de modo coletivo originado pela mesma empresa ou provedor, quando estes venham causar dano coletivo a uma pluralidade de consumidores.

Para tanto, há um entrave para a propositura de uma ação coletiva, eis que necessita da anuência da empresa ou empresário que deu causa, para viabilizar o procedimento arbitral de consumo coletivo, e, em caso de aceite, haverá uma convocação de consumidores afetados para que se habilitem no procedimento, comprovando sua legitimidade e justificando seu interesse. Esta chamada se dará por meio público de edital de convocação ou outro meio idôneo de comunicação com publicação em órgão de grande circulação e difusão pública no local da ocorrência do fato.

Outrossim, sem prejuízo que haja preliminarmente uma proposta de acordo entre as partes que satisfaça total ou parcialmente as pretensões coletivas dos reclamantes.

2-1- Competência das JACs e procedimento

Tratando-se de um procedimento distinto para uma arbitragem diferenciada, onde não se apresenta tão somente as partes demandante e demandada de forma individual, esta certamente teria que dispor de uma regulação distinta para acolher a coletividade que se anuncia, portanto, muito peculiar sua competência territorial.

Sob este ponto de vista, num primeiro momento ante um pedido de arbitragem coletivo, a Junta que deverá albergar o procedimento será aquela que for comum aos domicílios dos consumidores e usuários, com caráter de exclusão de acordo com seu prolongamento, cujos legítimos direitos e interesses econômicos possam estar comumente afetados pelo mesmo fato.

Neste diapasão, imaginando-se que um fato que acometesse a coletividade do Município de Madrid, a Associação dos Consumidores local ou a direção da

Junta Arbitral de Consumo deste município seria a competente para avocar a si a competência, ou, ao prolongar-se para a Comunidade de Madrid, a esta competiria, e, se, por sua vez, o caso se alastrasse a nível nacional, então a competência se prolongaria à Junta Arbitral Nacional de Consumo.

Com efeito, dita questão territorial a novel normativa não se dedicou conforme outrora fizera o anterior regulamento, para contemplar de forma escura as competências exclusivas, equiparando-as em certos casos, o que de per se permite às partes convencionarem a respeito, não se referindo a competência exclusiva ou excludente, facilitando, inclusive, a competência para propositura de arbitragem coletiva. Importante lembrar que não se pode afastar no caso em tela a questão da legitimidade para propositura de ação coletiva, com efeito, as associações de consumidores, no que tange ao território por estas alcançado, se a nível municipal, provincial, comunitário ou nacional, permitindo, inclusive que se faça a distribuição conforme a competência territorial segundo o local da ocorrência do fato. Esta questão já foi objeto de demanda judicial em sede de recurso à Comunidade Autônoma, decidida por sentença da Audiência Provincial da Comunidade de Tarragona³⁷⁷

Entretanto, a situação poderia não ser tão simples assim, pois, em coerência com esta regra, para a resolução daqueles conflitos nos que resultem afetados usuários residentes em mais de um município ou Comunidade Autônoma, resultará competente a Junta Arbitral Nacional de Consumo, adstrita ao Instituto Nacional do Consumo, conforme prescreve o art. 5.2.a) do RDSAC/2008.

Poderia ocorrer também em face da complexidade da causa, em que pode ser proposto naqueles casos em que surgido um conflito coletivo não fosse possível determinar inicialmente, com precisão o âmbito territorial dos afetados. Conforme alude os mais hóspedes no assunto, a exemplo de CARRASCO

³⁷⁷ SAP de Tarragona -Sección 1ª-, de 13 de marzo de 2001 JUR 2001, 151993.

PERERA³⁷⁸, a que esta questão é pertinente, revelaria a possível necessidade de prever-se diligências preliminares a determinar a competência territorial para o procedimento do pleito.

A suposição inicial seria aquela inicialmente argumentada, qual seja, supondo-se que a ocorrência afetasse uma pluralidade de municípios, todos pertencentes à mesma Comunidade Autônoma, esta seria competente, mas, se a nível nacional, então o INC avocaria a competência da junta nacional. Isso quer dizer, usar a regra de exclusão da mais simples para a mais abrangente.

Visto que a regra seria perseguir o alastramento do fato, de modo geográfico extensivo, temos para nós que na ocorrência de fatos desta natureza teria também que se considerar a extensão do plano de Oferta Pública da empresa demanda e seu limite geográfico de alcance, salvo se resultasse compor a controvérsia pela adesão da empresa a outros níveis geográficos mais abrangentes.

Assim, uma só empresa por um único fato pode ser demandada em múltiplas comunidades, em pontos distintos de seu âmbito de atuação, com a ressalva de se ajustar a competência da Junta Arbitral de Consumo de modo a acomodar todos estes quesitos, de acordo com as reclamações recebidas. A conclusão do exposto é que em caso de dúvida resultaria mais prático ir diretamente à Junta de superior âmbito territorial.

Para dar partida à marcha arbitral de consumo o artigo 58 do RDSAC/2008 prevê dois modos para iniciar o processo, podendo ser de ofício, ou a instância das associações de consumidores e usuários representativas no âmbito territorial em que se tenha produzido o fato inerente aos interesses coletivos dos consumidores ou das Juntas Arbitrais de inferior a maior âmbito territorial.

³⁷⁸ CARRASCO PERERA, A. y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *El arbitraje de consumo: la experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 101.

Junto à competência territorial, designação dos árbitros e da acumulação de procedimentos, se houvesse algum vício no procedimento, isso poderia comprometer sua finalização, inclusive sujeito à ação de nulidade por incompetência territorial. *Mutatis mutandis*, há, porém outros aspectos que pensamos deveriam ser resolvidos ainda na fase preliminar da propositura do feito para garantir sua eficácia final, eis que como vimos a questão da competência, se não resolvida preliminarmente poderia levar a não aquiescência do empresário, o que restringiria a legitimação ativa daqueles consumidores e usuários não pertencentes à área de atuação do demandado em face de sua OPA (Oferta Pública de Adesão).

Pensamos que inicialmente deveria prevalecer o espírito conciliador do empresário para aceitar estender a competência territorial da junta indicada, vez que assim deve ser norteada sua ação quando de sua opção voluntária pelo sistema. A não observância de tais fatores, se não resolvidas nos limites da arbitragem de consumo, obrigaria a intervenção do Poder Judiciário, o que resultaria inviável, face às delongas que este procedimento acarretaria.

Sob este aspecto, pois, fica claro a inevitável e necessária anuência do empresário para viabilizar a arbitragem de consumo coletivo, eis que uma vez adotado o acordo de iniciação do procedimento por parte do presidente da Junta Arbitral que resulte competente para o conhecimento da arbitragem de consumo coletivo, o artigo 58.2 RDSAC/2008, ordena que se notifique as empresas ou profissionais responsáveis pelos fatos suscetíveis de lesionar os direitos e interesses coletivos dos consumidores para que manifestem no prazo de quinze dias, desde a notificação se aceitam submeter ao Sistema Arbitral de Consumo a resolução, em um único procedimento, dos conflitos com consumidores e usuários, motivados por tais fatos, lhes instando se for o caso à proposição de um acordo conciliatório que possa satisfazer total ou parcialmente os direitos dos consumidores lesados.

Ainda que a empresa ou profissional notificado tenha absoluta liberdade para declinar do oferecimento de sujeição do conflito coletivo ao sistema arbitral de consumo ou inclusive ignorar a notificação, sem que haja maiores conseqüências, ao que tão somente resultará no arquivamento do feito, insistimos que esta postura não deve se configurar por parte do empresário, porquanto se nos aparenta contraditório às suas pretensões iniciais de submeter-se à arbitragem de consumo e auferir prestígio com seu gesto, contabilizando interesses, eis que o selo de adesão conferido pelo sistema e ostentado em seus negócios lhe garante o atestado de boa conduta comercial, razão pela qual uma atitude suspeita como esta, estaria traindo sua confiança, fidelidade e pondo sob suspeita todo o sistema. Pensamos que esta postura deveria ser mais monitorada dentro da lei para evitar abusos de empresários inescrupulosos, no que concordamos inteiramente com CARRASCO PERERA³⁷⁹.

A contrário *sensu*, ao tratar-se de um profissional ou empresa que não seja aderido ao sistema sem ter formalizar nenhum convênio arbitral, lhe será concedido o mesmo prazo previsto no art. 37.3.b) RDSAC/2008, como se tratasse de um pedido arbitral individual, possivelmente de muito menor complexidade, e com o ônus acrescentado de apresentar uma proposta de acordo conciliatório.

Finalmente, com todas as arestas aparadas e ao procedimento deu-se luz verde para sua marcha, a Junta Arbitral de Consumo eleita para processar o feito, comunicará tanto às demais juntas à nível nacional, quanto às associações de consumidores para que dele tenham conhecimento, com o propósito de evitar multiplicidade de ações, bem como facilitar a propagação e publicidade para tantos quantos consumidores souberem do ocorrido e se sintam lesados com o fato, a fim de que também possam aderir se for o caso, na busca da satisfação de suas pretensões.

³⁷⁹ CARRASCO PERERA, A. FLORENSA TOMAS, E. *Op. Cit.*, p. 101.

Iniciado o procedimento arbitral de consumo coletivo e convocados todos os consumidores e usuários interessados a alistarem-se ao procedimento em marcha, temos para nós que ao adentrarem-se ao feito outros demandantes, forçosamente teremos a composição de uma ação coletiva, legalmente possível ao caso em comento.

Pensamos tratar-se de uma situação mui *sui generis*, haja vista que a arbitragem coletiva, pese sua característica plúrima, não obriga ninguém a participar de procedimento algum na condição de demandante, porquanto segundo a legislação processual civil brasileira apregoa-se que nenhum juiz prestará tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais (art. 2º CPC). Ademais, segundo os princípios basilares do processo, ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º CPC).

Pelo raciocínio até aqui esposado, não nos parece incorreto deduzir que o legislador do procedimento arbitral de consumo sugere a formação plúrima de partes numa ação coletiva, porém, apenas no pólo ativo, segundo nossas razões antes expostas. Antes que se diga, que tal assertiva seja uma questão pacífica, pensamos que na prática isso não seria tão simples, porquanto enseja questões outras pertinentes à competência, seja territorial ou em razão da matéria, porém, tampouco chegaríamos ao absurdo a imaginar tratar-se de uma ficção jurídica.

Mais curial seria deduzir que, na prática, a arbitragem coletiva resulta indicada para uma coletividade de pessoas consumidoras, lesadas pelo mesmo fato, se portando como demandantes em face de uma empresa ou empresário como demandado.

2.2- Aceitação, suspensão, exceção e solicitação extemporânea

Com efeito, reiteramos que a intervenção de terceiro não se aplica à espécie, segundo as razões expostas por não se adequar a nenhuma delas, porém, para melhor sustentar nosso entendimento, pensamos oportuno interpretar o enunciado do art. 59 de forma técnica quando houver o aceite da arbitragem pela empresa e a chamada dos afetados, e assim o fazemos no sentido que esposamos que, neste caso haverá a advertência dos efeitos previstos no artigo 61 para a apresentação do pedido de arbitragem, desde que seja no prazo de dois meses, quando então o presidente da Junta Arbitral de Consumo procederá à designação do órgão arbitral.

Note-se que o item 2 faz referência ao art. 61 quanto ao prazo para o interessado se alistar ao pleito no período de dois meses a contar da publicação do edital de convocação no Diário Oficial, no que, passado este prazo qualquer apresentação será extemporânea³⁸⁰.

A chamada dos lesados para que façam valer seus legítimos direitos e interesses individuais reclama o efeito da publicidade do feito. Para isso, se dispõem de distintos modos de comunicação. Refere-se à comunicação do ato tanto às Juntas Arbitrais de Consumo como através da publicação do Edital de Convocação no Diário Oficial que corresponda ao âmbito territorial do conflito.

Não obstante e de forma concorrente ou facultativa, o rito possibilita que o presidente da Junta Arbitral comunique a chamada dos interessados por outros meios idôneos de publicidade. Aliás, anotemos que o princípio da publicidade dos atos processuais é um divisor de águas a consolidar o rito processual, antes e depois. Havendo falha na publicação do ato e esta agravar a situação contaminando-o de vícios, estará sujeito, de acordo com a gravidade do vício, de

³⁸⁰ RIBÓN SEISDEDOS, E. *Op. Cit.*, p. 161.

nulidade absoluta ou relativa, de pleno direito, qual seja antes o vício, depois a nulidade.

Em respeito à informalidade do procedimento arbitral em todas as suas conexões, para não cercear o direito do consumidor ou usuário lesado, pensamos que a publicação do edital na imprensa oficial seja uma forma legal de dar-se publicidade ao ato do árbitro, entretanto, sabemos que a prática da leitura de Diário Oficial não é praxe do povo, do cidadão comum, e, portanto não se faz cotidianamente pelas pessoas comuns, de modo que muito difícil que alguém, dentre os consumidores ou usuários lesados pela mesma causa tenham conhecimento desta publicação, razão pela qual entendemos justificável a norma flexibilizar a forma de publicidade do ato, possibilitando ao árbitro a divulgação do fato e sua publicação em outros meio de comunicação como a imprensa comercial escrita de grande circulação, o rádio, a televisão, a internet ou quaisquer outros meios de maior difusão da notícia.

Em outro momento, alude o art. 60 que no caso de que haja feitos paralelos, ainda em sua fase inicial, sem que tenha havido a composição do conflito com a mesma causa de pedir e direcionada ao mesmo demandado, o presidente da junta dará efeito suspensivo e notificará as demais juntas para que trasladem os feitos individuais por acaso existentes em sua competência (visto tratar-se de ação plúrima em face de ação individual) declinando desta em favor da arbitragem coletiva na conexão ou continência de causas.

A propósito, em boa hora chamamos a atenção sobre esta questão, quando vale buscar os ensinamentos de GRECO FILHO³⁸¹, para assim o entender:

³⁸¹ GRECO FILHO, Vicente. *Op. Cit.* p. 82.

A conexão e a continência são fatos, resultantes de vínculos entre infrações penais ou seus agentes, que alteram o caminho ordinário de determinação da competência, impondo a reunião, num mesmo processo, de mais de uma infração ou mais de um agente.

É costume dizer-se que a conexão e a continência modificam a competência. Essa afirmação, porém, somente é válida no que concerne à competência em abstrato, ou seja, no caminho que se desenvolve antes da fixação definitiva, em concreto. O desaforamento, sim, modifica a competência em concreto, depois de definida. A conexão e a continência atuam antes dessa definição.

Certamente, uma das notas essenciais dos procedimentos para a proteção dos direitos e interesses coletivos de consumidores e usuários é a transcendência que se desenvolverá em face dos demais consumidores que podem estar ausentes no procedimento e não aproveitar a resolução final que possa ser adotada. Neste caso, diz o art. 61 que as solicitações apresentadas fora do prazo da ação coletiva somente poderão ser processadas se não houver ocorrido a audiência, entrando no processo no estado em que estiver.

Entretanto, ainda que de forma individual não se tenha obtido conhecimento e não se tenha oportunizado participar do pleito até antes da audiência, ficando fora deste sem que lhe seja afeta a decisão arbitral coletiva, pensamos, salvo melhor juízo, que nada impede que o consumidor ou usuário possa demandar contra seu lesador, pela via da arbitragem ou pela justiça comum, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, não podendo excluí-lo para apreciar lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

Sobre esta questão, não há divergência de pensamentos quando não se pode aproveitar a coisa julgada alheia, porém de modo distinto a analisar o fato, entende-se que fica excluída a arbitragem de consumo para pleitear a mesma

causa petendi em face de idêntica parte, segundo entendimento de CALVO SÁNCHEZ.³⁸²

A solução oferecida pelo artigo 222.3 LEC inclina-se no entanto para uma exceção ao princípio geral da *res iudicata* inter partes, qualquer que seja o conteúdo deferido ou indeferido da sentença. Portanto, como conclui GONZALEZ CANO³⁸³ com meridiana clareza, não sem lamentar a ausência da previsão do mecanismo de auto-exclusão voluntária, tanto se a sentença é favorável como se é desfavorável, não cabe àqueles consumidores que não estiveram presentes, poder instar um segundo processo em defesa dos mesmos interesses ou pelos mesmos fatos danosos.

2.3- Prazo para apresentação do laudo

A questão para apresentação do laudo arbitral, pese estar consignada na norma, se nos aparenta subjetiva se a observarmos pela ótica da proporção que o caso possa tomar. Isso significa que após o árbitro noticiar às demais juntas sobre sua competência para processar um pleito coletivo em preferência a um individual, e, portanto, solicitar o declínio de seus colegas a seu favor, dar publicidade ao fato, contabilizar adesão de tantos quantos optem em alistarem-se ao pleito e o lapso temporal de dois meses para aceitar tais adesões, este procedimento se anuncia longo, eis que aí não estão contabilizados os possíveis acidentes processuais que possam procrastinar o feito.

Este período será, efetivamente, o fator que se dilatará o tempo para iniciar o prazo de emissão do laudo arbitral de consumo coletivo. Com o objetivo de que a chamada dos interessados no pleito aos afetados não afete ao prazo máximo para a emissão do laudo disposto no artigo 49 do RDSAC/2008 (seis meses desde o dia

³⁸² CALVO SÁNCHEZ, M.C. *Op. Cit.* p. 191.

³⁸³ GONZALEZ CANO, M.I. *La tutela colectiva... Op.Cit.* p. 260.

seguinte do início do procedimento arbitral), dispõe no art. 62 deste mesmo diploma arbitral de consumo que o cômputo não começará senão até o dia seguinte do transcurso dos dois meses desde a publicação da chamada aos afetados.

Pensamos que na prática não é possível presumir este prazo de seis meses, eis que quanto mais aderentes participarem, mais chances de delongas haverá, e portanto, não seria tão simples pensar que somados mais dois meses aos seis convencionais, teríamos um total de oito meses. Esta seria em teoria o lapso temporal a ser calculado, porém, há de se considerar fatores estranhos que possam intervir e alargar este prazo.

Não se trata da diferença do acontecido no processo de mediação de uma suspensão do procedimento, senão que toda a fase anterior que deverá ser considerada a modo preliminar, e é a partir do transcurso de dois meses da publicação no diário Oficial quando se entenderá que principia o prazo (*dies a quo*) para a emissão do laudo.

Para melhor vislumbrar seu enunciado, vale recordar que o texto do art. 62 determina que o prazo para ditar o laudo será contado a partir da publicação no Diário Oficial da chamada dos afetados.

2.4- O suposto duplo grau de jurisdição do laudo arbitral

A regra jurídica que trata da marcha processual desde o seu início até o seu final, como dissemos, passa por três fases distintas, quais sejam, a postulatória, a instrutória e a decisória. Assim, o processo quando se encerra se faz por meio da sentença, que é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, julgando ou não o mérito.

Proferida a sentença, esta, todavia pode não encerrar definitivamente o feito, eis que da mesma, em regra, cabe recurso de apelação. Sob este contexto faz-se necessário analisar se o princípio do duplo grau de jurisdição que está atrelado de tal sorte aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, que não possa ser afastado sem prejuízo da busca pela justiça, eis que o sucumbente sempre acredita que foi injusta a sentença e cobra sua revisão por outro grau superior hierárquico.

A prestação da tutela jurisdicional estatal é, atualmente, objeto de críticas em razão da morosidade do Poder Judiciário em entregar essa tutela. Muito se tem feito em inovações normativas afim de tornar o sistema processual mais efetivo. A existência dos procedimentos recursais, via de regra, é apontada como um dos fatores concorrentes para esse retardamento, porquanto, não raro, os recursos são utilizados para fins eminentemente protelatórios.

Transportando a questão processual civil para a arbitragem, esta por suas próprias características não permite recurso interno, porém, não pode sufragar o princípio do duplo grau de jurisdição e da inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar ameaça de lesão ao direito do cidadão, de modo que, há possibilidade de reexame da demanda, não pela via do recurso, mas sim, pela propositura de pretensão de nulidade do laudo arbitral, com base no *error in iudicando* ou *error in procedendo* contido neste e, desta feita, atendidas certas condições e levando-se em consideração a competência dos órgãos julgadores, será cabível como medida de dupla jurisdição, que alguns chamam de recurso de anulação previsto no Título VII da vigente Lei de Arbitragem (60/2003, art. 40: *Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título*).

A ilustrar o tema, pensamos oportuno trazer à lume o entendimento de REVILLA GONZALEZ³⁸⁴:

³⁸⁴ REVILLA GONZALEZ, J.A. *La anulación del laudo arbitral de consumo*, em *Estudios sobre consumo* N° 34, Madrid, 1995, p.48.

A propósito que se busca com este recurso não é o de valorizar o acerto ou não da decisão do colégio arbitral, mas sim, se houve vício de nulidade no decorrer do feito capaz de anular a decisão proferida e não voltar a discutir o pano de fundo da questão já decidida.

Neste caso, este dito recurso de anulação não deve ser confundido como recurso de apelação, estando vedado à Turma Recursal seu reexame disprovida do poder discricionário e por estreita carência de competência para tal mister, conforme já pacificada pela diuturna súmula da doutrina jurisprudencial³⁸⁵:

Trata-se de um julgamento externo, porquanto o órgão judicial é só juiz da forma do julgamento ou de suas mesmas garantias processuais, sem que em nenhum caso possa ser pronunciado sobre o fundo.

A questão está refletida tanto por decisão do Tribunal Superior (STS de 13 de outubro de 1986), bem como pelas resoluções contidas na Sentença 43/1988 e Auto 259/1993, declinando entrar no conhecimento do fundo da questão debatida. A Sentença da Audiência Provincial de Alicante de 21 de maio de 2002 recorda esta essencial distinção³⁸⁶:

Visto, o recurso de anulação nada tem a ver com o recurso de apelação que transfere ao órgão jurisdicional superior competência plena para conhecer da controvérsia dentro do âmbito dos princípios de congruência e proscrição da "reformatio in pejus", pois o legislador quis que a anulação do laudo arbitral se submetesse especificamente a motivos concretos e determinados que detalhe o artigo 45 da Lei.

³⁸⁵ Sentença do Tribunal Superior (STS de 13 de outubro de 1986).

³⁸⁶ Sentença da Audiência Provincial de Alicante de 21 de maio de 2002.

A natureza jurídica do chamado recurso de anulação é exposta, conforme abundante doutrina do Tribunal Constitucional e Tribunal Supremo pela Sentença da Audiência Provincial de Burgos de 15 de setembro de 1999³⁸⁷, incidindo novamente na limitação do caráter supervisor dos órgãos judiciais ao controle do procedimento, assim descrita:

Recurso que, em razão de sua natureza jurídica, basicamente incide só sobre a anulação do laudo por erros "in procedendo", de modo que a questão de fundo ou, melhor, sua motivação só será atacada indiretamente em função de uma possível anulação de conteúdo que em todo caso garanta ou em função da inobservância das garantias da instância arbitral, já que a impugnação por violação das regras de direito só é consentida através da própria inobservância das garantias, que na emissão do laudo devem observar os árbitros quanto ao respeito à ordem pública e aos pontos não submetidos à decisão arbitral, por sustentação que quando se solicite a anulação do laudo não se tenha a pretensão de corrigir as deficiências na decisão dos árbitros, nem interferir no processo de elaboração, criando dificuldades ao modelo de paz que preside a arbitragem, se desnaturalizando de suas características essenciais de singeleza e confiança no mesmo, pois o contrário significaria um total exame do fundo do assunto que a natureza do recurso não consente. AATC. 701/1988, de 6 de junho, e, 179/1991, de 17 de junho; SSTC. 43/1988, de 12 de abril; 174/1995, de 23 de novembro; e 75/1996, de 30 de abril; e SS. do TS. de 13 outubro de 1986 e 12 de junho 1987.

Com efeito, a questão já matéria de exame pelo Tribunal Constitucional, que em sua decisão de 23 de novembro de 1995 que assim declarava³⁸⁸.

³⁸⁷ Sentença da Audiência Provincial de Burgos de 15 de setembro de 1999.

³⁸⁸ Tribunal Constitucional, que em sua decisão de 23 de novembro de 1995.

Ao ser taxativas as causas de revisão previstas no artigo 45 e limitar-se estas às garantias formais, não pode ser pronunciado o órgão judicial sobre o fundo do assunto.

Como visto, a anulação do laudo tem caráter taxativo, não podendo ser invocada outras causas diferentes que aquelas previstas normativamente para a estimativa da nulidade do laudo, devendo o recorrente se cingir estritamente às mesma com extraordinário zelo.

Portanto, a matéria objeto de uma ação de anulação do laudo arbitral encontrará unicamente recepção em sede judicial quando esteja fundada em algum dos seguintes supostos contemplados no artigo 41.1 da vigente Lei de Arbitragem 60/2003, de 23 de dezembro, que determina: validade do convênio, falta de notificação da designação do árbitro, matéria não afeta à arbitragem, designação do árbitro contrária aos interesses das partes e questão de ordem pública.

2.5- A execução do laudo arbitral

No procedimento arbitral, a execução do laudo ou da sentença arbitral, de acordo com a legislação aplicada à espécie, tal conforme já discorremos sobre o tema relacionado à possibilidade de tomada de medidas cautelares pelo árbitro no sistema de arbitragem espanhol, para nós teria a mesma eficácia se ressaltasse a competência do árbitro para também executar seu julgado, ainda que este não possua o poder coercitivo necessário à execução, tal formalidade poderia ser suprida na convenção de arbitragem, estando as partes de acordo para o cumprimento da decisão arbitral no mesmo juízo em que a demanda se resolveu. Aqui prevaleceria a vontade das partes a convalidar a legalidade do ato.

Sem maiores delongas, vimos que no caso conforme observado, embora o árbitro não possua o chamado “poder de polícia” conferido ao juiz togado, tal prerrogativa fica suprida pelo ato do juiz competente, que também o seria para

julgar a causa, ainda que este não possua o poder discricionário para questionar a decisão do árbitro, não havendo razão, pois, para engessar o Juízo arbitral do poder de executar seus próprios julgados.

Supondo que uma sentença arbitral não tenha sido cumprida, o compromisso arbitral de nada valeu, posto que a intenção inicial de se recorrer à arbitragem para dirimir as questões controversas das partes restou prejudicada, ainda que tenha sido apreciada e julgada, porém, toda a natureza contida no instituto se perdeu pela recalcitrância do sucumbente.

Segundo nosso entendimento a que já nos referimos, para afastar o excessivo instrumentalismo que reveste o Processo de Execução, em detrimento da efetiva prestação jurisdicional que deve se pautar na efetividade do direito material, agora líquido e certo, a execução no juízo arbitral deveria usar como paradigma, no que coubesse, o procedimento inserido no conteúdo executivo que rege as principais legislações na esfera internacional, porém sem os exageros formais que em todo processo se observa. Nossa observação foi no seguinte sentido³⁸⁹:

Assim, a resistência do executado poderia ser suprida pelo “poder de polícia” emprestado do juiz togado, competente para a causa, de forma “deprecada” e escorada no Juízo de Delibação que afasta o poder discricionário do magistrado, a auxiliar o árbitro na efetividade da medida coercitiva imposta ao renitente, para confiscar, penhorar, arrestar, seqüestrar, avaliar, adjudicar, leiloar, arrematar e transferir os bens do devedor em benefício do credor.

Porém, ainda que este seja nosso pensamento, somos voto vencido pela maioria que doutrina a matéria, e, consoante analisamos à luz do direito material, o que existe atualmente é a necessidade de se executar a decisão arbitral no Poder

³⁸⁹ CAYRES, Nelson Aguiar. *Op. Cit.*, p. 102.

Judiciário, iniciando outro processo, agora de execução, para a satisfação do beneficiado.

Com efeito, a legislação brasileira sofreu alguns ajustes no processo de execução desde sua recente reforma legislativa contida na Lei nº 11.232/2005, que permite a execução da sentença nos próprios autos, não sendo necessário iniciar outro feito, porém, como a arbitragem fica excluída desta possibilidade por tratar-se de jurisdição extrajudicial, então, há que se formalizar um novo feito com todas as suas formalidades inerentes, inclusive com a citação do executado para compor a lide. Aliás, sobre a necessidade de citação, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁹⁰:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENSINO PARTICULAR. SENTENÇA ARBITRAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. INTIMAÇÃO. RITO. I.

Por se estar a tratar de título executivo judicial, a execução de sentença arbitral se faz nos termos do cumprimento de sentença por exegese do art. 475-N, inciso IV, do CPC. Deve haver, no entanto, a prévia citação do executado para compor o pólo passivo da demanda. II. Ausente a citação formal, mas havendo a intimação pessoal do executado para participar da lide, pagando ou depositando o valor do débito, não há falar em nulidade do feito por exegese do art. 214 do CPC, máxime se o oficial de justiça, em cumprimento da diligência, esteve na residência do devedor logrando êxito em penhorar bens e depositando-os em mãos do próprio agravado.

Respeitando as formalidades do procedimento executivo judicial, não poderá o cumprimento de sentença arbitral iniciar-se mediante simples requerimento nos autos, vez que mesmo se tratando de título executivo judicial, a sentença arbitral é

³⁹⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (Agravado de Instrumento Nº 70030072425, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Liege Puricelli Pires, Julgado em 10/09/2009)”.

proferida por órgãos diversos do Judiciário e desprovidos de poder de coerção. Logo, a sua execução dependerá da necessária formulação de demanda executiva perante o Judiciário, com a devida citação da parte contrária para integrar a lide.

No caso, há um novo processo em curso e como se iniciará um novo rito processual, será indispensável estabelecer o juízo cível competente para o seu ajuizamento, qual seja aquele que seria competente para julgar a ação de conhecimento, caso fosse ajuizada originalmente no Poder Judiciário.

Sob esta condição, preleciona os mais hóspedes no assunto, como FRONTINI³⁹¹, que a peça exordial deve conter o requerimento para imediato cumprimento da obrigação pelo devedor, acompanhado do "pedido de citação deste para, querendo, integrar a relação processual que está se instaurando em seqüência ao procedimento arbitral".

Em se tratando da legislação espanhola que regula a execução do laudo arbitral, O artigo 517.2, 2º da lei processual civil vislumbra uma alteração no procedimento executivo habitual, porquanto preconiza que o disposto no Título VIII da Lei de Arbitragem fica integrada a execução do laudo arbitral no mesmo que as ações executivas oriundas de sentenças transitadas em julgado, tais como as resoluções judiciais homologadoras de transações judiciais, escrituras públicas, apólices de contratos mercantis assinadas pelas partes e pelo corretor comercial, entre outros.

Pese a previsão legal, afortunadamente no sistema arbitral de consumo, face às suas características peculiares, não é costume registrar altos índices de inadimplência em suas decisões, porquanto, segundo os dados estatísticos

³⁹¹ FRONTINI, Paulo Salvador. *Arbitragem e execução de sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da Lei 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral*. Revista do Advogado. AASP n. 87, set./2006.

informados pelo Instituto Nacional do Consumo³⁹², dão conta que no ano de 2004, tão somente foi necessário ir à via de execução forçada 1,95% dos laudos emitidos.

Em se tratando de efeito vinculante do julgado e a aplicação supletiva da vigente Lei de Arbitragem/2003, para os efeitos da arbitragem de consumo, vale destacar que os laudos arbitrais resultam exeqüíveis ainda quando se tenha oposto ação de anulação contra estes, o quer dizer que não há efeito suspensivo, ainda que exista a previsão de caução por parte do requerido.

A anterior legislação arbitral de consumo, o RDSAC/636/1993, em seu art. 16.1, g), não previa prazo para o cumprimento do laudo (*O prazo ou término em que deve ser cumprido será o acordado no laudo*), e, portanto, remetia a questão para o disposto nos artigos 518 e 548 da lei processual civil que determina o lapso temporal para a execução judicial, o transcurso mínimo de 20 dias desde a adoção da resolução e o máximo de cinco anos. Atualmente, por força da redação contida no art.45 da dita LA, que se sintoniza com o art. 517.2.2ª da LEC, já não cabe mais dúvida de que o laudo é plenamente exeqüível provisoriamente.

3- Suporte administrativo para outras arbitragens

Ainda que se nos aparente um tanto indefinido o art. 63 do RDSAC/2008, sob o signo de Suporte Administrativo para Outras Arbitragens, no trato de matérias alheias à arbitragem de consumo, o sistema flexibiliza a formação de outros procedimentos correlatos às arbitragens setoriais, ao ceder por empréstimo, sua estrutura para gerenciar estas questões oriundas das Administrações públicas competentes.

³⁹² Vide INC, *Op. Cit.* "Memoria ..." p. 105.

Este suporte administrativo terá o procedimento concernente ao disposto na arbitragem setorial condizente. Ao analisar a norma, convém que a comentemos acerca de alguns pontos mais relevantes, conforme o fazemos ao destacar o gerenciamento e a administração de arbitragens setoriais alheias à arbitragem de consumo. Quanto ao procedimento previsto no art. 64, este deverá estar ajustado ao disposto no regulamento que resulte de aplicação à arbitragem setorial.

Pensamos não haver maiores comprometimentos, talvez até visto como uma oferta atraente para canalizar a solução de outros conflitos através das Juntas Arbitrais de Consumo, desde que seu gerenciamento e administração seja encomendada legal ou regularmente a uma Administração pública.

Algumas hipóteses podem ser lembradas neste suporte, como nos casos do sistema francês, denominado por *Commission de surendettement des particuliers*, que viabiliza a intervenção tanto de representantes da Administração como de associações bancárias ou financeiras e de consumidores e usuários.

Ao se referir às críticas sobre este suporte administrativo, estas são favoráveis, porquanto se comenta que não resulta danosa ao sistema porque deixa aberta a possibilidade do emprego de uma infraestrutura como é a do Sistema Arbitral de Consumo, bem articulada, consolidada em seu labor, com suficiente implantação territorial, e o que sem dúvida é mais importante, com uns interlocutores sociais presentes em seu meio como são as associações de consumidores e usuários e as associações empresariais, sob a atenta supervisão da Administração Pública.

4- Disposições gerais, transitórias, derogatórias e finais

Ao finalizar o presente Real Decreto 231, resta-nos relatar seu texto final, no pertinente às suas disposições gerais, transitórias, derogatórias e finais; e assim o fazemos, consoante a seguinte disposição:

- 1- *Vacatio legis*: dois anos para entrada em vigor;
- 2- Aplicação da norma no tempo e no espaço;
- 3- Efeito *ex tunc* do registro público de empresas aderidas ao sistema;
- 4- Oferta pública de adesão de empresas aderidas;
- 5- Credenciamento de árbitros;
- 6- Derrogado o RD 636/1993, de 3 de maio, que se regula o sac.

5- Os principais pontos da reforma do RDSAC/ 231/2008

Com o propósito de se cotejar as normativas de 1993, RD/636/93 de 3 de maio com a vigente de 2008, RDSAC/231/2008, de 15 de fevereiro, enumeramos a seguir os principais pontos, que são os seguintes:

1. Mediação prévia obrigatória. A mediação prévia é obrigatória, embora não se concretize em seu conteúdo, dada a competência assumida por alguns Estatutos de Autonomias em matéria de mediação [por exemplo o art. 71.26ª EA de Aragón], como manifesta a exposição de motivos do RDSAC/2008. Interessam os artigos 6, letra f); 37; 38, 47, 48 e 49; em caso de Oferta Pública de Adesão ao Sistema Arbitral de Consumo (OPASAC) e 25.1.II. Mantém-se a possibilidade de conciliação entre as partes e sua inclusão no laudo arbitral que finalmente se dite.
2. Árbitros e órgãos arbitrais. Prevê-se o credenciamento (arts. 16 e 17), segundo critérios que se fixará o Conselho Geral do Sistema de Arbitragem de Consumo e a retirada de credenciamento dos árbitros (art. 23), bem como o procedimento. Também o de remoção e recusa (arts. 22 e 23) com remissão ao art. 19 LA de 2003. Também as causas de abstenção, remoção e recusa.
3. Se constituirão “órgãos arbitrais” (em lugar da denominação “colégio arbitral) de três membros (art. 20) e cabe nomear “árbitro único”, sempre que acordem as partes ou, se acorda a Junta Arbitral de Consumo competente (JAC), quando a quantia da arbitragem não exceda a 300 euros e as partes não se oponham (art. 57.2 LGDCU de 2007 e 19 RDSAC/2008).

4. Deve ser notificado às partes a designação dos árbitros (art. 39) que se realizará necessariamente por turno (pelo Presidente da JAC), com o que se reforçam as garantias de imparcialidade.
5. Se a arbitragem for de direito, basta apenas que os árbitros designados por associações de consumidores e por organizações empresariais sejam bacharéis em direito (art. 21.1, alínea 2ª), não necessariamente advogados em exercício (art. 11.3 Decreto de 1993).
6. O art. 18 do RDSAC/2008 prevê a figura do “secretário arbitral”, com regulação mais cuidada de suas funções.
7. O art. 22 do RDSAC/2008 estabelece os princípios de atuação dos árbitros no exercício de suas funções: independência, imparcialidade e confidencialidade (insiste, para este último, o art. 41.2).
8. É novidade no RDSAC/2008 a referência expressa ao dever de confidencialidade como exigência para todos os intervenientes no procedimento arbitral, tanto árbitros (art. 22.1) como mediadores, partes e todo aquele que preste serviço nas Juntas Arbitrais (art. 41.2). Quem for designado mediador não pode ser designado árbitro para o mesmo assunto ou outros conexos.
9. Regula-se em conjunto o procedimento arbitral de consumo (arts. 33 a 50 do RDSAC/2008) e inclui-se a possibilidade de reconvenção (art. 43).
10. Apesar de manter-se a gratuidade da arbitragem institucional de consumo (art. 41.1) prevê-se a imposição às partes das despesas ocasionadas pelas provas praticadas, se aprecia-se má fé ou temeridade (art. 45).
11. Necessária a motivação do laudo arbitral embora dite-se por equidade. Mantêm-se seus caracteres mas regula-se seu conteúdo e cabe a ampliação do prazo para ditá-lo.
12. Prevê-se a reclamação ante a Junta Arbitral Nacional face a resoluções das Juntas arbitrais territoriais sobre admissão ou inadmissão de pedidos de arbitragem, com o que se pretende homogeneizar o sistema e o dotar de maiores garantias de segurança jurídica.
13. Prevê-se a criação de dois novos órgãos importantes para o desenvolvimento do Sistema Arbitral de Consumo: a Comissão de Juntas Arbitrais de Consumo e o Conselho Geral do Sistema Arbitral de Consumo. Ambas instituições, adstritas ao Instituto Nacional de Consumo.

14. Prevêm-se duas arbitragens especiais: a arbitragem de consumo eletrônico e a arbitragem de consumo coletivo.

Neste diapasão, o novo diploma arbitral de consumo espanhol apresenta algumas inovações que se aparentam como um marco inédito no instituto da arbitragem para revolucionar o procedimento de consumo, acompanhando as tendências hodiernas que impõem celeridade e eficácia na prestação jurisdicional ao cidadão. Dentre tais novidades, vemos que a que mais se destaca é a arbitragem eletrônica, que chega no momento que todos reclamam o dinamismo necessário a tal propositura. Em sua recente obra, o Prof. BUJOSA³⁹³ nos presenteia com seu artigo que se ocupa deste tema em sua tratativa de modernidade, que oportunamente aqui transcrevemos:

En el ámbito europeo, con el fin de facilitar la resolución de controversias con elementos transfronterizos, se creó por Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de mayo de 2000 una Red (Red EJE) de órganos nacionales de solución extrajudicial de este tipo de litigios en materia de consumo, cada vez más frecuentes, con la aplicación de nuevas tecnologías de la comunicación.

El RDSAC, siguiendo el mandato que el legislador había dirigido al gobierno, introduce como una variante especial el llamado «arbitraje de consumo electrónico», en los artículos 51 a 55 RDSAC. En este arbitraje el procedimiento se sustancia íntegramente por medios electrónicos a través de la aplicación habilitada por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ; con el fin de garantizar la autenticidad se aplica la firma electrónica; las notificaciones se remiten a la sede electrónica designada por las partes; se establecen unas reglas específicas sobre cómputo de plazos, y

³⁹³ BUJOSA VADELL. Lorenzo M. *Arbitraje y Mediación*. Revista Jurídica de Castilla y Leon. Nº 29. Enero de 2013. p. 19.

el lugar de celebración del arbitraje se considerará el de la sede de la Junta Arbitral o de la delegación territorial correspondiente.

6- O Real Decreto 863/2009 que modifica o Real Decreto 231/2008

A reforma do Sistema de Arbitragem de Consumo pelo RD 231 trouxe muitos benefícios para o sistema, dentre eles, um dos mais expressivos foi a Arbitragem de Consumo Eletrônica. Entretanto, no bojo desta novidade trouxe também uma polêmica formulada pelas Comunidades Autônomas da Catalunha e de Valência, reclamando para si suas competências consignadas em seus estatutos. Porém, como pertence ao Governo do Estado legislar sobre matérias de âmbito nacional, e nesta inclui-se a arbitragem de consumo, constitui-se uma polêmica que coube ao Governo resolver, sobretudo acerca do texto legislativo contido no art. 51.2 RDSAC/2008, que em sua redação original, prevê que a arbitragem de consumo eletrônico se substancie por aplicação eletrônica a ser habilitada pelo Ministério de Previdência e Consumo para o Sistema Arbitral de Consumo.

Ora, se a habilitação está a cargo do Ministério da Previdência e Consumo, claro está que as diversas Juntas Arbitrais de Consumo teriam que se enquadrar segundo o padrão governamental, e, ademais de ditas reclamações, pensamos que as mesmas não procedem, visto tratar-se de matéria de fundo constitucional, no que devem acatamento todas as demais autônomas, em respeito à hierarquia das normas, no que entendemos serem inconstitucionais todos os demais termos que constem nos respectivos convênios de constituição autonômica.

Em face desta previsão, o Governo da Comunidade Autônoma de Catalunha, mediante resolução adotada em sua reunião de 22 de abril de 2008 e o Governo da Comunidade Autônoma de Valência, do mesmo modo, adotado em 18 de abril de 2008, requereram ao Governo sua incompetência, de conformidade com o estabelecido no art. 63 da Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro do Tribunal

Constitucional, por considerar que o precitado art. 51.2 vulnerava suas competências. Ambos os requerimentos se ajustaram em solicitar do governo sua derrogação ou subsidiariamente uma nova redação do preceito litigioso em tela.

Em resposta a dito requerimento, e depois da defesa da correção técnica do preceito, o Governo, em reunião do Conselho de Ministros de 23 de maio de 2008, comprometia-se não obstante a dar uma nova redação ao preceito, propondo a seguinte redação dada pelo atual Real Decreto 863/2009, de 14 de maio, que altera o texto do art. 51.2 do Real Decreto 231/2008, de 15 de fevereiro, que regula o Sistema Arbitral de Consumo.

SEÇÃO III.
PROPOSTA DE ARBITRAGEM DE CONSUMO NO BRASIL

Capítulo VI.
Projeto de Arbitragem de Consumo para o Brasil, com vistas a uma efetiva defesa dos direitos do consumidor brasileiro.

SUMÁRIO:

1- Um breve histórico sobre a Arbitragem no Brasil, 1.1- O Projeto nº 78/1992, 1.2- A Lei de Arbitragem nº 9307/1996; 2- O acesso à Justiça brasileira, 2.1- O acesso do consumidor à Justiça, 2.2- Os Juizados Especiais, 2.3- A Justiça brasileira em números; 3- O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, 3.1- A proteção do Consumidor pelas Associações Consumeristas e Ministério Público, 3.2- Os Procons e o SNDC, 3.3- A arbitragem e o consumidor no Brasil; 4- Paradigmas de arbitragem de consumo, 4.1- Portugal, 4.2- Argentina; 5- Arbitragem de consumo ao modelo administrativo; 6- Proposta de arbitragem de consumo para o Brasil, 6.1- Rompendo barreiras rumo a um novo conceito de arbitragem, 6.2- O modelo brasileiro em rascunho, 6.3- Obstáculos legislativos a serem superados, 6.4- A arbitragem de consumo comparada à arbitragem laboral, 6.5- A arbitragem e o Código do Consumidor, 6.6- Projeções para se implantar o SAC no Brasil, 6.7- Uma proposta para a reforma da defesa do consumidor no Brasil pela via da arbitragem de consumo.

1- Um breve histórico sobre a Arbitragem no Brasil

A Arbitragem no Brasil começa a contar sua história desde a origem de seu descobrimento, pois, nas vetustas legislações portuguesas do período colonial, nas Ordenações Filipinas e Manuelinas a arbitragem era usada como via de pacificação adequada. A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, trazia expressamente em seu art. 160, a utilização da arbitragem. O Código Comercial brasileiro de 25 de junho de 1850 (Lei nº 556/1850) também visualizava a previsão da arbitragem sendo de utilização obrigatória. O Regulamento 737, datado de 25 de novembro de 1850, um modelo de diploma processual civil utilizado à época, agasalhava em seu teor, no capítulo destinado ao “Regulamento do Código do Comércio”, o instituído em seu art. 27, que determinava a “ordem do juízo no processo comercial”, cujo assunto também se relacionava à arbitragem.

Fato contínuo, no início do Século XX, em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigor o primeiro Código Civil Brasileiro, proclamando nos arts. 1.037 a 1.048 a normatização do instituto da arbitragem no que tange à matéria pertinente ao direito privado. Outra não foi a repetição da matéria, quando, mais tarde, por meio do Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, surgiu o primeiro Código de Processo Civil brasileiro para substituir o até então Regulamento 737. O Código de Processo Civil continha em seu Livro IX, “Do Juízo Arbitral”, os arts. 1.031 a 1.045 que previa a normatização processual da arbitragem, determinando expressamente em seus arts. 1.041, 1.042 e 1.043 a necessidade de homologação do laudo arbitral.

Em 23 de setembro de 1996 foi editada no Brasil a Lei nº 9.307, denominada Lei de Arbitragem. Nesta data chegou às mãos do jurisdicionado brasileiro um novo sistema de prestação jurisdicional privado e alternativo, qual seja, um sistema onde as partes, de comum acordo pudessem eleger um ou mais árbitros para dirimir seus conflitos fundados em questões relativas ao direito patrimonial disponível, de

tal sorte que a decisão por estes profissionais prolatada passa a ter força de título executivo judicial.

Neste diapasão o Brasil deixou de ser uma ilha de resistência à Arbitragem para se converter num fiel escudeiro desta nova seara que ora se anunciava entre a comunidade internacional, visto que em outras paragens o instituto já se mostrava consolidado com resultados mais que satisfatórios.

Assim procedendo, o Brasil assumiu perante a comunidade internacional a postura de parceiro e signatário de um mecanismo jurisdicional moderno e sem fronteiras, e, em que pese a incondicional reserva de soberania protegida pelas normas jurídicas internas, continuou-se a perseguir os passos da tendência internacional globalizada que sempre reclamou celeridade e eficácia na prestação jurisdicional para solução de conflitos.

Esta tendência, desde então se nos aparenta irreversível, visto que o mundo hodierno busca a cooperação internacional mútua sustentada nos grandes blocos comerciais e econômicos como a Câmara de Comércio Internacional – CCI; a Organização Mundial do Comércio – OMC; a Comunidade Européia; o Mercado Comum do Cone Sul - MERCOSUL, e outras organizações congêneres.

De inicio a instituição da arbitragem no Brasil sofreu discriminação por parte da doutrina, em face da arguição de inconstitucionalidade perseguida pelo Supremo Tribunal Federal. Em que pese a celeuma criada em face de sua inconstitucionalidade, fato que engessou o instituto num estado letárgico por aproximadamente cinco anos (desde 1997 até 2002), restou assentada sua constitucionalidade e incontroverso que a atual Lei de Arbitragem se consolidaria definitivamente entre os brasileiros, como um sistema alternativo de solução de conflitos, surgindo para auxiliar o Poder Judiciário a desafogar seu inchaço que dia-a-dia tornar-se-ia mais e mais inoperante em face dos constantes reclamos do malfadado jurisdicionado brasileiro.

A questão da inconstitucionalidade em referência tratou do tema acerca do dispositivo constitucional objeto da discussão, qual seja o art. 5º. Inc. XXXV, da Constituição brasileira, que preceitua a não exclusão pela lei de lesão ou ameaça ao direito da apreciação do Poder Judiciário. O que restou esclarecido depois foi que o preceito assegura às partes a faculdade de recorrer ao Judiciário, não impondo a exclusividade da via jurisdicional, podendo quem quiser fazer uso da via extrajudicial, visto que as partes poderão ter uma via alternativa dentro da disponibilidade de seu direito, ao de que ao se prever a arbitragem, não se está excluindo a lesão da apreciação do Poder judiciário, mas sim, apenas, oferecendo às partes mais um meio, facultativo, de acertarem as suas relações.

Esta questão nasceu também a par de outra causa anterior, ou seja, quando ainda a arbitragem era regida pelo Código de Processo Civil e houve a ocorrência de agravo regimental interposto por uma empresa estrangeira denominada *MBV Comercial and Export Management Establishment* perante o STF, que por força do art. 222 de seu RISTF, por conta da decisão do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE³⁹⁴, então Presidente desse Colendo Supremo Tribunal Federal, quando indeferiu pedido de homologação de laudo arbitral proferido por advogado espanhol, aduzindo para tanto as seguintes considerações que vemos a seguir:

Com efeito, ao julgar a SEC 4.724-2, de que fui relator, o Supremo Tribunal, em sessão plenária de 27 de abril de 1994, reafirmou a firme jurisprudência da Corte no sentido de que “sentença estrangeira”, susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exeqüível o julgado.

³⁹⁴ O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, no incidente de argüição de inconstitucionalidade instaurado no bojo do Agravo Regimental em referência, considerou, porém, mais tarde, afetados por inconstitucionalidade, tanto o parágrafo único do art. 6º quanto o art. 7º da Lei 9.307/96, embora tenha expressamente considerado constitucionais todos os demais artigos da Lei.

Registre-se que o debate no Supremo Tribunal Federal foi tão acirrado que em Parecer emitido anteriormente no mesmo Agravo Regimental (homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Nº 5.206-8/246) o Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, a pedido do Ministro Moreira Alves, veio a examinar, preliminarmente, a constitucionalidade da Lei 9.307/96, concluindo pela sua integral constitucionalidade.

O entendimento do Presidente do STF foi no sentido de não encontrar ressonância legal brasileira junto à legislação espanhola, que dispensa homologação de laudo arbitral, de modo tal que a prática deste ato não afastaria sua eficácia executiva. Por isso, resta-nos reiterar que o caso em tela ocorreu ainda quando a Arbitragem brasileira seguia regulamentado sob a égide do Código Civil de 1916, bem como pelo Código de Processo Civil de 1973, que exigiam a homologação do *laudo arbitral* pelo Poder Judiciário, razão pela qual, o ilustre magistrado seguiu suas pegadas.

Neste diapasão, há muito ao jurisdicionado brasileiro vinha sendo obstada a faculdade de utilização eficaz da justiça arbitral como meio alternativo de resolução de conflitos, tendo em vista que até então, na busca de solução de suas contendas, o jurisdicionado, depois de percorrer todos os meandros dos caminhos pertinentes à fase cognitiva do processo, em seu termo, ainda lhe era imposto a homologação do laudo arbitral pelo Poder Judiciário, de que cuja eficácia era dependente.

Ora, isso significava um verdadeiro retrocesso processual, posto que enquanto a comunidade internacional caminhava no sentido de encurtar caminho para o processo de conhecimento, reconhecendo o laudo arbitral como válido à pretensão executiva, o Brasil, ao contrário, dificultava a operação exigindo sua homologação judiciária. Isso trouxe ao longo dos tempos muitos percalços às

relações comerciais do Brasil com a comunidade internacional. Sobre esta questão se pronunciou LEON FREJDA SZKLAROSWSKY³⁹⁵ :

A Lei 9307/96 não deixa margem a qualquer dúvida, quanto a sua constitucionalidade, porquanto o artigo 25 comanda que, sobrevindo, no curso da arbitragem, dissensão acerca de direitos indisponíveis, de cuja existência ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral mandará as partes, para o Juízo competente.

*Neste sentido, a opinião dos doutos, destacando-se: Célio Borja, Frederico Marques e Hamilton de Moraes e Barros, apreciando a lei anterior, e, atualmente, José Janguê Bezerra Diniz, Geraldo Brindeiro, Cláudio Vianna de Lima, Fátima Nancy Andrighi, Cláudio Santos, Carlos Pinto Coelho Motta, Carlos Mário da Silva Velloso, Stefânia Guimarães, Demócrito Ramos Reinaldo Filho, Regis de Oliveira, José Augusto Delgado, Asdrúbal Júnior, Martin Della Valle, **Nelson Cayres**, Ildemar Egger, Sálvio Figueiredo, Luiz Flávio D'Urso, Carlos Eduardo Caputo Bastos, Humberto Gomes de Barros, Eduardo D. Gonçalves, Oswaldo O. de Pontes Saraiva, Pedro Batista Martins, Pedro Alberto Costa Braga de Oliveira, Carlos Alberto Carmona, Leandro Vieira, Carlos Mafra de Laet, Sidnei Agostinho Benet, Carmen Tibúrcio, Dalmo de Abreu Dallari, José Maria Rossani Garcez, Airton Nóbrega, Luiz Otavio de Oliveira Amaral, Celso Barbi Filho, Arnoldo Wald, Regina Michelin e Jones Figueiredo Alves. Este jurista considera a arbitragem como equivalente jurisdicional e tem caráter público, conquanto se trate de instrumento privado de solução de conflitos.*

1.1- O Projeto nº 78/1992

A semente para a Arbitragem independente seria plantada em 04.06.1982, pelas mãos do Ministro da Justiça, quando, em missiva dirigida ao Presidente da República, apresentou projeto de lei sobre Arbitragem, cujo estudo fora elaborado por juristas, em obediência ao procedimento que proclamava preliminar publicação

³⁹⁵ SZKLAROSWSKY, Leon Frejda. Cf. Lei da Arbitragem, in Suplemento Direito & Justiça, Correio Braziliense, de 5 de maio de 1997.

no Diário Oficial da União, no caso em tela, publicado em 27 de maio de 1981, com a finalidade de receber sugestões sobre a matéria para sua apreciação.

Sua propositura se assentou na premissa de desvincular o instituto da arbitragem com o procedimento da jurisdição comum, tendo em vista os obstáculos acarretados pela legislação contida no Código Civil e Código de Processo Civil, sobretudo em face do entrave previsto na homologação do laudo arbitral, distanciando-se, pois, de sua finalidade precípua cominada na celeridade e economia processual.

Falou-se ainda da celeuma provocada pelos doutrinadores e juristas que se apegavam em filigranas teóricas relacionadas a cláusula compromissória, compromisso arbitral, pacto compromissório, juízo arbitral, compromisso e arbitramento, olvidando-se da premissa maior depositada na idéia de um micro sistema, em vez de divagarem em elucubrações doutrinárias, sendo certo que mais relevante seria sanar as questões urgentes, pertinentes ao conhecimento global do instituto por parte de seus efetivos consumidores, sua aplicabilidade e seu alcance no meio social, para não prejudicar sua adoção conforme fora destinado.

Em linhas gerais, o projeto em comento buscou o referendo presidencial para as seguintes alterações:

- a) evitar a caracterização da arbitragem como um juízo concorrente e dependente da jurisdição ordinária;
- b) utilizar, apenas e exclusivamente, as expressões *cláusula arbitral* e *pacto arbitral*, a primeira para traduzir a intenção, previamente manifestada, de resolver a controvérsia mediante arbitragem e a segunda para significar a instituição formal da arbitragem;
- c) reduzir, ao máximo, as hipóteses de interferência do Poder Judiciário, dispensando, inclusive, a homologação do laudo arbitral;

d) estimular a transação em todas as fases do processo.

Em síntese apertada essas foram as considerações apresentadas no projeto de lei ministerial que culminou com a adesão de outras propostas, conforme adiante nos deparamos para interpretá-las.

Em 17 de fevereiro de 1987, o então Ministro da Justiça, PAULO BROSSARD, em nome da Comissão de Arbitragem instituída pela Portaria nº 38, de 28.01.86, composta dentre outros por MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, ROMUALDO MARQUES COSTA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO e CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FRÓES, apresentou projeto de lei de arbitragem, sob a argüição que o anteprojeto em comento seguia os passos da tendência internacional da moderna arbitragem que se desenvolvia, principalmente nos mais avançados nesta seara, onde o instituto vinha se mostrando altamente eficaz, correspondendo às expectativas no contexto geral.

Asseverou o eminente teórico que a proposta sempre se enveredou para o descongestionamento do Poder Judiciário, justificando por si só a propositura de tal projeto de lei que viesse de encontro aos anseios do jurisdicionado, uma vez que o Estado se mostrava cada vez mais desaparelhado para prestar tal serviço à comunidade. Desta ótica se ponderou ainda que a ressurreição da arbitragem constituir-se-ia em legítima institucionalização do efetivo Estado Democrático de Direito para o país, em busca da correspondência aos anseios nacionais.

Insurgiu-se contra a maneira conforme encontrava disposta a arbitragem no CPC, nos arts. 1.072 a 1.102, porquanto tal disposição apenas afastava como sempre afastou o jurisdicionado, posto que seus entraves dificultavam sobremaneira a viabilidade do instituto demonstrando sua ineficácia, uma vez que depois de percorrer longo caminho em direção a uma definição da lide, esta ainda sujeitar-se-ia ao crivo homologatório do Poder Judiciário, jogando por terra todo o esforço captado no sentido da economia e da celeridade para a solução dos litígios.

Dentre outras críticas citou-se a posição e o comentário do eminente jurista francês Prof. RENÉ DAVID³⁹⁶, quando incluiu o Brasil entre “as ilhas de resistência ao reconhecimento da arbitragem”. Finalmente, concluiu-se pela imposição emergencial da entrada do Brasil no rol dos países adeptos à arbitragem, posto que o mundo moderno caminha para a globalização dos sistemas, razão pela qual, jamais o Brasil poderia manter-se inerte e perder o rumo da história contemporânea.

O Anteprojeto apresentado pelo então Ministro da Justiça adotou as disposições compostas pelos capítulos atinentes à estipulação da arbitragem, a instituição da arbitragem, sobre os árbitros, sobre o procedimento arbitral, o laudo arbitral, a ação de cumprimento de estipulação arbitral, a arbitragem decorrente de determinação contratual, dos laudos proferidos no exterior e as disposições finais.

1.2- A Lei de Arbitragem nº 9.307/1996

O então Senador da República MARCO MACIEL, em 1992 apresentou naquela casa o Projeto de Lei nº 78, cuja origem emanou da *Operação Arbitrer*, levada a bom termo pelo Instituto Liberal de Pernambuco, coordenado pelo advogado PETRÔNIO MUNIZ, contando ainda com importantes contribuições de eminentes juristas por ocasião do Seminário Nacional sobre Arbitragem, realizado em 27 de abril de 1992, na cidade de Curitiba/PR, que culminou para a formação da Comissão Relatora formada por SELMA MARIA FERREIRA LEMES, CARLOS ALBERTO CARMONA e PEDRO BATISTA MARTINS, que por sua vez coube ao então parlamentar apresentar de sua lavra o Projeto de Lei nº 78 que gerou o atual normativa da Arbitragem, qual seja, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Impossível falar na Lei de Arbitragem no Brasil sem citar PETRÔNIO MUNIZ, eis que este brilhante advogado se revelou como o verdadeiro paladino da

³⁹⁶ RENÉ DAVID, *Op. Cit.*, p.82.

arbitragem no Brasil em face de seu trabalho hercúleo, porém merecidamente saudado, reconhecido e respeitado por todos aqueles que acompanharam de perto sua luta para a implantação da arbitragem no Brasil. Com efeito, muito oportuno trazer à lume parte do texto intitulado Tributo a Petrônio Muniz, em que SELMA LEMES³⁹⁷ presta uma merecida homenagem a este brilhante brasileiro:

Estava no Departamento Jurídico da FIESP, em 1991, quando recebo um telefonema de um advogado pernambucano, que se apresentou como Petrônio Muniz. Falou que tinha lido um artigo meu no Estado de São Paulo sobre arbitragem. Expôs a respeito de sua intenção sobre a elaboração de um Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem. Convidou-me para comparecer a uma reunião na Associação Comercial em São Paulo. Foi a origem e início de uma respeitosa amizade e de uma imensa admiração.

Tudo aconteceu muito rápido. Saímos da reunião com uma Comissão Relatora do Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem constituída. Foi lá que conheci pessoalmente Pedro Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, os demais integrantes da Comissão Relatora.

Trabalhamos. Em menos de 40 dias tínhamos o Anteprojeto pronto. Mas, o que fazer a partir daí ?

Ora, Petrônio entra em cena e eximamente traça o roteiro a ser seguido. O Senador Marcos Maciel abraça a causa arbitral e passa a ser o paladino da Lei Brasileira de Arbitragem. Ambos excelentes articuladores. Sabiam caminhar e aguardar nas horas difíceis, durante a tramitação do Projeto de Lei nº 78/92 no Senado (Projeto de Lei nº 4018/94 na Câmara dos Deputados)...

Descobri, naquele momento, que aí estava a razão do sucesso da Operação Arbitrer. Conseguir a aprovação de uma Lei é matéria que compete a um verdadeiro estrategista.

Sem Petrônio, não teríamos a Lei de Arbitragem. Sem Petrônio, não estaríamos aqui reunidos neste momento.

³⁹⁷ Homenagem prestada à Petrônio Muniz no Seminário sobre Arbitragem International Centre for Dispute Resolution - ICDR em São Paulo, em 11.08.2008.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, regula o instituto da arbitragem dispondo sobre as partes com capacidade para contratar no que tange aos direitos patrimoniais disponíveis, determinando as formas como poderão fazer, se acatando como regra a equidade ou se, sob a égide dos princípios gerais do direito, nos usos e costumes ou ainda nas regras internacionais de comércio.

Dispõe sobre a Convenção de Arbitragem e seus efeitos, sobre os árbitros, quais as pessoas que poderão se habilitar a tal mister, seus limites, direitos e obrigações, bem como a forma procedimental que irá nortear os rumos do processo arbitral.

A sentença arbitral passou a partir da publicação da Lei nº 9.307/96 a ter força de título executivo judicial, conforme contido no art. 584, VI, do CPC, ao contrário do que antes ocorria com o Laudo Arbitral que se sujeitava à homologação judicial para sua validade.

Nessa linha, a sentença arbitral não é recorrível por qualquer espécie de recurso, entretanto, poderá ser pleiteada sua nulidade no Poder Judiciário, nos casos previstos na lei, assim como poderá ocorrer em sua execução o pedido de nulidade, em sede de embargos do devedor, conforme previsto no texto legal. A sentença arbitral estrangeira também poderá ser executada no Brasil após sua homologação pelo STF.

Com a edição da Lei nº 9307 de 1996, o Brasil finalmente entrou para o cenário arbitral internacional de convenção de arbitragem e em sua jurisdição interna para propiciar uma alternativa extrajudicial, de maneira mais informal, ágil e com o propósito de fomentar a prática da arbitragem para outras áreas alhures ao comércio internacional.

Vê-se, pois, que nos dias de hoje o referido instituto em muito evoluiu, posto que após a publicação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a arbitragem

tornou-se independente em relação à Justiça Pública na medida em que a decisão do árbitro fora promovida ao *status* de sentença, não mais necessitando de homologação judicial.

Por assim dizer, restou referendada a decisão do juiz arbitral, nos termos conforme ficou determinado no conteúdo do art. 18 da Lei nº 9.307/96, com a seguinte redação:

“O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

Deu-se autonomia ao instituto da arbitragem, elevando a sentença arbitral à condição de título executivo judicial (art. 584, VI, CPC), conferindo-lhe liquidez, certeza e exeqüibilidade, quando a parte sucumbente resistir ao cumprimento do julgado. Nesse condão, a legislação arbitral brasileira adequou-se aos ditames da majoritária comunidade jurídica internacional em época de globalização.

A partir de então, a arbitragem no Brasil não mais correu o risco de ser considerada retrógrada marchando contra o caminho natural e à margem da hodierna tendência normativa mundial, ao invés do que houvera afirmado o eminente estudioso da arbitragem, o jurista francês RENÉ DAVID³⁹⁸, “...*le Brésil des îlots de résistance à la reconnaissance de l'arbitrage...*”

Com efeito, uma das grandes vantagens da arbitragem reside no disposto no art. 2º da norma em comento. Contém em seu texto a faculdade das partes optarem pela arbitragem regida através do direito ou da equidade. O termo equidade se nos demonstra um tanto quanto subjetivo posto que sua interpretação requer cuidado para não cair no ilegal, na justa medida que o árbitro deverá estar

³⁹⁸ RENÉ DAVID. *Op. Cit.*, p. 42.

sempre atento para discernir o que seja discricionariedade não confundindo com arbitrariedade. Aliás, sobre este assunto oportuno se nos demonstra trazer à colação explicação simples e objetiva dos mestres PAULO FURTADO e UADI LAMMÊGO BULOS³⁹⁹, que assim comentaram:

Através da eqüidade pondera-se, compreendem-se, sopesam-se e estimam-se os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em certas circunstâncias. Se o resultado prático está concordando com as expectativas das partes, tal norma deverá reger a hipótese concreta. Ao invés, caso a norma suscetível de aplicação, perante a hipótese intersubjetiva litigiosa, contrariar os valores, os anseios e as expectativas dos sujeitos envolvidos no compromisso arbitral, o árbitro jamais deverá aplicá-la. Isto porque a eqüidade confere ao árbitro uma discricionariedade, mas não arbitrariedade; a final ele atua por livre escolha, pelo comum acordo das partes, através de uma autorização delas para apreciar interesses e fatos que lhes dizem respeito. A Lei nº 9.307/96, em seu art. 44 revogou todas as disposições acerca da arbitragem contidas até então nos referidos códigos, uma vez que se trata de lei especial e extravagante que passou a regulamentar a matéria, criando norma específica, tanto sob a égide do compromisso como direito material, além do procedimento processual específico para o caso em tela no elenco de medidas que a constituem.

2- O Acesso à Justiça brasileira

Em nossa busca acadêmica acerca de temas de relevância que venham ao encontro dos anseios sociais, acreditamos que os direitos e garantias fundamentais do cidadão previstos na Constituição de todos os países democráticos, no que tange ao direito de petição junto aos órgãos do Poder Judiciário, estão *sub judice* e cada vez mais comprometidos, visto que a relação jurisdição/ jurisdicionado encontra-se conturbada, agonizante e em total desequilíbrio. À medida que o homem se moderniza, a atual estrutura jurisdicional ainda procura se atualizar diuturnamente com novas técnicas mais modernas, porém não consegue agilizar a

³⁹⁹ FURTADO, Paulo e BULOS Uadi Lammêgo. *Lei da Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 131.

demanda do jurisdicionado e com isso se distancia cada vez mais do ideal de tutela efetiva que deve ser premissa do Estado.

Os entraves processuais com excesso de recursos, onde o instrumentalismo do processo se sobrepõe ao direito material, a demora de entrega de jurisdição, os altos custos que a envolvem, são mazelas que o Poder Público tem dificuldades de sanar, como tais deveriam estar impostas em suas diretrizes básicas para facilitar a efetiva prestação de tutela, eis que estes são alguns dos motivos que afastam o jurisdicionado dos fóruns, razão pela qual o tema se nos aparenta estar na pauta do dia e no momento oportuno para provocar rica discussão acadêmica e profícua contribuição científica.

Assim, ao escolher o tema em epígrafe por ser rico em conteúdo e com forte apelo social, porquanto trata de um problema antigo, enraizado na ingerência da administração tutelar dos Órgãos Públicos que se confunde no tempo e no espaço, sobretudo porque nos dias de hoje e em diversas regiões as exigências e as cobranças do homem moderno são cada vez maiores em face de sua constante atualização.

Nosso propósito apresenta-se em forma de estudo e tese acadêmica, discutindo e trazendo à baila as mazelas do Poder Judiciário para cotejá-lo com um instituto vetusto, a arbitragem, recolhido desde os tempos das *legis acciones* romanas, portanto, mais antigo que o próprio modelo judicial hodierno, mas que por força das circunstâncias e da necessidade atual de se buscar uma nova alternativa de jurisdição célere e informal, tal como Fênix ressurgiu das cinzas, modernizou-se entre nós para amoldar-se aos novos reclamos dos conceitos e anseios sociais, e, como tal, apresenta-se como opção válida e legal para solucionar questões de ordem privada, os chamados direitos patrimoniais disponíveis.

Temos para nós que, nos dias de hoje, o jurisdicionado, aquele que acompanhamos mais de perto, sente-se angustiado em face da má qualidade dos

serviços públicos que lhes são prestados e confia que uma possível reforma na estrutura gerencial possa lhe garantir resultados mais satisfatórios, que não aqueles com os quais convive, como numa espécie de dependência aquiliana.

Dentre tais mazelas proporcionadas pelo Estado, depara-se o desprezo ao cidadão como uma das mais cruéis que se verifica pela prestação jurisdicional oferecida. Verdadeiramente, neste diapasão a confiança do jurisdicionado está seriamente abalada e comprometida com seu fornecedor tutelar. Basta observar as críticas contumazes que são desferidas pela maioria destes jurisdicionados, a conferir sua desconfiança e insatisfação sob os mais variados aspectos.

A Justiça brasileira não é diferente das outras neste aspecto, nem melhor, nem pior, porquanto, *mutatis mutandis*, sofre dos mesmos problemas que todas as demais passam em todo o mundo, então, como as demais se vê fortemente abalada, uma vez que não consegue oferecer condição basilar para uma melhor prestação de serviço.

Qual não seria o desagravo do jurisdicionado se hodiernamente se aplicasse, na atual conjuntura, a máxima do decretado por CARLOS MAGNO, em que dizia, em obra de MÁRIO GUIMARÃES⁴⁰⁰, quando assim asseverou tal hipótese: *“aquela que autorizava o litigante a quem, se o juiz não provesse logo com a sentença, a transportar-se para a casa do magistrado, passando a viver à custas deste, até que o feito tivesse seguimento”*.

E de conhecimento geral que o modelo jurídico europeu foi o ordenamento preconizado pelos países deste continente, impostos aqueles outros colonizados que sofreram o julgo da colonização e como tal, não puderam escolher qualquer outro que não o ordenado, segundo suas procedências. Cediço também que dentre

⁴⁰⁰ GUIMARÃES, Mário, *in O Juiz e a função jurisdicional*, apud Carlos Fernando M. Souza, *in A Ética de quem decide questão jurídica*. Trabalho apresentado em conferência realizada junto ao II Curso Básico Para a Formação de Juízes Arbitrais do INAMA/DF, em setembro/1999.

os países europeus restaram ramificados dois ramos distintos do direito, o *civil law* e o *common law*, o primeiro de origem romana e o segundo de origem anglo-saxão.

A gênese do ordenamento jurídico brasileiro provém segundo os passos de seu colonizador português, do qual recebeu suas primeiras formações oriundas das Ordenações Lusitanas⁴⁰¹: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas:

a) Ordenações Afonsinas: Coletânea de leis promulgadas no século XV, durante o reinado de D. Afonso V. As Ordenações Afonsinas ocupam uma posição destacada na história do direito português, forneceram as bases das coletâneas seguintes, que se limitaram a atualizá-las.

b) Ordenações Manuelinas: D. Manuel I as promulgou em 1521, para substituir as Ordenações Afonsinas. Basicamente em virtude da necessidade de correção e atualização das normas, bem como ter entre suas glórias do reinado uma obra legislativa. As Ordenações Manuelinas foram substituídas em 1603 pelas Ordenações Filipinas.

c) Ordenações Filipinas: Se fez necessária uma reforma no código manuelino com intenção de contextualizar as normas. Foi Sancionado em 1595. Tem ausência de originalidade, pouca clareza e muitas contradições. Entretanto construíram a base do direito português até o século XIX.

Se herdarmos dos portugueses o modelo jurídico e o modernizarmos segundo nossas características, e se com isso a prestação jurisdicional brasileira não anda tão bem, nossos predecessores também têm lá suas deficiências, porquanto é público e notório que em Portugal, os críticos apontam para a existência do rol extenso de processos judiciais pendentes, como resultado da ineficiência do sistema judiciário, demonstram por meio de um estudo realizado

⁴⁰¹ As Ordenações Lusitanas.

pelo Observatório Permanente da Justiça, que revelou que a duração média de um processo na primeira instância era de 912 dias, e que 14,7% dos processos judiciais duram mais de 5 anos.

Em estudo mais pormenorizado, a quem diga que o judiciário é apenas um microcosmo da realidade social brasileira. Assentado sobre uma estrutura arcaica, exige muito mais do que simples modificações periféricas. A reforma do judiciário, conforme acentuam os mais críticos, não é mais do que remendo novo em tecido velho, porque parte do princípio equivocada de que o dilema é apenas conjuntural, quando, na verdade é estrutural. Não é o caso de se pensar que o judiciário era rápido e agora se tornou lento. Ele não foi rápido em momento algum de sua história. Qualquer pensamento reformador tem que partir desse entendimento se quiser, efetivamente, provocar transformações sensíveis aos olhos de seu jurisdicionado.

Com efeito, sobre este tema, pensamos oportuno trazer à colação o entendimento de pessoas que estudam o comportamento do sistema judiciário brasileiro e saber destes o que opinam a respeito do tema, como tal, podemos citar o escrito de PEDROSA⁴⁰², que assim enfatiza sua opinião:

Nos últimos anos muitas críticas têm sido lançadas contra o judiciário, tendo como foco principal a lentidão para findar as demandas. A insatisfação está presente em todos os setores sociais, englobando desde o mais humilde jurisdicionado aos grandes empreendedores, do simples funcionário de execução aos altos escalões do governo. Imprensa, instituições da sociedade civil e até o próprio Poder Judiciário se indignam com a ineficiência desde organismo estatal de fundamental importância.

⁴⁰² PEDROSA, Valtércio. *A lentidão do Judiciário brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7039>>.

A análise da questão impõe um estudo bem mais aprofundado do que as simples súplicas sobre reformas constitucionais e das leis infraconstitucionais. O assunto vem sendo tratado de maneira superficial, concentrando-se a causa das mazelas, ora nos membros desde poder, ora na legislação, sem atenção aos inúmeros aspectos que interferem decisivamente numa prestação jurisdicional mais rápida. Infelizmente, o bombardeio tem sido dirigido contra este poder da república de forma a desmoralizá-lo, ao invés de fortalecê-lo, para preservar seu lugar de destaque num Estado Democrático.

Citam-se exemplos de magistrados relapsos, omissos, parciais, para numa gradação irresponsável, atacar toda a instituição, colocando sob suspeita todos seus membros. Não se ressalta a importância deste poder, com a informação de que todos os cidadãos necessitam de um judiciário independente, de juízes com as mínimas garantias para julgar desvinculado de quaisquer interferências e que tais garantias, embora dirigidas aos ocupantes dos cargos, são patrimônio de um povo que tem direito a juízes imparciais, cujas decisões não estejam vinculadas a uma remoção indesejada, promoção, exoneração ou aumento de salários. Não se nega a existência de membros indignos; profissionais que sob o manto de certas garantias triunfam impunemente com a preguiça, a ausência de compromisso social, a omissão, prepotência e a parcialidade. Entretanto a existência de tais profissionais não pode servir de pretexto para a desmoralização do Poder Judiciário, senão a proscricção dos indignos, com o devido processo legal, justamente porque precisamos deste poder.

A Justiça no Brasil, como em todo lugar, superou os atrasos e avançou na medida do próprio avanço humano. Assim, também sofreu as ações do tempo e se atualizou conforme as identidades surgidas num determinado tempo e espaço. A história nos demonstra que os justiceiros, sem qualquer conotação pejorativa ao termo, já foram outros personagens além dos magistrados, eis que na época colonial esta função era conferida aos donatários que faziam a justiça segundo suas convenções e interesses, pois até mesmo a jurisdição criminal lhes foi deferida com as CARTAS FORAIS DE DOAÇÃO. O poder era tanto que lhes eram permitido aplicar a pena de morte e de degredo. Nas Ordenações Filipinas, ao

tempo dos governadores gerais, a primeira instância de processo e julgamento era constituída de ouvidores, corregedores, juizes de fora, almotacés e outros funcionários nomeados pelo rei. Os recursos ficavam a cargo de dois Tribunais de Relações, um instalado na Bahia e outro no Rio de Janeiro.

As questões referentes ao valor da causa eram de tal importância que, se essa ultrapassava a um conto de réis, admitia-se o recurso para o Desembargo do Paço de Lisboa. Conforme os ensinamentos de RUBIÃO SILVA JR⁴⁰³, o Brasil foi elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, criando-se os Tribunais de Relações no Maranhão e em Pernambuco, o Supremo Conselho Militar e de Justiça e outros Tribunais. A relação no Rio de Janeiro, passando a chamar-se Supremo Tribunal de Justiça, foi equiparada à Casa da Suplicação de Lisboa, com a primeira Constituição do Império, em 1824.

Neste tempo, embora ainda não atendidas às teses preliminares de ARISTÓTELES, evoluída em complementos por JOHN LOKE e finalmente absorvidas por MONTESQUIEU, acerca da tripartição dos poderes do Estado, a idéia destes pensadores ainda não se fazia ouvir por estes cantos, pois, ainda que qualificado de independente, o Poder Judiciário estava sujeito ao Poder Moderador. Os juizes, apesar de "perpétuos", sofriam suspensão e eram "mudados para outros lugares", conforme a conveniência superior. Proclamada, finalmente, a República, alçou – se o Judiciário, finalmente, à condição de igualdade ao Executivo e legislativo.

Acompanhando as inovações processuais que ocorreram de forma sistemática nas principais legislações desta ordem, seguiram-se as tendências preconizadas como “as ondas do processo” ou “ondas renovatórias” ou também denominadas “movimentos renovatórios”, que está intimamente ligado à questão do acesso a justiça e à ordem jurídica justa. Seguindo os passos da doutrina de

⁴⁰³ RUBIÃO SILVA JR, Antonio. *Vademecum da Aquisição de Imóveis. Jurisprudência Euremática*. Ed. Julex Livros Ltda. Biblioteca e Livraria Jurídica. 1o Volume, 1985, pág. 23, Campinas, SP.

BOBBIO⁴⁰⁴: "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los."

Conforme comenta-nos BENTO MATOS JR⁴⁰⁵, partindo dessa premissa, MAURO CAPPELETI e BRYANT GARTH organizaram um estudo sobre os instrumentos utilizados por vários países na busca da efetivação do acesso a justiça e verificaram a existência três grandes ondas renovatórias utilizadas para esse mister.

A primeira onda renovatória, iniciada em 1965, está calcada na prestação de assistência jurídica gratuita às pessoas pobres. Como cediço, a prestação jurisdicional demanda o pagamento de advogados, custas judiciais etc. Sendo assim, pessoas sem recursos não poderiam ter acesso a justiça sem a gratuidade de tal serviço. É neste contexto que ganha relevo a criação e estruturação das Defensorias Públicas.

A segunda onda renovatória diz respeito às reformas que buscam a adequada tutela dos interesses coletivos *lato sensu* ou metaindividuais. Busca-se afastar a característica eminentemente individualista do processo, que tutela o interesse de uma só pessoa, e passando a dar maior ênfase à coletividade. Isso faz com que se dê maior efetividade ao processo, pois se tutela vários interesses com uma só demanda. É nesse contexto que são criados instrumentos para proteção do meio ambiente, consumidor, ação civil pública etc.

A terceira onda renovatória relaciona-se à reforma interna do processo, que percorre, nas palavras de CAPPELETI⁴⁰⁶, "do acesso à representação em juízo a

⁴⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

⁴⁰⁵ BENTO MATOS JR., José Evaldo. *As recentes alterações do CPC e os reflexos no processo de execução da justiça do trabalho*. Artigo - Previdenciário/Trabalhista - 2009/1166.

⁴⁰⁶ CAPPELETTI, M. e GARTH, B. *Op. Cit. (Acesso à Justiça)*.

uma concepção mais ampla de acesso à justiça". Essa terceira onda tem por finalidade modernizar os instrumentos processuais, dando maior efetividade ao processo, deixando de lado o formalismo exacerbado dos atos processuais. Ademais, busca adaptar o processo ao tipo de litígio (princípio da adaptação legislativa objetiva e teleológica).

Esta última onda renovatória está ligada umbilicalmente ao conceito de instrumentalidade do processo e, conseqüentemente, das formas. Para tanto, é necessária a reforma nos procedimentos e na estrutura dos Tribunais, utilização de mecanismos informais ou privados na solução de litígios, dentre outras medidas. Tal onda renovatória parte da idéia de que não basta o direito de ação, mas sim que este seja efetivo, tutelando-se o direito material pleiteado e, por fim, implementando o ideal da "funcionalidade processual".

Essas reformas processuais já podem ser sentidas no ordenamento brasileiro, como a previsão da tutela antecipada genérica (1994) e a recente reforma da execução civil (2006), que busca dar maior efetividade ao provimento jurisdicional. Muitas outras alterações foram realizadas desde que se tornou vigente o código processual de 1973, buscando sempre à simplificação dos atos em geral e procedimentos para uma maior agilidade do serviço jurisdicional. O Processo de Execução antes das suas alterações estava fadado ao fracasso, sobretudo, na satisfação do credor. Havia dezenas de artifícios processuais que protelavam a efetividade jurisdicional, não trazendo grandes desconfortos para os devedores.

A partir da constatação desta realidade, o processo de execução sofreu sucessivas alterações nos últimos anos para se adequar aos tempos modernos. Como destacou o Ministro do STJ, HERMAN BENJAMIN⁴⁰⁷: "atualmente, o dinheiro não circula mais em espécie, mas por meio de cartões de crédito, débitos

⁴⁰⁷ HERMAN BENJAMIN. STJ - Resp. nº 1.182.138 – PR. Relator: Ministro Benjamin Herman. 25/10/2010.

automáticos e operações financeiras pela internet. As empresas dos mais diversos segmentos sequer possuem bens passíveis de penhora, pois estão estabelecidas em imóveis alugados e até o mobiliário costuma ser adquirido por contrato de leasing".

Alterações tais como o fim da segurança do juízo para a propositura dos embargos, bem como a rejeição liminar dos embargos no caso de discussão de valores, sem a apresentação de memória de cálculos, entre outras aceleraram o trâmite da execução.

As Reformas do Processo Civil deram-se a partir da necessidade de se criar novos institutos e mecanismos que tenham por escopo a efetividade na prestação jurisdicional na seara civil. Podem-se identificar as três fases de reforma do processo civil que têm como pano de fundo a efetividade. A primeira reforma teve início em 1992, com a Lei n. 8.455, que deu novo tratamento à produção da prova pericial; a Lei n. 8.710, de 24.09.1993, que passou a admitir a citação por correio; a Lei n. 8.898/94, que modificou a sistemática da liquidação de sentença, extinguindo a liquidação por cálculo do contador.

A reforma da reforma iniciou-se com a edição da Lei n. 8.950, de 13.12.1994, que introduziu uma nova sistemática recursal, especialmente no tocante a embargos de declaração, embargos infringentes, apelação, agravo e recursos destinados aos Tribunais Superiores. Nesse mesmo ano, entraram em vigor a Lei n. 8.951, criando a consignação em pagamento extrajudicial; a Lei n. 8.952, que instituiu as tutelas antecipada e específica, permitindo medidas coercitivas para o cumprimento dos provimentos judiciais, e a Lei n. 8.953, que alterou timidamente alguns dispositivos do processo de execução.

Em 1995 foi editada a Lei n. 9.079, que introduziu a ação monitoria em nosso ordenamento jurídico. Fechando esta fase, surgem, em 2001, a Lei n. 10.352, de 26.01.2001, que dá novo tratamento à remessa necessária; e a Lei n.

10.358, que afirma a existência e reconhece a eficácia das decisões mandamentais e executivas *lato sensu*. Em 2002, a Lei n. 10.444 estabeleceu modificações tópicas no processo de execução.

A preocupação central dessas duas primeiras fases de reforma do processo civil residiu na efetividade da prestação jurisdicional abrindo espaço para a terceira fase, cujo escopo pode ser traduzido na consolidação do chamado processo sincrético, isto é, o processo que alberga concomitantemente tutelas cognitivas e executivas.

É, então, promulgada a Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu uma nova garantia fundamental que repercute diretamente na reforma do sistema processual pátrio: o princípio da duração razoável do processo com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII).

Vê-se, pois, que a terceira fase reformista do processo civil - que tem início com a Lei n. 11.187, de 19.10.2005, que confere nova disciplina ao recurso de agravo, e a Lei n. 11.232, de 22.12.2005 (DOU de 23.12.2005), que, dentre outras tantas alterações, estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial - encontra fundamento específico no princípio constitucional da duração razoável do processo.

Em 7 de fevereiro de 2006 são editadas a Lei n. 11.276, que, basicamente, introduz modificações na forma de interposição de recursos, no recebimento da apelação e no saneamento de nulidades processuais e a Lei n. 11.277, que permite a reprodução do teor das sentenças de improcedências quando a matéria controvertida for unicamente de direito.

Prosseguindo na terceira fase reformista, em 16 de fevereiro de 2006 é publicada a Lei n. 11.280, que estabelece alterações relativas aos seguintes

institutos: incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, cartas precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos. Em 8 de agosto de 2006 entra em vigor a Lei n. 11.341, que estabelece critérios para demonstração de divergência jurisprudencial para fins de admissibilidade de recursos de natureza extraordinária.

O passo seguinte da terceira fase da reforma veio com a Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006, alterando diversas normas sobre o processo de execução de título extrajudicial e reconhecendo a força probatória das cópias reprográficas de peças do próprio processo judicial declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade pessoal, se não lhes for impugnada a autenticidade.

Nos dias de hoje, a jurisdição brasileira é regida pelo vigente Código de Processo Civil, editado pela Lei 5.869/73. Possui 1.220 artigos, divididos em cinco livros: I - do processo de conhecimento; II - do processo de execução; III - do processo cautelar; IV - dos procedimentos especiais; V - das disposições finais e transitórias.

No primeiro livro, onde cuida do processo de conhecimento, o código disciplina a competência dos órgãos do Poder Judiciário, regula as figuras dos sujeitos do processo, dita regras sobre o procedimento ordinário e o sumário e o processo nos tribunais, além de disciplinar os atos processuais e suas nulidades, prova, sentença, coisa julgada e recursos.

No segundo livro sobre processo de execução aborda os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, disciplina a competência em matéria executiva, a responsabilidade e as sanções que merecem, além de várias espécies de execução com procedimentos diferenciados.

O terceiro livro disciplina todo processo cautelar, com medidas cautelares típicas (nominadas) e medidas atípicas (inominadas).

No quarto livro estão os procedimentos de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária.

Finalmente, no quinto e último estão as disposições finais e transitórias.

2.1- O acesso do consumidor à Justiça

A questão do acesso do consumidor à Justiça no Brasil, num primeiro momento, até então seguindo as linhas do direito europeu, tinha tendência básica a atender as demandas individuais. Eram poucas as exceções que tratassem da legitimação de algumas pessoas para a defesa de interesse comuns ou coletivos. Somente poucas leis especiais admitiam exceções à regra geral, permitindo a legitimidade ad causam de algumas pessoas para a defesa em juízo de interesses comuns ou coletivos

Não havia, pois, a distinção hoje relevante entre o direito individual e o direito homogêneo, como, por exemplo não se considerava a *relevância social*, que hoje está presente em uma ação coletiva para defesa de direito individual homogêneo. Este é o fator relevante antes não considerado, a relevância social. Não se importava se o trâmite da ação proporcionaria economia judicial, acesso à justiça e efetividade do direito material.

Conforme exposto, se a regra era o direito individual, sem dar-lhe conotação se homogêneo ou não, não havia a preocupação de se instaurar uma ação coletiva proposta por um substituto processual (MP, Associação legitimada, etc.). Se a ação pudesse ser proposta por um grupo de lesados, ou por um lesado, em qualquer caso havendo a representação processual, situação em que tão somente se consideraria o direito individual e nada mais.

Acompanhando a tendência internacional, no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, consagrou-se o tema em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, com a vocação para promover, além da tutela dos direitos individuais, também os direitos coletivos. Ademais, tratou explicitamente, além do art. 5º, inciso XXXII, o Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, o Capítulo I, art. 170, inciso V, aludindo para os princípios gerais da atividade econômica, preconizando que “a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios, V- defesa do consumidor.”

Antes, porém, várias leis já haviam surgido para acomodar a tutela dos direitos difusos, como questões comerciais onde se permitiu ao acionista promover, em favor da sociedade, ação de responsabilidade contra o administrador que causou prejuízos ao patrimônio social (art. 159, parágrafo 3º, da Lei 6.404, de 15.12.1976), sobre a edificação de condomínios que autoriza qualquer condômino, na omissão do síndico, a promover, em benefício do condomínio, ação para o cumprimento dos deveres estipulados na convenção (Lei 4.591, de 16.12.1964, art. 21, parágrafo único), a Ordem dos Advogados do Brasil ao legitimar seu presidente a agir em defesa das prerrogativas da profissão, conferindo-lhe o poder de agir contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins do estatuto em vigor (Lei 8.906, de 4.7.1994, art. 49), as questões sindicais para promover dissídio coletivo sobre as relações de trabalho (art. 857 da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1º de maio de 1943) e para cobrar salários devidos à categoria (Lei 6.708, de 30.10.1979), etc.

A seguir as pegadas de RUY ROSADO DE AGUIAR JR⁴⁰⁸, note-se que todas as questões fazem referência aos interesses coletivos, e não necessariamente com os interesses difusos, como nos diz o autor:

A primeira explícita tutela jurisdicional de interesses difusos, embora com limitação, se dá com a instituição da ação popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965)". (Kazuo Watanabe, A tutela dos interesses difusos, Max Limonad, 1984, p. 88). Segundo essa lei, qualquer cidadão, munido do seu título eleitoral, pode promover a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. Trata-se, porém, de uma norma que produz efeitos apenas no âmbito do direito administrativo e nas relações dos cidadãos com o Estado, para o controle da moralidade da administração pública.

Acrescenta o autor que a grande e significativa mudança ocorreu com a publicação da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinou a ação civil pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico. A situação específica do consumidor foi depois regulada pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990.

Pensamos oportuno, antes de tratarmos do Código de Defesa do Consumidor, fazermos algumas considerações acerca da utilização deste e de sua efetiva utilidade na defesa do consumidor em juízo. Como cediço, este tema vem sendo tratado com muito respeito e sendo aperfeiçoado diuturnamente pela dinâmica jurisdicional, cuja atuação se configura como um avanço da jurisdição que de há muito vem insistindo na efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos.

⁴⁰⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor, n. 16, p. 22-28.

Comungamos o entendimento de que nunca devemos olvidar que o escopo do processo é a paz social, portanto, um instrumento colocado aos cuidados dos operadores do direito para viabilizar sua utilidade prática e não meramente teórica, onde por muitas vezes, à custa de sua instrumentalidade se discutem muito mais questões processuais do que o direito material efetivo, este que se perde no caminho da verborragia processual, razão pela qual, muitos defendem a tese de que o processo deve ser meio e não fim em si mesmo.

Situando-nos no tema da proteção jurisdicional do consumidor e seu efetivo acesso à justiça, sobretudo no Brasil com o advento do Código de Defesa do Consumidor, comungamos com aqueles que são partidários de que efetivamente houve uma inovação no ordenamento jurídico interno, passando de uma simples visão individualista a uma visão social sediada na vontade das partes, transplantando esta autonomia da vontade individual do contrato para a esfera coletiva, sobretudo se fixada na ordem contemporânea da cláusula de adesão, onde o consumidor em situação de inferioridade submete-se à vontade do comerciante sem escrúpulos, surgindo a necessária intervenção do Estado para equiparar a equidade do contrato.

Vale trazer à colação a exposição de NANCY ANDRIGHI⁴⁰⁹ contida em sua magistral oratória proferida sobre o tema em comento, a qual justifica a transição de seu entendimento, nos seguintes termos:

Originariamente os contratos são paritários ou individuais, isto é, discutidos cláusula a cláusula, mas atualmente na sociedade de consumo predominam os métodos de produção e contratação em massa, que geram o fenômeno da predisposição unilateral do conteúdo do contrato, seja através do contrato de

⁴⁰⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Defesa do Consumidor em Juízo*. Palestra proferida no V Curso de Especialização em Direito do Consumidor, Belo Horizonte (MG), em 06/05/93.

adesão ou de contratos submetidos a cláusulas gerais - contratos standardizados.

É uma realidade do nosso século que modifica a concepção clássica individualista, inspirada no princípio da autonomia da vontade do nosso Código Civil de 1917, que supunha que os homens eram livres e iguais por natureza e não se sujeitavam a nenhuma obrigação, se não por vontade própria. Ao tempo da concepção do Código Civil, a autonomia da vontade era o elemento principal, fonte única para o nascimento, modificação e extinção dos direitos, no âmbito dos contratos. A função da lei - nesta ordem supletiva - era apenas para assegurar a autonomia, igualdade e liberdade no momento da contratação, desconsiderando-se, por completo, a situação particular, e até econômica dos contratantes, hoje considerados hipossuficientes.

Na esfera internacional, vê-se sob este ângulo da efetiva prestação jurisdicional que tal atividade convencional deve ter como proposta oferecer ao jurisdicionado uma prestação de serviço eficiente, com economia e rapidez, satisfação e justiça para todos, na medida em que, em tese, esteja aparelhada para tal pretensão.

Entretanto, em alguns casos peculiares isso não traduz necessariamente em eficácia, já que algumas questões, por seu pequeno valor econômico envolvido, para o infortúnio do consumidor, perde em importância, quando o Estado deixa de prestar jurisdição célere e econômica, se analisarmos o dispêndio de tempo e dinheiro que, por vezes o jurisdicionado investe sem obter resposta adequada às suas ansiedades.

A atividade jurisdicional convencional tem como orçamento oferecer ao jurisdicionado uma prestação de serviço eficiente, com economia e rapidez, satisfação e justiça para todos, na medida em que, em tese, esteja aparelhada para tal ministério.

Entretanto, em alguns casos peculiares não traduz necessariamente em eficácia, já que algumas questões, por seu pequeno valor econômico envolvido, para o infortúnio do consumidor, perdem em importância, quando o Estado deixa de prestar jurisdição célere e econômica, se analisarmos o dispêndio de tempo e dinheiro que, por vezes o jurisdicionado investe sem obter resposta adequada às suas ansiedades.

O grande prejudicado na maioria das vezes é o consumidor que sofre com estas limitações frustrantes da máquina judiciária quando, ao solicitar jurisdição e eficiência sofre a vulnerabilidade do Estado, quase sempre desestruturado para tal mister, motivo de alto grau de insatisfação dos tutelados que acomete os principais sistemas de proteção aos direitos do consumidor a nível mundial. O paradoxo de que, às vezes, difícil seja fazer o mais fácil.

Neste diapasão reside a problemática dos chamados juizados especiais de pequenas causas (*small court*, julgamentos de paz, etc.), que em nome da adaptação do sistema judiciário para dar mais atenção e atender com eficácia as causas de pequeno valor, não se adapta e tampouco se estrutura o suficiente para este problema. É o caso da adaptação de muitas legislações que buscam acompanhar a evolução dos tempos modernos, inovando seus sistemas judiciários, mas ao fim se perdem na falta de estrutura para atender e resolver tais problemas contemporâneos.

Estes problemas contemporâneos são traduzidos diuturnamente no seio da sociedade de consumo, caracterizada como um seguimento social de massa que se constitui como o hodierno fenômeno contemporâneo, e, mais que outros seguimentos sociais reclama por amparo jurisdicional mais célere e eficaz, eis que os conflitos originados neste meio exigem soluções rápidas, onde o efêmero de suas questões reclama métodos mais ousados na solução de conflitos desta natureza, e que não podem se perder no tempo, à custa de discussões mais complexas e alheias às suas peculiaridades.

Talvez, o que não estava previsto pelos legisladores ocupados com a matéria deste porte fosse a multiplicidade de demandas nesta seara, mesmo sabedores do grande contingente desta clientela alvo se distanciaram da informalidade para centrar na complexidade de causas mais simples, e, certamente não aparelharam seus órgãos com o propósito de filtrar e prelecionar as causas de consumo de acordo com sua singularidade. Em face disso e da grande quantidade de causas que a questão demanda, não consegue satisfazer com eficiência este tipo de jurisdicionado, e, se vê obrigado a buscar alternativas para solucionar conflitos tão peculiares como são os de consumo.

Escreve ANGEL BONET NAVARRO⁴¹⁰ que a natureza peculiar de certos casos que trazem consigo risco de desprezo para uma determinada classe social ou grupo, motivado pela conveniência de uma pronta tutela, fazem com que a introdução de especialidades no âmbito do processo ou da atuação processual, responda ao desejo de melhorar a proteção específica de certos direitos subjetivos materiais, e assim justificam uma forma jurídica diferente a ser adotada, em vez do tradicional processo ordinário, para atender as particularidades que o caso exija. Assim expõe seu entendimento:

O mundo todo se aparelha em busca de alternativas para solucionar as questões conflitivas emergentes desta sociedade contemporânea que desafia métodos mais ousados e eficazes, porque, mesmo em marcha contrária aos mais pessimistas, a consciência da importância do consumidor, embora tardia, tomou conta das autoridades competentes como fato inverossímil e aponta manifestações óbvias de que consumidor é todo mundo em todo momento, pois, todos nós, a todo o momento praticamos consumo: o comprador, o cliente,

⁴¹⁰ BONET NAVARRO, Ángel. *Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo*. Madrid, 2003. p. 43.

o inquilino, o arrendatário, o usuário, o correntista, o paciente, o espectador, o turista, etc. Trata-se de um fenômeno econômico atual que envolve a sociedade moderna quotidianamente, pois qualquer de esteja papéis representamos com tácita naturalidade em muitas ocasiões e em diversas situações em nosso dia-a-dia.

Pensamos todos nós, aqueles que se preocupam com as origens das causas de consumo que, embora a doutrina moderna se especialize nesta matéria que é o fenômeno do momento e estude o consumidor como sendo a parte hipossuficiente que compõe um relacionamento comercial de consumo, talvez não tenha ainda conscientizado o empresário de sua importância como eixo do sistema, capaz de alterar significativamente os rumos desta relação de desigualdade social.

Cite-se uma vez mais a tradição positivista alemã que explica este fenômeno como *zeitgeist* (espírito da época), porquanto entende que a questão é suscetível de ser contemplada em diferentes planos de estudos, vez que, pese tratar de uma onda “que envolve a todos”, isso por si só não deve permitir a paralisação de outras questões que devem coincidir em simultaneidade e em sintonia com a “onda” do consumo em massa, como é o caso da defesa do consumidor, que também pertence a essa *zeitgeist*, razão pela qual isso também deve estar contido neste mesmo espírito da época.

Aponta-nos a literatura de consumo internacional que em atenção à causa de proteção ao consumidor, que não por acaso encontra amparo constitucional nas principais legislações modernas, poderia ser imaginado na concepção de um novo ramo do direito processual que se dedicasse exclusivamente a um suposto derivado chamado de “direito processual de consumo”, porque assim se consolidaria um procedimento dirigido à causa da massa consumista. Estudos mostram que essa perspectiva baseia-se no que hoje se dispões em termos de matéria dedicada ao Direito do Consumidor, como dito, rica em teoria, mas ainda pobre em procedimento efetivo.

Ao tratarmos deste tema e seguirmos o caminho das soluções alternativas para os conflitos de consumo no Brasil, apresentando como proposta o paradigma espanhol do sistema de arbitragem de consumo, que entendemos não se tratar de ficção jurídica, vez que a matéria está consumada na realidade de um sistema aceito pelas três partes que envolvem os sujeitos da jurisdição: o consumidor, o empresário e o Estado, responsável na solução dos conflitos desta natureza e do procedimento ordinário geral, razão pela qual, alicerçada na realidade dos fatos, a proposta espanhola supera os ideais positivistas germanos e sai na frente para defender a idéia da liberdade de ação que deve contaminar o “espírito da época” para sugerir um novo conceito de sistema voltado ao consumidor e por em prática este mecanismo no trato da matéria.

Em face do exposto e a justificar a efetividade da resposta à solução da dificuldade que encontra o jurisdicionado consumista espanhol, face aos óbices até então encontrados pelo consumidor ao efetivo acesso à justiça, BONET NAVARRO⁴¹¹ conforme nos volta a afirmar:

A situação em que nos encontramos agora oferece uma perspectiva radicalmente oposta a o que poderia constituir um cosmos jurídico organizado da existência do consumidor.

Contrariamente é uma exposição sistemática de elementos contrapostos que se articulam em linhas de atuação que, na maior parte dos casos, se não conseguem generalizar efetivamente a tutela dos consumidores, conseguem pelo menos minorar ou até neutralizar sua ineficácia.

O modelo espanhol vem alertando outras legislações e dando exemplo de sua probabilidade, tanto que já são algumas que a adotaram com suas devidas peculiaridades, como são os casos, por exemplo de Portugal e Argentina, vão

⁴¹¹ BONET NAVARRO, Ángel. *Op. Cit.*, p. 46.

adequando-se para esta realidade e o fazem dentro de um micro sistema composto pela soma dos direitos subjetivos e adjetivos, condicionado a atender sob o signo da eficácia, as principais feições dos direitos do consumidor, sobretudo, a efetividade de seu acesso à justiça. Para tanto, é necessário que deixem de lado o formalismo ortodoxo do positivismo jurídico, abram mão de alguns dogmas jurídicos vetustos e busquem nos meios alternativos extrajudiciais a fórmula mais próxima para legitimarem este micro sistema de arbitragem de consumo.

2.2- Os Juizados Especiais

No Brasil a célula mater dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais provém dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, criados ao amparado da previsão contida no art. 24, X, da Constituição Federal de 1988.

Em 1984 foi publicada a Lei 7.244, que regulamentou a instituição destes Juizados Especiais de Pequenas Causas, órgão criado através de uma auto-reforma realizada pelo Judiciário com o objetivo de possibilitar a população o acesso à justiça, ampliando a efetividade das soluções dos litígios.

A criação desse órgão teve sua gênese nos Conselhos de Conciliação e Arbitragem, sendo o Estado do Rio Grande do Sul o pioneiro na implementação, sendo posteriormente seguido por outros Estados federativos. Certamente fora de muita valia como projeto piloto a possibilitar o implemento e expansão da capacidade da jurisdição institucional no que pertence a sociabilidade, bem como buscar a democratização do acesso à justiça.

Entretanto, esta questão com o tempo restou limitada, não alcançando vazão às demandas de sua competência, dando azo a continuação do sistema projetada de forma mais abrangente aquela a qual estava limitada nos Juizados de Pequenas Causas. Observa-se que as disposições das outras Constituições do país, anteriores a esta, não tinham a intenção de propiciar a ampliação do acesso à

justiça a toda população, ao contrário, aquelas visavam sempre preterir a elite brasileira, o que difere consubstancialmente do espírito da Carta Magna de 1988.

Onze anos após, em 1995, surge o regulamento do Juizado Especial Cível e Criminal, com a finalidade de desafogar a justiça comum em todo o país, propiciando, ainda, um acesso mais fácil ao Judiciário pela população carente, bem como acelerar a prestação jurisdicional já que seria o responsável pelo processamento de causas de menor complexidade e de menor valor econômico, conforme ilustra com muita propriedade MARIANA ANDRADE BORGES⁴¹², conforme assim relatou:

Com a evolução da sociedade surgiram conflitos urbanos, peculiares à civilização moderna, que versam sobre direitos transindividuais, relações de consumo, relações pulverizadas no conjunto social e direitos individuais não patrimoniais, sendo todos estes classificados como os novos direitos. Para tais conflitos fez-se necessário criar uma justiça apta e efetiva, com uma estrutura e processamento diverso daquele contido na justiça tradicional, pois este seria impróprio para a eficácia na solução dos litígios referentes aos novos direito.

Assim, visando possibilitar uma maior celeridade processual, com menor custo, nas ações que abordem os novos direitos, o Estado buscou uma solução para dirimir tais conflitos e proporcionar o acesso à Justiça pelo cidadão, através da criação do Juizado Especial Cível de Pequenas Causas (Lei 7.244/84) e posteriormente os Juizados Especiais Cíveis e Criminais” (Lei 9.099/95).

⁴¹² BORGES, MARIANA. *Juizados Especiais Cíveis. Origem, motivação, competência e princípios*. <http://www.webartigos.com/articles/JUIZADOS-ESPECIAIS-CIVEIS/pagina1.htm>.

Seguindo a evolução natural do sistema, editou-se a Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, com entrada em vigor em 13 de janeiro de 2002, a qual instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal comum, aplicando-se, subsidiariamente, a Lei no 9.099/1995, ressalvado aquilo que conflitar com o novel texto legal. Entende-se que para a boa aplicação do procedimento submetido aos juizados especiais não deve a Lei no 9.099/1995 ser interpretada isoladamente, mas, sim, em cotejo com o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, de modo a integrá-la.

O aspecto que merece ser posto em relevo consiste da obrigatoriedade, ou não, da submissão dos jurisdicionados ao juizado especial cível. Em outras palavras: uma vez enquadrada a causa em um dos itens fundadores da competência desse juizado, e achando-se instalado dito órgão, o autor deve a ele recorrer ou tem a faculdade de optar pela vara cível comum? FIGUEIRA JÚNIOR⁴¹³ entende que tal competência é relativa e, conseqüentemente, o procedimento aplicado pelos juizados especiais cíveis é facultativo.

A maior evidência dessa conclusão encontrar-se-ia no art. 31 da Lei nº 9.099/1995, que determina que a opção pelo procedimento regido por tal lei significará renúncia ao crédito que exceder aos quarenta salários mínimos. A questão reside no fato se os juizados especiais têm sede constitucional e que a parte não pode dispor ou escolher o processo, de sorte que defende a obrigatoriedade da sua adoção, bem como a competência de natureza absoluta.

O debate sobre o assunto não se apaziguou, mas a Lei nº 10.259/2001, no art. 31, afirma que, achando-se instalada vara do juizado especial federal no foro, sua competência é absoluta. Há de se interpretar no mesmo sentido a competência dos juizados especiais cíveis da Justiça Ordinária submetidos à Lei nº 9.099/1995,

⁴¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, J.D; LOPES, M.A.R. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 2a ed., São Paulo: RT, 1997.

para agasalhar a tese da compulsoriedade de submissão da parte aos referidos juizados, uma vez configurada sua competência.

A interpretação que se apresenta mais adequada é aquela que considera relativa a Competência apenas para as causas cujo valor ultrapassaria os quarenta salários mínimos, mas que o autor, por conveniência própria, opta pelo juizado, abrindo mão, indiscutivelmente, do que sobejar. É esse o sentido da expressão contida no '31 do art. 31, da Lei n1 9.099, e não de que as causas de valor até quarenta salários mínimos, preenchidos os demais requisitos para serem dirimidas pelos juizados especiais cíveis, poderiam, a critério do autor, ser encaminhadas à vara cível comum.

Quanto ao procedimento célere e informal, destacam-se no processo de conhecimento as seguintes fases: postulatória, em que o autor apresenta sua demanda, por escrito ou oralmente, ao cartório do juizado. Segue-se a citação do réu, que, de regra, é feita pela via postal, para que compareça à sessão de conciliação (e não para contestar, logo, como ocorre no procedimento ordinário). Passa-se, então, à fase conciliatória, em que o conciliador, comparecendo autor e réu, tentará deles obter um acordo ou o compromisso diante do juízo arbitral. Ausente o autor, extingue-se o processo. Faltando réu, recebe a pena de revelia, sobrevivendo a sentença. Presentes, porém, as partes e frustradas as tentativas de conciliação, imediatamente ou prazo de dez dias, tem vez a fase instrutória, cumulada com o momento decisório, em cuja audiência, se ausente o autor, extingue-se o processo; ausente o réu, incide a revelia e é proferida a sentença; presentes, no entanto, ambas as partes, nesse ato são tomadas a contestação, eventual exceção de impedimento ou suspeição, produção de prova oral admitidas, ainda, a apresentação de parecer técnico e a inspeção de pessoas ou coisas - desde que tal não leve a dilação probatória - e proferida a sentença.

Entre a data da citação e a realização da sessão de conciliação não pode ser ultrapassado o prazo de quinze dias (art. 16 da Lei n1 9.099). Mas nem sempre

o ideal do legislador é realizável na prática e, ressalvados aqueles juizados especiais bem coordenados ou com baixíssimo movimento, a quinzena é freqüentemente ultrapassada. Há quem defenda, por analogia do procedimento sumário, que deve ser observado o prazo mínimo de dez dias entre a citação e tal sessão.

Como defesa do réu admitem-se no procedimento dos juizados especiais cíveis a contestação e as exceções de impedimento e suspeição. Embora não tenha cabimento a reconvenção, prevê-se o pedido contraposto (art. 31 da Lei nº 9.099). Interessa ressaltar que tal contraposição deve preencher requisitos, isto é, formulação por quem também tenha capacidade para figurar como autor nos juizados, que seja fundado nos mesmos fatos constitutivos do objeto da controvérsia e que sejam observadas as exigências contidas no art. 31 da Lei nº 9.099

A extinção do feito com a prolação da sentença, o procedimento do juizado especial cível comporta: a sentença de extinção do feito (sem exame do mérito), nas hipóteses descritas no art. 51 da Lei nº 9.099; a sentença homologatória de acordo ou de laudo arbitral (art. 22, parágrafo único, e art. 26, da referida Lei) e a sentença de mérito, propriamente dita, que deslinda a questão trazida ao juizado (arts. 38 e seguintes, da citada Lei).

O art. 40 da Lei nº 9.099 determina que o juiz leigo que dirigiu a instrução profira sua decisão, submetendo-a, imediatamente, ao juiz togado, que pode homologá-la, proferir outra em substituição, ou, ainda, antes de se pronunciar, determinar a realização de atos probatórios indispensáveis.

A sentença, no caso, em harmonia com os princípios regedores dos juizados especiais, tem requisitos simplificados: Aos elementos de convicção do juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório e liquidez na condenação por quantia certa, ainda que o pedido tenha sido

genérico (art. 38 da Lei sob comento). Isso significa que a sentença deve ter fundamentação, como exige a Constituição, no art. 93, IX, e dispositivo.

Prolatada a sentença segue-se o procedimento da execução de título judicial, que deve ser o mesmo previsto no CPC, com as alterações preconizadas no art. 52 da Lei n1 9.099, as quais visam a adequá-lo às particularidades dos juizados especializados, com destaque para o seguinte: exige-se sentença líquida; os cálculos devem ser feitos pelo contador judicial; realização da intimação da sentença condenatória, preferencialmente, na mesma audiência em prolatada, instando-se o vencido a cumpri-la logo após o trânsito em julgado considerada a possibilidade de imposição de multa diária pelo atraso da satisfação das obrigações de entregar, fazer ou não fazer; imediata execução, mediante simples pedido verbal do credor, após o trânsito em julgado, dispensada nova citação; arbitramento dessa multa diária para forçar a satisfação da obrigação; delegação dos atos de expropriação ao devedor, ao credor ou terceira pessoa idônea; dispensa da publicação de editais de alienação de bens de pequeno valor; limitação da matéria versada nos embargos à execução (art. 52, IX).

A execução de título extrajudicial, limitada a quarenta salários mínimos, também segue o rito do CPC e as adaptações da Lei n1 9.099 acima mencionadas, ressaltando-se a inserção de uma fase conciliatória - preocupação maior dos juizados especiais - logo após a penhora, em cuja audiência o devedor poderá opor embargos, por escrito ou oralmente, que serão julgados, seguindo-se, então, com preferência sobre a hasta pública, a dação em pagamento ou a adjudicação do bem penhorado.

O recurso será inominado (como vem sendo chamado por força da praxe forense) ou apelação e submete-se à satisfação dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, como qualquer recurso, merecendo destaque os seguintes aspectos: obrigatoriedade de atuação dos advogados representando as partes; formalização em petição escrita, contendo as razões do inconformismo;

interposição no prazo de dez dias a partir da ciência da sentença; preparo em quarenta e oito horas contadas da interposição, independente de intimação; efeito, de regra, apenas devolutivo, admitido, excepcionalmente, o suspensivo, para evitar dano irreparável à parte.

O julgamento dar-se-á, conforme exposto no art. 41, da Lei nº 9.099, por uma turma recursal composta de três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado, devendo as partes ser intimadas da data da sessão de julgamento, e este, fiel ao princípio da simplicidade das formas, constará somente da ata, indicando-se a identificação do processo, resumida fundamentação e dispositivo, anotando-se, ainda, que, no caso de confirmação da sentença pelos próprios fundamentos, servirá de acórdão a súmula do julgamento (art. 46 da Lei referenciada).

Conforme ressalta EVANA SOARES, ao citar DINAMARCO⁴¹⁴, aduz-se que a doutrina vem proclamando a excelência dos resultados da implantação dos juizados especiais no País, embora anote a falta de uniformidade entre as diversas unidades da Federação, algumas se mostrando mais aperfeiçoadas que outras. Os juizados especiais vêm cumprindo o propósito de servir às camadas menos favorecidas da população um processo ágil, econômico e simples, pretendendo, ainda, apresentar-se como fator educativo destinado a preparar as pessoas para a correta e eficiente defesa de seus direitos e interesses, como ressalta DINAMARCO⁴¹⁵, também citando WATANABE⁴¹⁶.

⁴¹⁴ SOARES, Evana. *Juizados Especiais Cíveis*, UFP, 2001, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo I, p. 303-305.

⁴¹⁵ DINAMARCO, C.R. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 5a ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

⁴¹⁶ WATANABE, K. *Relevância Político-Social dos Juizados Especiais Cíveis (sua finalidade maior)*, Temas Atuais de Direito Processual Civil, coordenadores César Augusto de Castro Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Ronaldo Brêtas C. Dias, Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 201-209.

Embora não constitua seu objetivo, os juizados especiais têm recebido a migração de causas anteriormente levadas à jurisdição ordinária, contribuindo para diminuir-lhe a sobrecarga, servindo, por outro lado, como laboratório de experiências para o aperfeiçoamento do processo comum.

O modelo dos juizados especiais, porém, necessita de constante aprimoramento, com vistas a impedir que para lá seja endereçada qualquer causa cível, levando o sistema à falência. É necessário que sejam preservadas sua rapidez, informalidade e eficiência, para que se cumpram suas finalidades, ainda que, para tanto, tenha de se limitar sua competência.

2.3- A Justiça brasileira em números de 2004 a 2013⁴¹⁷

No Brasil, em 2004 houve a reforma do Poder Judiciário com vistas a dar maior transparência à atuação da Justiça brasileira, bem como facilitar o planejamento das políticas públicas deste órgão. Nesta época havia 57,5 milhões de processos em tramitação, que aumentou para 58,8 milhões no ano seguinte, em 2005, qual seja, um aumento de 1,3 milhões de novos processo.

Ao contrário dos anos anteriores, quando foi anunciado com pompa e acompanhado de debates acalorados, o levantamento de 2006, com dados referentes a 2005, englobando primeira e segunda instâncias das Justiças Estadual, Federal e Trabalhista, foi divulgado sem maior alarde. Talvez porque não houvesse grandes motivos para comemorar. Em praticamente todos os quesitos analisados, que vão do número de processos à taxa de recorribilidade, os números cresceram. O que significa, em linhas gerais, que o congestionamento no Judiciário continuou com tendência de crescimento, apesar dos esforços para reduzi-lo.

⁴¹⁷ Ressalte-se que os números apresentados no relatório de 2013 referem-se aos dados de 2012.

Hoje o cenário não mudou e se nos aparenta nada otimista, pois a cada ano caminhamos para números ainda mais assustadores e, apesar dos esforços, cresce progressivamente a quantidade de processos, e em realidade não há previsão que este quadro mude e se mantenha em marcha por muito tempo mais, pois ainda é muito pouco o que está se fazendo para conter esta progressiva demanda descontrolada.

Os números sobre o andamento da Justiça no país fazem parte do levantamento *Justiça em Números - Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário*, publicados pelo Conselho Nacional de Justiça anualmente. Dentre os indicadores há um que ainda reflete um pouco de otimismo, qual seja, aquele relativo ao índice entre o número de sentenças proferidas e o número de processos. Este índice aponta para um decréscimo na taxa de congestionamento de processos, eis que baixou de 74,32% para 68,57%. Ainda assim, isso significa que de cada 100 processos, 68 continuavam sem solução.

Com efeito, pode-se dizer que logo após a reforma do Judiciário os números aparentavam uma visão mais otimista, pois naquele período a carga de trabalho dos juízes diminuiu. O número de processos que cada juiz recebeu para julgar em 2004 era, em média, de 4.187 e em 2005 este volume baixou para 4.087. Não havia muito que se comemorar pois continuou sendo uma quantidade exageradamente alta. Trocando tais índices por números, equivaleria dizer que se cada juiz trabalhasse os 365 dias de um ano, teria de apreciar e decidir 11 processos a cada dia.

A justificativa para este falacioso progresso se deu no início da reforma pelo aumento de magistrados, por concursos públicos de juízes para a primeira instância e, conseqüentemente, promoções do quadro ativo para desembargadores, somados à investidura no cargo por meio da previsão constitucional de nomeação dos representantes da OAB e MP. *Mutatis mutandis*, isso também não significa necessariamente um aumento de eficiência da máquina

de julgar processos. Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, o número de juízes e desembargadores aumentou em 655 de um ano para o outro. De 13.727 em 2004, passou para 14.382 em 2005.

Neste mesmo período registrava-se que a taxa de recorribilidade, que mede a razão entre o número de decisões proferidas e o número de recursos apresentados também cresceu, passando de 13,5% em 2004 para 19,08% em 2005. A tendência de crescimento do número de processos já caminhava a passos cada vez mais assustadores, eis que demonstrava ser absurdo o progressivo aumento na taxa de novos processos, pois inda neste dito período o número de causas iniciadas no ano sofreu um leve declínio (passou de 20.415.109 para 20.391.056), mas continuou elevadíssimo nos anos seguintes. Na época, com uma população de 184 milhões de habitantes, correspondia 1 processo para cada 9 cidadãos, incluindo os bebezinhos que nasceram em 2005.

Ao falar em números, MAURÍCIO CARDOSO⁴¹⁸ nos aponta para os gráficos deste período e assevera quando diz que se o número de novos casos se manteve estável, o de processos pendentes de julgamento cresceu. O que indica que, apesar de todos os esforços, no fim de cada ano, a fila do Judiciário está maior do que a do ano anterior em números absolutos. Pese tratar-se de estatística realizadas entre 2004 e 2005, portanto, já um pouco distante dos números atuais, o gráfico segue sendo útil para se observar a evolução de números e a iniquidade das mazelas do judiciário brasileiro, quando se esperava um melhor rendimento após a reforma ocorrida poucos anos antes, porém, conforme se observa, os números não foram os esperados, e resulta que ficou uma sensação de frustração por não se obter resultados mais próximos do esperados, porém, essa é a realidade que ainda hoje se mantém, sem motivos para otimismo.

⁴¹⁸ CARDOSO, Maurício. *Apesar dos esforços, cresce quantidade de processos*. Revista Consultor Jurídico, 14 de fevereiro de 2007.

Em seu gráfico assim se desenha o quadro comparativo:

Indicadores Estatísticos do Poder Judiciário		
	2004	2005
Processos novos	20.415.109	20.391.056
Processos pendentos	37.060.773	38.387.825
Total de processos	57.475.882	58.778.881
Número de juízes	13.727	14.382
Processos por juiz	4.187	4.087
Taxa congestionamento	74,32	68,57
Sentenças	14.761.954	18.476.422
Processos julgados	13.173.866	14.462.057
Recursos	1.778.069	2.759.629
Taxa de recorribilidade	13,50%	19,08%
Despesas (R\$)	20.670.504.293	22.969.192.633

O seu estudo faz também um levantamento das despesas do Judiciário. O crescimento das despesas cresceu cerca de 10% no período, passando de R\$ 20,7 bilhões em 2004 para R\$ 23 bilhões em 2005. Cruzando o dado com o da população, chega-se à conclusão que a máquina de fazer Justiça custou, em 2005, R\$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais) para cada brasileiro.

Voltando ao início de nosso tema, a nos atualizar e nos situar nos números a partir de 2009, podemos comparar o brutal crescimento do número de processos em nosso Poder Judiciário e o CNJ nos informa o que ocorre em cada estado da Federação,

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou no dia 14 de setembro de 2010 na imprensa oficial a sexta edição da Pesquisa Justiça em Números. Segundo o levantamento, de cada 100 novos processos que chegaram em 2009 à Justiça brasileira, 29 tiveram decisão definitiva antes do final do ano. Os outros 71 entraram na chamada taxa de congestionamento do Poder Judiciário.

Estes números de 2010 relativos ao exercício de 2009 informam que a marcha segue em frente cada vez mais acelerada, pois se fizermos um estudo comparativo do cenário atual comparado com a situação apresentada no ano em que se iniciou a reforma do Judiciário, vê-se claramente o crescente numérico, o que seria uma coisa lógica se não fosse a brutalidade deste crescimento numérico, como uma avalanche incontida, se projetamos este índice para o futuro.

O estudo está dividido em cinco partes. A primeira, a introdução, explica o histórico do estudo e a nova metodologia adotada no relatório 2009; os três capítulos seguintes trazem uma análise detalhada por ramo do Judiciário (Federal, Trabalhista e Estadual). Neles o cidadão tem acesso aos dados específicos de cada tribunal. Por último, a síntese geral traz informações nacionais, assim como uma análise do funcionamento da Justiça em 2009. Todos os dados que compõem o estudo são fornecidos ao CNJ semestralmente pelos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho.

Com 185 páginas, o estudo, feito pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ desde 2004, traz novidades, como uma nova metodologia e maior detalhamento das informações. As mudanças conferem maior transparência à atuação da Justiça brasileira além de contribuir para o melhor planejamento das políticas públicas do Judiciário.

A principal mudança, com a nova metodologia, refere-se ao cálculo dos processos considerados solucionados e pendentes de solução. O relatório de 2009 considera como ações solucionadas aquelas que foram baixadas (julgadas e

executadas) e não mais apenas as julgadas, como ocorria nos estudos anteriores. Isso deixa os números mais próximos da realidade, já que contabiliza apenas as ações efetivamente concluídas, cuja decisão do magistrado já foi executada e gerou resultado prático para as partes no processo. A alteração afetou a taxa de congestionamento, que passa a refletir a quantidade de processos ainda pendentes de baixa, a cada grupo de 100 que tramitaram em 2009.

No relatório é possível obter informações sobre as despesas, receitas, recursos humanos, quantidade de magistrados e casos novos a cada 100 mil habitantes. Nele, os cidadãos também podem ter acesso à quantidade de processos que tramitaram e ingressaram na Justiça em 2009, à carga de trabalho por magistrado, ao número de decisões proferidas por juiz, à relação entre o número de processos baixados e os casos novos, à taxa de congestionamento (percentual de ações pendentes de baixa sobre a quantidade de ações que tramitaram no ano), entre outros. Tudo isso por ramo da Justiça (Estadual, Trabalhista e Federal), por instância (2º grau, 1º grau e juizados especiais) e por tribunal.

Esta nova metodologia adotada no *Justiça em Números 2009* foi estabelecida pela Resolução 76/2009, que alterou e criou algumas variáveis e indicadores do estudo. A mudança permitiu um maior detalhamento dos dados o que garante mais transparência e favorece o planejamento das políticas judiciárias. Pelos novos critérios, foram incluídos, por exemplo, dados sobre o número de "casos novos eletrônicos" em todas as instâncias judiciárias, o que permite contabilizar a quantidade de processos virtuais que ingressaram na Justiça em 2009.

De acordo com os números deste período o Brasil tinha 86,6 milhões de processos judiciais em tramitação. Do total, 25,5 milhões chegaram à Justiça ano anterior. A Justiça Estadual segue sendo a mais demandada, com 18,7 milhões de casos novos só em 2009, o que corresponde a 74% dos novos processos que

foram ajuizados no país. Na Justiça do Trabalho e na Justiça Federal aportaram 3,4 milhões de novas ações em cada um destes dois ramos do Judiciário.

A taxa de congestionamento de 71% manteve-se estável em relação aos anos anteriores, mas a metodologia de coleta de dados mudou. De acordo com o presidente do CNJ na época, Ministro CEZAR PELUSO⁴¹⁹, antes se considerava as sentenças proferidas para excluir o processo desta taxa. Os dados englobam as seguintes categorias gerais:

Insumos, dotações e graus de utilização: levantam-se dados sobre despesas, pessoal, recolhimentos/receitas, informática e área física.

Litigiosidade e carga de trabalho: calcula-se o quantitativo de casos novos, a carga de trabalho do magistrado, a taxa de congestionamento da Justiça, a taxa de recorribilidade externa e interna e a taxa de reforma da decisão.

Acesso à justiça: averigua-se a despesa com assistência judiciária gratuita e o quantitativo de pessoal atendido.

Perfil das demandas: busca-se levantar a participação governamental nas demandas judiciais.

Pelo novo método, consideram-se excluídas da taxa de congestionamento apenas as ações cujas sentenças transitaram em julgado, ou seja, nas que há decisão definitiva. A Justiça Estadual é a mais congestionada: taxa de 73%. A mais célere é a Justiça do Trabalho, cujo congestionamento é de 49%, ou seja, mais da metade dos processos trabalhistas são resolvidos no mesmo ano em que ajuizados.

⁴¹⁹ Dados informados pelo CNJ em setembro de 2010. O “Justiça em Números” é um sistema que visa à ampliação do processo de conhecimento do Poder Judiciário por meio da coleta e da sistematização de dados estatísticos e do cálculo de indicadores capazes de retratarem o desempenho dos tribunais.

O levantamento revelou que as despesas totais da Justiça neste ano somaram R\$ 37,3 bilhões, 9% a mais do que no ano anterior. A despesa correspondeu a 1,2% do Produto Interno Bruto. Do valor total, 56% foram despesas da Justiça Estadual, 28% da Justiça do Trabalho e 16% da Justiça Federal. Pelos números, a manutenção do Poder Judiciário do Brasil custava R\$ 197,00 (cento e noventa e sete reais) para cada brasileiro, por ano. De acordo com o CNJ⁴²⁰, metade dessa despesa era compensada com a arrecadação de receitas para o Poder Executivo por meio de decisões do Judiciário.

Em 2009, as decisões judiciais em execuções promoveram a transferência de R\$ 19,3 bilhões para os cofres públicos. Só as decisões da Justiça Federal foram responsáveis pela transferência de R\$ 11,9 bilhões para o erário.

O relatório também mostrou que o Brasil tinha 16.108 juízes, média de oito magistrados por 100 mil habitantes. A média é baixa se comparada a países europeus. De acordo com o relatório, na Espanha havia 10 juízes para cada 100 mil habitantes; na Itália, 11 por 100 mil; na França, 12 por 100 mil; e em Portugal, 17 juízes para cada 100 mil habitantes. Vê-se que o Brasil estava e ainda está abaixo da média mundial.

A Justiça brasileira tinha 312.573 servidores. Junto com os funcionários terceirizados, o pagamento de salários, benefícios e demais vantagens a eles correspondia a 90% do total da despesa do Judiciário. Sobravam apenas 10% para investimento em tecnologia e pesquisa, por exemplo. A Secretaria Geral adjunta do

⁴²⁰ As informações fornecidas originariamente pelos Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho, informam que os dados apresentados são de responsabilidade exclusiva dos Tribunais que participaram da pesquisa. A fim de evitar equívocos, os dados apresentados pelos Tribunais são submetidos à validação pelos órgãos respondentes. Seguindo os critérios estabelecidos na Resolução nº 76 de 2009, os dados são informados pelos tribunais semestralmente.

O relatório “Justiça em Números” é publicado anualmente, além de ser enviado ao Congresso Nacional como parte do Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça.

CNJ, informava que em breve o CNJ apresentaria um relatório com a lista dos maiores demandantes do Judiciário.

Retomando o tema em comento, outro dado interessante é a relação do número de magistrados por habitantes. Conforme se pode observar no relatório, em 2009 os três ramos da Justiça tinham em média oito magistrados para cada grupo de 100 mil habitantes. A maior concentração estava na Justiça Estadual, que ainda é a mais demandada, com cerca de seis magistrados por 100 mil habitantes, com uma taxa de congestionamento de quase 80%. O maior gargalo constatado pelo relatório estava nos processos de primeira instância, eis que de cada 100 processos em tramitação, apenas 24 foram finalizados em 2009.

Neste ano tramitaram nos três ramos da Justiça cerca de 86,6 milhões de processos, sendo 25,5 milhões de novos processos. Em relação a 2008 houve uma alta de 19,8% no número de processos em tramitação. Contudo, essa alta deve ser atribuída à adoção de novo critério para a coleta de dados, conforme estabelecido no âmbito da Resolução número 76 do Conselho Nacional de Justiça.

A nova metodologia privilegia a análise do fluxo de entrada e saída de processos no Judiciário, sob a ótica do cidadão que aguarda a solução de sua lide, e não somente a produtividade do magistrado. Isso significa que os processos só deixam de ser contabilizados depois de efetivamente transitados em julgado. Na metodologia anterior, era considerado o processo sentenciado.

Apesar da adoção da nova metodologia para o cálculo dos processos em tramitação, observamos que em 2009 a taxa de congestionamento global da Justiça brasileira foi de 71%. Ao analisarmos a série histórica desde 2004 constatamos que a taxa de congestionamento tem se mantido estável, sendo que a Justiça do Trabalho é a que atende com maior celeridade os jurisdicionados com uma taxa de congestionamento de 49%.

Ainda assim, naquela estatística constatamos que a produtividade dos magistrados brasileiros tem crescido ano a ano. Em média cada um julgou 1.439 processos, registrando um aumento de 3,6% em relação aos dados de 2008. De acordo com essa exposição, o desafio que se impõe aos gestores dos órgãos da Justiça é a utilização desses dados para o planejamento de políticas judiciais com vistas ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

Resumo a partir de 2004:

01) O maior número de processos ainda concentra-se na primeira instância (86% dos processos entrados em 2003) e não na 2ª instância e nos Tribunais Superiores;

02) A Justiça Comum (estadual) é responsável pela maior parte dos processos em tramitação no país, aproximadamente 73%;

03) A União responde por aproximadamente 43% das despesas com a Justiça no país;

04) Nos últimos anos teve um aumento significativo da produtividade dos Tribunais Superiores (STF, STJ e TST), em virtude do aumento de demanda e do número de causas repetidas;

05) Há relacionamento direto entre o crescimento do número de processos nos Tribunais Superiores e a ação do Governo Federal, com a implementação de medidas de natureza econômica/tributária;

06) Os recursos contra decisões ainda no curso do processo representam significativa parte dos recursos interpostos ante o STF (56,8%), o que leva à conclusão de que a reforma do sistema deve incluir alterações importantes deste tipo de recursos;

07) A evolução do número de processos na primeira instância da Justiça Federal, dos Estados e da Federação indica que as políticas de acesso à Justiça geram aumento de demanda;

08) Na Justiça Comum não há relacionamento direto entre volume de despesas na Justiça e a produtividade na prestação jurisdiccional;

09) A Justiça do Trabalho em primeira e segunda instâncias é a que menos processos acumula, tendo em consideração o relacionamento de processos entrados e julgados;

10) Não há a mínima estandarização no critério de fixação dos custos nos diversos estados da Federação, sendo impossível estabelecer comparação do custo do processo para o cidadão em todo o país.⁴²¹

Dados recentes (2012 em análise a 2011):⁴²²

01) No ano de 2011, a população buscou mais o Poder Judiciário Federal do que nos anos anteriores. Enquanto o total de processos ingressados cresceu em 5%, a população brasileira cresceu menos de 1% no último ano. Com isso, o número de casos novos por cem mil habitantes passou de 1.564 em 2010 para 1.649 em 2011. Apesar do aumento no quantitativo de processos ingressados, nos Juizados Especiais observou-se o movimento inverso, com redução de quase 70 mil processos em relação ao ano de 2010, o que representou queda de 5%;

⁴²¹ *Diagnóstico do Poder Judiciário. A Reforma do Poder Judiciário.* Secretaria de Reforma do Poder Judiciário – Ministério da Justiça. Brasília, 2004.

⁴²² *A Justiça em Números.* Relatório do Conselho Nacional de Justiça, de 2012. Na avaliação do conselheiro José Guilherme Werner, a justiça brasileira ainda apresenta diversos pontos de estrangulamento, mas estudos estão sendo feitos para sanar esses gargalos. "Nesse contexto, a conciliação e a mediação dos processos são ferramentas importantes, não só para resolver os litígios de maneira mais eficiente, mas também para evitar os conflitos que ainda não ingressaram no judiciário".

Disponível: http://www.ajufe.org.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4643

02) No decorrer de 2011 tramitaram na Justiça Estadual cerca de 11,5 milhões de processos, 3,4% a mais do que no ano anterior. Desse volume processual, a maioria, 71% (8 milhões), já se encontrava pendente desde o término do ano anterior, o que demonstra que a maior dificuldade do Poder Judiciário está na liquidação de seu estoque, pois, de forma geral, a Justiça Federal tem sido capaz de baixar os processos em quantitativo equivalente ao total ingressado;

03) Assim como ocorre na Justiça Estadual, grande parte da dificuldade em se proceder à baixa dos processos está na execução. Dos 11,5 milhões de processos em tramitação, 4,3 milhões (38%) estão na fase de execução. Em particular, destaca-se a execução fiscal, responsável por 3,5 milhões do volume processual, que obteve crescimento acentuado nos casos novos em 2011, passando de 275 mil processos ingressados em 2010 para quase 447 mil em 2011, ou seja, aumento de 62%;

04) O indicador de produtividade dos magistrados federais apresentou resultado positivo, pois cresceu 12% com relação a 2010. Esse incremento significa que, em média, cada magistrado julgou 185 processos a mais do que no ano anterior;

05) O número absoluto de sentenças também subiu, passando de 2,9 milhões para três milhões. Em todas as instâncias houve aumento do quantitativo de sentenças e decisões proferidas, à exceção do primeiro grau, com redução de 3%;

06) O levantamento estatístico das atividades do Poder Judiciário relativo ao exercício de 2011, feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), revela que, apesar dos investimentos em informatização, da criação de novas varas, da contratação de mais juízes e servidores e do aumento da produtividade da magistratura, os 90 tribunais de todo o País - o STF não entra na estatística -

continuam abarrotados de processos, sem conseguir superar seus gargalos estruturais;

07) No ranking dos maiores litigantes, destacaram-se, no levantamento do CNJ, o setor público federal, os bancos, as empresas de telefonia e órgãos públicos municipais e estaduais. O Instituto Nacional do Seguro Social foi o órgão público - tanto como réu quanto como autor - mais envolvido nas ações judiciais de primeira instância, seguido, pela ordem, da BV Financeira, do município de Manaus, da Fazenda Nacional, do Estado do Rio Grande do Sul, de municípios do Estado de Santa Catarina, do Bradesco, da Caixa Econômica e do Banco Itaú. Isso mostra que a maioria das novas ações envolve litígios de massa, relativos a direito previdenciário e do consumidor;

08) uma das soluções propostas pelo CNJ para desafogar a primeira instância das Justiças Federal e Estaduais é aumentar os investimentos em mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como os centros de conciliação e mediação. O CNJ tem incentivado a criação de centros de mediação nos tribunais, não só para resolver de forma eficiente os processos em estoque, mas também para atuar em conflitos que ainda não chegaram ao Judiciário;

09) Outro fator que retarda o julgamento dos processos e contribui para o congestionamento das instâncias superiores, segundo o CNJ, é o grande número de recursos previstos pela legislação processual civil e penal. No caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, são protocolados mensalmente 27 mil recursos. Há um mês, o presidente da Corte, ministro Felix Fischer, pediu à Câmara dos Deputados a aprovação da PEC que autoriza a Corte a implantar um mecanismo processual nos moldes do princípio da repercussão geral, que já é aplicado aos recursos enviados ao STF. Segundo esse princípio, quando essa Corte declara que um certo tema tem repercussão geral, os demais tribunais suspendem o envio de recursos semelhantes, até que o plenário julgue o caso;

10) Recentemente, o CNJ encaminhou ao Congresso várias sugestões para reforma do Código de Processo Civil, com o objetivo de reduzir o número de recursos e agilizar o encerramento dos processos. Em 2011, cada um dos 33 ministros do STJ julgou, em média, 6.955 ações. No Tribunal Superior do Trabalho (TST), em cujo âmbito tramitaram 371 mil ações, a média foi de 6.299 processos por ministro. E, no Tribunal Superior Eleitoral, ela foi de 1.160 processos por ministro.

Este mais recente relatório da “Justiça em números” elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, coloca o Judiciário de São Paulo como um dos mais produtivos do mundo. Repita-se, do mundo. Isso apesar das deficiências crônicas em questões estruturais, onde esse mesmo relatório mostra que o número de juízes é inferior ao da média nacional, a taxa de investimentos é pífia e os índices de litigiosidade são astronômicos. Ou seja, mesmo diante das adversidades aparentemente intransponíveis, os funcionários, juízes e desembargadores conseguem apresentar altas taxas de produtividade e de eficiência.

O mencionado estudo do CNJ intitulado "Justiça em números" apresenta dados consolidados que mostra de forma inequívoca o que todo juiz e desembargador paulista conhece à exaustão: o Judiciário de São Paulo é superlativo. Afinal, quando se fala em Justiça estadual, São Paulo tem 21,6% dos Magistrados estaduais e sua despesa correspondeu a 22,8% da despesa total de toda a Justiça dos Estados. A aparente similitude entre número de juízes e de despesa se esvai quando comparamos ao volume produzido, ou seja, com cerca de um quinto dos juízes e dos gastos, São Paulo responde por 44% do total de processos pendentes, 35,7% de todas as sentenças e decisões proferidas, e recebeu 28,9% das novas ações propostas em 2009. São mais de 18,4 milhões de processos apenas neste Estado, onde há mais de R\$ 25 bilhões em depósitos judiciais, representando 48% do total de depósitos da Justiça estadual de todo o país.

Não custa lembrar que a relação entre a despesa total da Justiça paulista frente ao PIB do Estado é a segunda mais baixa do Brasil, sendo de 0,45%, enquanto que a média dos Estados é de 0,67%. São Paulo tem apenas 5,6 Magistrados para cada 100 mil habitantes, abaixo da média nacional que é de 5,9, e é o Estado com o maior número de casos novos por Magistrado de 1º Grau (2.540), enquanto que a média dos Estados é de 1.424. Ainda, pode ser considerada das mais acessíveis, já que tem a segunda maior proporção de casos novos em 1º grau em relação à população, com 9.301 casos para cada grupo de 100.000 habitantes, ou seja, quase um caso novo para cada dez habitantes por ano.

Alguns críticos do cabedal de ALMEIDA PAIVA⁴²³, ISMAEL FALCÃO⁴²⁴ e MÁRCIO VIDAL⁴²⁵, entre outros, afirmam que o Judiciário brasileiro ainda é marcado por injustiças. “A Justiça deveria atuar de forma mais igualitária”, opinam. Defendem que o CNJ atue intensamente para tornar os tribunais mais céleres e justos. Diz-se que “quem acompanha o dia a dia do Poder Judiciário percebe que o esforço do CNJ em melhorar a eficiência da Justiça não alcança todos os servidores envolvidos no processo. Por isso, o reflexo das ações de melhoria não chega à população.”

Concentrando as estatísticas somente na maior corte infraconstitucional do país, o Superior Tribunal de Justiça, segundo dados recentes do Boletim Estatístico do STJ⁴²⁶, aponta para a seguinte situação atual de julgados e seus números: No

⁴²³ ALMEIDA PAIVA, J. A. *Grito de Alerta: Justiça que não anda é Injustiça!*... Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/15636>.

⁴²⁴ FALCÃO, Ismael Marinho. *A Reforma do Poder Judiciário: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/181>.

⁴²⁵ VIDAL, Márcio. *Reflexões sobre a Reforma do Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud3/art3.html>

⁴²⁶ Os dados fazem parte do Boletim Estatístico do STJ, que é publicado mensalmente e fica disponível no site da Corte (www.stj.jus.br), no menu Gestão Estratégica, no link Estatísticas.

ano passado, seus ministros eliminaram 330.283 processos, de um total de 228.981 recebidos. Mesmo assim, a balança continua negativa, devido ao aumento da demanda nos últimos anos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu o ano de 2010 com um total de 192.802 processos pendentes de julgamento. O número corresponde a 5,54% dos 3.475.945 processos julgados pelo tribunal desde a sua instalação, em 1989. No ano passado, os 33 ministros conseguiram eliminar 330.283 processos, de um total de 228.981 recebidos. Mesmo com a produção acima da entrada de ações, a balança continua negativa. Isso porque, no decorrer dos anos, a demanda pelos serviços da Corte vem crescendo.

Em 1989, os ministros receberam 6.103 processos para analisar. No ano seguinte, a demanda aumentou para 14.087 ações e se manteve em ritmo acelerado, atingindo o ápice, em 2007, quando foram distribuídos 313.364 processos novos aos ministros. Em 2010, foram 228.981 processos recebidos, e em 2009, 292.103. A produção da Corte também tem acompanhado o ritmo de crescimento da demanda. Ela passou de 3.711 casos julgados, em 1989, para 330.283 em 2010. O ano de 2008 registrou o maior número de ações julgadas, com 354.042. Considerando-se o total de ações distribuídas e julgadas em 2010, por exemplo, tem-se que a média de recebimento e julgamento de processo por ministro é, respectivamente, de 6,9 mil e 10 mil.

Em 2010, o colegiado iniciou o ano com 212.446 casos pendentes de julgamento, que se somaram aos 228.981 casos novos. Ao fim do ano, os ministros conseguiram reduzir em 101.302 o total de casos pendentes de julgamento. Essa diferença positiva na redução do estoque pendente também foi registrada nos anos de 1994, 2005 e 2008. Nessas ocasiões, mesmo com o elevado número de processos distribuídos, o tribunal alcançou uma produção superior ao número de casos novos.

Em 2011 e 2012 os números também não são nada animadores e nos obrigam a meditar que algo deve ser feito com urgência, sob pena de entrar em

colapso nossa atual política jurisdicional, eis que quanto mais avança o tempo, a falta de métodos mais modernos e eficazes mais se demonstra cruel o tratamento dispensado ao jurisdicionado brasileiro, que encontra-se enfermo na unidade de terapia intensiva.

Finalmente, reportando-nos aos dias de hoje, em 2013, e tomando por base o Anuário da Justiça publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), este órgão que ocupa-se das estatísticas do Poder Judiciário brasileiro, faz uma radiografia alarmante dos números da situação da Justiça brasileira, quanto à sua performance. Em síntese, face ao apresentado, temos para nós que em verdade, conforme assinala o ministro IVES GANDRA F⁴²⁷, estamos numa situação caótica, sem previsão de melhoras para os próximos exercícios, no que somos obrigados a concordar com seu prognóstico de que a situação nos aponta para a inevitável falência do atual modelo de prestação jurisdicional brasileiro.

*Recentemente foi lançado, em cerimônia no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), presidida pela ministra Cármen Lúcia, o **Anuário da Justiça 2013**, publicado pelo Consultor Jurídico, com apoio da Fundação Armando Álvares Penteado (Faap). A publicação é valioso serviço que se presta à Justiça.*

Um de cada três brasileiros tem ação tramitando na Justiça, o que mostra o grau de litigiosidade a que chegamos. Desde a promulgação da Constituição de 1988, houve um incremento de 7 mil por cento na demanda processual. A duração média de uma demanda judicial, até o vencedor receber o que postulou chega à década. A média diária de processos a serem apreciados por ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou do Tribunal Superior do Trabalho (TST) alcança a casa dos 60 recursos. Os números são

⁴²⁷ MARTINS FILHO. Ives Gandra. *Radiografia da Justiça mostra números alarmantes*. Artigo publicado no jornal *Correio Braziliense* em 28/04/2013.

assustadores e apontam para a falência de um modelo de prestação jurisdicional.

Questionando a morosidade da justiça, perguntamos se isso nos dias de hoje já não se tornou uma regra, quando deveria ser a exceção. É público e notório o descaso que se presta ao jurisdicionado brasileiro e lamentamos a falta de divulgação do Estado em orientar o destinatário da Justiça para uma alternativa jurisdicional mais eficaz que se revela na arbitragem, porém este Estado se cala, se omite e corrobora com o emperramento da máquina judiciária, quando deveria avocar a si a responsabilidade de officiar a arbitragem, sobretudo nas questões de menor complexidade, como é o caso das relações de consumo, dentre outras, e desafogar o Judiciário para se ocupar com causas mais complexas e indisponíveis ao procedimento arbitral.

Sabedores e conscientes da situação alarmante, levantamos e ostentamos a bandeira da insatisfação e proclamamos para a busca de solução urgente para colocar um ponto final neste estado de coisa, isso porque é desprezível lembrar que a pretensão do Estado em procrastinar jurisdição se nos aparenta imoral, sobretudo ao privar o cidadão da garantia do seu direito que está inserido no Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo, insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição brasileira.

3- O Código de Defesa do Consumidor brasileiro

Depois de vinte anos de ditadura militar o Brasil emerge à democracia e consagra em 5 de outubro de 1988 sua Constituição da República, promulgando-a em Assembléia Nacional Constituinte para instituir o efetivo Estado Democrático de Direito. Esta nova Carta Magna não só devolveu ao povo brasileiro a democracia, como também proclamou dentre outros valores ademais da soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º).

Chamada de constituição cidadã em face de sua inspiração democrática e com olhos à dignidade e respeito à pessoa humana, consagrou uma gama de novos direitos, dentre tais e sobre todos os que por hora nos importa a proteção do consumidor instituindo que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V).

Como resultado à tal determinação, editou-se em 11 de setembro de 1990, a Lei nº 8.078, dispondo em seu art. 1º que: O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º inciso XXXII e 170 inciso V da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias que fixou prazo de cento e vinte dias para o Congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor, prazo, aliás, não observado pela casa legislativa, problema não necessariamente genuíno de brasileiros, pois que, como sabemos fato corriqueiro nas principais assembleias internacionais.

A partir de então o país passou a ter uma legislação específica atinente às relações de consumo. Reitera-se que não se trata de uma lei discriminatória, o que poderia parecer parcial num primeiro momento se analisada sob a ótica de proteção ao consumidor em detrimento aos direitos do fornecedor, porém, na devida proporção de igualdade no limite de suas desigualdades sociais, qual seja, a proteção do hipossuficiente frente ao hipersuficiente. Com efeito, a intenção era conter a liberdade dos empresários, quase total e, como confirmou LIMA⁴²⁸ ao citar LACORDAIRE: "onde há fortes e fracos a liberdade escraviza: a lei é que liberta!".

Entretanto, a Lei 8.078/90 ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo, em seu artigo 4º, determina a promoção da melhoria da qualidade de vida. Além disso, a facilitação de acesso à justiça, ou meios que venham a

⁴²⁸ LIMA, Ieda Maria Andrade. *As Conquistas do Código do Consumidor*. Artigo publicado e disponível em http://www.feriasvivas.org.br/v5/secoes/artigos/conquista_cdc.asp

solucionar conflitos de consumo estão previstos no artigo 5º, deste mesmo diploma.

Notório que se buscou inspiração no direito alienígena, sobretudo das Nações mais desenvolvidas e experimentadas nesta matéria, rompendo conceitos ortodoxos e adaptando-os à realidade contemporânea, esse micros sistema criaram caminhos para a solução de problemas vivenciados pela sociedade. Efetivamente, a Resolução da ONU, de nº 39/248, de 10 de abril de 1985, referindo-se aos direitos fundamentais dos consumidores, foi precursora e incentivadora do advento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Os benefícios trazidos pela nova legislação se traduzem em diversos aspectos, perpassando um campo multidisciplinar que abrange outros ramos do Direito, como o Civil, Penal, Administrativo e também Comercial. O Código regula a relação consumerista, mas sem excluir a aplicação das normas de outra natureza, supletivamente.

Muitos dos institutos e conceitos do CDC já eram tratados por essas ciências e aplicados nas relações de consumo. Entretanto, ao colocá-los num micro sistema, o código deu-lhes especificidade, ficando mais claros os direitos dos consumidores e, bem assim, a aplicação da Justiça.

Dentre os benefícios trazidos pelo código destacamos a distinção vigente que substituiu a anterior noção corrente de consumo que estava focada em bens materiais, ou seja, no comércio de produtos como uma geladeira, um automóvel, um computador. Para o consumidor, a prestação de serviços parecia não fazer parte desse universo. O Código, ainda que tecnicamente não seja adequado inserir definições na norma legal, optou por fazer constar em seu texto, algumas definições e, entre elas, as de consumidor (art. 2º), fornecedor (art.3º, *caput*), produto e serviço (art. 3º, §§ 1º e 2º).

Outro fator de suma importância introduzido no CDC é o estabelecimento da proteção à vida, à saúde e à segurança como direitos básicos do consumidor (art. 6º, I), contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços. Aliás, esse preceito é corolário do que já consta na Constituição Federal de 1988, art. 5º, *caput*: “...*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade ...*”

Nota-se que ao catalogar as preconizações da Constituição o Código de Defesa do Consumidor brasileiro trouxe à legalidade questões esparsas que não se encontravam catalogadas, ou, se catalogadas, em legislações esparsas. Hoje, já se conhece a diferença entre defeito do produto e do serviço (arts. 18 e 20) e "fato do produto e do serviço" (arts. 12 e 14). A este respeito mister que se aponte casos como a obrigação do fornecedor de indenizar os danos materiais e morais advindos do produto ou do serviço defeituoso.

Anteriormente ao código, havia certa resistência do Poder Judiciário em acolher pleitos de indenização por danos morais. Hoje, entretanto, a matéria é pacífica e milhares de ações são julgadas procedentes, condenando-se ao pagamento de indenizações para compensar as agruras passadas pelo consumidor lesado. E não poderia ser de outra forma, eis que a Constituição já garante o direito à indenização por danos morais (art. 5º, V) e o CDC é também explícito: art., 6º, VI.

Neste diapasão, verifica-se no campo da atribuição da responsabilidade, uma dupla conquista: a responsabilidade objetiva e a responsabilidade solidária. O diploma consumerista em análise em mais de um artigo estabelece que os fornecedores respondam, "*independentemente da existência de culpa*", pela reparação dos danos causados aos consumidores (arts. 12, *caput*" e art. 14, "*caput*"). Portanto, o consumidor não necessita provar o elemento subjetivo. Não

precisa provar que o fornecedor incorreu em uma das modalidades de culpa, como negligência, imprudência ou imperícia. Basta que se comprove o defeito do produto ou do serviço, o dano e o nexo causal entre um e outro. Não se perquire sobre a culpa e o fornecedor não pode alegar sua ausência para exonerar-se da obrigação de indenizar.

3.1- A proteção do consumidor pelas associações consumeristas e pelo Ministério Público

Na seara dos Direitos Humanos, a proteção do consumidor é vista como um direito fundamental, vez que a idéia dos Direitos Humanos é tão antiga quanto à história das civilizações, e tem como objetivo "afirmar a dignidade da pessoa humana, lutar contra todas as formas de dominação, exclusão e opressão, em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade".

Parte da doutrina que trata dos Direitos Humanos, como SCIANCA, SILVA, e MARQUES ⁴²⁹, reconhece como direitos básicos por formar padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo, observando as necessidades e responsabilidades dos seres humanos, assim preconizados:

A função dos Direitos Humanos é proteger os indivíduos das arbitrariedades, do autoritarismo, da prepotência e dos abusos de poder. Eles representam a liberdade dos seres humanos, e o seu nascimento está ligado ao individualismo das sociedades que se foi criando ao longo dos tempos, e por consequência levou á necessidade de limitar o poder do Estado sobre os indivíduos, fazendo com que o respeitasse e aos seus interesses. Desta formas estão associados a uma idéia de civilização, de democracia, que em conjunto refletem uma idéia de igualdade e de dignidade para todos os seres humanos.

⁴²⁹ SILVA, Nadine; SILVA, Sandra e MARQUES, Nelson. *Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.google.com.br/search?q>.

Uma das grandes referências de todas as constituições políticas dos estados liberais é o articulado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que deu uma influencia ao garantir a liberdade pessoal, a igualdade em direitos, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Deveras que os Direitos Humanos estão vinculados ao bem comum, tendo em vista a emancipação do ser humano de todo o tipo de servidão, inclusive a de ordem material.

Acrescenta-se, todavia a classificação destes direitos em Direitos Humanos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta dimensões cujos conteúdos ensejariam os princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. São eles:

1) Os direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade seriam os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, as chamadas liberdades públicas. Visavam inibir a interferência indevida do Estado na vida do cidadão;

2) Os direitos de segunda dimensão ou direitos de igualdade referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX. Eram os direitos de caráter social. Neste caso, a interferência do Estado era desejada para garantir a igualdade material dos indivíduos;

3) Direitos de terceira dimensão ou direitos de solidariedade ou fraternidade são os direitos da coletividade, de titularidade coletiva ou difusa. Dentre eles se encontram o direito à paz, meio ambiente equilibrado, à comunicação, a proteção do consumidor, dentre outros, e, finalmente;

4) Os direitos de quarta dimensão a guisa de direitos originários do mundo globalizado. São eles os direitos à democracia, à informação, ao pluralismo e seriam estes direitos que possibilitariam a legítima globalização política.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro trata-se de um verdadeiro "micro sistema jurídico", já que nele se encontram normas de direito penal, civil, constitucional, processuais penais, civis e administrativas, com caráter de ordem pública, e, ademais, por constituir legislação extremamente avançada, influenciou as legislações dos outros países do Mercosul. Neste diapasão, sendo a proteção do consumidor um direito fundamental já declarado pela ONU e positivado na ordem jurídica brasileira, está referenciado e reconhecido além dos países-membros do Mercosul, dentre outros organismos internacionais, é a razão pela qual se posiciona como um dos diplomas de consumos mais atualizados do mundo.

A relação dos órgãos governamentais com a classe empresarial desponta como um dos fatores de integração no sistema da relação comercial que deve nortear suas condutas, sendo assim, recomenda-se que as empresas disponham de um exemplar do Código de Defesa do Consumidor em seus estabelecimentos, dando notoriedade da existência do mesmo em local de fácil acesso ao cliente, para que o mesmo possa tomar conhecimento de sua existência e utilizá-lo para consultas, conscientizando ambas as partes da necessidade de se constituir uma relação de forma transparente e sólida, à medida que os direitos e deveres sejam respeitados, reconhecendo-se o profissionalismo e a seriedade do comércio ou do prestador de serviços.

É público e notório que a relação de consumo advém de um fato jurídico em que estão presentes de um lado consumidores, como destinatários finais, entidades a ele equiparadas, a universalidade de pessoas que tenham intervindo na relação de consumo, aquele que estiver exposto às práticas empresariais, ou mesmo em decorrência de um acidente de consumo e de outro os fornecedores, que fornecem com habitualidade e profissionalismo bens e/ou serviços aos primeiros.

Incontroverso que substancial mesmo é que se forme uma nova mentalidade social para que tenhamos uma sociedade menos egoísta e individualista e mais solidária e participativa. Para que isso efetivamente ocorra, porém, é necessário que a própria sociedade, principalmente por meio dos atores das relações de consumo, que são os consumidores e fornecedores, de um lado, e o Estado, direta e indiretamente, por meio de seus órgãos e entidades autárquicas e paraestatais, de outro, compreendam, aceitem e efetivamente ponham em prática os objetivos estabelecidos, fortalecimento dos consumidores pela criação e desenvolvimento de associações representativas, organização dos mecanismos alternativos, oficiais e privados, de solução de conflitos de consumo (art.4º e incisos) são algumas das providências objetivadas pelo legislador para que haja maior harmonia entre os atores que participam das relações de consumo.

Ademais, é cediço que a só criação pelo legislador de mecanismos processuais eficazes, embora seja essencial para a evolução da sociedade, não é suficiente para consolidar uma política nacional de relações de consumo que realmente minimize as desigualdades existentes entre os pólos desta relação.

Sob esta conduta, é preciso que "tenhamos uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e não oficiais de solução dos conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais"

Igualmente, para analisar a questão da legitimidade da associação pública ou civil, para representar o consumidor na esfera administrativa ou judicial, pertinente perquirir-se qual a natureza jurídica destas entidades para tal mister, questão que com muita didática expõe WELYTON DOURADO GOMES⁴³⁰ em seu trabalho:

⁴³⁰ GOMES, Welynton Dourado. *As associações e o direito do consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2055, 15 fev. 2009.

Ressalte-se, por oportuno, que a análise jurídica em comento dará ênfase à atuação das associações civis na proteção jurídica dos consumidores face ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Todavia, o presente trabalho não tem o condão de exaurir por completo as questões jurídicas que a matéria comporta, mas tão-somente fixar diretrizes para facilitar sua compreensão.

Assim, faz-se necessário tecer algumas considerações gerais a respeito do que são, na conceituação legislativa, as associações. Por isso mesmo, não é demais lembrar que o Código Civil Brasileiro, em seu art.44, considera pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

Portanto, consoante previsto na legislação, as associações não têm fins lucrativos, muito embora possuam patrimônio constituído pela contribuição de seus membros, para a consecução de objetivos culturais, educacionais, esportivos, religiosos, recreativos, morais, etc.

Com efeito, em que circunstâncias uma associação civil pode ou não ser parte legítima para representar os consumidores tanto no âmbito administrativo como também perante o Poder Judiciário?

Ao se tratar da representação de consumidores, alguns autores buscam avaliar as circunstâncias em que uma associação civil pode ou não ser parte legítima para representar os consumidores tanto no âmbito administrativo como também perante o Poder Judiciário. No Brasil as entidades públicas identificadas para tal mister são aquelas vinculadas ao Ministério da Justiça e ao Ministério Público. Ademais, entidades como a ADECON – Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor, uma entidade civil sem fins lucrativos, de âmbito nacional, como também o IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, são instrumentos de grande importância como associações civis de defesa do consumidor.

Destarte, o legislador brasileiro reconhecendo esse fato incluiu tais associações no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como

determinou que a elas fossem concedidos estímulos, tanto para que fossem criadas como para que fossem mantidas e pudessem desenvolver seu trabalho, consoante dispõem as normativas dos arts. 5º, inc. V, c/c 105 do CDC e arts.3º, inc. IX, e 8º, do Decreto Federal nº 2.181, de 20 de março de 1997.

Do exposto, resta incontroverso que uma associação privada de proteção ao consumidor é uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos devidamente constituída nos termos da legislação em vigor, que tem dentre os seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores previstos no Código de Defesa do Consumidor e na legislação correlata.

Retomando o tema de se uma associação civil pode ou não ser parte legítima para representar os consumidores a defesa do consumidor em juízo, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu o rol de entes legitimados concorrentemente para agir em juízo na defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas em potencial, são eles: a) o Ministério Público; b) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; c) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; e, d) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear (art.82, incisos I, II, III e IV). Vale dizer que a legitimação concorrente autoriza que qualquer um dos legitimados "*ex lege*" pode propor ações judiciais de cunho coletivo, agir processualmente, independentemente da atividade simultânea de outro legitimado.

Oportuno que se informe que a Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECON, por exemplo, consoante estabelecido em seu Estatuto Social, tem como objetivos os seguintes:

a) Nos termos do art. 102 do Código de Defesa do Consumidor, poderá a associação ingressar em Juízo, objetivando compelir o Poder Público competente a proibir a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou determinar alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal dos consumidores e, ainda, a implementar a Política Nacional de Relações de Consumo (arts. 4º e 5º CDC);

b) Nos termos do art.83 do Código de Defesa do Consumidor poderá a Associação ingressar em Juízo com todas e quaisquer espécies de ações, capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses elencados na cláusula primeira, devendo ainda peticionar na condição de litisconsorte ou assistente em ações propostas pelos outros legitimados de que trata o art.82 do CDC e art.5º da Lei 7.347/85, sempre que, a seu critério, afigure-se necessária tal providência, no sentido de resguardar os direitos e interesses de desvios de finalidade ou de condução procedimental inadequada, especialmente em se tratando de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.

c) Incentivar o consumo consciente;

d) Informar ao cidadão e aos consumidores acerca dos seus direitos;

e) Estimular práticas de consumo leais por parte dos fornecedores;

f) Estimular a preservação do meio ambiente;

g) Estimular consumidores e fornecedores ao efetivo e leal cumprimento das obrigações e dos deveres encartados no CDC e demais legislação pertinente;

h) Contribuir para que seja atingido o equilíbrio ético nas relações de consumo, por meio de maior conscientização e participação do consumidor e do maior acesso à justiça;

i) Contribuir para a implementação e aprimoramento da legislação de defesa do consumidor e de matérias correlatas;

j) Contribuir para a repressão ao abuso do poder econômico nas relações de consumo e nas demais relações jurídicas correlatas;

k) Contribuir para a melhoria da qualidade de vida, especialmente no que diz respeito à melhoria de qualidade dos produtos e serviços oferecidos.

No contexto geral regulado pela normativa aplicada à espécie, a legitimidade de uma associação civil para atuar em representação do consumidor, conta com o amparo legal, como fator importante de instrumento de participação da sociedade civil no aperfeiçoamento da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, II, *b*), e uma forma eficiente de evitar que continue o paternalismo estatal exagerado na proteção do consumidor.

Entretanto, também possui reservas legais, qual seja algumas restrições no concernente a legitimação das associações como a de que, no ato de propositura da ação coletiva ou ação civil pública, as mesmas devem estar legalmente constituídas há pelo menos um ano, requisito este que tem por escopo impedir que associações de "última hora" atuem propositalmente a um objetivo único, isto é, que tenham sido formadas apenas na intenção de propor específica medida judicial.

Estando a associação constituída há mais de um ano, portanto, está legalmente legitimada para representar o consumidor ativa ou passivamente em juízo. A jurisprudência de âmbito nacional já firmou posição sobre a matéria, não havendo mais dúvidas a este respeito. A corte superior infraconstitucional consagrada no STJ – Superior Tribunal de Justiça⁴³¹ decidiu sobre a legalidade de

⁴³¹ RECURSO ESPECIAL Nº 705.469 - MS (2004/0167202-1).RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. RECURSO ESPECIAL Nº 645.226 - RS (2004/0038523-2). RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES.

representação da associação de consumidores, conforme os exemplos que podem comprovar:

RECURSO ESPECIAL Nº 705.469 - MS (2004/0167202-1)

EMENTA: PROCESSO CIVIL. CDC. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TEMPO MÍNIMO DE CONSTITUIÇÃO DA ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.

Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor.

Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo.

Recurso especial não conhecido.

.....

RECURSO ESPECIAL Nº 645.226 - RS (2004/0038523-2).

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Vencido o Ministro Aldir Passarinho Junior.

Ultrapassando as fronteiras das entidades civis, conforme aludimos acerca da legitimidade de representação do consumidor, por certo que não poderíamos imiscuir-nos de furtar o indiscutível e fundamental papel que desempenha o Ministério Público para tal mister, e o fazemos analisando sua legitimidade, que consideramos de cabal importância, à luz das argumentações que tecemos adiante.

Consagra a Constituição brasileira, ademais do art. 5º, inciso XXXII sobre a defesa do consumidor, as funções do Ministério Público, entre outras, em seus arts. 127- *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função*

jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; e 129 III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Neste diapasão, sob a forma de função de comando constitucional (art. 48 do ADCT), o Código de Defesa do Consumidor inseriu, de modo expresso, sendo o Ministério Público como um dos legitimados para a defesa coletiva dos direitos do consumidor (art. 82, I).

Os mais hóspedes no trato da matéria, que veremos a seguir, ao analisar as funções do MP no que alcança o compromisso da defesa do consumidor, asseveram que hodiernamente, é justamente sobre o patrimônio das pessoas é que incide a maioria das violações aos direitos fundamentais, de tal modo que no bojo deste raciocínio ainda se insere a visão tradicional do contrato, repelida pelo legislador consumerista e ainda não totalmente assimilada pelos intérpretes do direito a assertiva que seria a atuação ministerial representativa deste seguimento uma indevida intromissão na esfera de vontade do particular.

Entretanto, embasado de tal lógica, vale observar que quase todo direito proveniente das relações de consumo, até mesmo os difusos e coletivos, deveriam ser considerados disponíveis, pois se referem a direitos de ordem eminentemente patrimonial. Porém, adverte-se que, independentemente da espécie de interesse coletivo, em sentido lato, o que se pretende proteger, a base de validade da atuação do Ministério Público na defesa do consumidor há de ser a mesma.

Sobre esta questão assevera MARCOS ANTÔNIO M. P. GOUVÊA⁴³²:

⁴³² GOUVÊA. Marcos Antônio Maselli de Pinheiro. *Legitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 11, jan./jun. 2000, p. 199/233.

Impõe-se a conclusão de que a atuação ministerial, nos termos do dispositivo mencionado, também se respalda nas funções institucionais de defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. São estes valores, mais do que uma interpretação extensiva da defesa dos interesses indisponíveis, que fundamentam a tutela molecular dos direitos individuais homogêneos, tutela esta cuja provocação é constitucionalmente cometida, por excelência, ao Ministério Público. Se a apropriação indevida de uma quantia que deveria pertencer a consumidor é realizada por uma empresa, não configura isto um atentado contra a ordem jurídica, a demandar a intervenção do Parquet? Se, para a satisfação de seus direitos – direitos, por vezes, a quantias ínfimas – milhares de pessoas têm de propor uma enxurrada de ações individuais, atravancando juizados especiais e júzos comuns, não haverá aí interesse social na solução rápida de inúmeras lides, através da atuação molecular do Ministério Público?

Inconteste salientar que o direito do consumidor, em termos absolutos, não representa o direito de uma classe. Representa uma meta de igualdade material que corporifica no campo contratual o ideal da equidade. Assim, a identificação do direito do consumidor como um direito de classe, de uma corporação, implica uma armadilha, qual seja a de se setorizar um interesse que é pertencente a toda a sociedade. Portanto, a diferenciar de outros direitos, o consumo, na sociedade contemporânea, é imanente ao ser humano, incutindo-se na própria personalidade do ser. A concluir sobre a legitimidade do MP na defesa dos direitos do consumidor, ainda assim arremata ALMEIDA⁴³³ :

À luz de tudo o que foi exposto, forçoso é concluir que o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a defesa em juízo dos direitos individuais homogêneos do consumidor é um forte instrumento de eficácia social da norma consumerista.

⁴³³ ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor: Um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1397, 29 abr. 2007.

Mesmo as objeções que são feitas esbarram no argumento de que, em algumas situações (e não são poucas), a violação ao direito do consumidor ficaria impune, à falta de meios de acesso à justiça que obstem a atuação lesiva do infrator e desestimulem práticas semelhantes de seus pares.

É necessário reconhecer que a elevação de um direito à condição de fundamental e sua consagração no texto constitucional, por si só, não é suficiente para garantir o seu reconhecimento na sociedade.

Aliás, a consagração de um direito sem a criação de mecanismos correlatos que permitam sua tutela equivale à negação do próprio direito.

Atribuindo a cada qual sua competência e suas funções, sem ânimo de provocações, à Defensoria Pública cabe a defesa daqueles desprovidos economicamente para suportar os custos judiciais e a propósito do censo comum, óbvio que não de todo apropriado, há quem qualifique o *parquet* como “advogado da sociedade”. Sem ressalvas de cunho legal, mesmo não sendo às vezes alcança o mesmo resultado, portanto, um *plus* para as já consagradas realizações desta fundamental instituição para a garantia da proteção dos direitos de todos nós, simples mortais.

Em face do exposto, não nos olvidemos que há situações, tal como ocorre na defesa dos consumidores, em que os direitos patrimoniais individuais (não-homogêneos, portanto) somente podem ser tutelados através da Defensoria Pública ou sob o patrocínio da advocacia privada; jamais por órgão de execução ministerial.

3.2- Os Procons e o SNDC

Nosso trabalho tem como escopo recolher elementos para fomentar uma proposta de arbitragem de consumo para o Brasil, respeitando suas características e potencialidades. Após pesquisar algumas leis de arbitragem de consumo com o direito comparado, e, sobretudo, pela carência legislativa em nosso país de algo parecido, além da observação mais amiúde das mazelas reservadas ao *modus*

operandi dos sistemas de Procons e órgãos governamentais afins, entendemos que, pese suas aptidões para buscar soluções a qualquer custo para conciliar e compor o conflito, na realidade estes órgãos não têm disposição legal para decidir o pleito, pois, se trata de órgãos fiscalizadores e, como muito, podem aplicar multa ou outras penalidades econômicas para os infratores, sem que isso se reverta em benefício prático ao consumidor.

O consumidor, ao entrar com uma reclamação contra uma empresa no Procon acredita que poderá ser ressarcido de seus prejuízos e se satisfazer com a demanda. Isso pode acontecer se os mediadores obtiverem êxito em suas intervenções na composição do conflito e equacionar a questão, porém, caso isso ocorra, o acordo será redigido a termo e estabelece-se a expectativa se o mesmo será cumprido. Até então, se aparenta que tudo fora resolvido, com a satisfação das partes tomadas a termo, concluindo então o Procon seu mister com alcance deste objetivo de conciliar as partes. Aparentemente cumpriu o seu papel social.

Resolvida a questão, as partes satisfeitas e o órgão conciliador cômico de ter cumprido sua missão. Mas, e se o empresário não cumprir o acordo, o que acontece? Nada! O termo de acordo não tem força executiva e, portanto, não poderá ser usado como instrumento a propositura de da via executiva judicial. Este documento apenas serve para o consumidor se dirigir à justiça, talvez nos Juizados Especiais Cíveis e ali formular uma demanda judicial, iniciando outra vez sua pretensão de ressarcimento ou o cumprimento da obrigação inadimplida.

Ao que se nos aparenta o Procon funciona apenas como meio de coação e intimidação à empresa, ameaçando-a de aplicar-lhe multa pecuniária ou de outra ordem, mas, o desiderato maior que deveria resultar em prol do consumidor pode não se sustentar e frustrar tudo que se propôs ou se acordou. Fica para o consumidor a impressão que fora ludibriado e descarrega toda sua ira no órgão, em face de sua incompetência.

Cediço que o Procon, como órgão de defesa do consumidor tem legitimidade ativa para propor ação coletiva em nome dos consumidores, mas não tem natureza jurídica julgadora, razão pela qual, há de levar a questão ao Judiciário se quiser resolver a reclamação oferecida pelo consumidor.

Sabemos que se trata de órgão regional, sem qualquer vinculação com o Governo Federal, o que vale dizer que pode funcionar em alguns estados e em outros não. É instituído, mantido e gerenciado pela administração pública estadual de cada unidade da federação. Citamos a seguir, como exemplo o abreviado regimento de um destes órgãos, como exemplo a exposição de competência e funções da Fundação Procon de São Paulo e vejamos quais são suas atribuições nos limites de sua área de atuação:

A Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor (Fundação Procon-SP) tem por objetivo elaborar e executar a política de proteção e defesa dos consumidores do Estado de São Paulo. Para tanto, conta com o apoio de um grupo técnico multidisciplinar que desenvolve atividades nas mais diversas áreas de atuação, tais como:

- Educação para o consumo;
- Recebimento e processamento de reclamações administrativas, individuais e coletivas, contra fornecedores de bens ou serviços;
- Orientação aos consumidores e fornecedores acerca de seus direitos e obrigações nas relações de consumo;
- Fiscalização do mercado consumidor para fazer cumprir as determinações da legislação de defesa do consumidor;
- Acompanhamento e propositura de ações judiciais coletivas;
- Estudos e acompanhamento de legislação nacional e internacional, bem como de decisões judiciais referentes aos direitos do consumidor;
- Pesquisas qualitativas e quantitativas na área de defesa do consumidor;
- Suporte técnico para a implantação de Procons Municipais Conveniados;

- Intercâmbio técnico com entidades oficiais, organizações privadas, e outros órgãos envolvidos com a defesa do consumidor, inclusive internacionais;
- Disponibilização de uma Ouvidoria para o recebimento, encaminhamento de críticas, sugestões ou elogios feitos pelos cidadão quanto aos serviços prestados pela Fundação Procon, com o objetivo de melhoria continua desses serviços.

Criada pela Lei nº 9.192, de 23 de Novembro de 1995, e Decreto nº 41.170, de 23 de setembro de 1996, a Fundação Procon é uma instituição vinculada à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo e tem personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira.

A Fundação Procon-SP é o ente público pioneiro na defesa do consumidor do Brasil sendo considerado sinônimo de respeito na proteção dos direitos do cidadão. Os frutos deste trabalho são colhidos a cada passo dando rumo ao equilíbrio e harmonização das relações de consumo, e à incessante busca, inclusive por meio dos serviços oferecidos pela instituição, para a melhoria da qualidade de vida da população bem como facilitar o exercício da cidadania.

Como visto, o alvo de alcance dos Procons são limitados apenas aos estados da federação, eis que a nível federal, com competência concorrente se atribui a SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, o qual possui atribuições similares, conforme seu regimento interno.

Com competência territorial mais abrangente de alcance a todo o território nacional, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, previsto no TÍTULO IV, do CAPÍTULO IV, da Lei 8.078/90, é composto dos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais, bem como pelas entidades privadas de defesa do consumidor (art. 105, da Lei 8.078/90).

Com efeito, pensamos ressaltar que para não deixar passar *in albis* uma questão polêmica, entendemos inexistir hierarquia entre os integrantes do SNDC, pois nesse caso estaríamos diante de afronta direta à capacidade de autogoverno dos Estados, DF e Municípios, visto que a Lei 8.078/90, em seu artigo 106, estabelece que a coordenação da Política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor ficará à cargo do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria de Direito Econômico, ou órgão federal que vier a substituí-lo.

Contumaz hóspede no tema, ativo operador nas causas de defesa do consumidor e autor do anteprojeto do CDC, pensamos oportuno trazer à lume o pensamento de ROBERTO FINK⁴³⁴, conforme assim expõe o insigne jurista.

O caput do art. 106 inicia afirmando a necessidade da existência de um órgão de abrangência nacional capaz de coordenar a efetiva implantação dos princípios e objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo nomeia o Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, ou órgão federal que venha a substituí-lo. Atualmente, essa tarefa está a cargo do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC.

Destarte, ao citado mestre, na condição de coordenador desta Política do Sistema, diversas competências (ou atribuições) lhe foram conferidas, a saber: I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção do consumidor; II – receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III – prestar orientação aos consumidores sobre seus direitos e garantias; IV – informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V – solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para apreciação de delito contra os consumidores, nos termos

⁴³⁴ FINK, Daniel Roberto. Citado em *Código de Defesa do Consumidor completa 18 anos*. publicado por: Universidade Imes/IDEC/Wikipédia/Procon DF/Procon SP, em (04/09/2008).

da legislação vigente; VI – representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII – levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores; VIII – solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX – incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais; X – (vetado); XI (vetado); XII (vetado); XIII – desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

De modo singular, com vistas a regular o Sistema e estabelecer as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no art. 57, da Lei 8.078/90, em 1993, foi editado o Decreto Federal n.º 861. O referido Decreto foi atacado por Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Procuradoria do Estado de São Paulo, todavia o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ADIn, dizendo tratar-se de inconstitucionalidade reflexa. Entretanto, em 20 de março de 1997 foi editado o Decreto Federal 2.181/97 que *Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n.º 861, de 9 de julho de 1993 e dá outras providências.* Já no seu art. 1º, o mencionado Decreto prescreve que: *Fica organizado o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC e estabelecidas as normas gerais de aplicação das sanções administrativas, nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.*

Este Decreto Federal repete as atribuições legais dadas ao Coordenador do Sistema e enfatiza o exercício da fiscalização. Em relação aos órgãos estaduais, do Distrito Federal e municipais, o Decreto trespassa as atribuições de: I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política estadual, do distrito federal e municipal de proteção e defesa do consumidor, nas suas respectivas áreas de

atuação; II – dar atendimento aos consumidores, processando, regularmente, as reclamações fundamentadas; III – fiscalizar as relações de consumo; IV – funcionar, no processo administrativo, como instância de instrução e julgamento, no âmbito de sua competência, dentro das regras fixadas pela Lei 8.078/90, de 1990, pela legislação complementar e por este Decreto; V – elaborar e divulgar anualmente, no âmbito de sua competência, o cadastro de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, de que trata o art. 44 da Lei n.º 8.078/90, e remeter cópia ao DPDC; VI – desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.

Em face de tais assertivas, pensamos que alguma coisa deve ser feita para alterar o atual sistema brasileiro, com vistas a propiciar meios mais eficazes de proteção ao consumidor na defesa de seus direitos em juízo, seja pela via judicial ou extrajudicial, eis que o quadro conforme se apresenta resulta demasiado inoperante frente ao caos resultante do desrespeito, diga-se, cada vez mais crescente de uma considerável parcela de comerciantes que insistem em desafiar os ânimos do consumidor, em flagrante fraude ao Código de Defesa do Consumidor e dos órgãos públicos que procuram agir em sua defesa, e que, por estas razões é preciso apresentar propostas mais audazes para se iniciar, oxalá, um profícuo debate legislativo acerca de tão importante tema.

3.3- A arbitragem e o consumidor no Brasil

No Brasil arbitragem e direito do consumidor, pese ainda haver resistência de alguns setores tais como a magistratura, nos aparenta algo não tão distante para se aproximar e condensarem-se em uma disciplina capaz de equacionar certas questões aparentemente díspares, porém, a nosso ver passíveis de conciliação legislativa. Como visto há duas normativas a regular tais institutos e, a nosso ver não são antagônicas, entre si, podendo resultar na fundição de uma terceira norma a regular a arbitragem de consumo no Brasil. Talvez, no momento

falte apetite aos legisladores ou descrença de alguns resistentes à arbitragem para associarem os temas num único diploma legislativo.

Quiçás, a resistência resida no conceito absentista que fazem da arbitragem, como um instituto destinado aos empresários, ao comércio internacional e distante dos menos favorecidos economicamente para aplicar-lhes em seu proveito. Este dogma já foi quebrado há tempos, haja vista exemplos da Espanha, Portugal e Argentina que dão provas de que é possível aproveitar as vantagens que a arbitragem oferece e, com algumas adaptações utilizá-la em prol do consumidor.

A exemplo da confiabilidade da aplicação da arbitragem em matérias mais distantes que o comércio ou políticas internacionais está o exemplo de sua eficácia comprovada em temas das mais diversas searas, como a trabalhista, civil, patrimonial, etc. As resistências e os dogmas são quebrados com o tempo e as vão se consolidando de acordo com a necessidade social, no tempo e no espaço, somente dependendo onde e quando devem ser utilizadas.

Sabemos que o tema relacionado com o consumo entre pesquisadores brasileiros encontra já uma crescente corrente pacifista, no sentido de admitir a possibilidade de aglutinação das matérias. Num primeiro questionamento, que parece se apresentar para aquele que perquire da viabilidade da aplicação da arbitragem em questões que envolvem de um lado um fornecedor, e de outro um consumidor, em flagrante desequilíbrio de forças, é que a proteção deste estaria maculada.

Dentre os autores da Lei de Arbitragem brasileira, a professora SELMA MARIA FERREIRA LEMES⁴³⁵, argumenta sobre o tema e faz certas indagações, diga-se com muita propriedade:

⁴³⁵ MARTINS, Pedro A Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. p. 114.

Assim, com serenidade e utilizando a melhor hermenêutica, à luz dos direitos nacional e comparado, é que haveremos de concluir que a arbitragem, observando os requisitos necessários, é meio hábil de solução de conflitos de consumo e só basta ser incentivado e utilizado na sociedade.

Todavia ainda se indaga sobre outra questão que atine ao aparente obstáculo existente entre a disponibilidade do direito submetido ao árbitro e o indiscutível caráter público (cogente) da norma de consumo (art. 1º da Lei 8.078/90). Dizemos isso porque ainda persistem as indagações acerca do conceito insculpido no CDC da impossibilidade da compulsoriedade da arbitragem nas relações de consumo, porém, não nos esqueçamos que esta é uma coluna de sustentação do instituto, bem como um dos princípios norteadores da arbitragem, qual seja, a vontade das partes; nada se faz em arbitragem sem que haja a condição *sine qua non* da mais clara e legítima expressão da vontade das partes. Ora, isso nos aparenta apenas uma questão de ajustes legislativos, resguardando os princípios que cada tema se reserva, nada mais.

Vale lembrar que em outros termos, será que a norma de ordem pública e aplicação obrigatória admite o procedimento arbitral que só incide quando o direito encontra-se na esfera de disponibilidade do titular do direito? Aqui, pensamos nós que uma relação de compra e venda, seja de que vulto for, é uma questão privada, portanto, de direito disponível, ainda que o Estado avoque a si a responsabilidade de gerenciar e intermediar este meio para coibir possíveis ataques à parte hipossuficiente.

Acrescente-se ainda que, será que quando o legislador traçou como Princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (art. 4º, inc. V, da Lei 8.078/90) já vislumbrava a possibilidade de aplicar a arbitragem para solucionar questões relativas ao direito do consumidor?

As indagações persistem: será que diante de um conflito envolvendo consumidor e fornecedor a instituição da arbitragem acabaria por esbarrar no princípio da vulnerabilidade? Haveria redução da proteção legal dada ao consumidor? Ademais, não afastemos a questão de que antes de tudo é importante que não parem dúvidas sobre a inexistência de conflito entre o caráter público do Código de Defesa do Consumidor e o requisito da disponibilidade do direito a ser submetido ao árbitro conforme se infere do art. 1º da Lei 9.307/96. Tal disponibilidade refere-se ao direito sobre o qual as partes podem dispor abrir mão, transacionar, e, diga-se, o que nada tem a ver com a impossibilidade de afastar o direito aplicável ao caso como é próprio das normas de ordem pública.

Com efeito, a incrementar o debate, oportuno lembrar o registro que faz JOSÉ CELSO MARTINS⁴³⁶, Advogado e Presidente do Tribunal Arbitral de São Paulo, ao desmistificar alguns temores e preconceitos relativos à arbitragem, conforme assim assevera:

Conforme já se notou – o árbitro não poderá afastar a aplicação das normas constantes do Código de Defesa do Consumidor, caso tenha que decidir uma controvérsia envolvendo consumidor e fornecedor. Como norma de ordem pública, essas disposições normativas terão de ser consideradas na sentença arbitral (Lei 9.307, art. 2º). (79) (80).

Vale lembrar que ainda que o texto da Lei 9.307/96 expressamente diga o óbvio em relação às normas de ordem pública, ou seja, que elas não poderão ser afastadas pela vontade das partes, encontramos quem entenda contrariamente. É o caso do Ilustre Ex-Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, JOSÉ GERALDO DE BRITO FILOMENO⁴³⁷. Após tecer críticas ao então projeto de Lei n.º

⁴³⁶ MARTINS, José Celso. *A Nova Lei Arbitral Brasileira – Temores e Preconceitos*. TASP <<http://www.arbitragem.com.br/artigos.htm#3aa>>.

⁴³⁷ FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. p. 70.

780/92, que tencionava derrogar o Art.51 inc. VII, do CDC conforme assim sustentou:

Permitir-se-ia ao árbitro refúgio ao ordenamento jurídico em vigor, decidindo por equidade, a critério do estabelecido no contrato, aí incluídos os usos e costumes comerciais, certamente bastante diferentes nas várias regiões do País, em desproveito, uma vez mais, do consumidor.

A disponibilidade do direito, eis a questão, pois esta se avizinha, agora e sempre. Não há dúvida de que já podemos aceitar que o procedimento arbitral pode ser aplicável nas relações de consumo, desde que estejamos diante de um "direito patrimonial disponível".

Esperamos não ser repetitivos, mas, entendemos que esta seja uma questão já pacificada, salvo melhor juízo, eis que a transação, a negociação, a negociação, a conciliação e a mediação são institutos legais que amparam a validade da vontade das partes, porém, além do consumo, a par do ramo do direito que regula determinada situação fática (civil, comercial, trabalhista, consumo, etc.), devemos antes de mais nada questionar se o objeto da lide é patrimonial e ao mesmo tempo se está na esfera de disponibilidade da parte. Neste diapasão, caso a resposta seja afirmativa para ambas as perguntas o conflito comporta a instituição da arbitragem. Mas será que todos os direitos protegidos pela Lei 8.078/90 pertencem a esta categoria que comportam estes institutos?

Muito apropriado seria dizer que a imensa maioria de lides de consumo são de ordem econômica e estão na esfera de disponibilidade do consumidor. Contudo, o legislador de consumo guindou à posição de direito básico do consumidor a proteção à vida, saúde e segurança (art. 6º), garantiu o respeito à sua dignidade e qualidade de vida (art. 4º) e tipificou, além dos já existentes, alguns crimes contra as relações de consumo (arts. 61 a 80).

Se a questão estiver relacionada com crimes de qualquer etimologia, afastemos então a arbitragem e convoquemos o Estado para dirimir o fato. Não

nos pertence adentrar nesta seara, eis que indisponível à arbitragem, seja ela qual for. Não temos dúvidas que consistente em uma análise igualmente sucinta diríamos que estes direitos acima relacionados não poderiam ser objeto de discussão perante o árbitro, pois além de não serem patrimoniais, ao titular não é dado transacionar (v.g. vida).

Tal como ocorre em certas matérias ambíguas, que envolvem ambas as questões de disponibilidade e indisponibilidade, tenhamos em conta que nada impede que a decorrência patrimonial do conflito seja submetida ao "juiz privado". Ou seja, não se concebe que um consumidor transacione a respeito de sua segurança, entretanto, sobrevindo um acidente de consumo decorrente do fato do produto o *quantum* da indenização pode ser submetido a um árbitro.

Pensamos que compete ao Ministério Público avocar a legitimidade para acercar-se dos crimes contra as relações de consumo que são todos delitos de ação pública incondicionada titularizados pelo Estado a este legítimo representante ou substituto processual. Na condição de titular do direito de ação, o Estado representado pelo *parquet* submete-se ao princípio da indisponibilidade, já o ofendido não pode dispor de direito de que não é titular. Não obstante a isso, aplica-se o mesmo raciocínio colocado anteriormente. Ou seja, ocorrendo um delito contra as relações de consumo, sobre o *quantum debeat* de eventual ofensa ao patrimônio do consumidor a reparação do dano poderá ser negociada, seja perante o árbitro, seja perante a justiça estatal em eventual ação civil *ex delicto*.

Voltando a referência anterior indagamos outro quesito que comporta análise mais amíúde: *Será que quando o Código do Consumidor previu como princípio o incentivo à criação de meios alternativos à solução de conflitos de consumo (art. 4º, V) pretendeu incluir aí a arbitragem?* Ao responder tal indagação, nada melhor do que buscar informação nas lições de SELMA MARIA FERREIRA

LEMES⁴³⁸, ao discorrer sobre os mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo que assim afirmou:

Neste rol de mecanismos de solução de conflitos deve ser incluída a prática da mediação e arbitragem.

Então, uma primeira observação a ser feita é que não há na Lei 8.078/90, seja no artigo mencionado, seja em qualquer outro, restrição a essa via alternativa (privada) de solução de litígio. Ora, ainda em análise ao CDC, notamos que a grande celeuma reside no art. 51 inc. VII, do Código que impõe uma restrição relativa à instituição do juízo arbitral: veda a inserção de cláusula contratual que determine a utilização *compulsória* de arbitragem. Daí, evidente que a arbitragem não ficou à margem da lei de consumo no Brasil, a ressalva projetiva cuida apenas de colocar um freio à cláusula compromissória compulsória em contratos de consumo. A proteção justifica-se na medida em que a arbitragem deve ser instituída de comum acordo entre as partes e não imposta pela parte que redige o contrato e que, além disso, encontra-se em situação de evidente supremacia.

Insiste a autora que máxime o legislador do CDC tenha utilizado a expressão "arbitragem compulsória" ela não existe em nosso país. O traço principal da arbitragem é a voluntariedade, portanto o que se pretendeu com emprego da dita expressão foi vedar a indicação da arbitragem nos contratos de consumo através da cláusula compromissória.

Caminhamos, pois, para a solução do problema sempre a procura de respostas que nos sejam convincentes, afinal este é o nosso desiderato, e, tal e como, diante da leitura destes dois dispositivos legais, em que um adota como mandamento principiológico os meios alternativos de solução de conflito e outro que veda o procedimento arbitral imposto pelo fornecedor. *Data máxima vênia,*

⁴³⁸ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Op. Cit.*, p. 122.

entendemos que não há fundamento legal que sustente a posição de inaplicabilidade da arbitragem aos conflitos de consumo. Some-se isso ao fato de que os direitos patrimoniais são a maior causa de lides envolvendo consumidores e fornecedores.

Vê-se pois, que alinhado com o entendimento de que o art. 51 inc. VII, do CDC, não veda a utilização de arbitragem, nada mais oportuno que lembrar os ensinamentos de ARRUDA ALVIN⁴³⁹, que, para ele (mesmo antes da edição da Lei de Arbitragem) quando a Lei 8.078/90 proíbe a utilização compulsória de arbitragem, não está senão garantindo ao consumidor o pleno acesso ao judiciário.

O ilustre brasileiro PAULO BORBA CASELLA⁴⁴⁰, professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, árbitro do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Rio de Janeiro) e da International Law Association (Londres) e que conta com nada menos de quatorze livros publicados com suas lições, assim expressou seu parecer:

Exatamente em matéria de proteção ao consumidor pode a arbitragem ser excelente canal de veiculação de descontentamentos e solução de problemas. Ora, contudo, a lei brasileira em matéria de proteção ao consumidor cria algumas (todavia compreensíveis) restrições ao uso da arbitragem. Logicamente a Lei 9.307/96, ao regular a arbitrabilidade de direitos patrimoniais disponíveis instituiu a exigência de expressa concordância com a escolha da via arbitral para solução de controvérsias em contratos de adesão, ou seja, quem assina contrato padronizado impresso, sem poder negociar as condições

⁴³⁹ ALVIM, J.M.A . *Código do Consumidor Comentado*. p. 115.

⁴⁴⁰ CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem Para Consumo*. <http://www.cacb.org.br/arbitragem/artigos.doc>>.

deste, tem o direito de dizer expressamente se aceita ou não a arbitragem para dirimir qualquer controvérsia deste resultante. Nisso andou bem a lei brasileira.

No mesmo sentido é a lição de DIOGO DE SOUZA E MELLO⁴⁴¹, publicada em artigo denominado Estudo da Lei de Arbitragem – Aspectos Relevantes:

Importante, observar o que dispõe o art. 51, inc.VII do Código de Defesa do Consumidor, que estipula que a utilização ‘compulsória’ da arbitragem, para dirimir conflitos relativos a contratos, é nula de pleno direito, visto que o aderente não pode ser obrigado a aceitar a via arbitral. Logo, quando a instauração do juízo arbitral se der através de cláusula abusiva imposta à parte mais vulnerável da relação contratual, a ‘Cláusula Compromissória’ poderá ser anulada. O que é bem óbvio, pois compulsório significa obrigatório, e este não é o espírito da Lei.

Acrescentamos ainda ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁴⁴², em artigo intitulado *A Arbitragem e o Direito do Consumidor*, onde se propõe a solucionar a questão do aparente conflito entre a Lei de Arbitragem que permite a inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão e o Art. 51 inc. VII, do CDC. Em suas cristalinas conclusões o doutrinador conclui pela arbitrabilidade das questões que envolvem consumo, com a ressalva de que deva ser instituída por compromisso e não por cláusula compromissória ante a vedação imposta pelo art. 51 inc. VII, do CDC. Assim opina:

Como adiantamos, a Lei de Arbitragem nada alterou no Código de Defesa do Consumidor, sobre os direitos do consumidor. Perante a lei protetiva, o quadro era, e é, pois, o seguinte: o compromisso entre consumidor e fornecedor, desde que sem abuso deste sobre aquele, é permitido; a cláusula

⁴⁴¹ MELLO, Diogo de Souza e. *Estudo da Lei de Arbitragem – Aspectos Relevantes*. II TARJ. <<http://www.arbitral.cjb.net>>

⁴⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A Arbitragem e o Direito do Consumidor*. In *Revista de Direito do Consumidor*, 23-24, 1997, p. 38.

compromissória, inversamente, tem presunção absoluta de abusividade e é proibida (art. 51, VII).

Um dos mais atuantes e ativo processualista brasileiro NELSON NERY JR.⁴⁴³, alinhado com este entendimento, após esclarecer que os contratos de consumo podem ser de adesão ou não, deixa claro que o art. 51 inc. VII (88), do CDC, não é incompatível com o art. 4º, §2º (89), da Lei de Arbitragem e que ambas as leis sobrevivem vigentes e se completam. Diz o professor:

Basta lembrar, por exemplo, que o CDC 51 VII aplica-se apenas aos contratos de consumo enquanto que a LA 4.º, §2.º aplica-se a todo e qualquer contrato de adesão: civil, comercial ou de consumo.

Mutatis mutandis, nosso senso democrático atinente ao debate sobre todos os aspectos que o tema comporte, também oportuno pensamos trazer à colação o pensamento diametralmente oposto do citado GERALDO DE BRITO FILOENO⁴⁴⁴, que entende conveniente sacrificar esse meio de solução de conflitos em favor da vulnerabilidade do consumidor, quando obstante assim afirma:

Dentre os chamados 'instrumentos alternativos para a solução de conflitos das relações de consumo', como já visto, a teor do que dispõe o inc. V do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, parece-nos que as chamadas 'Câmaras de Conciliação', incentivadas pelas entidades representativas da indústria e do comércio, poderiam desde logo desempenhar o papel de juízos arbitrais, ou até de "tribunais de arbitragem", terminologia, aliás, utilizada pela nova lei em questão.

Mas, acrescentaríamos, desde que tais instrumentos alternativos para a solução de conflitos de relações de consumo contassem com representantes ou árbitros de confiança dos consumidores, de preferência dos PROCON's,

⁴⁴³ NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Comentado*. p. 1728.

⁴⁴⁴ FILOMENO, Geraldo de Brito. *Op. Cit.* p. 76.

SEDECONs ou CEDECONs, ou ainda de entidades não governamentais de consumidores.

Mas, adiante, reitera:

E no caso de ser viável a instituição do novo instrumento para resolução de litígios advindos de relações de consumo, os árbitros a serem indicados pelos consumidores certamente serão os técnicos do PROCON ou do IDEC, ou ainda de outros organismos especializados, até para se procurar manter o equilíbrio a duras penas buscado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Resta, pois, a inafastável indagação a outra questão proposta no início deste capítulo: a aplicação da arbitragem em conflitos de consumo viola o princípio da vulnerabilidade consagrado pelo nosso Código do Consumidor? Mantendo nossa postura respondemos que lembrando algo dito anteriormente sobre a instituição do juízo arbitral, entendemos que ela deve, necessária e exclusivamente passar pelo compromisso arbitral, isso porque a outra espécie do gênero convenção de arbitragem (a cláusula compromissória) não é admitida nos contratos de consumo por força do disposto no art. 51 inc. VII, da Lei 8.078/90.

A sapiência do legislador, sabedor que é da vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor poderia antever que este acabaria por decidir, ele próprio, pelo deslocamento da jurisdição. Isso dito, não nos olvidemos que ao prever esta situação o legislador manteve a redação do art. 51 inc. VII, da Lei 8.078/90 (que por pouco não foi revogado) por entender que o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, não conferia proteção suficiente.

Concordamos e comungamos com a mesma postura, porque, entendemos que o legislador agiu com acerto, pois seria no mínimo ingênuo acreditar que uma singela rubrica aposta ao lado de uma cláusula compromissória em um contrato de consumo serviria para garantir que o consumidor estivesse devidamente informado das conseqüências de seu ato.

As câmaras de arbitragem que desde a edição da normativa vêm adaptando-se às exigências do sistema, demonstram por experiência própria que, não raro, o consumidor desconhece até mesmo o objeto do contrato de massa que assina. Se assim é, o que dizer da cláusula compromissória que é autônoma em relação ao contrato principal e supõe o conhecimento de diversos outros elementos técnicos jurídicos. A par deste diapasão, cremos que não seria exagero dizer que nos dias de hoje, decorridos tantos anos da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, muitos técnicos do direito estariam tão vulneráveis quanto a maioria dos consumidores caso devessem assinar contrato de consumo com cláusula compromissória compulsória.

Pensamos ter acrescentado quesitos de fundamental importância para o debate em tela ao concluir que quando o legislador manteve vigente e intacto o art. 51 inc. VII, o Código do Consumidor reconheceu outra vez sua vulnerabilidade. Outra não seria a redação do dispositivo que continua a garantir com amplitude o acesso ao judiciário e em hipótese alguma agride o princípio da vulnerabilidade projetado na Lei 8.078/90.

Finalmente, vale asseverar que o temor injustificado que se tem notado em relação a arbitragem para o consumo envolve a possibilidade de julgamento por equidade previsto no artigo 2º da Lei 9.307/96.

O sempre lembrado jurista brasileiro NELSON NERY JR⁴⁴⁵., nos ensina que a possibilidade do árbitro decidir por equidade carece da expressa vontade das partes, que deverão transferir tais poderes ao árbitro, quando então este poderá julgar até *contra legem*, pois como lembra o mestre, julgamento por equidade significa julgamento pelo mais justo sem se preocupar com a legalidade da decisão mas apenas com sua legitimidade.

⁴⁴⁵ NERY JR., Nelson. *Op. Cit.*, p. 1728.

4- Paradigmas de arbitragem de consumo

Visto nosso desiderato de cotejo entre a legislação internacional, não há dúvidas que o sistema de arbitragem na relação de consumo encontra-se em fase avançada nos países europeus. A União Européia desde 1985 procura com uma série de medidas facilitar resoluções dos consumidores em questões de consumo atentando para a necessidade de proteção em face das desigualdades dos pobres no mercado, o excessivo custo dos procedimentos judiciais, evitando-se uma prolongada discussão judicial. Hoje está implantada a Rede Extrajudicial Européia e a arbitragem foi estendida até para o comércio eletrônico. Na Espanha o sistema já está consolidado e em Portugal, os Centros de Resolução de Disputas Consumeristas são líderes da arbitragem registrando em média dez mil casos por ano. Na América do Sul o primeiro país a aderir este sistema foi a Argentina.

A doutrina consumerista vislumbra com otimismo já de algum tempo a continuidade da implantação do sistema em outras praças da União Européia, haja vista que conforme sabemos há uma forte corrente trabalhando nesse sentido, conforme nos informa MARIO FROTA⁴⁴⁶, que a comunidade tem acolhido com entusiasmo a solução de conflitos, por meio da arbitragem, notadamente no que diz respeito às relações de consumo.

O autor cita alguns instrumentos jurídicos reguladores desse meio amigável de resolução de dissídios, destacando-se: a Diretiva 982/27/CE do Parlamento e do Conselho europeu, de 19 de maio de 1998, alteradas pelas Diretivas 1999/44/CE, de 7 de julho de 1999, e 2000/31, de 8 de junho deste mesmo ano. Estes atos fazem referência às ações inibitórias em matéria de consumo; a Recomendação 2001/310/CE, da Comissão, de 4 de abril de 2001, contendo os princípios aplicáveis às entidades extrajudiciais de resolução de conflitos, etc.

⁴⁴⁶ FROTA, Mário, in *Tribunais Arbitrais e Litígios de Consumo e Custas Judiciais*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo nº 20, Coimbra, Portugal.

Sobre esta questão, cite-se que a União Européia, por sua vez, criou a Rede Européia para a solução extrajudicial de conflitos transfronteiriços, no âmbito dos serviços financeiros, a FIN-NET, com o objetivo primacial de permitir acesso rápido às resoluções e aplicação de acervo comum de garantias de base.

Assim, com ânimo de colher mais subsídios para nossa proposta de Arbitragem de Consumo para o Brasil, pensamos oportuno trazer à colação alguns paradigmas, que entendemos necessários a auxiliar a composição de nossa proposta. Assim, passamos a seguir a observar alguns deles.

4.1- Portugal

A Arbitragem de Consumo em Portugal está consagrada na Constituição portuguesa e atualizada, de acordo com a Lei Constitucional 1/97, de 20 de setembro, que autoriza a instituição de tribunais arbitrais, remetendo a lei à disciplina sobre os casos e as formas em que estes tribunais se podem constituir. A arbitragem voluntária era regida pela Lei 31, de 29 de agosto de 1986, e a institucional pelo Decreto-lei 425, de 27 de dezembro de 1986, da qual comentaremos adiante.

O Direito português admite a arbitragem, nos litígios de consumo. Conta-nos LEON FREJDA SZKLAROSWSKY⁴⁴⁷ citando MÁRIO FROTA, professor e presidente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo - Centro de Estudos, rememora as conclusões extraídas do I Ciclo de Conferências, sob o tema "Da arbitragem nos litígios de consumo", realizado na cidade do Porto, de 4 a 5 de dezembro de 2003.

Deste simpósio, sobressaiu o entendimento de que o acesso à justiça é fundamental, tanto para os consumidores, quanto para os empresários. Por ser

⁴⁴⁷ SZKLAROSWSKY, Leon Frejda. Conferência proferida, no WORKSHOP promovido pelo Superior Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil, em São Paulo, no dia 10 de fevereiro de 2004 (excerto deste trabalho foi publicado na Revista Jurídica Consulex nº 174, de 15-4-2004, com o nome de A arbitragem e sua evolução).

sumamente difícil e custosa a justiça comum, torna-se indispensável a arbitragem institucional, quer a voluntária, quer a necessária. Uma das conclusões mais importantes diz respeito à necessidade de se atribuir aos Tribunais Arbitrais competência para executar suas decisões.

Este pensamento está em harmonia com a Lei Portuguesa do Consumidor nº 24, de 31 de julho de 1996. O artigo 14, 1, explicita que incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem, visando resolver os conflitos de consumo.

Inferiu esse simpósio que a arbitragem, nas questões entre empresa e consumidor, prima pela imparcialidade e pelo culto aos princípios sagrados do Direito, carecendo apenas de algumas correções legislativas tanto no plano legislativo interno dos países europeus, quanto na esfera da União Européia. O mestre não se cansa de louvar o esforço da União Européia de estabelecer esses mecanismos extrajudiciais.

O Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo de Portugal promove diuturnamente campanha educativa de orientação aos usuários do sistema sobre o que deve o consumidor fazer para tentar resolver o conflito. Informa que num primeiro momento, a melhor forma de resolução de qualquer conflito é através de negociação direta com a outra parte. Tratando-se de conflito de consumo, o consumidor deve contatar o profissional, de preferência através de meio que permita prova posterior (por exemplo, carta registrada com aviso de recepção), informando-o da existência de um problema e pedindo-lhe uma resposta. Mantendo-se o conflito, o consumidor deve, num segundo momento, recorrer a um meio de resolução alternativa de litígios (mediação ou arbitragem), contatando uma entidade que promova a sua realização. Pode-se consultar a lista dos Centros de Informação Autárquicos ao Consumidor e dos Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo, sendo que o CNIACC apenas tem competência quando não exista outra entidade competente.

Ademais, indaga outra questão: Quais são as vantagens dos meios de resolução alternativa de conflitos de consumo? E, como resposta aduz: Celeridade e eficácia; Tendencial gratuitidade; Participação das partes na resolução do conflito.

Em Portugal os meios de resolução alternativa de litígios são voluntários para as partes, pelo que o profissional não é obrigado a participar num processo de mediação ou de arbitragem. No caso de a mediação e a arbitragem não serem eficazes para a resolução do conflito, o consumidor tem de recorrer à via judicial. Ainda antes dos tribunais judiciais, existem em alguns conselhos portugueses dos julgados de paz, que procuram a resolução dos litígios com procedimentos orientados por princípios de simplificação processual, oralidade e informalidade. No caso de não existir julgado de paz, é necessário recorrer a um tribunal judicial, devendo o consumidor contactar um advogado, ao que podemos constatar nas notas finais de jurisprudência deste trabalho.

Do exposto, vê-se que, pese a parte final estar sucinta, ainda assim, como regra do processo civil em que o julgador dever estar atento para os requisitos da sentença, o árbitro as considerou no relatório com o registro das principais ocorrências no feito; os fundamentos acerca da análise das questões expostas; e; o dispositivo legal aplicado à espécie. Houve o relato dos fatos e a posição processual dos litigantes.

No resumo do pedido e da resposta, cuidou o árbitro para não se antecipar no julgamento da causa. Na fundamentação analisou as questões de fato e de direito. Poderia o julgador também fazer às razões de uma das partes, que por acaso houvesse adotado como fundamentação. No dispositivo ou conclusão decidiu com segurança, fato marcante para não eivá-la de vícios, o que poderia estar sujeita a propositura de anulação.

O dispositivo é o *decisum*, parte mais importante da decisão, pois adquire força de coisa julgada. Neste dispositivo o árbitro observou e resolveu as questões que as partes lhe submeteram, por meio de proposições que delimitaram a prestação extra jurisdicional. Observamos também que o julgador cuidou de não adentrar-se em questões alheias para não ocorrer em julgado *extra petita*, *infra petita* ou *ultra petita*.

Com efeito, acerca da arbitragem voluntária que era regida pela Lei 31, de 29 de agosto de 1986, muito recentemente, em 2012, entrou em vigor a nova normativa que atualiza o instituto de forma mais coerente com o que deveria já estar atualizada, porquanto, notava-se distante dos anseios daqueles que optassem por um método mais próximo da realidade contemporânea a que se pudesse atribuir maior celeridade e eficácia ao instituto.

De início apresenta-se um projeto denominado LAV – Nova Lei de Arbitragem, eis que a questão da arbitragem em Portugal revelava-se um paralelo de grande dicotomia com a realidade internacional, visto que os vinte e cinco anos, desde 1986, que distanciaram este país da grande expansão das arbitragens em todo o mundo, com novos desafios, necessidades e problemas contemporâneos, não foram suficientes para influenciar o avanço do instituto na sua aplicabilidade interna ou externa.

Em 1986 publicou-se, sob a lavra e liderança de um dos maiores nomes da ciência jurídica em Portugal, a Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço, a chamada LAV - Lei de Arbitragem Voluntária, Lei nº 31/86, que regulamentou a Arbitragem em Portugal.

Como dito, até então, no início dos anos 80 do Século XX vivia-se, em Portugal, ainda um tempo “pré-histórico” no campo da Arbitragem, apesar deste sistema alternativo de resolução de litígios estar muito divulgado internacionalmente, de alguns países já terem uma tradição forte de Arbitragens,

de existir uma reflexão científica pioneira, mesmo assim, isso não foi suficiente para “contaminar” Portugal da grande onda que se espalhava pelo mundo afora.

Entretanto, apesar de aderir ao contexto internacional com uma normativa moderna aos tempos de então, rapidamente se demonstrou que a LAV ficou ultrapassada por essa evolução, desde logo porque não tratava de alguns dos problemas que se vieram a revelar mais importantes e complexos. Talvez por essa razão o recurso à Arbitragens como modo de resolução de conflitos não teve em Portugal a evolução que se veio a encontrar noutras jurisdições, como é o caso do Brasil, eis que não se tornou sede de Arbitragens internacionais, sobretudo aquelas relativas a países de língua portuguesa.

Por esta razão, entenderam os mais renomados doutrinadores lusitanos e entidades envolvidas no ramo que Portugal deveria rever e atualizar seu instituto arbitral para não se distanciar da realidade global que enaltecia o instituto como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos de interesses mais atuais, modernos e eficazes, ademais de incentivarem os magistrados a evoluírem seus conceitos acerca da Arbitragem, porquanto se mantinham estagnados e hostis diante de uma cultura universal, eis que posicionavam-se de modo a enfrentar o instituto por meio de confrontos em sede de recursos e ações de anulação de laudos arbitrais, criando uma atmosfera hostil para o seu desenvolvimento. Eis aí uma das fortes razões que fizeram a comunidade jurídica, acadêmica e doutrinária lusitana a repensar uma reforma do texto legal que até então regulamentava a Arbitragem em Portugal.

Assim foi que em finais de 2008, após ser eleita a nova Diretoria da APA – Associação Portuguesa de Arbitragem, a principal missão colocada em ação foi substituir a então normativa em vigor por outra mais moderna e atualizada aos conceitos arbitrais hodiernos. Neste diapasão, no início de 2009 o então Ministro da Justiça desafiou a Direção da APA, convocando-a a elaborar um Projeto de Lei que permitisse ao Governo desencadear o processo legislativo que culminasse na aprovação de um novo Diploma Arbitral português.

A primeira questão a ser colocada foi se deveriam reformar a antiga normativa Arbitral ou elaborar uma lei nova. Decidiu-se pela segunda opção, porquanto se entendeu que deveriam adequar-se aos conceitos universais versados pela Lei Modelo da UNCITRAL, aproximando-se o máximo possível desta normativa global com vistas a atualizar seus conceitos e sua eficácia.

Segundo o magistério de JOSÉ MIGUEL JÚDICE⁴⁴⁸, que apregoava que “...*para além disso havia uma razão pragmática: uma lei nova tem um efeito muito importante na reflexão doutrinária, provoca debates, suscita interesse e nessa medida faz avançar a ciência jurídica e a própria idéia arbitral...*”

Diz ainda o insigne mestre que: “...*A opção pela Lei Modelo não era totalmente consensual em Portugal, sobretudo em alguns meios académicos que teriam preferido que se procurasse uma solução mais original e que supostamente se inserisse na tradição processualista portuguesa. Ou que se fizesse apenas uma actualização da actual lei, numa espécie de temor reverencial perante o diploma de 1986. Mas a opção por nós tomada corresponde à posição maioritária, em especial dos que em Portugal se dedicam à arbitragem, nos planos nacional e internacional...*”⁴⁴⁹

Efetivamente o que se viu foi uma onda crescente e de grande interesse por parte de todos aqueles que se envolviam com a matéria relacionada à Arbitragem. O trabalho foi hercúleo, porém profícuo, eis que revista pelos maiores especialistas no assunto, deveras profissionais do mais alto nível, resultado da experiência acumulada a nível internacional capaz de levar a Arbitragem portuguesa ao mais alto nível internacional sem que houvesse qualquer conflito com a tradição jurídica interna.

Ademais, acrescenta-se que sobre dita questão propunha-se fosse incapaz de causar desencontros com a normativa portuguesa, mas que além disso,

⁴⁴⁸ JÚDICE, José Miguel. Sócio Fundador de PLMJ, Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal. Publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, nº 23, Jul/Ag 2009, CBAr, pág 240- 246.

⁴⁴⁹ JÚDICE, José Miguel . *Op. Cit.* p. 244.

colocasse Portugal em posição de destaque, sobretudo ante a preocupação estratégica de analisar as mais recentes leis de Arbitragem implementadas, em especial nos países que se inserem na tradição jurídica de *civil law*, mas sem descuidar alguns diplomas legais oriundos de sistemas de *common law*, como o *Arbitration Act* de 1996.

Denota-se pois, que a intenção foi, de novo, aproveitar da experiência acumulada e, também, da reflexão doutrinária que tais reformas legislativas provocaram, contribuindo assim para o avanço da idéia Arbitral, porquanto a que uma outra ordem foi evitar que as normas processuais internas portuguesas interferissem nas Arbitragens, sobretudo o Código do Processo Civil português (CPC), de 1939, de autoria do Professor Doutor Alberto dos Reis, um dos maiores processualistas do Século XX na Europa, porém, apesar de várias reformas que foi sofrendo, continua sendo um diploma legal claramente ultrapassado e inadequado às características próprias das Arbitragens.

O novo Diploma Arbitral, conforme proposto buscou, assim como a antiga LAV, Lei 31/86, isolar as Arbitragens da “poluição normativa” do CPC, facilitando muito o trabalho dos árbitros e reforçando a segurança nas Arbitragens internacionais, e, diga-se, garantindo que juristas estrangeiros não ficassem desfavorecidos pela intromissão nos processos de normas legais desconhecidas ou pelo menos não familiares.

Segundo nos informa o festejado jurista português⁴⁵⁰, várias foram as propostas apresentadas dentre os principais aspectos inovadores, tais como:

a) **Novo critério de arbitrabilidade** – optou-se pela “patrimonialidade” do interesse em vez de disponibilidade ou transigibilidade, ainda que este último critério subsista de forma subsidiária (art. 1º, nº 1 e 2).

⁴⁵⁰ JÚDICE, José Miguel . *Op. Cit.* p. 245.

b) Efeito negativo do princípio “Kompetenz-Kompetenz” –

procurou-se levar ao limite mais amplo conhecido o princípio da prevalência da justiça arbitral, reforçando a segurança das partes que tenham optado pela justiça arbitral (5º, nº1).

c) Anti-arbitration injunctions proibidas (5º, nº4) – *este proibição surge como corolário da recepção do efeito negativo do princípio “kompetenz-kompetenz” e visa reforçar os objectivos de separação deste meio alternativo em relação à justiça estatal, matéria muito sensível na União Europeia, em especial depois do “Relatório Heidelberg”.*

d) Conveniência nas arbitragens internacionais de que o Presidente não seja da nacionalidade das Partes (10º, nº6) – *esta norma, eminentemente programática, visa também uma finalidade pedagógica, que é tanto mais importante quanto em arbitragens “ad hoc” compete aos presidentes de tribunais da Relação (2ª instância) a designação do árbitro presidente, na falta de acordo.*

e) Arbitragens multipartes (11º, nº 2 e 3) – *esta matéria é também totalmente inovatória em relação ao regime em vigor. Optou-se por uma solução em que não é automática a nomeação dos 3 árbitros pelo tribunal, se as partes demandadas não se puserem de acordo quanto ao árbitro. Caberá então ao tribunal competente analisar a efectiva conflitualidade dos interesses entre os Demandados e só depois disso optar entre nomear todos os árbitros ou só um árbitro, mantendo o nome indicado pela(s) Demandante(s).*

f) Independência e Imparcialidade dos Árbitros (9º nº 3, 13º e 14º) – *esta é outra muito importante inovação, visto que o regime em vigor limita-se a remeter para o CPC, equiparando como regra a situação dos árbitros à dos juízes estatais. Regula-se o processo de recusa de árbitro, que deve ser decidido pelo tribunal arbitral, com a participação do recusado. No entanto há recurso da decisão desfavorável à recusa para o tribunal judicial competente, mas sem efeito suspensivo.*

g) Honorários de árbitros (17º) – *define-se que os honorários, na falta de decisão anterior das partes, devem ser fixados antes do início do processo, por acordo entre as partes e os árbitros, e na falta dele pelos árbitros com recurso para o tribunal judicial por qualquer das partes. Também se definiu o regime*

aplicável se uma ou ambas as partes não fizerem preparos que lhes tenham sido pedidos para despesas ou honorários.

h) **Kompetenz-Kompetenz** (18º) – a clarificação do chamado efeito positivo do princípio é acompanhada com a regra de que a arguição da incompetência deve ser feita até à submissão de defesa ou logo que conhecida, quando se invoque que o tribunal arbitral excede durante o processo os limites dos seus poderes. Este direito de cada parte subsiste mesmo tendo nomeado árbitro. O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua competência por laudo parcial ou final, e o recurso contra a decisão deve ser interposto de imediato para o tribunal judicial, sem efeito suspensivo.

i) **Medidas cautelares e ordens preliminares provisórias** (20º a 29º) – esta é também matéria totalmente inovatória em Portugal. As ordens preliminares podem ser decretadas pelo tribunal arbitral ex parte, caducam em 20 dias e não são coercíveis pelo tribunal estadual (arts. 22º e 23º). As medidas cautelares seguem o regime da Lei Modelo e regula-se também a colaboração dos tribunais estaduais. É importante a regra programática do artigo 29, nº2 que obriga os tribunais estaduais a ponderar as “características específicas da arbitragem internacional” quando decretam medidas cautelares, cautelares, o que constitui mais um afloramento do princípio de tentar isolar ao máximo as arbitragens do sistema judicial nacional.

j) **Poderes dos árbitros para conduzir a audiência** - a necessidade de que as Partes explicitem de forma clara se considerarem subsidiariamente aplicável o Código de Processo Civil, pois se o não fizerem o CPC não será aplicável (art. 30º e nº 3)..

k) **Confidencialidade e publicabilidade** – Estabelece-se a regra geral da confidencialidade, excepto para defesa de direitos e deveres de comunicação a autoridades (art. 30º, nº5), mas admite-se como regra a possibilidade de publicação dos laudos arbitrais, expurgados dos elementos identificativos, se não houver oposição (art. 30º, nº 6).

Esta regra é muito importante para a criação tendencial do sistema de precedentes, para a formação dos práticos e para o próprio avanço da ideia arbitral.

l) **Idioma** – deverá ser fixado pelo Tribunal Arbitral na falta de acordo das Partes (art. 32º).

*m) **Intervenção de terceiros** (art. 36º) – regula-se também de forma pioneira a intervenção. Optou-se por uma solução mais conservadora do que a admitida pela prática de instituições arbitrais como a ICC e a LCIA ou o regulamento unificado das Câmaras de Comércio Suíças, exigindo-se como condição para a intervenção a aceitação de todas as Partes, do próprio terceiro e do Tribunal arbitral..*

*n) **Prova pelos tribunais em assistência** (art. 38º): define-se também de forma pioneira a colaboração dos tribunais estatais na obtenção de prova, podendo também os tribunais assistir na obtenção de prova a solicitação de tribunais arbitrais a funcionar fora de Portugal.*

*o) **Recorribilidade das decisões** (art. 39ª): esta é uma das mais profundas alterações em relação ao regime da actual LAV, que prevê a regra da recorribilidade nas arbitragens ad hoc nacionais na falta de declaração contrária das partes na convenção de arbitragem. Passa a aplicar-se a elas o actual regime das arbitragens internacionais (só haverá recurso se as partes expressamente assim tiverem decidido), o que é um importante sinal de maturidade do sistema arbitral de regulação de litígios.*

*p) **Falta de acordo entre árbitros no laudo** (art 40º, nº1): à semelhança do que se prevê em várias legislações e regulamentos de instituições, o projecto afasta-se da Lei Modelo, admitindo-se que a posição do árbitro presidente seja por si só suficiente para determinar a decisão, no caso de se não poder formar maioria.*

*q) **Laudo não assinado por árbitro que se recuse** (art. 40º, nº2): define-se a solução da recusa de um árbitro em assinar, impondo-se a necessidade de informar as Partes previamente à emissão do laudo.*

*r) **Prazo da arbitragem e para proferir sentença** (art. 43º): esta tem sido uma das questões que mais controvérsia tem criado em Portugal (nota 5 - na LAV está previsto o prazo de 6 meses, admitindo-se a prorrogação por outros 6 meses, com alguns autores a considerar que nem com a vontade das partes a prorrogação pode ser maior e não se prevendo suspensão do prazo mesmo que por atrasos para além do controlo do tribunal arbitral). O regime proposto é que o prazo geral seja de 12 meses, contados da aceitação do último árbitro, sendo este prazo prorrogável por decisão fundamentada do Tribunal arbitral, com faculdade de o Tribunal estadual agir se a falta de diligência for grave (art.*

15, nº 3), ou se as partes de comum acordo não aceitarem prorrogação. Clarifica-se, se o prazo terminar sem laudo, que se mantém a validade da convenção de arbitragem para nova arbitragem, não se enviando o litígio para os tribunais estatais (art. 43º, nº 3 e também em caso de anulação nos termos do art. 46. nº10).

s) **Rectificação de erros**, esclarecimento de ambiguidades ou obscuridade pelo Tribunal (art. 45º), caso de decisão *infra-petitum* (art. 45º, nº 5). Também se regula esta matéria que está omissa na LAV em vigor.

t) **Impugnação do laudo** (art. 46º): decidiu-se que a tramitação deve ser como recurso para ser decidido pelo Tribunal de Apelação (Relação) e não por tribunal de primeira instância; decidiu-se a *ininvocabilidade* se o fundamento para anular o laudo foi conhecido durante a arbitragem e não invocado na altura, o que constitui uma forma de evitar que a parte derrotado vá repescar argumentos para tentar evitar cumprir o decidido no laudo (nº 4); inova-se permitindo a possibilidade de anulação apenas parcial dos laudos (nº 7) e possibilidade de suspensão do processo de impugnação para que o Tribunal Arbitral possa rever a decisão que tomara (nº8).

u) **Execução de laudo arbitral** (art. 47º e 48º): abre-se a possibilidade de execução de condenação genérica (47º nº 2), e decreta-se a não oponibilidade após prazo para impugnação não utilizado (48º nº2).

v) **Reconhecimento e execução de laudos estrangeiros** (art. 56º a 58º). Neste contexto procurou criar-se um regime ainda mais favorável ao reconhecimento do que Convenção de Nova Iorque (artigo V, nº2 b), pois só se for manifestamente incompatível com ordem pública internacional portuguesa é possível a este título impedir o exequatur – 57º, nº1 , b)(ii).

Mutatis mutandis, pese as críticas, ponderações e censuras, muito recentemente entrou em vigor a Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, que aprovou a nova Lei da Arbitragem Voluntária (“Nova LAV”), e que entrou em vigor no dia 14 de Março de 2012.

4-2- Argentina

Na seqüência de paradigmas legislativos acerca do sistema de arbitragem de consumo, passamos para o modelo argentino, em que a Lei 24.240 de 1993, art. 59⁴⁵¹, regulamenta o sistema dispondo sobre a defesa do consumidor, nos termos conforme expostos.

Em se cotejando possíveis distinções no trato da matéria concernente à defesa do consumidor, nota-se que de modo oposto ao Brasil, os argentinos souberam aproveitar de forma muito mais adequada os benefícios da adoção da solução arbitral para os litígios advindos das relações de consumo, na medida em que criaram um sistema estruturado de arbitragem de consumo.

A regulamentação da matéria deu-se marcha por meio do Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo que deu fundamento à legislação de proteção ao consumidor, pelo Decreto 276, instituído no país neste período, trazendo excelentes resultados, conforme poderemos demonstrar.

A ilustrar nosso estudo em tela e que se transporta para sistema já consolidados, no que respeita a tradição de cada povo, notamos que na Europa alguns países já criaram alternativas extra-judiciais para solucionar conflitos de consumo. Na América Latina, a Argentina saiu na frente ao criar um mecanismo extra-judicial baseado na arbitragem, com vistas a facilitar a vida do consumidor no que tange à opção de escolha de um meio alternativo que possua a garantia do

⁴⁵¹ Art. 59. — Tribunais Arbitrais. A autoridade de aplicação propiciará a organização de tribunais arbitrais, que atuarão como conciliadores ou árbitros de direito segundo o caso, para resolver as controvérsias que se suscitarem como motivo do previsto nesta lei. Se poderá convidar para que integrem estes tribunais arbitrais, nas condições que estabeleça a regulamentação, as pessoas que tendo em conta tais competências, sejam propostas pelas associações de consumidores e câmaras empresariais. O procedimento será regido pelo tribunal arbitral competente em que se atue.

Estado e não tenha que se dispor a enfrentar as mazelas do Poder Judiciário para resolver questões desta natureza.

Assim, a respeito do sistema de arbitragem de consumo argentino, por tratar-se de relevância comparativa, pensamos oportuno trazer à lume a evolução deste tema, colacionando o texto do Mestre argentino LAQUIDARA⁴⁵², conforme o expõe, nos termos seguintes:

Durante o desenvolvimento dos debates que geraram o atual Artigo 42º da atual Constituição Nacional Argentina, dado na cidade de Santa Fé a 22 de agosto de 1994 e para além dos 74 projetos apresentados pelos senhores convencionais para incorporar ao texto constitucional nossos direitos como consumidores, as discussões se centraram majoritariamente nos alcances que teriam de se outorgar às duas primeiras alíneas do artigo, quanto à qualidade e extensão da informação a brindar ao consumidor, a incorporação ou não de feições relativos à saúde e a nutrição e no segundo caso, aos controles em matéria de competência dos serviços públicos.

Não se debateram com igual extensão, as feições relativas ao estabelecimento de procedimentos eficazes para a prevenção e solução de conflitos previstos na terceira alínea (), delegando-se ao legislador a obrigação de tentar os mecanismos adequados a tal fim. Não me equivoco ao afirmar que as alternativas brindadas pelos convencionais em suas exposições versaram uma vez sobre a justiça de menor quantia e outra sobre a arbitragem de consumo, mas a maior extensão do debate se produziu ao explicar o membro informante do ditame da maioria, Sr. Irigoyen, a necessidade de brindar aos procedimentos que pudessem ser implementados o caráter de “eficaz”, ante um requerimento do convencional Ortíz Pellegrini.

⁴⁵² LAQUIDARA, J.L. *El Sistema de Arbitraje de Consumo: Un Agil y Efectivo Método para Resolver Conflictos*. Rev. La Ley, Supl. de R.C., 11/06/99, p. 14.

Como dito, a criação dos Tribunais Arbitrais de Consumo na Argentina se deu pelo Decreto nº 276 de 11 de março de 1998, quando se estabeleceu no país a implementação do Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo, proporcionando ao consumidor um meio alternativo e eficaz para reclamar seus direitos e resolver conflitos desta natureza.

Com efeito, vale explicar algumas características peculiares do sistema portenho, que adotou a arbitragem de consumo segundo suas necessidades, baseado noutros modelos semelhantes, sobretudo o espanhol, o qual também elegemos como o paradigma mais próximo para nossas necessidades no Brasil, guardando efetivamente suas peculiaridades e limitações.

Este sistema trouxe grande vantagem não só para o consumidor, bem como para o empresário fornecedor, eis que as relações de consumo a partir de então se mostraram mais acessíveis, garantindo às partes confiança, segurança e eficácia no manejo da matéria, quando se anunciava conflitos que dependiam de respostas ágeis e eficientes, vez que a solução das disputas consumeristas passou a ser expeditas e temporâneas, resolvidas em prazo não superior a quatro meses.

Neste diapasão, não se pode dizer que hoje este país não possua uma via de acesso viável e facilitada em matéria de consumo, eis que, a partir de sancionada a nova Constituição Federal a matéria ficou sedimentada em seus anais legislativos. Apenas para ilustrar este tema, diz-nos o autor que hoje a Argentina possui um mecanismo adequado para fazer frente aos conflitos de consumo e prevenir de alguma forma a repetição de casos litigiosos pela mera circunstância da sociedade saber da existência da arbitragem como mecanismo jurisdicional voluntário com aspectos similares à Justiça ordinária para a resolução de tais litígios.

Com efeito, sobre a arbitragem de consumo argentina, resta pacificar que a partida em marcha da arbitragem como método alternativo para a resolução deste

tipo de conflito se deu a partir do preceito constitucional existente no parágrafo 3º do art. 42 que concretizou a imposição que o Congresso Nacional um ano antes havia posto em pauta entre as autoridades competentes, mediante o art. 59 da Lei de Defesa do Consumidor. Seguindo as pegadas de LAQUIDARA⁴⁵³, Assim, pois, arremata o autor a questão da arbitragem de consumo, segundo suas palavras:

Os Tribunais Arbitrais de Consumo que mediante o Decreto Nº 276 de 11 de março de 1998, o Poder Executivo Nacional implementou ao criar o Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo, são a resposta institucional que o consumidor hoje tem ao seu dispor para propor e reclamar por seus direitos ante as diferentes hipóteses conflitivas existentes com os fornecedores de bens e serviços.

A prova cabal da eficiência do atual sistema reside nos dados obtidos das pesquisas comparativas que comprovou que as causas antes propostas no foro competente da cidade de Buenos Aires suportaram em relação à década passada, um declínio de 640% na quantidade de operações antes processadas neste foro. Esta realidade vem de encontro à tese esposada pelo processualista argentino AUGUSTO MÁRIO MORELLO⁴⁵⁴, quando, de forma irônica, porém realista, se referindo à magistratura inglesa, afirmou que “a justiça está aberta a todos, assim como ao Hotel Ritz” (“*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”).

Estes dados muito bem demonstram uma realidade nua e crua do que efetivamente ocorria na Argentina antes de se estabelecer o Sistema Nacional de Arbitragem de Consumo. Na realidade trata-se de um fato que, independente do lugar em que se fixe o problema, exige mais proximidade e presença com uma

⁴⁵³ LAQUIDARA, J.L. *Op. Cit.* p. 81.

⁴⁵⁴ MORELLO, Augusto Mário. *El derecho y nosotros*. Buenos Aires. 1978.

carga maior de responsabilidade e com mais profunda reflexão dos doutrinadores, políticos, sociólogos, formadores de opinião, acadêmicos e todos aqueles que estudam o comportamento socioeconômico de seus compatriotas, eis que não devem se furtar à realidade das mazelas que estão submetidos sua clientela e que reclamam urgentes reformas no sistema.

Ademais, há muito se comprova a ineficácia do Estado no que tange à tutela jurisdicional proporcionada pelo Judiciário, sobretudo nas questões que envolvem as relações de consumo que envolvem fornecedores de bens e serviços ao mercado e os consumidores e usuários destinatários, porque, com igual ou maior intensidade padecem do mesmo mal que assola os problemas gerais da sociedade moderna, qual seja, a sobrecarga do sistema administrativo da justiça.

Parece que o mal é crônico e contamina a todos nós, em qualquer parte do planeta. A título de efeito meramente comparativo, vejamos o que diz ROQUE CAIVANO⁴⁵⁵ acerca da prestação jurisdicional argentina, que por sua vez também a compara com demais Nações Latinas:

A morosidade na resolução das causas judiciais, a degradação na qualidade do serviço de justiça, a carência de fundamentação lógica das sentenças (muitas vezes com o recurso a artificiosos tecnicismos jurídicos que não conseguem ocultar sua iniquidade), a sobrecarga que abruma aos tribunais, a péssima organização, a falta de infra-estrutura e de meios, a ausência de vocação de serviço e outras tantas situações cuja só enunciação seria tediosa, foram gerando na população um sentimento de profunda descrença para as instituições que a República prove para administrar justiça. O sistema não só é lento; deixou de ser confiável.

⁴⁵⁵ CAIVANO, Roque J., *El Arbitraje de Consumo y los Conflictos derivados de las Relaciones de Consumo*, publicado no Boletín Nº 8 de la Red Legal de la Oficina Regional para América Latina y El Caribe de Consumers International, Santiago de Chile, Maio de 2001.

Esta crua mais real situação pela que atravessam as instituições da Justiça não é exclusiva da Argentina, senão que se tornou em um problema comum a nossos países, que requer urgentes e claras soluções a respeito.

Acho que nenhum integrante da sociedade latino-americana poderia ser oposto com embasamentos tendentes à instalação de sistemas judiciais de menor quantia, ou para o consumidor, como se denomina em alguns países, mas até que isso aconteça, as urgências que manifesta o universo dos consumidores da região, ante os novos palcos de um mercado globalizado e dispor não podem esperar.

Por ocasião do encerramento do I Foro de Agências Governamentais de Proteção ao Consumidor da América Latina e Caribe, celebrado em Santiago do Chile, em 25 de janeiro de 2002, se subscreveu a chamada “Declaração de Santiago” onde os participantes avocaram a si a outorga e responsabilidade diuturna de cobrar constantemente das autoridades governamentais a efetividade de medidas que visem assegurar o devido reconhecimento e proteção dos direitos e deveres de nossos cidadãos em suas relações de consumo, expresso no seguinte texto: “*A busca de maneiras mais efetivas e eficientes que permitam o acesso à justiça dos milhares de consumidores que diuturnamente recorrem às nossas repartições*”.

Oportuno trazer à lume que a intenção de tal compromisso já havia sido subscrito antes por ocasião das Diretrizes das Nações Unidas para a Proteção do Consumidor, ampliada em 1999, cujo teor enaltecia que: “*os governos deveriam facilitar aos consumidores informações sobre procedimentos vigentes e outros para se obter compensação e solucionar controvérsias*”.

Pensamos que a questão conforme ora apresentada se nos aparenta incontroversa aos olhos de quem quer que seja, em face dos fatos e motivos irrefutáveis que restaram comprovados nas reuniões daqueles que estudam o problema e fazem valer seus conhecimentos frente às autoridades competentes, ainda que sejamos todos responsáveis, cada um com sua proporcional parcela

para proteger com equidade e sustentabilidade a qualidade de vida de todos nós, sobretudo nas grandes cidades onde as relações de consumo se mostram mais abrangentes.

Portanto, cumpre-nos, monitorar e cobrar de nossos Governos e em nosso meio, *in casu*, nas cercanias da América Latina, com mais participação e engajamento da sociedade civil e, sobretudo daqueles que têm a obrigação de fazer efetiva a proteção dos direitos do consumidor eis que o momento é oportuno e deve ser histórico para lograr avanços no que seja pertinente ao acesso dos consumidores à Justiça e a Arbitragem de Consumo. Assim deve ser o nosso legado, e, portanto, façamo-lo.

Em face do exposto, vale concluir que a arbitragem de consumo é uma realidade provada, comprovada e irreversível em alguns países do mundo, o que de *per se* bem demonstra ser uma das ferramentas mais eficientes que as autoridades podem dispor e a sociedade civil deve recepcionar e desenvolver para o benéfico e o pleno exercício da proteção dos direitos do consumidor e seu efetivo acesso à Jurisdição de consumo e a sua dignidade, como prova de irrenunciabilidade à qualidade na prestação de bons serviços à coletividade.

5- Arbitragem de consumo ao modelo administrativo

Ao adentrarmos na questão da arbitragem de consumo como modelo mais próximo daquilo que se pretender oferecer ao consumidor brasileiro para a sua proteção, sem que este tenha que se expor às mazelas do Poder Judiciário e resguardar a desconfiança que possa existir nas entidades privadas, inclusive podendo confundir o consumidor acerca da independência ou suspeição do árbitro ou da instituição a que pertença, reconhecemos que isso seria matéria para acirrados debates sobre vários aspectos.

A *prima face* há de considerar-se que para fundir uma legislação a outra, abrindo espaço para a convenção de arbitragem consumerista tanto no CDC quanto na LA, tudo seria inédito para o legislador brasileiro, e, como tal, sujeito a inquietação de muitos a sugerir confrontos parlamentares de ambos os lados, prós e contras, a buscar uma versão mais adequada para a conexão que o tema exige.

Pensamos que para a efetividade deste debate parlamentar, a se alcançar os fins colimados que o tema propõe, deveria se mostrar especial consideração sobre a arbitragem de consumo como via utilíssima e consideração que o momento exige. Pode ocorrer, talvez, que a falta de informação possa prejudicar o objeto da discussão da matéria, seja pelo desconhecimento ou temor das desconfianças do consumidor ante a arbitragem.

Outro fator a se considerar seria o alto custo que isso possa imputar ao Estado, se comparada com a arbitragem comercial, como é do conhecimento de todos. Sobre este aspecto, há de se considerar as inúmeras vantagens do sistema e a equação, custo-benefício que o sistema pudesse gerir, pois, a moderação do custo poderia ser viabilizada na atribuição de competência em nível territorial, acentuando-se quando por exemplo a quem incumbiria financiar o sistema, se a Federação, Os Estados ou os Municípios, havendo pois, que aplicar exceção à regra em alguns casos de municípios sem poder econômico para tal, sob pena de inviabilizar sua efetivação, além de sua independência com a utilização da proteção do consumidor em nível administrativo, repita-se, lograr o mesmo êxito na fórmula dos Procons e suas regionalidades.

Por derradeiro, haveria de se vislumbrar a viabilidade de se estender a competência do sistema aos órgãos privados, porém, com as reservas de estilo a evitar a temeridade se acaso não houvesse como garantir a imparcialidade destes órgãos, dando-lhes transparência para distinguir os interesses atinentes às associações vinculadas a consumidores ou a empresários. Usar-se-ia como paradigma aquilo que se houvesse como conveniente dentre as opções que se

dispusesse no trato da matéria, porém, com as reservas necessárias às características peculiares a especificar a arbitragem de consumo à moda brasileira.

Com efeito, o embrião desta célula se identifica na era moderna como a responsabilidade do Estado a avocar para si a garantia do sistema, face a sua neutralidade, insuspeição e garantia de êxito na implantação do sistema. Pensamos, salvo melhor juízo ser este o eixo do sistema, para dar-lhe sustentação e viabilidade. Tudo porque ao Estado pertence este mister, ao que concerne a proteção dos direitos do consumidor, este, por conta própria ou com independência de sua natureza de pessoa física, quando representado por associações de consumidores, pode acudir aos órgãos jurisdicionais para obter a tutela efetiva de seus direitos e interesses legítimos que considere lesionados, em atenção ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário para a proteção de lesão ou ameaça de direito, na concepção constitucional de seus direitos e garantias fundamentais.

Do exposto, vê-se que o exercício deste direito é inerente à pessoa humana, consagrado nas legislações dos países democráticos. Entretanto, a proteção que lhe dispensam os juízes e tribunais não constitui o único mecanismo de que dispõe para atingir dito fim, pois esta coincide com a opção alternativa de se buscar em outros instrumentos ou mecanismos de heterocomposição de conflitos de interesses o que melhor lhe aprouver, como aqueles os quais estão contidos no âmbito do Direito do consumidor, também insculpidos na prática da arbitragem e nos procedimentos de mediação. Com efeito, sobre esta matéria, a perquirir acerca da participação do Estado a interceptar a proteção do consumidor resguardando seus direitos como hipossuficiente no confronto com o empresário, asseverou BUSTO LAGO⁴⁵⁶, quando publicou estudo acerca da disponibilidade de tal

⁴⁵⁶ BUSTO LAGO, José Manuel. *Mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos de consumo*. O texto corresponde-se, em essência, com as páginas. 332 a 372 da Seção 4ª da obra *Reclamações de consumo (Direito de consumo desde a perspectiva do consumidor)*, Ed. Aranzadi – INC, Cizur Menor, 2008 (2ª ed.), da que o próprio é autor.

orientação no seio da Comunidade Européia, consoante assim discorreu sobre o tema:

Com data 9 de junho de 2005, o Comitê Econômico e Social Europeu emitiu Ditame sobre a referida «Proposta de Diretora» [2005/C 286/01; DOUE de 17 de novembro de 2005]. Considerando-a como um instrumento positivo, fazendo questão da importância do mediador no procedimento, considerando que deveria ser incorporado à Diretora umas linhas diretrizes que permitam garantir certa harmonização entre todos os Estados membros, bem como a autoridade e qualidade dos mediadores, propondo, a estes efeitos, como requisitos mínimos exigíveis aos mediadores, os que seguem: 1º) Titulação adequada e formação nas matérias objeto da mediação. 2º) Independência e imparcialidade em relacionamento com as partes litigantes. 3º) Transparência e responsabilidade em suas atuações. 4º) Liberdade de prestação de serviços entre todos os Estados membros, o que favorecerá a independência do mediador a respeito das partes. O resultado foi a Diretora 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de março de 2008, envelope verdadeiros feições da mediação em assuntos civis e mercantis [DOUE L 136/3, de 24 de maio de 2008], cujo art. 12 concede aos Estados membros até o 21 de maio de 2011 para sua transposição aos Direitos internos, exceto seu art. 10, a respeito da informação sobre os órgãos jurisdicionais e autoridades competentes que os Estados membros têm de comunicar à Comissão, a efeitos de que esta faça acessível publicamente dita informação, pelos meios que estime pertinentes, ao que se dará cumprimento dantes do 21 de novembro de 2010.

A questão de se aparelhar o Estado para redistribuir suas funções, conforme segue este modelo algumas legislações da comunidade internacional, pensamos muito apropriado o entendimento de autores que atualizam o tema, asseverando questões de cabal importância para a situação em que o Poder Judiciário vive no presente, e repetimos, em todos os sítios, porquanto a demanda judiciária aumenta consideravelmente a cada dia, mas a Justiça não se faz presente para acompanhar a evolução dos números. Com efeito, muito nos interessa este tema, eis que

perfeitamente pertinente no caso em tela se corretamente colocado aos termos nele ajustado, fixo às bases, e, sobretudo, se bem alojado no contexto de nossa proposta.

Preliminarmente convém que façamos uma breve reflexão sobre o ajuste da máquina judiciária à realidade contemporânea, mais diretamente a adaptação da Justiça aos meios informáticos que é um fato incontroverso, para depois a ensejarmos sobre outra ótica, qual seja, a prestação de jurisdição como equivalente jurisdicional à luz da Administração Pública. Senão, vejamos: Cediço que nos dias de hoje o serviço público procura se adaptar à realidade dos tempos, querendo afastar o quanto possível a triste figura daquela velha máquina emperrada que nunca funciona, não atende as necessidades do cidadão e só se utiliza por óbvia e estreita falta de opção.

São outros tempos. Tudo mudou! Na atual conjuntura a Receita Federal possibilita a declaração de renda pela via informática, as certidões de quitação com débitos fiscais e deveres cívicos eleitorais, bem como os serviços ao cidadão da Polícia Federal e tantos outros serviços públicos agora são possíveis de ser emitidos no próprio computador do cidadão, em sua casa ou no seu escritório.

A questão se nos aparenta clara e singular, porém, pensamos que para avalizar nosso ponto de vista, vale trazer à luz o testemunho de quem acompanha muito de perto o tema e que sob o palio de artigo textualizado pela lavra do advogado, MARQUES BRUNO⁴⁵⁷ ao discorrer sobre a “Conversão da Justiça em Administração Pública”, quando, assim se reporta o autor:

⁴⁵⁷ BRUNO, Gilberto Marques. *A Justiça Federal de São Paulo no Ciberespaço. Nasce a Figura do Processo Virtual*. Retirado de: <http://www.subjudeonline.com.br/dirint/PoderJudiciario/Artigos/gilberto5.htm>.

Tenho que 02 (dois) são os principais aspectos que deverão ser observados pelos agentes da administração pública, para ingressarem definitivamente no mundo do "w.w.w.", quais sejam:

O primeiro deles, reside na necessidade de grandes investimentos em tecnologia de informação, com a implementação de sistemas de altíssima segurança para assegurar o sigilo de dados e informações dentro da rede mundial.

O segundo por seu turno, reside na adoção de políticas voltadas à implementação de mudanças de ordem estrutural, de sorte que os integrantes da administração sejam conscientizados e capacitados por meio de treinamentos, para adaptação a este novo sistema, cuja prestação do serviço público, dar-se-á essencialmente, dentro de um "ambiente virtual".

Tenho que a prestação do serviço público em um "ambiente virtual", enseja, rapidez, qualidade e eficiência na prestação do serviço, refletindo por consequência na elevação dos níveis de satisfação emanados pelos usuários (cidadãos), que são aqueles que contribuem através da elevada carga tributária, para compor a receita destinada a suprir as necessidades financeiras da Administração Pública.

Mas, na seara do Poder Judiciário isso seria uma blasfêmia, utopia ou ficção jurídica? Pesem os absurdos que possam parecer, a adaptação da Justiça aos recursos informáticos é uma realidade do nosso tempo, pois já existe o acompanhamento de processos por meio da rede web, desde qualquer parte do planeta, de modo mui singular, como exemplo de desde a Espanha até o Brasil, a atualização sistemática da jurisprudência, protocolo de petições via internet, transferência de créditos em sede de penhora eletrônica nos processos de execução, audiência via teleconferência, bem como a experiência bem sucedida do novel processo virtual, que está se tornando realidade, etc.

Desde há muito tempo ouvimos especulações acerca da reestruturação dos cartórios judiciais para transformar os vetustos autos do processo de papel em arquivos contidos em discos *CDs*, *pen-drives* ou algo assemelhado. Seria uma

limpeza total nos cartórios para armazenar informações em pouquíssimo espaço. A idéia agrada muita gente, sobretudo aos serventuários da justiça, juízes, advogados, MP e operadores do direito de forma geral. E o consumidor-jurisdicionado, qual seria sua reação a toda essa revolução tecnológica? Temos para nós que a idéia agrada a todos, eis que a melhora na prestação de serviços será pública e notória. Vale dizer que tudo isso na prática, traça os primeiros contornos de uma figura que já está se definindo como o “processo virtual.”

Acerca da questão, no uso de tais ferramentas no âmbito do Poder Judiciário, oportuno repetir o texto acima apresentado⁴⁵⁸, onde o autor analisa a questão judiciária ainda mais de perto para assim afirmar:

Instrumento esse, que faz renascer o consagrado” Princípio da Brevidade do Processo”, pelo qual, o processo deve ter o seu desenvolvimento e o seu encerramento, dentro do menor prazo possível, e, sem prejuízo ao Princípio da Veracidade, cujo lastro encontra supedâneo nas disposições consubstanciadas no Estatuto Processual Civil Pátrio. Tenho como factível, imaginar que dentro em breve, todos os atos e termos do processo, sejam eles judiciais, das partes e das Secretarias, venham a ser praticados “on line” através da rede mundial de computadores, ampliando o acesso a justiça das diferentes camadas da população, com redução de custos operacionais para administração pública, e celeridade nas decisões, para que assim, possa o Judiciário dizer o direito com eficiência, rapidez e qualidade.

Para os mais incrédulos, após toda essa parafernália cibernética, talvez possam dizer que agora só falta o sertão virar mar e o mar virar sertão. Pois então, sigamos com nossas blasfêmias jurídicas para arriscar um pouco mais e

⁴⁵⁸ BRUNO, G.M.. *Op. Cit.* p. 118.

aprofundar no assunto rumo aos nossos objetivos. Efetivamente o que nos interessa é demonstrar a possibilidade da oferta de uma alternativa ao consumidor para optar pelo procedimento arbitral com os mesmos efeitos da jurisdição estatal. Heresia, falácia? Não! Tanto isso é verdade que não estamos conjecturando, pois a experiência de alguns países se comprova que isso é possível. Falamos da efetiva tutela prestada para o consumidor na busca de solução de conflitos desta ordem, onde a proteção do consumidor possa ser garantida com total eficácia.

6- Proposta de Arbitragem de Consumo para o Brasil

Alguns autores brasileiros do peso de CARMONA, MARTINS e LEMES⁴⁵⁹, dentre outros, já publicaram trabalhos e matérias acerca do tema de arbitragem de consumo no Brasil. Inevitável não fazer comparações, eis que para se traçar as linhas mestras de um projeto, mister se faz buscar inspiração em outras legislações a servir como paradigma ao modelo almejado. Assim, todos ou quase todos, iniciam seus estudos no pioneirismo espanhol para depois expandir suas idéias além deste preliminar conceito.

Para considerar tal paradigma é necessário lembrar alguns aspectos de suma importância que nos vem à mente, tais como as dimensões continentais do Brasil em face da pequena extensão territorial espanhola, a tradição política de um povo eminentemente conservador frente a uma população mais liberal e ávida por novidades, uma escola jurídica material baseada no Direito romano, como nós, porém sem tanto trato com o positivismo do processo civil alemão, enfim, características que denotam tendências às vezes semelhantes às nossas, com as devidas reservas e em outras nem tanto. O fato real é que os estudiosos desta pioneira e promissora experiência engendrada no sistema arbitral nos revelam a

⁴⁵⁹ Autores da Lei 9307/96 de Arbitragem, editada sob o patrocínio parlamentar do Senador Marco Maciel, a arbitragem é hoje uma realidade no Brasil. Há muito utilizada internacionalmente, ela se firmou no país, fortalecida pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre sua constitucionalidade, o que gerou expressivo aumento de casos. Pesquisas demonstram que 2009 foi um marco, seja em quantidade de procedimentos, seja em valores envolvidos, levando o país à quarta posição mundial na utilização do instituto.

maneira pela qual a Espanha retrata uma via alternativa de composição de conflitos com elevado grau de eficácia, celeridade, confiança das partes e prestígio perante o mercado de consumo internacional, sobretudo da Europa.

Na Europa os países membros da CE se orientam pelas diretivas instituídas pela Comunidade, porém são independentes e soberanas em suas legislações, sempre respeitando suas particularidades, mas sempre seguindo as linhas mestras de orientação pedagógica dentro de sua compatibilidade legislativa. Nesta linha de conduta seguem as orientações da Comunidade tendo em vista a proteção dos direitos do consumidor e a busca pelos métodos de resolução de conflitos mais eficazes.

Assim, seguindo esta conduta, a Espanha criou um sistema baseado na tripartição de interesses, quais sejam, do consumidor, do fornecedor e do Estado. Certos temores aos riscos que poderiam comprometer a eficácia e a confiança das partes, oriundas de possíveis dúvidas acerca da arbitragem de consumo foram superados pela natureza pública das juntas arbitrais.

Estas razões compartilham responsabilidade com a Administração Pública que lhes dá o aval necessário ao respeito e a confiança de sua clientela, onde o presidente da junta é sempre um funcionário da administração. O tratamento igualitário das partes é assegurado pela participação colegiada dos três seguimentos sociais interessados.

Em se tratando de pequenas causas ou de menor valor econômico, nota-se que a experiência ibérica vislumbra assegurar exeqüibilidade às decisões arbitrais consumeristas a não correr o risco de demandas reprimidas ou "litigiosidade contida" como quer Kazuo WATANABE⁴⁶⁰, porque mitigadas sem a participação jurisdicional, conforme também menciona MARCATO⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ WATANABE, Kazuo. in *Juizado Especial de Pequenas Causas*, obra coletiva, (coordenação). São Paulo, Edição RT, 1985, p. 2.

O fato é que a Administração atua *ad hoc*, adaptando o procedimento jurisdicional ao administrativo e isso se revelou eficaz, sobretudo respeitando o monopólio judicial para a execução do julgado nos casos de descumprimento da decisão arbitral e com isso não frustrar a eficácia da prestação tutelar oferecida.

A arbitragem tem como pressuposto imperativo a voluntariedade das partes, eis que sem este quesito não é possível imaginá-la em sua plenitude. Por isso a adesão ao sistema é pressuposto básico e fundamental, somado a isso a disponibilidade do direito, que seja de matiz privada, sem conotação com questões de ordem pública que impliquem a participação do Estado como detentor da ação. Por isso ao se prever a arbitragem de consumo jamais se poderia imaginar seu alcance fora de tais linhas, a considerar a impossibilidade de arbitrar questões que envolvam a saúde pública, lesão, morte ou quaisquer outras questões delituosas alheias à vontade das partes.

Com efeito, doravante nas linhas adiante pensamos debulhar amiúde aquilo que vislumbramos traçar como régua imaginária a buscar a extensão e o alcance da nossa proposta. Estamos conscientes das dificuldades que isso importa, porquanto o Brasil tem raízes fortes e consolidadas numa tradição consumerista, porém nem tanto arbitral. Outrossim, também temos consciência da necessidade de se apresentar propostas alternativas àquilo que já temos consolidado e aperfeiçoar aquilo que possamos alcançar, adaptando elementos às nossas necessidades para equacionar nossas deficiências no sentido de se alcançar o melhor que possamos à proteção dos direitos do nosso consumidor, ou seja, apresentar uma proposta de se aliar uma excelente normativa consumerista já

⁴⁶¹ MARCATO, Antonio Carlos. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Jus Navigandi. Elaborado em 01/1998. p. 1.

existente com inédita normativa arbitral e daí fundir, segundo a realidade brasileira, a busca da defesa do consumidor pela via da arbitragem.

6.1- Rompendo barreiras rumo a um novo conceito de arbitragem

Ao que se nos aparenta, a arbitragem de consumo entre nós reclama uma referência e, pensamos que o melhor paradigma, ou aquilo que mais se aproxima à nossa realidade seja aquela exercida segundo os moldes espanhóis, eis que ali reside o fato de se atribuir competência para a Administração Pública exercer jurisdição *ad hoc*, esta exclusiva do Estado enquanto judiciário, mas que, por força de lei e dentro da constitucionalidade, substabelece a outro órgão público, que não este, para substituí-lo, segundo a vontade das partes, da mesma forma quando delega poder ao particular para tal *munus* público e com a mesma eficácia.

Isso no Brasil bem poderia ser exercido nos moldes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, atualmente regulamentado pelo Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC, além de ditar as providências às questões consumeristas. Este órgão Integra a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça SDE, por meio do seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, e os demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor. Isso sim seria quebrar barreiras e romper dogmáticas arcaicas ajustando-as às necessidades contemporâneas, aos moldes dos ensinamentos de MIGUEL REALE⁴⁶².

Com efeito, dita normativa estampa em seu diploma a competência que se lhe atribui, conforme preconiza em seu art. 3º a competência a si atribuída, com

⁴⁶² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, p. 27.

vistas à monitorar e administrar a proteção dos direitos do consumidor, bem como preconizar no art. 4º a demarcação de jurisdição e competência o exercício de tal mister.

Conforme o exposto e ao que se nos aparenta, como em outras situações similares consumeristas, não faz nenhuma referência e tampouco há previsão de defesa efetiva a um órgão julgador, que condene o fornecedor a ressarcir o consumidor, mas apenas e tão somente com a característica de ser fiscalizador, a coibir possíveis faltas do fornecedor, aplicando-lhe multas, porém sem nenhuma vantagem econômica ao consumidor, contudo, como já fora dito, se este se negar a compor o conflito numa primeira audiência administrativa, restará ao consumidor a via judicial dos Juizados especiais para a satisfação de seu crédito, o que, efetivamente não nos parece a melhor escolha, tanto pela morosidade como pelas inúmeras dificuldades que estes apresentam.

Outro órgão também que a lei supra citada faz referência demonstra ser o Ministério Público, eis que segundo sua constituição, e, segundo a normativa em tela (art. 3º, VI), o órgão fiscalizador apresenta ao MP a conclusão investigativa de sua instrução administrativa oriunda da reclamação do consumidor e este MP oferece denúncia por meio de uma demanda ou ação civil pública, ou seja, o único órgão público que possui legitimidade ativa para tal mister. Se não for assim, restará ao consumidor propor ação judicial solitária para buscar a efetiva proteção de seus direitos.

Cediço que o Estado atua de forma tripartite: legislando, jurisdicionando e administrando. Encontramos na doutrina divergências acerca do tema que trata da jurisdição e competência, eis que para alcançar seu objetivo, o Estado moderno desenvolve atividades mormente no que tange à administração e jurisdição. Explicamos: Para alguns processualistas, entre os quais se destaca CHIOVENDA⁴⁶³,

⁴⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2000, Vol. II, p. 183.

a jurisdição caracteriza-se pela sua natureza substitutiva da atividade alheia (das partes) pela atividade estatal, de tal sorte que no processo de conhecimento a atividade jurisdicional consiste justamente na substituição, definitiva e obrigatória, da atividade intelectual e volitiva das partes pela do juiz, quando este afirma existente ou inexistente uma vontade concreta da lei relativamente àquelas partes.

Neste diapasão, segundo o insígne mestre, nota-se que sua doutrina pouco influenciou o direito processual civil brasileiro no que tange à *Jurisdição*, eis que em sua obra *Instituições de Direito Processual Civil* há detalhamento muito extenso à jurisdição italiana, a qual não tem a mesma forma, conteúdo e características da jurisdição brasileira, razão pela qual os paradigmas devem ser vistos com reservas, sempre respeitando as particularidades de cada caso.

Pois bem, relembando as primeiras linhas de Direito Processual Civil, esta cadeira tem a característica de separar a atuação do Poder Judiciário na esfera cível em três dimensões bem distintas, quais sejam: a de conhecer da causa por meio do processo cognitivo julgando-o, executar o objeto desta decisão por meio de seu poder coercitivo, e, socorrer o jurisdicionado nas situações de urgência pelas medidas cautelares fundadas no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Prestada a efetiva jurisdição sob estes três patamares; vale dizer que tal substituição também pode ocorrer na alternativa conferida à Arbitragem, exceto ao processo de execução, na medida em que o Estado torna exequível, através de atos executórios, a vontade da lei não atendida pelo executado. E tudo isso porque, sendo vedado ao particular atuar como juiz em causa própria, ou delegar esta atividade ao árbitro, o Estado atua, através de seus órgãos jurisdicionais, como juiz em causa alheia.

Quanto à administração faltaria esse caráter substitutivo, porquanto administrar representa, antes e acima de tudo, uma atividade imposta pela lei, direta e imediatamente, aos órgãos públicos. O Estado-juiz age atuando a lei, ao passo que o Estado-administração age em conformidade com ela; no exercício da

função jurisdicional o Estado-juiz considera a lei em si mesma, ao passo que o Estado-administração a considera como norma de sua própria conduta.

Ao se compor um órgão colegiado pensamos sempre no número ímpar a dar-lhe equilíbrio de votos. Então, uma Junta Arbitral inicialmente deveria ser composta por três elementos representativos de seus seguimentos sociais. Desta forma os órgãos são integrados por representantes dos setores interessados, das organizações de consumidores e administrações públicas, observadas suas competências.

Por oportuno, em questões preliminares ao assunto em tela, muito nos apraz consignar nestas linhas iniciais nossa especial predileção pelo tema “Arbitragem”, eis que já algum tempo militamos nesta seara, razão pela qual o tempo nos enraíza cada vez mais na matéria. De início com os pés firme no Processo Civil, vislumbrávamos um brilhante futuro para Arbitragem, que o tempo se encarregou de sedimentá-lo no sistema jurídico brasileiro. Quebrando dogmas e rompendo barreiras, alastrou-se para além da área Comercial e Internacional, política e privada, para o Direito Econômico, Direito Trabalhista, Patrimonial, entre outras, e, chega finalmente ao encantamento dos diletos juristas contemporâneos o vislumbre do cotejo da arbitragem de consumo, à proposta de comungá-la com o CDC e ao Direito do Consumidor brasileiro, nosso tema doravante à luz de nossos estudos.

Dentro do direito material ao se relacionar o Direito do Consumidor com o procedimento da Arbitragem, a mola mestra que unifica estas duas vertentes chama-se contrato, visto que tanto num caso como noutra a matéria em tratativa será sempre a predisposição das partes em consignar suas vontades. Deste modo, incontroverso que ao se aplicar o contrato como direito material ao *modus operandi* da prática, qual seja, o procedimento processual, segundo a doutrina de WALD⁴⁶⁴,

⁴⁶⁴ WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. O contrato: generalidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

necessitamos utilizar de uma interpretação sistêmico-integrativa para possibilitar ao aplicador do direito a implementação de normas supletivas, voltadas a uma visão mais ampla e menos textual do vínculo que une as partes, para que se alcance “uma concepção leal do vínculo” e “as expectativas que este desperta, que é a confiança”, como entende CLÁUDIA MARQUES.⁴⁶⁵

O Consumidor brasileiro, aos olhos de todos aqueles que militam nas sendas do Direito do Consumidor, Direito Econômico e questões conexas, é o motivo principal a esmerar-se no trato da matéria, e assim se espelham nestes diplomas para seguir adiante em suas sagas de evolução no tema em comento. Como micro sistema, tal legislação consumerista é hoje exemplo e paradigma para tantas outras e motivo de orgulho para todos os brasileiros, sobretudo aqueles que convivem no exterior com a disciplina e descobrem *in loco*, a admiração e o respeito que a comunidade jurídica internacional nutre pelo brilhantismo de tão significativa obra, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

A bem da verdade não falta no Brasil material legislativo e teórico de boa qualidade, deveras, o que lhe carece é a aplicação fática em face das mazelas que comprometem a Administração Pública, por parte dos chamados técnicos de serviços e suas inoperâncias diante da demanda evolutiva, pondo em dúvida a qualidade da norma no trato da matéria para dificultar na prática a letra da lei.

Após pesquisar algumas leis de arbitragem de consumo com o direito comparado, e, sobretudo, pela carência legislativa no Brasil de algo parecido, além da observação mais amíúde das mazelas reservadas ao *modus operandi* dos sistemas dos órgãos responsáveis pela defesa dos direitos do consumidor, em que

⁴⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

pese suas aptidões para buscar soluções a qualquer custo, concluímos haver chegado a hora de se apresentar propostas efetivas para alterar o quadro em que se encontra o sistema consumerista brasileiro.

Não guardamos reservas para expor tais razões que talvez possam até ser consideradas como elucubrações jurídicas para escamotear a situação ou dar a pensar tratar-se de uma ficção jurídica e sequer afastar preconceitos desnecessários de qualquer espécie que possam lograr indagações inúteis acerca do que rodeia o problema em tela.

6.2- O modelo brasileiro em rascunho

O que propomos se sustenta na realidade diuturna do que ocorre às nossas vistas. Pensamos que a nossa responsabilidade cívica de denunciar as mazelas dos serviços públicos frente aos reclamos populares já alcançou o seu grau de saturação e em face do quadro como ora se apresenta, já não basta apenas fazer oposição, mas sim pensamos que é chegada a hora de apresentar propostas efetivas que possam ser debatidas e discutidas com clareza e coragem para a busca de solução do problema.

Adaptando-se ao sistema tido como paradigma à realidade brasileira, pensamos que para a efetiva execução do julgado arbitral de consumo por parte da empresa reclamada, a lei deverá prever, além do compromisso da sentença, uma multa diária pelo seu descumprimento, as chamadas astreintes, nos termos conforme previsto na normativa espanhola de arbitragem de consumo (art. 6, 2º-c, do Real Decreto 636/93, de 3 de maio de 1993, revogado pelo RDSAC-231/2008).

Nossa proposta parte do princípio da formalidade com eficácia, que se assemelha em alguns pontos com a antiga justiça trabalhista e seus guises classistas. Trata-se de uma justiça paritária onde as partes são representadas no tribunal por seus pares, qual seja um árbitro escolhido entre as associações de

consumo e outro entre as associações do comércio varejista. Assim, o tribunal seria composto por três árbitros: um presidente, escolhido entre integrantes do poder público, e dois, vogais, como dito, escolhidos entre as representações classistas. Para tanto, o sistema funcionaria pautado num convenio entre o Estado, representado pelos órgãos de defesa do consumidor (ou algo equivalente), associações de consumidores e as associações comerciais.

Todavia, devemos considerar que mesmo antes da regulamentação legal da arbitragem no Brasil (Lei nº 9.307, de 23.09.1996) o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.1990) já trazia na redação de seu artigo 4º inciso V um incentivo à adoção de meios alternativos para solução de litígios de natureza consumerista. O dispositivo em questão apresenta a seguinte redação:

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

[...]

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

Além do incentivo às soluções alternativas aos conflitos de consumo presente no Código de Defesa do Consumidor no ano de 1995, a Lei dos Juizados Especiais – órgão jurisdicional encarregado, entre outras coisas, da solução judicial de lides de pouca complexidade e cujo valor não excede quarenta salários mínimos, categoria em que se inclui maior parte das lides consumeristas, trouxe,

em seu art. 24 e seguintes, a possibilidade de adoção de solução arbitral nos casos de não obtenção de acordo conciliatório, com a previsão de escolha dos árbitros pelas partes dentre juízes leigos. Assim se estabelecia o procedimento arbitral podendo inclusive estabelecer-se o juízo de equidade, devendo o árbitro apresentar o laudo ao juiz togado para que este homologue-o por sentença irrecorrível, nos termos conforme preconizados pelos artigos 26 e 26, respectivamente.

Note-se que quando se instituiu a regulamentação dos Juizados Especiais, em 1995, portanto, um ano antes da Lei de Arbitragem, tal como o CDC, não se cogitava a possibilidade de uma “sentença arbitral”, visto que até então a matéria arbitral era regulada pelo CPC e o “laudo arbitral” estava sujeito à homologação do juiz togado no Poder Judiciário, razão pela qual não há que se falar em desconformidade legislativa, porquanto ainda reguladas e vigentes ao tempo de suas publicações.

Cediço por todos que a arbitragem em relações de consumo já é uma realidade crescente e bem aceita em diversos países que optaram por este sistema e colhem bons resultados por esta escolha. Inconteste que eventuais lides tenham uma solução simples, eficaz e imparcial, sendo, pois, sempre crescente a confiança por parte da sociedade e por tal razão vem obtendo êxito, chamando a atenção dos juristas.

Se o fator confiança há de ser ressaltado na relação comercial, qual seja o acordo das partes na escolha daquele que se incumbirá de decidir o conflito, esta não deixa de ser uma vantagem do procedimento arbitral nas relações de consumo, eis que a especialidade do árbitro pode vir a ter peso fundamental na resolução da matéria em análise, fazendo com que haja mais segurança por parte do julgador e uma melhor solução para as partes que contarão com alguém que lida como perito, lidando diuturnamente com a questão discutida. Incontroverso que a arbitragem nas relações de consumo pode ser uma ferramenta de imensa importância, se observado o bom senso, para o desafogamento do judiciário, e

para uma melhor satisfação das partes envolvidas, no que se diz respeito à agilidade e à eficácia da decisão arbitral.

No entender de BARBOSA⁴⁶⁶, quando cita MARINONI, a questão reside no fator confiança, quando assevera que há de ter muita relevância no procedimento arbitral em sede das relações de consumo, como a de quem pode vir a ser o árbitro escolhido. Sobre esta questão assim textualizou:

De acordo com a legislação, e assim prevê a Lei de arbitragem em comento, o árbitro poderá ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, não se exigindo, em princípio, qualquer especialização profissional, mas que tenha um conhecimento mínimo da matéria em apreciação, devendo o árbitro ainda ser independente, imparcial, idôneo, discreto e diligente. Uma certeza na doutrina é a que antes de qualquer coisa o árbitro goze da inteira confiança das partes, e nesse sentido doutrina Luiz Guilherme Marinoni que discorre sobre a confiança das partes e a responsabilidade da pessoa do árbitro.

Ademais, reitera que de fato, a renúncia à jurisdição tradicional e mesmo a impossibilidade de insurgir-se contra a decisão arbitral (pela inexistência, no processo arbitral, da figura do recurso) faz com que se ponha sobre os ombros do árbitro severa responsabilidade, que somente pode ser bem desenvolvida se essa pessoa tiver a plena confiança das partes.

6.3- Obstáculos legislativos a serem superados

No estágio em que a matéria se encontra ao se observar o confronto que as legislações aplicadas à espécie reservam em seus textos, quais sejam, a LA e o

⁴⁶⁶ BARBOSA, Elder Fábio Cabral. *Apud* Marinoni e Arenhart, 2006, p. 771.

CDC, não podemos olvidar que a preocupação nos parece justa, porquanto significativa parcela dos contratos de consumo são contratos de adesão, que, por sua natureza, trazem em seu bojo todas as cláusulas pré-definidas, em vista da previsão contida no art. 51, VII da Lei 8.078/90, o que de *per se* resulta na restrição do uso do instituto da arbitragem.

Conforme o dispositivo legal, ainda que reserve o suposto ânimo de proteger o consumidor, algumas vezes, inclusive, deixa de ser considerado o disposto no parágrafo 2º do artigo 4ª da Lei de Arbitragem que impõe condições de validade para cláusulas dessa natureza:

Sobre o Contrato de Adesão na LA:

§ 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.

Assim, segundo este dispositivo, na medida em que consta de uma lei específica sobre a arbitragem, serve de diretriz para interpretação da regra contida no art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, de modo a viabilizar a inserção de cláusula compromissória nos contratos de consumo, todavia, mesmo atendidos os requisitos formais de validade, por vezes, a cláusula compromissória não consegue vingar. Com intenção de ilustrar a questão, vale trazer à lume, como exemplo, o excerto do Recurso Inominado n.º 2005.6503-5/0 Juizado Especial Cível do Foro Regional de Piraquara, julgado pela Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná que afastou a possibilidade de se considerar a *pacta sunt servanda* contida na cláusula compromissória de arbitragem, em vista do desconhecimento da parte contratante acerca dos termos

utilizados no contrato, como “cláusula compromissória” e “arbitragem” entendendo tratar-se de cláusula abusiva⁴⁶⁷.

Neste diapasão, serve-nos esse julgado para demonstrar que, mesmo havendo concordância expressa do aderente com a arbitragem, se ficar demonstrado que este não tinha condições de compreender o significado e as conseqüências dessa forma de resolução de conflitos, com fundamento na proteção ao consumidor, é possível a cláusula compromissória ser afastada.

Certo é que há resistência de parte de uma doutrina mais conservadora, conforme nos adverte ETCHEVERRY⁴⁶⁸, sobretudo aquela que questiona a violação ao princípio do duplo grau de jurisdição dentre outros aspectos da ampla defesa. Assim nos informa:

Além das limitações legais e jurisprudenciais ao uso da arbitragem nos contratos de consumo, a doutrina apresenta teses contrárias a essa modalidade de solução. Dentre os principais argumentos apontados pela doutrina, mencionam-se: a ausência do duplo grau de jurisdição e a possibilidade de o árbitro não utilizar normas de direito positivo, já que é possível, por exemplo, o julgamento por equidade e o caráter privado do juízo arbitral, que poderia, em certos casos, resultar num julgamento parcial. Outros argumentos são de que ela violaria direitos constitucionais, tais como o direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, assim como o princípio do juiz natural.

⁴⁶⁷ Do pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito em face da cláusula compromissória (arbitragem). O julgamento deste recurso fica exposto no anexo destinado à Jurisprudência contido na parte final deste trabalho.

⁴⁶⁸ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *A Nova Lei de Arbitragem os Contratos de Adesão: algumas considerações*. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: n. 21, jan/mar, 1997.

Ora, com a máxima devida vênia, não nos aparenta qualquer desrespeito aos princípios basilares do processo ou a crítica de que isso afasta o acesso da arbitragem do consumidor à Justiça, conforme preconiza nossa Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, porquanto não nos esqueçamos que a questão em tela reporta-se à vontade das partes no que tange à voluntariedade de optar por um meio extrajudicial de resolução de litígio e afastar a Justiça comum, porém, salvo melhor juízo, entendemos que isso somente ocorreria se houvesse a proibição de se rever a sentença arbitral pela via de uma ação regressiva de nulidade e isso é incontroverso segundo anuncia a LA brasileira em vigor.

Superada a questão de entrave de acesso das partes à Justiça comum, seja para o consumidor, seja para o empresário, não nos olvidemos também que uma das vantagens que o sistema oferece vai de encontro à pretensão de ambos, eis que podemos considerar vários aspectos que poderiam proporcionar vantagens ao consumidor, pensamos também não olvidar a figura do empresário, peça de extrema e fundamental importância a dar sustentação ao sistema, pois, sem a sua anuência não há como prosperar o instituto.

Pensamos que o empresário, antes de tudo, visa lucro em seus negócios, pois, o ganho de capital é a mola mestra do eixo principal que sustenta todo comércio, então, havendo vantagens para o comerciante sua adesão será fator inerente. A boa conduta do comerciante é o seu cartão de visitas para atrair a clientela, como exemplo dos selos de garantia que se impõe como a boa qualidade de sua empresa e prestação de bons serviços.

6.4- A arbitragem de consumo comparada à arbitragem laboral

Ao se fazer um estudo paralelo ainda dentro da seara da arbitragem, vale trazer à colação o comparativo da arbitragem de consumo com a arbitragem trabalhista, eis que ambos os seguimentos contam com o receio de parte da

doutrina de SOTO MAIOR⁴⁶⁹ que questiona a interpretação da aplicabilidade desta via de resolução de conflitos, questionando se o direito é disponível ou indisponível, à guisa dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, porém há o seguimento que analisa pela ótica do Direito do Trabalhador. Vejamos como se distingue isso:

O parâmetro de arbitralidade contido no artigo 1º da Lei n. 9.307/96 não veda, em princípio, a utilização do instituto arbitral no Direito Individual do Trabalho, pois existem direitos trabalhistas de natureza disponível. A Lei de Arbitragem, entretanto, é incompatível com o núcleo basilar do Direito Individual do Trabalho, razão pela qual não pode ser aplicada aos conflitos individuais, à luz do que dispõe o artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Pois bem, segundo podemos observar, os números apresentados pela CAESP – Conselho Arbitral de São Paulo indica os resultados de suas estatísticas na esfera laboral, com inegável transparência de suas atuações exitosas neste seguimento social. Com efeito, tal afirmativa é facilmente comprovada quando se analisa, exemplificativamente tais estatísticas, em que este órgão privado realizou mais de 18.100 procedimentos trabalhistas desde 1988, a maioria deles envolvendo conflitos individuais. Relata que destes, aproximadamente 22 sentenças arbitrais foram questionadas na Justiça, número irrisório quando comparado ao total.

A questão prossegue se observamos que no Brasil a arbitragem foi consolidada com a Constituição Federal de 1988 que trouxe disposição expressa no seu artigo 114. Posteriormente a matéria foi inteiramente disciplinada pela Lei nº 9.307/96. Dentro da área trabalhista a arbitragem é utilizada como forma alternativa

⁴⁶⁹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Arbitragem em Conflitos Individuais do Trabalho: A experiência mundial*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília: Síntese Editora, Ano 68, N. 01, Jan./Mar. 2002, pp. 181 a 189.

para a solução de conflito coletivo, sendo a própria Constituição Federal que assim prevê em seu artigo 114, § 2.

Entretanto, quanto ao âmbito dos conflitos individuais, a arbitragem é rechaçada por muitos que entendem haver, entre outros argumentos, a impossibilidade de seu uso diante da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. É fato que a arbitragem é um instrumento legítimo e precioso de colaboração com a justiça. A aplicação de tal instituto no âmbito dos conflitos individuais trabalhistas traz, entre outras vantagens, a possibilidade de o litígio ser resolvido com simplicidade, objetividade, sigilo e rapidez através do procedimento arbitral, sobrepondo-se à complexidade, prolixidade, publicidade e, principalmente, à morosidade do processo judicial, aliviando, assim, a sobrecarga de processos existentes no Poder Judiciário e resolvendo definitivamente a questão existente entre as partes.

Acerca do tema em comento informa-nos Taila Cristina SCHALCH⁴⁷⁰ em seu trabalho onde explora o assunto nos seguintes termos:

Ventos soprados de todas as classes de operadores do direito mostram ser este o momento ideal para defender um dos mais eficientes mecanismos de desoneração da Justiça e, conseqüentemente, de promoção do desenvolvimento sócio-econômico nacional.

Procuramos mostrar que o tema é de grande relevância, posto que a morosidade da justiça e a ineficácia do processo têm criado uma grande insatisfação aos jurisdicionados, advogados e ao próprio Poder Judiciário. Torna-se necessária a exploração de meios alternativos de resolução de

⁴⁷⁰ SCHALCH, Taila Cristina. *Arbitragem Como Forma de Solução dos Conflitos Individuais Trabalhistas*. Editora Peruá. SP. 2009.

conflitos, principalmente a legitimação e efetivação da arbitragem nos conflitos individuais no âmbito trabalhista, nosso objeto de estudo.

Vale lembrar que a junção das relações trabalhistas à arbitragem não é fato isolado no Brasil, pois outras legislações determinam que antes do conflito laboral ir à Justiça, obrigatoriamente deve passar antes pela Junta de Mediação, Arbitragem e Conciliação, conforme citamos o exemplo da Espanha que, de acordo com o RDL 2/1995, de 2 de abril, que em seu art. 63 preconiza que: *será requisito prévio para a tramitação do processo a tentativa de conciliação ante o serviço administrativo correspondente ou ante o órgão que assuma estas funções, que poderá ser constituído mediante os acordos interprofissionais ou os convênios coletivos a que se refere o artigo 83 do texto refundido da Lei do Estatuto dos Trabalhadores.* Combinado com o art. 66 da norma em comento, determina-se que *o comparecimento ao ato de conciliação é obrigatório para os litigantes.*

Este requisito, como visto tem que ser cumprido anteriormente ao início do procedimento judicial como tentativa de conciliação prévia. O prazo para reclamar é de vinte dias úteis, seguintes àquele em que se estabeleceu a demissão. Assim, quando se notifica uma demissão, propõe-se uma demanda de conciliação ante o Serviço de Mediação, Arbitragem e Conciliação da Comunidade autônoma do domicílio do reclamante, sem necessidade da assistência de advogado. Estes órgãos são organismos de conciliação, a exemplo do SMAC, SEMAC, IMAC, CEMAC ou órgão administrativo correspondente na província. Se não há acordo no ato de conciliação, deverá a parte interessada, no caso o reclamante, interpor uma demanda laboral por demissão nula na Justiça do Trabalho, por meio de advogado.

Voltando ao Brasil, outros autores nem tanto conservadores, já citaram a questão da relação trabalhista com a arbitragem, comparando-a com o ramo consumerista. A Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI⁴⁷¹, assim também apregoa:

Para melhor ilustrar a aplicação da arbitragem no Brasil, importante apontar para estatística divulgada na página do CAESP que revela que, desde 1998, data de sua fundação, até o final de 2004, esta instituição já resolveu 12.173 pendências trabalhistas e 2.235 controvérsias comerciais.

Contudo, os mesmos dados estatísticos demonstram que a arbitragem tem sido pouco utilizada em outras áreas do direito.

Durante o período de 2004, por exemplo, dos 3.688 litígios submetidos ao CAESP, apenas 297 discutiam questões de natureza cível e somente 2% destas controvérsias relacionavam-se a conflitos de consumo.

Ora, prossegue questionando a ilustre magistrada, que se o procedimento arbitral tinha se mostrado um meio célere e eficaz para solucionar tipos diversos de controvérsias, por que, usualmente, os litígios de consumo não eram submetidos à arbitragem?

Não Seria a arbitragem um meio hábil para resolver conflitos de consumo no Brasil? Bem, isso já faz certo tempo, e nossa pergunta ainda se faz pertinente:

E hoje, como estamos? Este quadro mudou? Houve adesão de outros setores da sociedade civil, laboral, ou de consumo ?

⁴⁷¹ ANDRIGHI, F. N. *Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta*. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abr./jun. 2006.

6.5- A Arbitragem e o Código do Consumidor

Pois bem, no caso brasileiro sabemos que existem incompatibilidades ou divergências técnicas nos dois diplomas legais que regulam ambas as matérias, consumidor e arbitragem. A uma o CDC proíbe as cláusulas compulsórias da arbitragem nos contratos de adesão, aliás, registre-se fato também previsto e atacado na arbitragem, segundo seus princípios mais comezinhos, sobretudo a compulsoriedade; a duas, se discute no que tange a aplicabilidade da lei no tempo e no espaço, vez que após a edição do CDC a LA não derogou esta questão. Este tema é polêmico e controverso porque se levantam discussões acerca de questões de ordem material arraigados nos princípios da hierarquia das normas jurídicas.

A arbitragem de consumo no Brasil teria tudo para acontecer, não fosse um óbice legal encontrado nos meandros da letra da lei. Explicamos: A discussão deste tema há muito confunde a LA com o Código de Defesa do Consumidor, eis que haveria um entrave a obstaculizar seu desenvolvimento.

Referimos-nos ao art. 51 do CDC que prevê hipóteses de abusividade de cláusula contratual, definindo, no inc. VII, como cláusula nula de pleno direito aquela que "determinar a utilização compulsória de arbitragem".

Alguns especialistas em arbitragem no Brasil, entre estes cite-se Selma LEMES⁴⁷², defende a revogação deste dispositivo, por aplicação do princípio da hierarquia da norma jurídica, entre nós catalogada pela LICC, que aduz que a lei nova derroga a velha, quando assim expressamente determina. É o caso do CDC ser anterior a LA, razão pela qual a professora entende que esta liquida aquela, na aplicação dos direitos do consumidor. Eis seu entendimento:

⁴⁷² LEMES, Selma M. Ferreira. *A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado*. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 126 e 127.

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 dispostos nos arts. 2.º e 3.º do CDC.

Aliás, os contratos de adesão quase na totalidade prevêm matérias afetas às relações de consumo. (...) Analisando e comparando as conseqüências determinadas pela norma anterior com a posterior evidencia-se a incompatibilidade entre elas; portanto, a lei de arbitragem, neste particular, revogou o CDC. (...) O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vêm sendo praticadas mundialmente; todavia, condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitral. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitral em contratos de adesão, preenchidas as formalidades legais, será válida e eficaz.

Seguindo adiante em nossas projeções, se trouxemos o tema á discussão, por uma questão de justiça e democracia, já que essa é a nossa temática, nada mais justo então do que ouvir a outra parte e tal e como representante da doutrina adversa a de LEMES, cite-se as considerações de FIGUEIRA JR⁴⁷³ que entende aplicar ao caso princípio da especialidade das normas, justifica, de modo que a seu entender não teria havido revogação do art. 51, VII, do CDC pela Lei de Arbitragem, assim exposto:

A intenção preliminar do legislador em revogar o inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, estampada então no artigo 44, inciso III, do aludido

⁴⁷³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110, *apud* BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *O contrato de adesão na arbitragem*. Novos rumos da arbitragem no Brasil.

*Projeto (Projeto do Senado 78/92, último Projeto de Lei que antecedeu à Lei de Arbitragem) não foi aprovada, segundo se infere do atual art. 44, que não faz qualquer referência expressa ao dispositivo em questão. Ademais, é princípio assente de hermenêutica jurídica que *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*, no caso em exame, a Lei de Arbitragem reveste-se de natureza geral em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é especial. Nessas circunstâncias, não há que se admitir a revogação meramente tácita; mister se fazia, então, a expressa revogação - conforme, aliás, assinalava o Projeto citado, o que terminou por não se verificar por acertada e final opção legislativa.*

Vistas as fundamentações em tela, agora resta-nos eleger qual das duas explicações mais se aparenta convincente ao nosso entendimento. Para definir a questão, é necessário observar que, nos termos do art. 2.º, § 1.º da LICC, a revogação de lei pode ser expressa ou tácita. Argumenta LEMES que *uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação* e FIGUEIRA JR contesta que não há como admitir a revogação meramente tácita, porquanto *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*. Pensamos estar diante de uma controvérsia onde o elemento cabal da discórdia reside na questão de ser ou não ser ambas as normativas leis especiais, eis que cada qual cuida de um instituto. Vejamos outros estudos que nos auxiliam para formar o raciocínio acerca da questão, colacionando o entendimento da doutrina e da jurisprudência catalogada nos anexos deste trabalho⁴⁷⁴:

A idéia de arbitragem e relação de consumo não é algo totalmente antagônico. A atenção dada pelo art. 51, VII do CDC é com relação às cláusulas inseridas em contrato de modo a passar despercebida pelo consumidor. Essa cláusula é nula. Não será, porém, se houver uma cláusula em documento anexo ou em

⁴⁷⁴ SCHUSTERSCHITZ, Marcio in CDC - art. 51, notas (3) - cláusulas abusivas. Disponível em: marcioschusterschitz.blogspot.com/2010/08/cdc-art-51-notas-3-clausulas-abusivas.html.

negrito, pelo qual o consumidor manifesta expressamente sua vontade de se submeter à arbitragem” (Lei 9.307, art. 4o, pár. 2o.).

De retorno à opinião de ANDRIGHI⁴⁷⁵, em bom momento há de se lembrar sua posição quando se refere numa primeira hipótese, que a Lei de Arbitragem deveria ter definido, expressamente, que o art. 51, VII, do CDC teria sido revogado, o que não ocorreu. Por outro lado, a revogação tácita pode ocorrer em duas hipóteses: ou quando a lei nova regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, hipótese em que não se enquadra a discussão ora proposta, ou quando a norma anterior for incompatível com a lei nova, consoante assim comentou.

Portanto, para resolver a questão, é necessário verificar se, de fato, há incompatibilidade entre o art. 51, VII do CDC e os dispositivos da Lei de Arbitragem, razão apropriada para se perquirir que com o advento da Lei 9.307/96, a regra geral passou a ser a obrigatoriedade da observância da convenção arbitral pactuada entre as partes. Em outras palavras, uma vez convencionada a arbitragem, sua utilização deveria ser compulsória e em caso de eventual inobservância, com a propositura de ação para solucionar controvérsias decorrentes de contrato no qual houve pactuação da convenção de arbitragem, justificaria a extinção do processo sem julgamento do mérito.

Ao mesmo tempo, a mesma legislação criou mecanismos para proteger o aderente que, ao celebrar contrato de adesão, não teve possibilidade de discutir as cláusulas contratuais, pois estas lhe foram impostas unilateralmente pelo proponente. O art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/96 estabeleceu que a cláusula compromissória só terá eficácia nos contratos de adesão "se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em **negrito** com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

⁴⁷⁵ ANDRIGHI, F.N. *Op. Cit.*, p. 24.

Para aqueles que defendem a revogação do art. 51, VII do CDC, este dispositivo da Lei de Arbitragem teria aplicação também aos contratos celebrados entre consumidor e fornecedor e, dessa forma, haveria incompatibilidade de normas, pois, enquanto a legislação consumerista considera nula de pleno direito a cláusula que instituir a utilização compulsória de arbitragem, a Lei 9.307/96 define que a cláusula compromissória seria eficaz, desde que preenchidos os requisitos formais definidos § 2.º, do art. 4.º.

Contudo, a incompatibilidade é apenas aparente. Na verdade, é preciso aplicar o princípio da especialidade das normas e entender que o apontado dispositivo da Lei de Arbitragem tratou apenas de contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII do CDC quando o contrato, ainda que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor.

Dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos, quais sejam: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando 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. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem.

Entretanto, cediço que mesmo antes da regulamentação legal da arbitragem no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) já trazia na redação de seu artigo 4º inciso V um incentivo à adoção de meios alternativos para solução de litígios de natureza consumerista.

Conclui-se assim que, não havendo incompatibilidade entre as normas, inviável reconhecer a ocorrência de revogação tácita do art. 51, VII do CDC pela

Lei de Arbitragem. Contudo, esta conclusão, por si, não traz como consequência a impossibilidade de adoção da arbitragem para resolver conflitos de consumo. O Código de Defesa do Consumidor veda a "utilização compulsória da arbitragem", o que não significa impedir o consumidor de buscar a resolução de suas controvérsias por meio do procedimento arbitral.

O legislador consumerista, inspirado pelo princípio de proteção ao hipossuficiente, reputou prejudicial ao consumidor a pactuação em contrato de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no momento da contratação, faltam informações suficientes ao consumidor para que possa optar, livremente e de forma consciente, pela adoção do procedimento arbitral como meio de solucionar futuro conflito de consumo.

Cediço que sendo o consumidor a parte mais frágil na relação com o empresário, o Direito do Consumidor tem o dever de protegê-lo e assim o faz em qualquer circunstância preconizada pela doutrina uníssona, consoante nos informa GARDENAL⁴⁷⁶:

O sistema consumerista é dotado de normas de proteção de direito material e processual em favor da parte mais fraca (consumidor), que obrigatoriamente devem ser observadas, integradoras de todo o sistema de defesa do consumidor e, ainda, do microssistema de tutela coletiva.

Proibiu-se, com isso, a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato. No entanto, é possível que, posteriormente, quando já configurado o conflito, havendo consenso entre o consumidor e o fornecedor, seja instaurado o procedimento arbitral, eis que, salvo melhor juízo, não há óbice legal à implementação da arbitragem nos conflitos de consumo.

⁴⁷⁶ GARDENAL, Juliana Cristina. *Arbitragem: aplicação às relações de consumo*. Revista USCS – Direito – ano XI - n. 19 – jul./dez. 2010. p. 161.

Posto tais considerações, comungamos do pensamento de Selma LEMES, o qual filiamos nosso entendimento por considerar que, por se tratar de matéria concernente à arbitragem e a Lei de Arbitragem, nº 9307/96 é uma Lei Especial, por esta razão, entendemos que o inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, não pode ter aplicação nas questões de arbitragem, ainda que não haja necessidade de revogá-lo, porque precede o período em que esta tenha sido editada, razão pela qual, surgindo a lei nova, especial, revoga os termos incompatíveis à sua aplicação. É o que pensamos, salvo melhor juízo.

6.6- Projeções para se implantar o SAC no Brasil

Este trabalho tem como desiderato traçar as linhas necessárias à implantação da arbitragem de consumo no Brasil e para tanto, mister se faz comparar as legislações internacionais aplicadas ao sistema de arbitragem de consumo, adequá-la segundo as características brasileiras e formular nossa pretensão de forma a viabilizar a implantação da Arbitragem de Consumo no Brasil. Ao longo deste trabalho comparamos, analisamos sopesamos e consideramos várias questões para sustentar nossa tese, no âmbito extra judicial, com expressa convenção das partes e sob o manto do amparo legal.

Assim, levamos em conta vários aspectos, dentre os quais vislumbramos as vantagens que o sistema de arbitragem de consumo reserva em seu bojo, aliás, motivo que nossa tese defende, pois, temos para nós que no Brasil, ao se fazer determinados ajustes, sobretudo em que pese possíveis restrições do CDC, não haveria por que intimidar tal propositura, eis que o sistema de proteção ao consumidor, conforme previsto no citado diploma de consumo, é plenamente viável a compatibilidade de ambas as normativas, do mesmo modo que comungamos com o pensamento de CASELLA⁴⁷⁷, que elucida que desde a vigência do Decreto

⁴⁷⁷ CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem para consumo*. Disponível em: <http://www.arbitragem.com.br/artigos2.htm>.

861/93, posteriormente substituído pelo Decreto Federal 2.181/97, estaria estruturado e teria existência legal, todavia sua operacionalidade ainda carecia ser dimensionada, conforme assim fundamentado:

Além e ao lado do aparato legal já existente, a proposta de utilização da arbitragem para a solução de controvérsias ligadas ao consumo pode ser alternativa eficiente para o consumidor brasileiro, a exemplo do que foi experimentado e deu resultados na Argentina.

Vê-se que o autor, já na época em que analisou a conjunção dos temas, apontava a arbitragem como alternativa plausível para viabilizar uma maior efetividade na solução dos conflitos de consumo. Sua proposta, conforme a seguir transcrita, faz menção ao modelo argentino e assim a expõe.

Ademais, segue-se na mesma linha segue a sugestão de ZULIANI⁴⁷⁸, ao referir-se que a solução para implantação de uma arbitragem de consumo que tivesse uma rápida aceitação pelos cidadãos brasileiros, cuja mentalidade ainda é significativamente arraigada pela idéia de credibilidade estatal, a exemplo do modelo argentino, seria fazer uso da estrutura estatal. Sugere o autor que deveria contar com a credibilidade nas estruturas estatais em geral e, especificamente, nos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor. Com efeito, ao citar outras doutrinas, reitera que a razão tem sua origem no protecionismo estatal, que justifica a existência dessa característica, conforme argumenta:

O protecionismo estatal provocava no inconsciente coletivo a convicção de ser o Estado a única instituição apta a solucionar questões envolvendo os seus jurisdicionados.

⁴⁷⁸ ZULIANI, Evandro. *Arbitragem e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004.

Una-se a tais pensamentos a dita posição aquela quando argumenta-se que as dificuldades de aceitação e assimilação da arbitragem no Brasil devem-se, sobretudo, à formação romanista do Direito, segundo a tradição brasileira, aquela onde tem-se que a convicção de que só juiz satisfaz os requisitos necessários e se investe de autoridade para julgar problemas jurídicos encontra respaldo no consciente coletivo de nossa sociedade. Pensamos tratar-se de pensamento retrógrado nos dias de hoje, quando na hodierna escola processualista busca formas alternativas de jurisdição em face das mazelas do Poder Judiciário experimentada pelo jurisdicionado contemporâneo.

Entendemos que situações administrativas tidas como irregulares cobram da própria Administração o dever de corrigi-las, de modo a sanar o erro, mas também, invariavelmente, de forma a prestigiar a legalidade do procedimento. Cediço que uma conclamação ao devido processo legal, portanto, não se satisfará apenas com o contraditório e com a ampla defesa, enfim, com um procedimento administrativo não-arbitrário. É certo também nesse pormenor, que o conceito de devido processo legal tem o sentido de trazer, para o âmbito processual e procedimental, aquelas características próprias do Estado de Direito. Portanto deve ser restabelecido o princípio da referida estabilidade normativa ao compatibilizar os termos das Leis do Consumidor, de Arbitragem e do art. 2.º, § 1.º da LICC, com observância do devido processo legal, solucionando a controvérsia.

Todavia, conforme já mencionamos subsistem dois outros possíveis obstáculos à utilização da arbitragem na solução de conflitos de consumo, segundo aqueles mais pessimistas, conservadores e refratários ao sistema, quais sejam: (1) custo e (2) possibilidade de a arbitragem se transformar em meio de opressão do consumidor pelo fornecedor. Ora, pensamos que isso não se ajusta ao modelo de paradigmas apresentados, porquanto a fiscalização e execução do sistema estaria nas mãos da Administração pública e demais órgãos competentes para monitorar o

sistema. Oportuno neste debate considerar o entendimento de BARREIROS⁴⁷⁹, que também no mesmo compasso alude:

Considerando-se a credibilidade dos poderes públicos, e a conseqüente necessidade de realização da arbitragem por órgãos ligados ao Estado, como forma de implantar uma cultura arbitral de forma gradativa e metódica (22), uma solução possível seria utilizar a estrutura já existente dos Procon's, já que, como bem lembra o autor diante das ainda existentes dificuldades de acesso à justiça e a repercussão dos serviços prestados pelos Procon, muitos vêem nestes órgãos administrativos a 'tábua de salvação' para seus problemas de consumo, sem mencionar os cíveis, trabalhistas previdenciários etc., ledo engano. Na maioria das vezes, desconhecendo os limites da atuação administrativa que não pode ultrapassar a linha da tentativa de mediar o conflito, o consumidor sente a frustração de aguardar período (muitas vezes longo) para então ser orientado a engrossar as filas do já abarrotado Poder Judiciário.

...

Conforme já argumentamos acerca deste assunto, no nosso pensar a proposta deveria partir de algo similar, porém dando mais amplitude ao sistema sob a perspectiva que se faz relevante a instituição de juízo arbitral nos órgãos públicos de defesa do consumidor, talvez instituindo um sistema dentro do outro, estando embutidos no sentido da credibilidade e ademais da estrutura que esta ofereceria, a par dos inúmeros benefícios, não só para as partes envolvidas, mas também para a sociedade que ganharia em qualidade e eficiência na prestação de um serviço público.

Na construção de seu pensamento reitera que é fato que a imagem construída pelos Procons decorre, sem dúvida, da expressiva quantidade de

⁴⁷⁹ BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. in *Arbitragem nos Conflitos de Consumo*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 71, 01/12/2009. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6684.

acordos realizados, entretanto, em que pese a inevitável demora no encaminhamento da reclamação, se o acordo acontece tudo vai bem, do contrário, a simples recusa do fornecedor (seja de comparecer na audiência seja de compor o conflito com o consumidor) é capaz de por termo ao procedimento administrativo.

6.7- Uma proposta para a reforma da defesa do consumidor no Brasil pela via da arbitragem de consumo

Citamos como paradigma também o antigo sistema jurisdicional trabalhista brasileiro, que possuía um sistema triangular denominado JCJ, onde a paridade de representação era feita por representantes sindicais de trabalhadores e empregadores, chamados juízes classistas e o Estado por um juiz togado, presidente da junta. Adaptando-se um sistema ao outro, teríamos algo semelhante e próximo de uma Junta de Conciliação e Arbitragem. Uma composição mesclada pelas disposições da LA (Lei 9.307/96), JEC (Lei 9.099/95) e CDC (Lei 8.078/90), prevendo as devidas alterações cabíveis.

Este sistema de juntas seria criado pela União para aplicação no DF e em todos os Estados, com jurisdição em todo território nacional, não vinculado ao Poder Judiciário, mas sim ao Poder Executivo local, pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, com ampla participação e aderência das associações de consumidores e fornecedores, como uma Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem, fiscalizada pelo MP, como forma de jurisdição supletiva posta à disposição do consumidor, com competência para resolver com rapidez e eficácia as questões de consumo relativas aos conflitos de menor complexidade, cujo valor não se limitasse a salários, considerando-se algumas raras exceções (lembrando que a exemplo do que ocorre nos JECs, onde o valor da causa é limitado em 40 salários, um veículo popular novo, por exemplo, ultrapassaria este valor).

A opção pelo sistema seria feita pelo consumidor, quando apresentada sua reclamação junto ao PROCON, momento em que seria informado sobre a

possibilidade de optar pelo sistema para resolver o conflito. O fornecedor, também notificado pelo PROCON para responder a reclamação, após rechaçar a possibilidade de acordo (neste caso sujeito à multa, como já ocorre), seria também informado da existência do dito sistema como forma de opção e se livrar temporariamente (com efeito suspensivo, até que a sentença arbitral adite o resultado final) das penalidades financeiras impostas, e ao fim, caso houvesse consenso, as partes seriam convidadas a submeter a questão aos cuidados desta Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de Consumo (CMCAC), por meio de uma convenção de arbitragem como cláusula compromissória, firmada perante o funcionário público competente (que também firmaria o documento) e encaminhados ao local determinado para as providências cabíveis.

As partes, presentes perante a Junta, firmariam o compromisso arbitral segundo modelo previamente instituído por este órgão, sobretudo com respeito ao já disposto na LA sobre arbitragem institucional (art. 5º LA) e sobre questões de consumo (o contrato de adesão, nos termos do par. 2º, art. 4º LA), podendo optar pela arbitragem de equidade ou de direito (caso em que, obrigatoriamente o árbitro presidente seria bacharel em direito), com a escolha de um árbitro presidente, neutro, segundo uma lista apresentada pela Junta,⁴⁸⁰ além de outros dois árbitros, indicados respectivamente por associações de consumidores e pela Associação Comercial local (CDL).⁴⁸¹

O processo arbitral, à exemplo do que ocorre na atual legislação consumeirista e de arbitragem, respeitaria os princípios já existentes da gratuidade, celeridade e informalidade, acatando o devido processo legal do contraditório, da

⁴⁸⁰ A composição desta lista poderia ser elaborada com a participação do MP, OAB e SNC (PROCON ou órgão equivalente).

⁴⁸¹ Os árbitros, como já ocorre (art. 17 LA), ficariam sujeitos a responder por crime de responsabilidade civil e penal em caso de culpa, dolo ou fraude, de acordo com o grau de responsabilidade e da gravidade do ato.

igualdade de tratamento das partes, da legalidade das provas, sempre se orientando pelo critério da oralidade e da simplicidade.

No pertinente ao procedimento arbitral, seguir-se-ia os seguintes passos: Instituído o processo de arbitragem de consumo por meio da convenção do compromisso arbitral e com a aceitação pelas partes dos árbitros, e destes, estando pois, efetivamente comprometidos com a causa, podendo ainda as partes se fazerem representar por procuradores e advogados, se daria início ao procedimento arbitral de consumo com expectativa de duração de no máximo noventa dias, salvo por comum acordo entre as partes ou motivo que justifique prorrogação.

O procedimento estaria previamente inserido na convenção do compromisso arbitral, instituindo, ademais de outras questões, os meios legais de prova cabíveis ao processo, beneficiando o consumidor com a inversão do ônus da prova, nos termos já amparados pela legislação em vigor (CDC, art. 6º, VIII). Autores do cabefal de CRETELLA NETO⁴⁸² já se posicionaram acerca do respeito aos princípios basilares que norteiam o Direito do Consumidor, restando portanto, nula de pleno direito qualquer cláusula que impossibilitasse a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, consoante assim disposto:

Apesar de garantir a autonomia da vontade, a Lei de Arbitragem limita o uso dessa autonomia na escolha da lei a obediência aos bons costumes e a ordem pública (art. 2º da Lei 9.307/96), ou seja, é inviável se excluir as regras protetivas do Direito do Consumidor face ao fato de estas serem imperativas e irrenunciáveis. Dentre as normas o pleno uso do direito de inversão do ônus da prova conforme dispõe o art. 6º, inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor. A desobediência a essa disposição legal em procedimento arbitral torna o mesmo nulo a partir do momento em que houve a lesão ao consumidor, inaplicável, portanto, qualquer decisão derivada desse julgado arbitral. Além

⁴⁸² CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

disso, a Lei de Arbitragem prevê também, em seu art. 2º, § 2º, a utilização como fonte de direito as regras internacionais de comércio, cada vez mais fundadas na boa-fé objetiva.

As questões concernentes aos incidentes processuais, como medidas cautelares, incompetência, suspeição, impedimento e outras similares seriam resolvidas no próprio juízo arbitral pelo princípio da *competenz-competenz*, sem exclusão do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV). A revelia das partes não implicaria em extinguir o processo com ou sem julgamento de mérito.

Saneadas as questões preliminares, o árbitro presidente procederá a mediação do caso, concitando as partes a encontrarem por elas mesmas a solução para o conflito. Em caso positivo o acordo seria homologado pela junta e editado por sentença. Na impossibilidade de acordo dar-se-ia prosseguimento ao feito, atuando o árbitro presidente como conciliador nos mesmos critérios e ainda na falta de acordo, a junta haveria de se recompor para ouvir as partes, apreciar as provas e decidir prolatando sentença.

A sentença arbitral de consumo não se sujeitaria a recursos (salvo por erro material para esclarecimento ou obscuridade), podendo ser objeto de análise pelo Poder Judiciário por meio de ação de nulidade. Faria coisa julgada entre as partes após exauridas quaisquer incidências e teria equivalência de título executivo judicial (a exemplo do art. 31 da LA), podendo ser executada nos próprios autos do procedimento arbitral sem prejuízo de se buscar dita execução junto ao Poder Judiciário, sem efeito suspensivo.

Pensamos que para a efetiva execução do julgado das sentenças arbitrais em face do sucumbente, a lei deveria prever, além do compromisso da sentença, uma multa diária pelo seu descumprimento, nos termos conforme previsto na normativa processual brasileira (CPC, art. 461, par. 4º), aqui subsidiada à arbitragem de consumo.

Congregamos aquela corrente que luta pela consagração da arbitragem em nosso país estendida a várias vertentes sociais como a arbitragem comercial, arbitragem nas relações trabalhistas e porque não nas relações de consumo? Sabemos as resistências que encontramos, mas isso é muito pouco para conter nossa luta e seguimos adiante com força para superar ditas resistências que alguns autores da postura de SANDRO SCHMITZ DOS SANTOS⁴⁸³ costumam definir como “cultura de estado” que muito se nos aparenta com a chamada “justiça faixa branca”, aquela que sempre favorece o Estado em detrimento dos interesses do cidadão:

Creio ser o maior desafio, daqueles que defendem o instituto da arbitragem, conseguir superar o que costumo chamar de “cultura de estado” que possuímos em nosso país. Não se cogita de substituir o Judiciário em todos os temas que exista, mas garantir que naqueles setores em que possa resolver conflitos sem interferência judicial isso seja feito.

Assim, a cada dia novos adeptos se filiam a esta corrente, formando fileiras e despertando interesses naqueles leigos que desconhem o tema em sua plenitude e apenas questionam a grantia de sua eficácia por se tratar de espécie de jurisdição privada, porém, o formato que propomos se reveste da garantia do Estado sendo este seu gestor monitorado pelo MP, razão pela qual deve ser rechaçada qualquer argumentação nesta seara.

Com o desiderato de apresentar proposta viável ao implemento da arbitragem de consumo no Brasil, pensamos que a unificação das normas que hoje são consideradas entraves à tal propositura é um fator necessário, pois entendemos

⁴⁸³ SANTOS, Sandro Schmitz. *Das limitações de uso da arbitragem nas relações de consumo no Brasil: requisitos extrínsecos da cláusula compromissória em contratos de adesão*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>.

que tanto o CDC como a LA dão brechas para isso, restando tão somente a iniciativa legislativa dos operadores do direito, porquanto se mostram crescentes as fileiras de estudiosos que incorporam o tema quando tratam da expansão da arbitragem associada à causa consumerista. Dentre estes citamos MORAES⁴⁸⁴ que assim expõe seu ponto de vista:

O objeto central desta obra é a análise da aplicação da arbitragem nas relações de consumo. Instituto este de extrema importância para as soluções de litígios que se estabelecem entre os sujeitos desta relação, que são o fornecedor e o consumidor ou usuário, tendo por objeto produtos ou serviços. Analisou-se o instituto da arbitragem, sua função e relevância como meio extrajudicial de solução de litígios de consumo. Apontou-se as falhas que existiam na legislação, que impediam o total desenvolvimento da arbitragem no Brasil, ou seja, a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz togado, e o fato de ser a cláusula compromissória um “pactum de compromittendo”, resultando seu descumprimento em perdas e danos. Mas com a promulgação da Lei 9.307/96, Lei da Arbitragem, estas falhas foram suprimidas. Procedeu-se a análise do Direito Português e Espanhol, onde tem funcionado com perfeição este tipo de arbitragem, através dos Tribunais Arbitrais de Consumo. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4, inciso V, incentiva os meios alternativos para solução de conflitos de consumo, que faz parte da Política Nacional de Relação de Consumo. Desta forma, sugere-se a criação de Tribunais Arbitrais de Consumo, pois atendem melhor ao perfil de justiça traçado pelo CDC, para o Consumidor

Comungando com esta hipótese acerca da unificação dos institutos por meio da criação de uma normativa que agregue a conexão da arbitragem com a proteção dos direitos do consumidor, oportuno trazer à lume o entendimento de

⁴⁸⁴ MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas Relações de Consumo* - Juruá Editora. 17/11/2005, p. 172 .

quem acredita nesta possibilidade e dá seu parecer favorável, consoante nos informa o presidente do TASP, JOSÉ CELSO MARTINS:⁴⁸⁵

As relações de consumo têm cada vez mais importância no cenário jurídico mundial. O Código de defesa do consumidor do Brasil é conhecido como exemplo em todo o mundo em razão de sua complexidade e requinte no tratamento das questões versadas quanto ao direito do consumidor em face dos fornecedores de produtos e serviços.

A possibilidade de fazer valer os direitos previstos na Lei do consumidor passa por uma grande dificuldade de acesso à justiça, visto que o Estado cada vez tem menos possibilidade de cumprir com seu papel de pacificador. Mesmo assim, existem órgãos públicos que buscam cumprir com este papel, como o PROCON, o IDEC e o Juizado Especial de pequenas causas.

...

Não observo nenhum impedimento na utilização do procedimento arbitral para a solução dos conflitos advindos das relações de consumo, vez que a sua previsão tecnicamente não importa em nenhum vício de direito que possa ser passivo de nulidade.

A correta utilização da arbitragem, por órgãos sérios e competentes, poderá ser uma importante via de acesso à justiça e de agilidade na solução de conflitos dessa natureza, desde que seja este o interesse das partes envolvidas.

O procedimento arbitral deve ser visto como uma ampliação do acesso à justiça para a solução das questões relacionadas ao direito de consumo. O que limita sua utilização é o desconhecimento das empresas e dos consumidores de como poderão valer-se do instituto e conseqüentemente quais as suas reais vantagens.

⁴⁸⁵ MARTINS, J.C. *A Nova Lei Arbitral Brasileira – Temores e Preconceitos*. TASP <<http://www.arbitragem.com.br/artigos.htm#3aa>>. TASP - Revista Eletrônica. Maio/2005.

O exercício é a chave da questão. A utilização do procedimento vai promover uma alteração no comportamento dos consumidores e também dos fornecedores de produtos e serviços pois a solução promovida pela via arbitral será rápida e produzida pelas mãos de árbitros-especialistas. Os resultados vão alterar o atual conceito ou, melhor dizendo, vão alterar o preconceito que se tem da arbitragem no trato das relações de consumo.

Ademais, conforme preceitua o texto analisado, vamos mais adiante para acrescentar a sugestão da criação de um Conselho Nacional de Arbitragem nos moldes da Ordem dos Advogados do Brasil, com reconhecimento oficial pelo Estado e com força tutelar, agasalhando todos os profissionais da área da arbitragem com seccionais em todo o país, dando mais consistência e credibilidade ao instituto e seus agregados. Não obstante, já existe desde 2001 o CBAR – Conselho Brasileiro de Arbitragem, que é uma associação sem fins lucrativos e tem como finalidade o estudo acadêmico da arbitragem e dos métodos não judiciais de solução de controvérsias. Para difundir e promover o instituto da arbitragem, o CBAR realiza congressos e seminários de nível nacional e internacional, além de publicar a Revista Brasileira de Arbitragem pela Editora IOB. O CBAR está sediado em São Paulo. Nossa proposta se dirige para algo mais abrangente e apartidário a qualquer seguimento setorial.

Neste diapasão como sinonímia podemos apontar para a arbitragem internacional, em que órgãos de classe interessados em promover o instituto reúnem-se para fortalecer sua difusão. Neste compasso, vê-se que a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil começa a dar sinais de interesse na arbitragem com vistas a aumentar o mercado de atuação do advogado brasileiro também no exterior, eis que associada a outras entidades internacionais deu início em outubro

de 2012 à formação do Centro Ibero-Americano de Arbitragem, conforme noticiouse recentemente:⁴⁸⁶

OAB e entidades internacionais formam Centro de Arbitragem.

quarta-feira, 3 de outubro de 2012 às 07h05.

Brasília – O presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Ophir Cavalcante, e representantes de várias entidades internacionais celebrarão hoje (03), às 12h30, acordo intitulado “Marco de Colaboração para a Formação de um Centro Ibero-Americano de Arbitragem”, destinado à resolução de conflitos que envolvam atores de 22 países ibero-americanos. O objetivo é a resolução de controvérsias internacionais de caráter comercial e de investimentos.

O acordo será firmado na sede da OAB Nacional, em Brasília. Além de Ophir Cavalcante, assinam o Marco de Colaboração o presidente da União Ibero-Americana de Associações de Advogados (UIBA), Luis Martí Mingarro; o secretário Geral da Conferência dos Ministros de Justiça da Ibero-América (Comjib), Víctor Moreno Catena; e o secretário-geral Ibero-Americano, Enrique Iglesias.

Antes da assinatura do acordo, às 11h, será realizado um painel para debater a arbitragem internacional na Ibero-América. Às 16h, os membros que firmarão o acordo estarão reunidos, também na sede da OAB, para traçar os métodos de trabalho e debater sobre o ingresso de novos agentes, difusão e promoção do mecanismo de resolução de conflitos e para a elaboração do regimento de funcionamento.

Nota-se do exposto que que o exequatur da sentença arbitral estrangeira também é uma preocupação para todos os operadores nesta seara, porquanto entre nós esta garantia está revestida nos princípios básicos que a normativa arbitral brasileira assegura, restando incontroverso que se houver a inadimplência do sucumbente a lei brasileira reconhece o laudo arbitral como sentença, passível

⁴⁸⁶ Revista eletrônica informativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em www.oab.org.br.

de se ajuizar seu exequatur em nossa jurisdição interna. Sobre esta questão se pronunciou NÁDIA ARAÚJO⁴⁸⁷ nos termos seguintes:

Nesse sentido, a Lei de Arbitragem garante um alto nível de segurança jurídica ao consumidor, tendo em vista que ele pode negociar amplamente as normas jurídicas que deseja aplicar, incluindo tratados internacionais, ampliando dessa forma seu campo de proteção normativa e tendo a garantia que essa decisão poderá ser cumprida nos mais diversos países do mundo.

Entre nós há a consciência que o instituto necessita de credibilidade e isso importa em garantia fundamental para o desenvolvimento do instituto de arbitragem de consumo, pois, ainda que possua o propósito de proteger o consumidor não pode esbarrar em questões que dificulte sua credibilidade, como por exemplo a isenção de eficácia e adimplência por parte do sucumbente, porém esta credibilidade virá com o tempo e a eficácia que isso irá comprovar, conforme nos adverte RIBEIRO RODRIGUES:⁴⁸⁸

IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ARBITRAL NO BRASIL

Como já foi afirmado em tópico anterior, no Brasil há um certo receio na implantação da arbitragem no país pelo fato de ser um mecanismo privado de solução de conflitos. O termo privado provoca apreensão, no sentido de que traz a idéia de possibilidade de formação de uma sentença arbitral sem observância dos princípios do processo, ou seja, de uma sentença parcial. Estes pensamentos estão relacionados à posição de inferioridade do consumidor e da possível ocorrência de uma influência do fornecedor, através de seu poder econômico, frente ao árbitro ou tribunal arbitral se for o caso.

⁴⁸⁷ ARAUJO, Nádía de. *Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁴⁸⁸ RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *A Utilização da Arbitragem na Solução de Controvérsias de Consumo*. Disponível em www.publicadireito.com.br.

Diante desta situação, a participação de órgãos governamentais parece ser uma boa maneira de dar início à sua implantação no Brasil. Yvana Savedra Andrade Barreiros manifesta também este entendimento, indica então a sugestão de Evandro Zuliani:

Conforme sugere Evandro Zuliani, a solução para implantação de uma arbitragem de consumo que tivesse uma rápida aceitação pelos cidadãos brasileiros, cuja mentalidade ainda é significativamente arraigada pela idéia de credibilidade estatal, a exemplo do modelo argentino, seria fazer uso da estrutura estatal. A credibilidade nas estruturas estatais em geral e, especificamente, nos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor, conforme elucida Zuliani, tem sua origem no protecionismo estatal (BARREIROS, 2009).

O citado autor afirma também que esta situação de falta de credibilidade do árbitro perante a sociedade e até mesmo diante dos estudiosos do direito tem como origem a formação romanista, que traz o pensamento de que somente o juiz satisfaz os requisitos necessários para a resolução do conflito.

A indicação de que os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor gozam de boa credibilidade perante a sociedade brasileira reside no fato de uma grande parte de conflitos ser solucionada na esfera administrativa, perante estes órgãos, principalmente o denominado Procon, com atuação na maioria das cidades brasileiras.

Entretanto, a maior parte da população brasileira desconhece a atuação apenas administrativa deste órgão. Caso a empresa não participe da audiência, nada acontecerá com ela, não haverá nenhuma sanção. Caberá então ao consumidor acionar o Judiciário.

Temos a consciência que isso ainda é muito pouco, porquanto há a resistência de seguimentos profissionais que não se interessam pela impulsão da matéria, dentre estes citamos a magistratura nacional que poderia ver com bons olhos esta jurisdição concorrente, porém, talvez contaminada por uma certa dose de vaidade interior, dificulta a difusão do instituto.

Olvidam-se que a adoção da arbitragem de consumo em nosso país irá proporcionar uma maior velocidade na resolução de conflitos desta natureza, reduzindo drasticamente a quantidade de demanda destas questões no Poder Judiciário, deixando-o mais livre para cuidar de causas mais complexas que envolvam o Estado nas questões de direitos indisponíveis.

Se a cultura da arbitragem de consumo se consolidou na Espanha, em Portugal e na Argentina, não podemos aceitar teorias de que o sistema deu certo na Europa em face de sua tradição mais próxima às peculiaridades do instituto. Essa tese cai por terra ao observar-mos que nossos vizinhos, longe de tal assertiva, souberam muito bem adaptar este procedimento mesmo à falta de tradições como as nossas e mesmo assim estão obtendo resultados satisfatórios, conforme nos informa BENZRIHEN⁴⁸⁹ ao dizer que:

Além e ao lado do aparato legal já existente, a proposta de utilização da arbitragem para a solução de controvérsias ligadas ao consumo pode ser alternativa eficiente para o consumidor brasileiro, a exemplo do que foi experimentado e deu resultados na Argentina.

Nosso desiderato é propagar e semear a arbitragem em todas as searas, indicando-a como disciplina obrigatória nos bancos universitários do país com determinação expressa do Ministério da Educação, fomentar mais informações e preparar maior número de advogados a vislumbrar nesta matéria um novo nicho de mercado e, sobretudo, fazer muito alarde e propagar a arbitragem de consumo junto ao seu principal beneficiário, o consumidor.

⁴⁸⁹ BENZRIHEN, María Fernanda. *La participación de los consumidores como generador de la cadena de valor del servicio público prestado por el Estado*. In: Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública –Sociedad, Gobierno y Administración. Buenos Aires, 22-25 ago. 2007. Disponível em: <http://www.ag.org.ar/4congreso/index.htm>.

Assim, pois, eis aqui nossa proposta conforme apresentada, a qual, ao fim e ao cabo deste trabalho, deixamos consignado nestas linhas derradeiras, nossa esperança de que seu resultado seja efetivo e profícuo na busca para a solução dos conflitos de interesses dos consumidores brasileiros e a regulamentação de seus direitos como jurisdicionados, por meio de uma norma que possa lhe proporcionar mais garantia pela via da arbitragem de consumo, de forma mais ágil, econômica e eficaz, vez que este deve ser o desiderato fundamental do Estado na efetiva tutela dos direitos de seus súditos.

CONCLUSÕES

I

Preliminarmente ao concluirmos este trabalho, ademais do desiderato da formação acadêmica perseguida, buscamos sobretudo prestar uma relevante contribuição social na medida que apresentamos soluções para o objeto deste estudo, vale dizer, uma vez conhecido o problema não nos basta mediar o caso de modo paliativo, porquanto entendemos que a partir de uma pesquisa mais amíúde para conhecê-lo a fundo, possamos diagnosticar a sua causa e, segundo nossa conclusão prescrever uma receita que venha de encontro à sua solução, de modo a resolvê-lo apresentando propostas e sugestões coerentes e não somente estudá-lo para depois guardá-lo nos compêndios científicos à guisa de documento de arquivo.

A questão esposada e definida na pesquisa trata da ineficiência do Poder Judiciário na prestação jurisdicional ao consumidor brasileiro, que há muito reclama por soluções mais eficazes, porém, até agora nada foi apresentado para a efetiva solução do problema. Neste diapasão fomos buscar no paradigma do direito comparado a resposta para nossa questão, quando então num trabalho *stricto sensu* labutamos sob a égide da pesquisa, fruto da comprovação empírica em terras alhures na descoberta da originalidade da reflexão aprofundada.

Assim, pois, este trabalho tem por escopo trazer à lume discussão de um tema atual e de relevante importância social, inserida na pesquisa acadêmica universitária, lastreada nos aspectos da doutrina interna e alienígena para buscar sua condigna interpretação e debater a questão da prestação jurisdicional consumerista na legislação brasileira aplicada ao procedimento arbitral no viés social interno, acerca da matéria objeto desta investigação. Visa contribuir no sentido de acrescentar elementos que permitam conhecer com mais profundidade a complexidade do tema e apresentá-lo como forma alternativa para solucionar conflitos que nos dias de hoje representam um marco no hodierno contexto social.

II

Incontroverso que o direito alienígena comparado proporciona importante base de apoio na busca destes elementos necessários dentro do paradigma internacional, fundamental à formação intelectual da realidade contemporânea com vistas à interpretação analítica da disciplina sob diversos ângulos, objetivando sua introdução e adaptação às nossas realidades, dentro das características que a emolduram no tempo e no espaço.

Tendo como âncora a discussão da proteção dos direitos do consumidor, propõe-se que este seja respeitado e amparado de forma mais pragmática e objetiva, sem tantos instrumentalismos formais, porém com maior celeridade, economia e eficácia, mesmo que para isso tenha-se que reestruturar as bases legais e administrativas da questão consumeirista situando-a no procedimento da arbitragem como solução a um desiderato maior que represente a atenção merecida ao elemento núcleo deste caso, qual seja, o ator social denominado consumidor.

Assim, busca-se respaldar tais direitos sob o pálio procedimental da arbitragem como composição alternativa de conflitos, na senda da integração finalística para adequar este sistema a tal desiderato. Neste compasso reside o ajuste do quadro atual para atualizar seus conceitos já tão superados e adaptá-los aos hodiernos meios alternativos de resolução de litígios, preconizando ao Estado o efetivo patrocínio da causa do consumidor na busca da satisfação da garantia de seus direitos.

III

Com efeito, a viabilidade da implantação de um sistema jurídico de proteção ao consumidor adequado às características próprias do Brasil a partir da cognição externa, sob a égide do direito alienígena comparado, viabilizamos a procedência do tema sob a ótica da pesquisa empírica no país de origem, sede do pioneirismo

no sistema, vez que, como cediço, através do método empírico é possível se apurar os erros e acertos experimentados em sua origem, de tal modo que o resultado desta experiência possa gerar o aprendizado necessário para saneá-lo, uma vez que corrigindo as falhas preliminares do sistema nas experiências vividas e presenciadas se obtenha o modelo mais próximo daquilo que se busca.

Neste contexto, ainda que isso implique num menester sísifo na busca da caracterização dos elementos necessários a tal propositura, sobretudo com as vistas voltadas a somatória de outros experimentos, diga-se, ademais dos sistemas ibéricos de Espanha e Portugal, analisamos também o modelo argentino para chegar à viabilidade geral na conclusão da transferência do sistema para a realidade brasileira.

Por conseguinte, apresentamos uma fórmula para a conclusão do tema no diagnóstico da causa e na apresentação de propostas que possam auxiliar a adaptação do sistema de arbitragem de consumo no Brasil segundo suas características peculiares. O aporte destas linhas vão de encontro às trilhas da perfeita união: causa e efeito.

IV

Prima face, a pesquisa se ateve no paradigma do consumidor espanhol, seu comportamento, seus hábitos e costumes e, sobretudo nas reações acerca do aproveitamento do modelo proposto, e somente depois estendemos a fórmula a outros sistemas análogos, como o português e o argentino, porém com ênfase no pioneirismo espanhol que originou todos os demais seguimentos. Com efeito, somos conscientes de que o que aqui propomos não é inédito, porquanto, exatamente por isso mesmo e aliado a outros sistemas análogos é que construímos nossa proposta ajustada na peculiaridade interna do nosso consumidor e seu comportamento, saneando os vícios que pudessem comprometer sua eficácia.

Dessa maneira nos convencemos que nossa plataforma deve ser revestida na investigação analítica mais próxima do comportamento deste eixo interno, qual seja, o consumidor, o empresário e a administração pública brasileira, ponto basilar tridimensional a dar envergadura ao sistema dentro da reforma legislativa necessária a tal propositura, do modo como seja apresentado e da forma como poderão recepcionar ditas instituições.

V

O modelo apresentado pelas Juntas Arbitrais de Consumo de Espanha é semelhante ao das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho no Brasil, em que reuniam representações paritárias dos operários e dos patrões, mediados pelo estado-juiz, sendo que no modelo em apreço estão substituídos pelo consumidor e pelo empresário, ambos regidos pela batuta do árbitro maestro denominado Administração Pública.

Acreditamos que novos ajustes deverão ser incorporados na medida que se fizerem necessários, porém isso revela-se como a pedra de toque que deve ser lançada para que se consagre na fórmula adequada a se constituir em um novo marco procedimental como modelo a ser recepcionado por todos os seguimentos interessados no tema e daí concluir com a adaptação ao peculiar modelo brasileiro.

Reiteramos que este trabalho tem como escopo fomentar a arbitragem de consumo como proposta substitutiva ao programa atual, visto que os órgãos fiscalizadores que hoje fazem este papel não têm competência para decidir o direito do consumidor, pois trata-se de órgãos fiscalizadores que, como muito, podem aplicar somente multas ou outras penalidades de ordem econômica para minimizar os abusos dos infratores, sem que isso se reverta em benefício prático ao consumidor.

VI

No quadro atual, conforme versamos, o consumidor brasileiro ao entrar com uma reclamação contra uma empresa no Procon ou outros órgãos afins, acredita que poderá ser ressarcido de seus prejuízos e se satisfazer com a demanda. Isso pode ocorrer se o conciliador obtiver êxito em suas intervenções na composição do conflito e equacionar a questão, porém, ainda que isso ocorra não se pode garantir a eficácia da medida, porquanto o resultado final só virá no efetivo cumprimento da obrigação por parte do fornecedor, e se isso não ocorrer, então estará frustrada toda a operação e tudo não passou de simples embrólio, já que a transação não possui nenhuma força executiva capaz de lhe valer a eficácia da medida.

Isso faz com que o consumidor se desiluda do sistema, frustrado com o resultado obtido e mantendo-se todavia num eterno vai-e-vem, andando em círculo e sem nenhum resultado prático e satisfatório, como se o seu pleito houvesse se constituído tão somente de coisa formal e nunca material, eis que seu possível direito ainda não está reconhecido pela autoridade judiciária, tendo sido apenas fiscalizado pelo Poder Executivo, sem nenhum valor legal.

Ora, se a autoridade administrativa não tem o poder de império, qual seja, dizer o direito, certo é que seu procedimento não passa de simples ato administrativo na tentativa de composição amistosa do conflito, sem que haja a obrigatoriedade do sucumbente em satisfazer a obrigação, quando muito podendo haver um compromisso moral, nunca legal, ao contrário do procedimento arbitral que tem status de título judicial e garante a executibilidade da sentença proferida.

VII

Com efeito, ainda que possamos causar polêmica ao esposar nosso entendimento acerca do instituto arbitral da jurisdição, *iuris discere*, se o monopólio jurisdicional de dizer o direito está nas mãos do Estado, isso não quer dizer necessariamente que está exclusivamente nas mãos do juiz magistrado, togado e

porta voz do Estado no conceito de Poder Judiciário, mas também nas mãos do árbitro, porquanto este, pese não ser juiz de carreira, concursado e togado, porém, ao aceitar o mister de julgar o pleito proposto pelas partes, de comum acordo entre os sujeitos do processo, estará sim investido de jurisdição e como tal será juiz de fato e de direito, de tal medida que sua decisão não ficará sujeita à homologação do Poder Judiciário.

Isso chama-se soberania, da mesma forma que o tribunal do juri é soberano quando julga o réu, seu par social, restando ao juiz togado tão somente a doseimetria da pena para aplicá-la ao caso concreto. Assim também ocorre com o árbitro-juiz que julga o pleito colocado à sua jurisdição em sua competência exclusiva, fato que *de per se* torna o juiz togado incompetente em razão da matéria por escolha livre e soberana das partes que elegeram a jurisdição arbitral como foro competente, renunciando qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

O sistema arbitral de consumo possui esta prerrogativa soberana desde que previsto em lei. O Estado brasileiro para solucionar este impasse deve positivar o sistema arbitral de consumo e assim avocar a si a responsabilidade de tutelar o consumidor, facilitando-lhe a jurisdição arbitral como alternativa para conferir-lhe uma oportunidade eficaz de resolver a pendência não resolvida no órgão fiscalizador e não jurisdicional.

VIII

Na esteira do assunto, como desiderato de fim saímos a campo para comparar as legislações internacionais aplicadas ao sistema de arbitragem de consumo, adequá-las segundo as características brasileira e formular nossa pretensão de forma a viabilizar a implantação do Sistema de Arbitragem de Consumo no Brasil. Para tanto, comparamos, analisamos, sopesamos e consideramos várias questões para sustentar nossa tese, no âmbito extrajudicial de resolução de conflitos, com expressa convenção das partes e sob o manto do amparo legal.

Sobre dita questão tem-se que a etapa inicial vislumbrada na legalização dos direitos do consumidor na Espanha foi antecedida por diversas legislações forais que deveriam sofrer alterações, haja vista nosso estudo nesta seara que colhe elementos importantes para acompanhar a evolução das garantias dos direitos do consumidor até chegar ao ápice da atual normativa que respeita as diretrizes da Comunidade Europeia.

Neste diapasão o Direito espanhol foi forjado mediante a combinação de normas derivadas de diferentes ordenamentos jurídicos e, em particular: o Direito romano, e o Direito Canônico. Destes, o que mais influência tem tido no Direito de Espanha é sem dúvida o Direito romano, do qual se extrai uma grande percentagem das normas contidas no Código Civil espanhol. Ademais, o Direito espanhol formou-se mediante a união de um grande número de sistemas jurídicos diferentes, refletidos nos *Fueros medievales*, que aplicavam a populações muito reduzidas. Ditos Direitos foram unindo-se lentamente para formar os diferentes Direitos Forais espanhóis que acabaram se unindo em um único ordenamento jurídico complexo.

IX

Consoante disposto, observamos que o fato se deu por conta da controversia em que ambas províncias reclamavam para si suas competências consignadas em seus estatutos. Porém, como dita competência legislativa em razão da matéria pertence ao Estado do Reino de Espanha, fez-se necessário alterar algumas questões para acomodar ambas as legislações forais e agasalhar a arbitragem de consumo, por conta do texto legislativo contido no art. 51.2 do RDSAC/2008, que em sua redação original, prevê que a arbitragem de consumo eletrônico se substancie por aplicação habilitada pelo Ministério de Previdência e Consumo para o Sistema Arbitral de Consumo.

Assim, sopesando as querelas preliminares, concluímos pela viabilidade, tal como vislumbramos as vantagens que o sistema de arbitragem de consumo reserva em seu bojo, aliás, motivo que nossa tese defende, pois, temos para nós que no Brasil, ao se fazer determinados ajustes, sobretudo em que pese possíveis restrições do Código de Defesa do Consumidor, não haveria porque intimidar tal propositura, eis que o sistema de proteção ao consumidor, conforme previsto no citado diploma de consumo, é plenamente viável e compatível a ambas as normativas, do mesmo modo que comungamos com o pensamento daqueles que acreditam nesta hipótese, razão pela qual apresentamos nossa proposta.

No Brasil estudamos detalhadamente a redação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro para emergi-lo em nosso desiderato desde que ajustado ao sistema arbitral de consumo previsto, porquanto a normativa em vigor textualmente incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo no art. 4º, V, que poderia ser a arbitragem. Mas, o art. 51, inc. VII, desta mesma norma considera nula a cláusula de arbitragem compulsória nos contratos de consumo. Com efeito, o princípio basilar da autonomia da vontade é o preceito original que veda qualquer hipótese de compulsoriedade na arbitragem, razão pela qual não há que se falar em obrigatoriedade de qualquer espécie, sem prejuízo à cláusula compromissória.

X

Neste diapasão, conforme concluímos, o sistema de arbitragem na relação de consumo encontra-se em fase avançada, principalmente nos países europeus. A União Européia, desde 1985, procura por meio de uma série de medidas facilitar resoluções de conflitos envolvendo consumidores, atentando para a necessidade da proteção destes em face das desigualdades das partes, na demora da resolução do pleito e nos excessivos custos dos procedimentos judiciais, evitando-se uma prolongada discussão judicial. Hoje está implantada a Rede Extrajudicial Européia e a arbitragem foi estendida até para o comércio eletrônico.

Hoje, nos locais supra citados a realidade é outra conforme mostram as pesquisas acerca da opinião de consumidores e fornecedores, principais interessados no sistema, o que *de per se* bem demonstra as vantagens que o sistema de arbitragem de consumo oferece. Se assim fica bem demonstrado a satisfação daqueles que hoje fazem uso deste sistema, fica a pergunta que não pode calar: então, porquê também nós, brasileiros, não podemos ajustar tais modelos e aplicar este sistema à nossa realidade?

XI

Conforme anotado, a criação desse sistema em todos os locais em que foram implantados, destinado a resolver conflitos de consumo, obedeceu de forma especial e criteriosa as razões de caráter público e prático, levando em consideração a grande demanda social de consumidores que, para ressarcirem-se de danos econômicos de pequena quantia, deviam se dirigir aos órgãos jurisdicionais, o que supõe, em certas ocasiões, gastos superiores ao próprio dano sofrido, porém hoje, muito distante desta realidade encontram o serviço prestado pelo Estado de forma gratuita, seja de que quantia for a demanda.

Assim, ao fim e ao cabo de tudo quanto analisamos, concluímos que a viabilidade de nossa proposta é legítima e possível, pois a arbitragem de consumo é um mecanismo extrajudicial muito eficaz, simples, gratuito e criado como alternativa para suprir as deficiências hoje existentes no Brasil, permitindo assim resolver facilmente os conflitos que possam surgir entre o consumidor e o fornecedor de bens ou prestador de serviços, exclusivamente para as questões de consumo relacionadas aos direitos patrimoniais disponíveis.

Esperamos que nossa proposta seja bem recepcionada por todos quantos se relacionem com o tema, inclusive como proposta de Projeto de Lei que venha oferecer ao consumidor e ao empresário brasileiro uma forma alternativa de resolução de conflitos, com resultado profícuo, pleno e exitoso pela via da Arbitragem de Consumo.

Assim, dentre as questões debatidas concluímos que o panorama atual reclama reformas e como tal, apresentamos as propostas que poderão alterar o quadro conforme ora se apresenta, no que pensamos, salvo melhor juízo, que sejam pois as respostas adequadas para a efetiva prestação tutelar aos direitos do consumidor pelo sistema de arbitragem de consumo.

XII

PANORAMA ATUAL: Situamo-nos numa realidade contemporânea que contempla a emancipação do consumidor na comunidade internacional. Entre nós ainda persiste o desrespeito ao consumidor quando se enfrenta a incapacidade do órgão jurisdicional que não se aparelha para atender com presteza o cidadão desprotegido, ainda que se façam reformas de cunho processual e judicial, porém isso não vem apresentando resultados satisfatórios, eis que ainda se esbarra na ineficácia da Administração Pública.

PROPOSTA: fomentar a implantação do sistema arbitral de consumo no Brasil por meio da elaboração de norma específica intermediando o CDC, a LA e o CPC, sob os auspícios da Constituição Federal, sobretudo no que tange à liberdade de escolha na garantia de seus direitos e a oportunidade de se optar por um sistema alternativo, sem renunciar a tutela legal do Estado em caso de ameaça aos seus direitos, visando proporcionar o efetivo acesso do consumidor e do fornecedor como alternativa eficaz para solucionar os conflitos resultantes desta relação, de forma equilibrada e consensual.

PANORAMA ATUAL: O consumidor brasileiro encontra-se desprotegido em seu afã de buscar proteção e recorrer à Justiça em casos de questões de consumo de menor complexidade e pequeno valor econômico corroborando desta forma para que empresas e fornecedores sem escrúpulos se aproveitem da situação para obter vantagens econômicas.

PROPOSTA: centralizar a arbitragem de consumo no INC, outorgando competência aos órgãos regionais nas unidades da Federação, como os Procons, associações de consumidores e associações comerciais ou órgãos assemelhados em nível municipal, estadual e federal, de acordo com a localização ou interesse das partes, estabelecendo critérios de forma, competência e valor da causa, sem a necessidade de representação por procuradores e com gratuidade na prestação de seus serviços.

PANORAMA ATUAL: Carência de mecanismos apropriados que ofereçam garantia, eficácia e celeridade na resolução de conflitos de ordem econômica e de consumo diante do que ora se apresenta. A Arbitragem se apresenta quase sempre para poucos e afortunados, direcionada mais para empresários e comerciantes, com alto custo e difícil acesso ao consumidor.

PROPOSTA: disponibilizar nas relações de consumo a opção de se resolver conflitos pertinentes a direitos disponíveis nesta área de forma célere, gratuita e eficaz, contando com o aparato estatal para garantir a eficácia do serviço prestados e gerar a confiança necessária à estabilização do sistema por meio de profissionais competentes e de ilibada idoneidade.

XIII

PANORAMA ATUAL: Falta de tradição no instituto e desconfiança na Arbitragem, carência de informações acerca das vantagens que o instituto possa oferecer para a resolução de conflitos de natureza consumerista. Na proteção aos direitos do consumidor, a existência de norma técnica altamente teórica e de pouca eficácia na aplicabilidade dos serviços públicos, que deixa o consumidor refém da atual conjuntura.

PROPOSTA: Cediço que em sociedade os costumes andam à frente e o direito vem à reboque regulamentado-os. Assim pois, deve-se fomentar a cultura

da arbitragem utilizada nas relações de consumo para dar conhecimento ao seu destinatário final na pessoa do consumidor, fomentando esta escolha por meio de campanhas publicitárias para informar e estimular as partes a conhecerem os benefícios que este procedimento oferece.

PANORAMA ATUAL: Distância das empresas e do empresariado que se afastam da negociação e da conciliação nos órgãos fiscalizadores, em vista das altas multas aplicadas pelo descumprimento das normas reguladoras de consumo.

PROPOSTA: Aproximar as empresas e o empresariado dando-lhe conhecimento das vantagens do sistema a exemplo do reconhecimento da qualidade de seus serviços prestados, conferindo-lhe distinção e destaque por meio de selos de garantia, incentivos fiscais, dando publicidade e alerta ao consumidor da existência destas empresas, privilegiando-os e posicionando-lhes à frente da concorrência.

PANORAMA ATUAL: Falta de previsão legal conveniada entre as partes que oferecem e aquelas que contratam serviços e venda de bens de consumo, impossibilitando resolver quaisquer desavenças fora da Justiça comum.

PROPOSTA: Promover e estimular a contratação por meio de cláusula compromissória e de compromisso arbitral nos contratos de adesão, de forma livre e opcional, elegendo os órgãos de arbitragem competentes como foro de eleição entre as partes para dirimir possíveis conflitos de interesses, incluindo questões internacionais como viagens aéreas, marítimas e terrestres, dentro de um mundo globalizado que caminha para as tendências universais unificadas, assim como a questão extra-fronteira em prática na CE, com exceção para os julgados serem executados no Poder Judiciário do foro do sucumbente, por meio de homologação de exequatur em qualquer parte do mundo.

XIV

PANORAMA ATUAL: Ignorância do consumidor e do fornecedor acerca dos métodos alternativos de resolução de conflitos, sobretudo na seara do consumo.

PROPOSTA: Proporcionar meios de divulgação em campanhas, dando informação continuada a consumidores e fornecedores para esclarecer às partes a legalidade do sistema, incluindo a mediação e a conciliação no sistema de arbitragem de consumo, alertando-os para o sigilo e as responsabilidades dos árbitros e das partes.

PANORAMA ATUAL: Falta de vontade do consumidor prejudicado em buscar a Justiça para resolver suas perdas e prejuízos em face da formalidade do processo; prazo excessivamente demorado, sobretudo em face da grande quantidade de recursos legais que delongam a resolução dos conflitos.

PROPOSTA: Reforma da legislação material e processual para, com anuência das partes em cláusula compromissória, dar competência ao órgão arbitral para, nos casos de inadimplência da decisão proferida, agilizar a execução do julgado nos próprios autos dentro do sistema arbitral de consumo, possibilitando a aplicação de multa pecuniária por descumprimento da obrigação pelo sucumbente, inclusive com a impossibilidade de recurso, definindo a sentença arbitral de consumo com efeito de coisa julgada material.

PANORAMA ATUAL: Falta de profissionais habilitados para atender a demanda consumerista no mercado, sobretudo especialistas em Arbitragem, gerando assim descrédito e desconfiança no instituto sem o respaldo do Estado.

PROPOSTA: Investir na formação continuada de operadores do Sistema de Arbitragem de Consumo e de demais seguimentos congêneres, desde a Administração Pública, passando pelo Ministério da Educação até a Ordem dos Advogados do Brasil para apresentar projetos que visem a necessidade de se

implantar a cadeira de Direito Arbitral e Mediação dentro das Faculdades de Direito, formando profissionais habilitados a atuar na área, bem como estimular os bacharéis e advogados a procurar a negociação e a conciliação antes de propor a demanda, e se assim for, que seja por meio dos métodos alternativos de solução de controvérsias.

PANORAMA ATUAL: Falta de interesse do Estado para acolher um sistema que carece de estrutura da Administração Pública para agasalhar a proteção do consumidor a nível nacional, diante de um quadro em que apenas é fiscalizador, sem efetivamente resolver os interesses do consumidor de forma satisfatória, despachando-o para a Justiça Comum e lavando as mãos como se fora uma transferência de competência.

PROPOSTA: Apresentar junto ao Poder Legislativo projeto de lei para a criação de Juntas de Arbitragem de Consumo a nível nacional, estadual e municipal, como forma opcional e voluntária para consumidores e fornecedores comporem-se conjuntamente monitorados pela Administração Pública, na pessoa de um representante do Estado, com ilibada reputação social e formação jurídica para a tripartição representativa social do Estado, do Consumidor e do Fornecedor, para processar e julgar por meio de sentença arbitral irrecorrível as questões pertinentes aos conflitos de interesses nas relações de consumo.

XV

Dentro desta perspectiva, completamos com propostas que já obtiveram resultados satisfatórios em outras entrâncias, afastando o modelo vetusto da jurisdição estatal como instância única para resolver conflitos de consumo, com o afã de propor outro procedimento alternativo em que caibam todos quantos necessitarem de respostas céleres, eficazes e gratuitas, por meio da arbitragem de consumo, respeitando-se os princípios basilares do sistema caracterizados pelos seguintes elementos:

- Que o acesso seja garantido a todos os protagonistas das relações de consumo dentro da disponibilidade do direito, que expressem sua vontade de optar pelo sistema de arbitragem de consumo e que este ofereça garantias com absoluta transparência, igualdade de tratamento, independência e imparcialidade;
- Que o sistema ao acatar o respeito à pretensão das partes, ofereça opção pela forma de direito ou de equidade, segundo seus interesses, de forma independente, voluntária e autônoma;
- Que seja respeitada a convenção das partes na eleição do fôro da arbitragem de consumo, com renúncia expressa para qualquer outra por mais privilegiada que seja, acatando porém a constitucionalidade da norma que garante às partes a tutela jurisdicional estatal nos casos de ameaça de direito em face de nulidade de sentença arbitral.
- Que o procedimento ofereça oportunidade ao devido processo legal lastreado na mais ampla defesa e no contraditório, pela admissão da produção de todo tipo de provas lícitas e procedimentos acautelatórios e executivos, respeitada a cláusula compromissória que afasta recursos a qualquer outra instância arbitral;
- Que a sentença arbitral seja proferida por profissionais habilitados conforme a normativa aplicada à espécie, conforme o estatuto da instituição competente, cuja decisão seja proferida sob a fundamentação do convencimento dos julgadores obtidas por meio das provas produzidas no processo;
- Que haja respeito e urbanidade no tratamento das partes entre si e com os julgadores de forma recíproca, pela lealdade das partes e dos julgadores, com respeito e moderação nos ataques interpessoais de suas defesas;
- Que seja respeitado o princípio da oralidade e da informalidade no procedimento, com a garantia da gratuidade pelos serviços públicos prestados;

- Que as Juntas de Arbitragem de Consumo respeitem o prazo máximo de três meses para concluir e decidir a causa com vistas à celeridade do procedimento;
- Ques sejam criados organismos que auxiliem no fomento do instituto, na divulgação do sistema, na formação dos operadores do procedimento e na fiscalização e monitoramento dos órgãos capacitados para garantir a eficácia do sistema;
- Que se proceda o acompanhamento continuado por meio de pesquisas temporais junto aos atores sociais mais interessados, com vistas a coibir excessos e corrigir possíveis falhas do sistema.

Estas são, pois, nossas conclusões e nossas propostas.

Alea jacta est !

BIBLIOGRAFIA

AAVV - EXCMO. AYUNTAMIENTO DE SALAMANCA, *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo*, Salamanca, 2002.

AAVV -INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO, «El sistema arbitral como vía de solución de los litigios de consumo», *Estudios sobre Consumo*, núm. 8, 1999.

AAVV - MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. *Arbitraje de Consumo: Pronunciamientos judiciales*, Madrid, 1999.

AAVV - JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, *Laudos de la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad de Castilla y León 2002*, Valladolid, 2003.

AAVV - MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Diagnóstico do Poder Judiciário. A Reforma do Poder Judiciário*. Secretaria de Reforma do Poder Judiciário. Brasília, 2004.

AAVV - V SEMINÁRIO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO, SÃO PAULO/SP., 10 MARÇO 2009.

ABELLÁN TOLOSA: *El sistema arbitral de consumo*, en *Derecho de Consumo* (coord. por REYES LÓPEZ), Valencia, 1999.

ACOSTA ESTEVEZ: *Los consumidores y el arbitraje. Contribución al estudio del arbitraje: Ley de 5 de diciembre de 1988*, Barcelona, 1991.

_____ *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, 1995.

_____ *El arbitraje de consumo*, Jerez de la Frontera, 1999.

AGUIAR JR., R.R. *O acesso do consumidor à justiça no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor, n. 16, out./dez. 1995.

ALCALÁ Zamora y Castillo, N. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*. (contribución al estudio de los fins del proceso). Textos universitários UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 3ª edición. 2000.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Inst. Bras. de Dir. Constitucional - em parceria com a FDSM - Faculdade de Direito do Sul de Minas , Rio de Janeiro em 10.12.1998.

ALMAGRO NOSETE, J. *Estudios de Derecho Procesal en honor de V. FAIREN GUILLEN*. Valencia, 1990.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações* . 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho; MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 4.ed., t.II. (Aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALMEIDA, L.C.C. *A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos individuais homogêneos do consumidor: Um caminho para a eficácia social da norma dentro de um modelo garantista*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1397, 29 abr. 2007.

ALMEIDA PAIVA, J. A. *Grito de Alerta: Justiça que não anda é Injustiça!...*
Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/15636>.

ALMEIDA, Tânia; BRAGA NETO, Adolfo. *Uma Lei de Mediação para o Brasil*. Dezembro de 2002. Acesso e Disponibilidade:

http://www.mediare.com.br/artigos/lei_mediacao.htm.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A. Em “*El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*”, INC, 1999.

ALVIM, J. E. C. *Anatomia da justiça do século XXI: Justiça municipalizada. Jus Navigandi*, Teresina, ano7, n.65, maio, 2003.

Disponível:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text16/07/0>.

ALVIM, J.M.A . *Código do Consumidor Comentado*. 2005.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998.

AMARILLA MATEU, N. “*La Responsabilidad por Daños Causados por Productos. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias y La Responsabilidad por Daños Causados por Productos*”. Re Deco, Revista Electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación, nº 19, 2008.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Mundial, 2010.

ANDRÉS CIURANA, Baldomero, *La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España*. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), en Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 12-2005.

ANDRIHI, F.N. *A Defesa do Consumidor em Juízo*. Palestra proferida no V Curso de Especialização em Direito do Consumidor, Belo Horizonte (MG), em 06/05/1993.

_____ *Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta*. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, abr./jun. 2006.

ARAÚJO, Nádía de. *Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, MERCOSUL e Convenções Internacionais*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARENHART, Sergio Cruz. *Breves observações sobre o procedimento arbitral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7161>>.

ARIÑO ORTIZ, G.; LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de. *Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos*. Cuadernos de Derecho Público. V. 9. 2000.

ARIZA COLMENAREJO; GALÁN GONZÁLEZ (coords.): *Protección de los consumidores e inversores, arbitraje y proceso*, Madrid, 2009.

AZEVEDO, A.J. *A Arbitragem e o Direito do Consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, 23-24, 1997.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADENAS CARPIO: *El fundamento constitucional del arbitraje de consumo*, LA LEY, 1993-2, pp. 964-968. *El Sistema Arbitral de Consumo*, en *Curso sobre*

Protección Jurídica de los consumidores (Coord. BOTANA GARCÍA y RUIZ MUÑOZ), Madrid, 1999.

_____ en LORCA NAVARRETE. A. (Dir.) "*Temas actuales de consumo: La Resolución de Conflictos en Materia de Consumo*". San Sebastián, 2001.

BARAQUIN, Y. *Les Français et la Justice Civile: Enquête Psycho-Sociologique auprès des justiciables*. Paris, La Documentation Française, 1975.

BARBADO, Michelle Tonon. *Reflexões sobre a institucionalização da mediação No direito positivo brasileiro*. Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3. Disponível em arcos.org.br.

BARBOSA, Águida Arruda. *Prática da mediação: ética profissional*. In: Família e dignidade humana - Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira). 2006.

BARBOSA, E.F.C. *Apud* Marinoni e Arenhart, 2006.

BARONA VILAR, Silvia. *Comentários à Lei de Arbitragem* (Lei 60/2003, de 23 de dezembro). Ed. Thompson Civitas. Madrid, 2004.

_____ *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, 1999.

BARRAL VIÑAS, Inmaculada. *La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR*. 2009-Workshop Internacional sobre ADR/ODRs. Construyendo puentes: marco jurídico y principios. Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Internet Interdisciplinary Institute (IN3), 15 de septiembre de 2009. <http://www.uoc.edu/symposia/adr/> [artículo en línea].

BARRAL, W. *A Arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BARREIROS, Y.S.A. in *Arbitragem nos Conflitos de Consumo*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 71, 01/12/2009. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6684.

BARROS. L.V. Disponível em: *O crime na era da inform@ção*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003.

BASSO, M. *Lei Nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, V. 85, n.º 733, p. 11-23 Nov. 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. (trechos) 20ª ed., São Paulo. Editora Saraiva, 1999.

BECENÑA, F. *Notas de Derecho Procesal Civil*. Litografía. Tomadas por Perales y Enciso. Madrid, 1932.

BEGALLI, Paulo Antônio. *Prática forense avançada*. 1ª ed., Belho Horizonte: Del Rey, 2001.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*. En:"Los nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro homenaje al Profesor Luis García San Miguel". (Editor: V. Zapatero). Universidad de Alcalá de Henares, 2002.

_____ *Un paso más hacia la desjudicialización*. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles. Revista Eletrônica de Direito Processual volume II. Disponível em: www.arcos.org.br.

BENDER, R. & STRECKER, C. *Access to Justice: Reporto n the Federal Republic of Germany*. En el sección IB del volumen original, In *Neue Juristisch Wochenchrift*, v. 26, 1973.

BENETI, Sidnei Agostinho. *A arbitragem: Panorama e Evolução*, JTACSP, Lex, vol. 138.

BENTO MATOS JR., J.E. *As recentes alterações do CPC e os reflexos no processo de execução da justiça do trabalho*. Artigo - Previdenciário/Trabalhista - 2009.

BENZRIHEN, María Fernanda. La participación de los consumidores como generador de la cadena de valor del servicio público prestado por el Estado. In: *Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública –Sociedad, Gobierno y Administración*. Buenos Aires, 22-25 ago. 2007.

Disponível em: <http://www.ag.org.ar/4congreso/index.htm>.

BERTOLACCI, Rodrigo Lacueva. *La adopción de medidas cautelares en el proceso monitorio*. Noticias Jurídicas, La Ley. Madrid, 2006.

BLANCO CARRASCO, M. *“Mediación y Consumidores.”* Madrid, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOULDING, K.E. *Conflict and defense: a general theory*. New York:Harper and Row, 1962, *apud* VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*, com colaboração de Ângelo Volpi Neto, José Ribamar G.Ferreira e Maria Augusta de O. Volpi. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem,1998.

BONACHERA VILLEGAS: “*El Real Decreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo*”, *Diario La Ley*, núm. 7045, 30 de octubre de 2008.

BONAVIDES, Paulo, em *Ciência Política*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONET NAVARRO, A. *Fuentes y caracteres del arbitraje de consumo*. Madrid, 2003.

BORGES, M.B. *Juizados Especiais Cíveis. Origem, motivação, competência e princípios*. <http://www.webartigos.com/articles/JUIZADOS-ESPECIAIS-CIVEIS/pagina1.htm>. 19/08/2009.

BRITO, Gabriel Hernandez Coimbra de. *A Coisa Julgada no Processo de Execução*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/20611347/execucao-coisa-julgada>.

BRUNO, G.M. *A Justiça Federal de São Paulo no Ciberespaço. Nasce a Figura do Processo Virtual*. Retirado em 7 de out de 2003, de: <http://www.subjudiceonline.com.br/dirint/Poder Judiciário/Artigos/gilberto5.htm>.

BUJOSA VADELL, L.M. *El sistema arbitral de consumo en España*. LA LEY (Argentina), 3 de marzo de 1999.

_____ *Derechos de Consumidores y Usuarios Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación* (Alicia de León Arce, coord.), Tirant Lo Blanch, 2.ª Edición, Valencia, 2007.

_____ *Acerca do tema*, in *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, 1995.

BUSTO LAGO, J.M. *Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de los Conflictos de Consumo*. Ed. Aranzadi – INC, Cizur Menor, 2008 (2ª ed.).

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: Alguns aspectos do Processo e do Procedimento na Lei nº 9307/96*. 1ªed. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

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

CAIVANO, Roque J., *El Arbitraje de Consumo y los Conflictos derivados de las Relaciones de Consumo*, publicado no Boletín Nº 8 de la Red Legal de la Oficina Regional para América Latina y El Caribe de Consumers International, Santiago de Chile, Maio de 2001.

_____ *Arbitraje – su Eficácia como Sistema Alternativo de Resolución de Conflictos*, Buenos Aires, *Ad hoc*, 1992.

CALAIS-AULOY, J. *Droit de la Consommation*, 6.ª Ed., Dalloz, Paris. 2003.

CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo Studio Sistemático do Prodimenti Cautelar*. 1936.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. (dir.) *Contratos Internacionales*, Madrid, 1997.

CALVO SÁNCHEZ, M.C. *El proceso y sus alternativas: El procedimiento arbitral. Cuadernos de Derecho Judicial (Arbitraje, Mediación y Conciliación)*, CGPJ, Madrid, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A arbitragem – Lei nº 9.307/96*, 3ª. ed. revisada. ampliada.e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____ *Lições de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

CANALEJAS MERÍN, Jose F. *Abusividad de la cláusula que repercute en el comprador consumidor el pago del impuesto de plusvalía*.

Disponível em: Centro de Estudios de Consumo- Práctica de Consumo - www.uclm.es/cesco.

CANOTILHO, J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a ed., Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. *Acesso à Justiça*, tradução de Hellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARDOSO, M. *Apesar dos esforços, cresce quantidade de processos*. Revista Consultor Jurídico, 14 de fevereiro de 2007.

CARMONA, C.A., *in Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9307/96*, ed. Malheiros, São Paulo, 1993.

CARNELUTTI, F., *in Estudios sobre Arbitraje*. Estudo que se publicou pela primeira vez na *Revista do Diritto commerciale*, 1916.

CARRASCO PERERA y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ: *El arbitraje de consumo. La experiencia de Castilla-La Mancha (1992-1996)*, Madrid, 1998.

CARREIRA ALVIM , J.E. *Tratado Geral da Arbitragem*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

CASAS VALLÉS, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y SALAS HERNÁNDEZ), Madrid, 1992.

CASELLA, P.B. *Arbitragem Para Consumo*. Disponível em:
<http://www.cacb.org.br/arbitragem/artigos.doc>>.

CASTELLANO, C., PACE, C., PALOMBA, G.e RASPINI, G. *L'Efficienza della Giustizia Italiana e i suoi Effetti Economico-Sociali*. Bari, Laerza, 2ª ed., 1970.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem e Mediação*. Revista do Curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Rios de Janeiro. 2011.

CAYRES, N.A. *Justiça Arbitral no Brasil: Processo de Execução e Cautelar*. Dissertação de Mestrado, UFPE, 2002.

_____ *Vem aí o novo CPC.*, Recanto das Letras, 2011.

CEBOLA, Cátia Marques. *Mediação e arbitragem de conflitos de consumo: Panorama português*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo Núm. II-2, Junho 2012.

_____ *La mediación*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

CERILLO I MARTÍNEZ, A. *Órgãos Colegiados Eletrônicos*, Navarra, 2006.

CHECA BRAVO, J. “*Las ofertas públicas de sometimiento a arbitraje*” en Curso de mediación y arbitraje. Nuevos retos del arbitraje de consumo, Cuadernos de Consumo nº 23 de la Dirección General de Consumo de Aragón, Zaragoza, 2005.

CHELOTTI, João Paulo. *Introdução ao Direito Arbitral no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2911, 21 jun. 2011.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19381>>.

CHIAVARIO, M. *Terrorismo y Proceso Penal acusatorio*. Editorial: Tirant lo Blanch. Edición: 1 del Año: 2008.

CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I, 1998.

_____ *Princípios de Direito Processual Civil*. Trad. J. Casam Santaló. T. I., Madri, 1922. 0

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CORDÓN MORENO, F., *El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Madrid, 2005.

CORREIA. João Carlos Pinto. *Lei n.º 29/2013 – Estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação*. Publicado em Abr 19, 2013 em Alterações Legais, Explicações, Notícias Sem comentários.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor. 1958.

_____ *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, in Estudios de Derecho Procesal Civil*, 1948.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUETO, Roberto do. *Comentários à Constituição Mexicana*. ITAM – Instituto Tecnológico Autônomo de México. Disponível em: www.itam.mx.

DE LA PLAZA, M. *Derecho Procesal Civil Español*. (apêndice a 4ª ed.). Madrid, 1934.

DAVARA RODRIGUEZ, M.A. *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997.

DAVID, A. L. & SEBENIUS J. K., *The Manager as Negotiator*. 1986 distinguishing bargaining to "create value" and to "claim value", pp.29-45, 88-153; HOWARD R. *The Art and Science of Negotiation*, 1982.

DAVID, R. *Arbitrage dans le Commerce International*. Ed. Económica, Paris, 1982.

DE CARPI PEREZ. *“El Sistema Arbitral de Consumo”*. 2002.

DELGADO, J.A. Artigo intitulado *“A arbitragem no Brasil - Evolução histórica e conceitual”* publicado em 19/10/2003 no caderno São Paulo - Fonte: Escritório On-Line.

DELGADO, M.G. *Introdução ao Direito do Trabalho. Relações de Trabalho e Relações de Emprego*. São Paulo: LTr, 2 ed. revisada, atualizada e reelaborada. 1999.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict*. New Haven:Yale University Press, 1973.

DIAS, Marco Paulo Mendes. *O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão*. Trabalho de Dissertação de Mestrado realizado sob a orientação da Professora Doutora Isabel Menéres Campos, apresentado no Curso

de Direito dos Contratos e da Empresa, da Universidade do Minho, em Portugal. Outubro de 2012.

DÍAZ ALABART, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Madrid, 1991.

_____ *Apuntes sobre el arbitraje de consumo*. El Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo», *Actualidad Civil*, núm. 5, 29 enero-4 febrero 1996.

_____ *El arbitraje de consumo y la nueva Ley de Arbitraje*, *Act. Civ.*, 2005.

DÍEZ PICAZO. “*El pacto compromisorio y la Nueva Ley de Arbitraje*”, en *ADC*, 1954.

DIDIER, F.Jr. *Considerações sobre Arbitragem*. Acesso em 23/08/2008. Disponível em:

<http://www.frediedidier.com.br/main/artigos/default.jsp>.

DINAMARCO, C.R. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 5a ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo. Malheiros, 2005.

_____ *O Procedimento Ordinário na Teoria Geral do Procedimento*. “xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/dina39.htm”. 05/12/2008.

DINIZ, M.H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 21.ed. São Paulo: V. 1. Editora Saraiva, 2004.

DOMINGO OSLÉ, R. *Auctoritas*, Barcelona, 1999.

DOVER, Mike. *A Service of RR Donnelley*. Artigo disponível em Helium.com.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. *Conciliação trabalhista, mediação extrajudicial e mediação judicial – diferenças, semelhanças e simbiose. Um degrau para a introdução da mediação conciliatória na Justiça do Trabalho*. CD-2 Juris Plenum, Caxias do Sul: Editora Plenum, setembro/2006.

DUPUIS, Juan Carlos G. *La Reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata. Menor Cuantia Y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. A Cuatro Años de la Mediación*. Acesso e Disponibilidade:
<http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm>.

ENTELMAN, Remo F. *El concepto del conflicto. El conflicto: dilema para abogados*. De La Ley, Suplemento de Resolución de Conflictos. Buenos Aires, 18.12.97.

ESPINA FERNÁNDEZ, S., em “*Comentários al Real Decreto Legislativo 1/2007: Ámbito de Aplicación Subjetiva*”. Publicado em 12/05/2007 na página web:
<http://elconsumo.blogspot.com/2007/12/real-decreto-legislativo-12007-mbito-de.html>.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *A Nova Lei de Arbitragem os Contratos de Adesão: algumas considerações*. In *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, 21, jan/mar, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. *O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial*. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

FAGUNDES CUNHA. J. S. *A mediação como forma alternativa de resolução dos litígios na Argentina, instrumento de globalização*. Revista Jurídica da UEPG. Departamento de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa/PR. 2010.

FALCÃO, Ismael Marinho. *A Reforma do Poder Judiciário: aspectos sociais e jurídicos*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/181>.

FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, J.P. Em “*O acesso dos consumidores à Justiça*”. Noções Básicas de Direito de Consumo. AA.VV., [Coord. REIS LÓPEZ, M.^a JOSÉ], Editorial Prática de Direito, 1^a Ed., 1996.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy*, em Revista de Administración Pública 150, septiembre-diciembre de 1999.

FERREIRO PANIAGUA em QUINTANA CARLO, I. y BONET NAVARRO, A. (Dir.). 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, J.D.; LOPES, M.A.R. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, 2a ed., São Paulo: RT, 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, J.D. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, *apud* BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *O contrato de adesão na arbitragem*. Novos rumos da arbitragem no Brasil. 1999.

FILOMENO, J.G.B. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 2007.

FINK, Daniel Roberto. Citado em *Código de Defesa do Consumidor completa 18 anos*. publicado por: Universidade Imes/IDEC/Wikipédia/Procon DF/Procon SP, em (04/09/2008).

FISCHER, Roger; PATTON, Bruce & URY, William. *Como chegar ao sim*. Editora Imago Rio de Janeiro, 1994.

FISK, R. *The Independent*. Londres, Tradução: Gabriela Fonseca. 2005.

FIX ZAMUDIO, Héctor: *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*. México, UNAM, 1986.

FLORENSA i TOMÀS, C.E., (Ed.), *El arbitraje de consumo*, Valencia, 2004.

FONT SERRA. “A Nova Configuração da Arbitragem no Direito Espanhol”, em *Justiça* 1989.

FOUCHARD. P. *L'arbitrage et l'adaptation du contrat aux changements de circonstances*. Journes Jean Robert 1988, Quebec, 16 de setembro de 1988.

FRAGUAS GADEA: «El arbitraje de consumo», *Revista Jurídica Española LA LEY*, 11 de noviembre de 1994.

FRANCISCO, Diana Marcos. *El Arbitraje de Consumo como medio extrajudicial de resolución de conflictos en la normativa española*. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 18 - N° 1, 2011.

FRONTINI, P.S. *Arbitragem e execução de sentença arbitral. Apontamentos sobre os reflexos da Lei 11.232/2005 no âmbito do cumprimento forçado da sentença arbitral*. *Revista do Advogado*. AASP n. 87, set./2006.

FROTA, M., in *Tribunais Arbitrais e Litígios de Consumo e Custas Judiciais*. *Revista Portuguesa de Direito do Consumo* nº 20, Coimbra, Portugal. 2002.

FURTADO, P. e BULOS U.L. *Lei da Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Volume I*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALDUF, J. M. J.; ANTUÑANO MARURI, I. *Política económica: fundamentos, objetivos e instrumentos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. *Comentarios a la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Ed., Aranzadi, Cisur, Menor, Madrid, 2007.

GARCEZ. José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GARCIA, Cláudio. *Clínica do social*. Belo Horizonte: Ed. Projeto, 2003.

GARCÍA RUBIO: «El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de consumo», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1993.

GARCÍA SOLE, F. *La Nueva Ley de Arbitraje* em, RGD, nºs 538-539, 1989.

GARCIMARTÍN MONTERO, R. “*As Funções das Juntas Arbitrais de Transporte*”, *Revista de Direito Processual*, 1, 1998.

GARDENAL, Juliana Cristina. *Arbitragem: aplicação às relações de consumo*. *Revista USCS – Direito – ano XI - n. 19 – jul./dez. 2010*.

GASPAR LERA: *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*, Pamplona, 1998.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. *Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)*, en *Estudios de Consumo* Nº 52/2000.

GIDI, Antônio e MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Comentários ao Código Modelo de Processos Coletivos*. Editora Podivm. São Paulo. 2009.

GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas. Madrid, 1981.

GISBERT POMATA, M. em HINOJOSA SEGOVIA, R. (Coord.) “*Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*”. Barcelona, 2004.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3260>>.

GOMES, W.D. *As associações e o direito do consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2055, 15 fev. 2009.

GOMEZ CABELLO, M.C. “*Aspectos Jurídicos de la Mediación: Nociones Básicas de la Mediación (I)*”. Em *Noticias Jurídicas*, abril 2007. Disponível em: www.noticias.juridicas.com.

GOMEZ DE LIAÑO, F. *Arbitraje en Iberoamérica*. Discurso apresentado nas XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Mérida, 1990.

_____ *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Madrid, 1991.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil, Vol 1 – Teoria Geral e Processo de Conhecimento (1ª Parte)*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

GONZALEZ CANO, M.I. *La tutela colectiva*. 2006.

GONZÁLEZ MENUDO, F. *Arbitraje y Derecho público*, Justicia Administrativa, núm. 2, enero, 1999 *Nuevos retos en la configuración jurídica de los métodos extrajudiciales*. Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ POVEDA, P. *La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos*. Bookseller: AG Library, Malaga, 2011.

GOUVÊA, José Roberto Ferreira (Colab.); Negrão, Theotônio; BRASIL. Código de Processo Civil. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOUVÊA. M.A.M.P. *Legitimidade do Ministério Público para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 11, jan./jun. 2000.

GRAHAM, J.A. *Luxemburgo: la deslocalización del arbitraje virtual*, en “Alfa-Redi: Revista de Derecho Informático”, de 1 de agosto de 2003. (www.alfa-redi.org/revista/data/40-13.asp).

GRAU RUIZ, María Amparo. AAVV (dir. A. CAYÓN GALIARDO), *Corresponsabilidad fiscal y servicios públicos esenciales*, CES, Madrid, 2006.

GRECO FILHO, V. *Teoria Geral da Prova*. Disponível em: <http://xoomer.virgilio.it/direitosp/curso/greco4.htm>. 04/12/2003.

GRINOVER, A.P. “As garantias constitucionais do processo”, in *Novas Tendências do direito processual*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1990.

____ *Ensaio – Teoria Geral do Processo*. Anais da OAB, Brasília, março de 1991.

GUASP DELGADO, J. *El arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona, 1956.

GUASQUE, Luiz Fabião. *O procedimento arbitral e os direitos das partes a partir da equidade. A criação de precedentes procedimentais*. Revista Eletrônica de Direito Processual volume II. Disponível em: www.arcos.org.br.

GUERRA, R. Poeta e cineasta brasileiro. Co-autor da canção *Fado Tropical*. 1975.

GUERREIRO, J.A.T. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUIMARÃES, M., in “O Juiz e a função jurisdicional, apud Carlos Fernando Mathias de Souza, in “A Ética de quem decide questão jurídica”, trabalho apresentado em conferência realizada junto ao II Curso Básico Para a Formação de Juizes Arbitrais do INAMA/DF, em setembro/1999.

GUTIERREZ SANZ, M.R. “*La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros en el Arbitraje de Consumo*”, 2002.

HERMAN BENJAMIN. STJ - Resp. nº 1.182.138 – PR. Relator: Ministro Benjamin Herman. 25/10/2010.

HERNANDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, A. en DE MARTÍN/HIERRO (Coords). “*Comentario a la Ley de Arbitraje*”. Madrid, 2006.

HINOJOSA SEGOVIA, R., (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Barcelona, 2004.

JARROSSON, C. *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987.

JOHNSON JR, E., BICE, S., BLOCH, S. DREW, S., KANTOR, V., SCHWARTZ, E., e TUCKER, M. *Access to Justice in the United States: The economic Barriers and some Promising Solutions*. 1999.

JOUVENEL DÊ URSINS, B. *À recherche du bem politique*, Paris, 1955.

JÚDICE, José Miguel. Sócio Fundador de PLMJ, Antigo Bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal. Publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, nº 23, Jul/Ag 2009.

KAFKA, F. Ein Landarzt, *O Processo*. Trad. J. Casam Santaló. 1919.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. *A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo*. Jus Navigandi, 15abr. 2005 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6564>>.

KOHL, A., *La Procédure Ordinaire de Premier Instante en Belgique, en France, au Luxembourg et aux Pays-Bas*. Op. Cit. Proyecto Florencia. Apud CAPPELLETTI, M. GARTH, B. 2005.

LANM, Cristhian. Disponível em: <http://www.diariojuridico.com/opinion/acerca-del-nuevo-real-decreto-ley-5/2012> de mediacion en asuntos civiles y mercantiles.html.

LAQUIDARA, J.L. *El Sistema de Arbitraje de Consumo: Un Agil y Efectivo Método para Resolver Conflictos*. Rev. La Ley, Supl. de R.C., 11/06/1999.

LEE, João Bosco e VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem no Brasil*. 1ª ed., Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília: 2001.

LEMES, S.M.F. *A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado*. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009.

LIEBMAN, E.T. *L'azione nella teoria del processo civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano: Giuffrè. Anno IV, 1950.

LIMA, C.G.A. *Lei de arbitragem: quebra do monopólio jurisdicional estatal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3442>>.

LIMA, Ieda Maria Andrade. *As Conquistas do Código do Consumidor*. Artigo publicado e disponível em: http://www.feriasvivas.org.br/v5/secoes/artigos/conquista_cdc.asp.

LINO DIAMVUTU. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Angola, em 12 de Outubro de 2009.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LORCA NAVARRETE, A. *“Arbitraje Multimedia”*, Madrid, 2000.

_____ *Derecho de Arbitraje – Interno e Internacional*, ed. Tecnos, Madrid, 1989.

_____ *Introducción al Arbitraje*. ACAM - Madrid, 2005.

_____ *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo*. San Sebastián – Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP). 2005.

_____ *Temas actuales de consumo: La resolución de conflictos en materia de consumo* (Dir), San Sebastián, 2002.

LOZANO-HIGUERO PINTO: «Nuevas instituciones de protección procesal a los consumidores y usuarios», *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, núm. 0, 1987.

MACHADO, Jónatas. *Direito Constitucional Casos práticos resolvidos*, 2.^a reimpressão, Almedina, 1995.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e Convenção de Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAIA NETO, Francisco. *Arbitragem: A solução extrajudicial de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. "Arbitragem em Conflitos Individuais do Trabalho: A experiência mundial". *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: Síntese Editora, Ano 68, N. 01, Jan./Mar. 2002.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida em *Arbitragem e convenção arbitral: aspectos controversos e regramento dogmático*. Editora Saraiva. São Paulo. 2002.

MALOSÁ JR, Francisco Carlos e SILVA, Rafael de Souza. *Autonomia da Vontade e o Dirigismo Estatal nos Contratos*. REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano I - nº 1.

MALUQUER DE MONTES BERNET, C.J. "El arbitraje electrónico", *Societas & Lex*, Nº 11, abril 2003.

MARCATO, A.C. *Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada*. Jus Navigandi. Elaborado em 01/1998.

MARCOS FRANCISCO, Diana. *El Arbitraje de Consumo Como Médio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Em La Normativa Española*. Universidad Católica de Valencia, subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 15 de diciembre de 2010. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Sección: Ensayos Año 18 - Nº 1, 2011.

MARÍN LÓPEZ, M. J. “Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo”. Centro de Estudios de Consumo. www.uclm.es/cesco.

_____ *El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos jurisprudenciales. Actualidad Civil*, núm. 17, enero 1995.

_____ *La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 25 de febrero*”, *Diario La Ley*, núm. 6905, 17 de marzo de 2008.

_____ “Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 Cuestiones Controvertidas”, RDP, 2006.

MARINONI, L.G.; ARENHART, S.C. *Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. rev., atual. e ampl.,. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTÍN BERNAL: «El arbitraje como defensa de los consumidores y usuarios en España y en el Derecho comunitario», *Estudios sobre Consumo*, núm. 45.1988.

MARTÍN DIZ, Fernando. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2010.

MARTIN MARCHESINI, G. *Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial*. Publicado en la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación de 10 de Mayo de 2006.

MARTÍN OSTOS, J. *“Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo II”* Valladolid, 2000.

MARTINEZ,CERILLO I.A. *“Órganos Colegiados Electrónicos”*, Navarra, 2006.

MARTINEZ GARCIA, E. *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002.

MARTINS, J.C. *A Nova Lei Arbitral Brasileira – Temores e Preconceitos*. TASP <<http://www.arbitragem.com.br/artigos.htm#3aa>>. TASP - Revista Eletrônica. Maio/2005.

MARTINS, P.A.B.; LEMES, S.M.F.; CARMONA, C.A. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Ed Forense, Rio de Janeiro, 1999.

MARTINS, P.L. *“O Conceito de Consumidor no Direito Comparado”*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/691>.

MARTINS FILHO. Ives Gandra. *Radiografia da Justiça mostra números alarmantes. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense em 28/04/2013.*

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, D.S., em. *Estudo da Lei de Arbitragem – Aspectos Relevantes*. II TARJ. <<http://www.arbitral.cjb.net>>. 25/08/2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano de Existência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES DE ALMEIDA, J.C. *A Contrariedade na Instrução Criminal*. São Paulo. Saraiva. 1937.

MERINO MERCHAN, J.F. *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Navarra, 2004.

_____ *Estudio de los Derechos de los Concursantes y Audiencia en relación con concursos, juegos y apuestas, constituida en el seno de la Comisión de la Sociedad de la Información y del Conocimiento del Senado*. 2004.

MERLO, Ana Karina França. *Mediação, conciliação e celeridade processual*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>.

MIGUEL y ALONSO, C., *Access to Justice in Spanish Law*, nota, Seção IIA2 do volume original. *Op. Cit.* Projeto Florencia. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Milano. Giuffré, 1973.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, v. 1 : parte geral.- 40. ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. – São Paulo : Saraiva, 2005.

MONTERO AROCA, J. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje* (dir.), Madrid, 1990.

_____ *Direito Jurisdicional. II Processo Civil*. Barcelona, 1995.

MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas Relações de Consumo* - Juruá Editora. 17/11/2005.

MORELLO, A.M. *Apud* Habscheid, Walter J., *Les principes fondamentaux du droit judiciaire privé*, em *Towards a Justice with a human face, The First International Congress on the law of civil procedure*", Kluwer-Antwerpen, Eventer, 1978.

MORTARA, Lodovico. *Nella cultura processualistica italiana*. Rivista di Diritto Processuale, 1997.

MOURRE, A. "Arbitraje y Derecho concursal: Reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro" en *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 2007, Madrid, 2008.

MUNNÉ CATARINA, F., *La Administración del Arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, Navarra, 2002.

NAVARRO FENECH, A. *Estudios de Derecho Procesal*. Coaut. Carreiras Llansana. Barcelona, 1962.

NERY JR. N., in *Código de Processo Civil Comentado*, 3. ed., RT, São Paulo, 1997.

NETO, F.G. *Nótulas Acerca da Negociação, da Conciliação e da Mediação Apud*. DON MARTINDALE Aguilar. *La teoria sociológica*. Madrid:, 1979, ps.147-243.
SEARA Luis Gonzalez. *La sociologia - aventura dialéctica*. Madrid:Tecnos, 1971.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ªed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Arbitragem na relação de consumo: solução para desafogar o nosso Poder Judiciário*. Copyright © 2000-2013 Saraiva S/A Livreiros Editores. São Paulo.

OLIVEIRA, Isabel. Artigo publicado na revista Estudos de Direito do Consumidor, n.º 2 /2000. Centro de Direito do Consumo (Fac. Direito; Univ. Coimbra).

OSORIO E GALLARDO, A. “*A Alma da Toga*”. Madri, 1996.

OTERO LASTRES, J.M. “*El Derecho a la Tutela Arbitral Efectiva*” em Abogados, Madrid, Febrero de 2007.

OTTOLENGHI, M.A. *Conceptos Fundamentales para una Construcción del Instituto Arbitral*. R.D. Proc. nº II, Buenos Aires, 1943.

PAGANO, C.M. *A execução da sentença arbitral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1470, 11 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10136>>.

PALAO MORENO, Guillermo. *El Lugar de Arbitraje la “Deslocalización” del Arbitraje Comercial Internacional*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado , nueva serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011.

PARADA VÁZQUEZ: *Derecho Administrativo*, I, Parte General, 11.^a ed., Madrid, 1999.

PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem. Comentários à Lei 9.307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

PAUMGARTTEN, Michele. *O processo interativo de construção de soluções como via de reabilitação do sistema vindicativo*. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil. Vol. IX, 2012.

PEREIRA, P.M., em *Arbitragem: os possíveis entraves à eficácia do procedimento arbitral*, disponível em BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Acesso em 14/11/2010.

PEDRAZ PENALVA, E. «El proceso y sus alternativas», en *Cuadernos del Poder Judicial (Arbitraje, Mediación y Conciliación)*, Madrid, 1995.

PEDROSA, V. *A lentidão do Judiciário brasileiro*. Jus Navigandi, jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7039>>.

PELAYO JIMENEZ, R.C. *Renuncia (resolución por mutuo disenso) tácita al arbitraje pactado (convenio arbitral)* en Revista de la Corte Española de Arbitraje, Madrid. 2007.

PEROT, Abeledo. *Manual de Derecho Procesal Civil*, v. II, 1990.

PICÓ JUNOY, J. *El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones* en Diario La Ley nº6198, 25 de febrero de 2005.

PINHEIRO, Aline. *Corte Internacional de Justiça delimita soberania*. Artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, edição de 19 de agosto de 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de e PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A Institucionalização da Mediação é a Panacéia para a Crise do Acesso à Justiça? In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais FDV, n. 11, ,ago.2012.

QUINTANA CARLO y BONET NAVARRO (dirs.): *El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo*, Pamplona, 1997.

QUINTELA, Adolfo. *El arbitraje en el transporte de mercancías*. Artigo publicado em Legaltoday.com. © Editorial Aranzadi. Madrid. 01/06/2009.

RANGEL, V.M. *Solução de controvérsias após Ouro Preto*. In CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1996.

REGLERO CAMPOS, J. En “*Atualidade Jurídica Aranzadi*” nº 637, de 23 de setembro de 2004.

_____ *El arbitraje (El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Madrid, 1991.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

REVILLA GONZALEZ, J.A. *La anulación del laudo arbitral de consumo*, em *Estudios sobre consumo* Nº 34, Madrid, 1995.

REZEK, J. F. *Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. *A Utilização da Arbitragem na Solução de Controvérsias de Consumo*. Ed. Saraiva. São Paulo, 2010.

RIBÓN SEISDEDOS, E. *Manual Básico de Arbitraje de Consumo*. CEACCU.2008.

_____ *Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo*. En *Noticias Jurídicas*, maio 2007 (www.noticias.juridicas.com). Correspondente a sua sustentação apresentada no VIII Congresso de Arbitragem de Consumo, celebrado em Huelva, em março de 2007.

RISKIN, Leonard L. *Categorias de Negociação e Mediação*, em Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.1. Arcos Informações Jurídicas. Disponível em www.arcos.com.br.

ROCA AYMAR: «El arbitraje como vía para resolver los litigios de los consumidores y usuarios», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1985.

ROCA MARTÍNEZ, J. M. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Barcelona, 1992.

_____ *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. JMB Editor S.A., Barcelona, 1992, *apud*: DE LA PLAZA, M. *Derecho Procesal Civil Español*. (apêndice à 4ª ed.). Madrid, 1934.

_____ «El sistema arbitral de consumo», *Actualidad y Derecho*, núm. 38, semana 18 al 24 de octubre de 1993.

ROJO AJURIA: en *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Madrid, 1991.

RODRIGUEZ-CANO, A.B. *Comentários a la Ley de Arbitraje*. La Ley. Madrid, 2007.

_____ *La experiencia del arbitraje de consumo*. En Tomillo Urbina, Jorge (director) y Álvarez Rubio, Julio (coordinador): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*, v. 1. ed. 34. São Paulo. Saraiva, 2003.

ROMERO HERRERO, *El arbitraje de consumo en la defensa del consumidor-turista*, en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 4, 2.003.

RUBIÃO SILVA JR, A. *Vademecum da Aquisição de Imóveis. Jurisprudência Euremática*. Ed. Julex Livros Ltda. Biblioteca e Livraria Jurídica. 1o Volume, Campinas, SP. 1985.

RUIZ, Ivan Aparecido. BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. *Revisitando Novos Caminhos para o Acesso à Justiça: A Mediação*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

RUIZ-RICO RUIZ, G.C. y PRIETO BOCANEGRA: *Arbitraje de consumo y protección de los consumidores*. Estudios sobre consumo, núm. 38, 1996.

RUMMEL, R.J. *Undersatanding conflict and war*. New York: Wiley, 1976.

RUSSAR, A. *O que é a jurisdição e quais são suas características?* Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/203261/o-que-e-a-jurisdicao-e-quais-sao-suas-caracteristicas-andrea-russar.18/11/2008>.

SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lilia Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2007.

SALES, M.V. *Corte Internacional de Justiça: origens históricas, organização, procedimentos, decisão e legitimidade*. Monografia de bacharelado em Direito na Universidade Católica de Santos. Santos/SP, 2003.

SALIBA, Aziz Tuffi; MATOS, Geraldo Kennedy. *American Society of International Law (ASIL)*. Tradução de Aziz Tuffi Saliba e Geraldo Kennedy Matos. Tradução autorizada pela ASIL. Translation authorized but not endorsed by the ASIL.

SAMANES ARA, C., *La inactividad de las partes en el proceso arbitral de consumo*.
Tribunales de Justicia, núm. 3, marzo, 2001.

SAMPERE NAVARRO, A. *A propósito do caso Elsner-Lakeberg: Canhões contra moscas, ou salvas para borboletas?* Em “Atualidade Jurídica Aranzadi” nº 637, de 23 de setembro de 2004.

SÁNCHEZ DE DIEGO, F.R.M., em CEACCU *Los usuarios de la sociedad de la información*, Madrid, 1999.

SANCHEZ, I. *Expertos juristas valoran los avances de la nueva Ley de Mediación, al ser voluntaria y más flexible que el proyecto de ley anterior*. Publicado em 13/03/2012 em www.diariojuridico.com.

SANTIAGO, M.R. *Arbitragem internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2169, 9 jun. 2009.

Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12948>>.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário*. São Paulo : LTr, 2001.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Sandro Schmitz. *Das limitações de uso da arbitragem nas relações de consumo no Brasil: requisitos extrínsecos da cláusula compromissória em contratos de adesão*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br>.

SANZ-PASTOR, C. *El Arbitraje en el Siglo XXI*. en la Ley de 1990. Revista de la Corte Española de Arbitraje. Vol. XXIV, 2009.

SARRECCHIA, S. *Autotutela ou Direito com as Próprias Mãos no Direito Brasileiro?*

Disponível em <http://blog.hsn-advogados.com.br/2007/12/20/autotutela-ou-justica-com-as-proprias-maos-no-direito-brasileiro/>

SATTA, S., in *Contributo Alla Dottrina dell'Arbitrato*. Milano, Giuffrè, 1969.

SCHALCH, T.C. in *Arbitragem Como Forma de Solução dos Conflitos Individuais Trabalhistas*. Editora Peruá. SP. 2009.

SCHIMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Trad. F. Ayala. Madrid, 1996.

_____ *La Defensa de la Constitución*. Prólogo de Pedro de Veja
Colección de Ciencias Sociales. Madrid, Editorial Tecnos S.A, 1998.

SCHNITMAN, Dora Fried. *Novos paradigmas na resolução de conflitos*. In *Novos paradigmas em mediação*. Dora Fried Schnitman e Stephen Littlejohn (Org.). Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SCHUSTERSCHITZ, M., in *CDC - art. 51, notas (3) - Cláusulas abusivas*. Disponível em marcioschusterschitz.blogspot.com/2010/08/cdc-art-51-notas-3-clausulas-abusivas.html.

SHIMURA, Sérgio. *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2001.

SENDÍN GARCÍA, M.A. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada, 2003.

SIDJANSKI, Dusan. *Para Um Federalismo Europeu – Uma Perspectiva Inédita sobre a União Européia*. 1ª Edição. Tradução de Teresa Braga. Principia, Publicações Universitárias e Científicas. Cascais – Lisboa, 2001.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La protección procesal del interés colectivo de los consumidores*. vLex España. Madrid. 1999.

SILVA, Ana Catarina Mota da. *Responsabilidade do Produtor pela Conformidade do Bem*. Trabalho de Dissertação de Mestrado realizado sob a orientação do

Professor Doutor Fernando de Gravato Morais, apresentado no Curso de Direito dos Contratos e da Empresa, da Universidade do Minho em Portugal, outubro de 2012.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico – volume 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e Direito de Empresa*. São Paulo : Editora RT, 2003.

SILVA, Nadine; SILVA, Sandra e MARQUES, Nelson. *Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.google.com.br/search?q>.

SOARES, Evana. *Juizados Especiais Cíveis*, UFP, 2001, *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, tomo I.

SOMMER, C.G. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Ss. (Universidad Nacional de Córdoba- Argentina). Revista de la Facultad. Vol. II, nº 2, Nueva Serie II, 2010.

STRENGER, Irineu. *Comentários a lei da arbitragem*. São Paulo: LTR, 1998.

SZKLAROWSKY, L.F. *In Uma Nova Visão da Arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5468>.

_____. *A Morosidade da Justiça – Causas e Soluções*, ed. Consulex, Brasília, 2001.

_____. *Lei da Arbitragem*, in Suplemento Direito & Justiça, Correio Braziliense, de 5 de maio de 1997.

TASENDE CALVO: *El arbitraje de consumo. Objeto y exclusiones. El arbitraje de Arrendamientos Urbanos y el de Transporte*. Actualidad Civil, núm. 37, semana 13 al 19 de octubre, 1997.

TEIXEIRA, S.F. in *A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro*. Trabalho apresentado na obra coletiva *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenação de José Maria Rossini Garcez, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. V. 39. Ed. Forense, RJ, 2006.

_____. *A Arbitragem como meio de solução de controvérsias*.
Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil n. 02, vol. Nov/Dez 1999.

TIBURCIO, Carmem. *A lei aplicável às arbitragens internacionais*. Reflexões sobre Arbitragens Internacionais. São Paulo: LTr, 2002.

TREJO CRUZ, Yesenia del Carmen. *Bases Jurídicas de la administración eletrónica en España*. Disponível em www.letrasjuridicas.com.

VALDÉS, Clemente. *O acesso à justiça em México*. Publicado na Jornada, 3, 10, 12 e 13 de março de 1993.

VALENCIA MIRON, A.J., en *Comentarios a la Ley de Arbitraje con formularios y jurisprudencia*, (Coord. por LORCA NAVARRETE), Ed. Dickinson Libros. Madrid.1991.

VALERO TORRIJOS, J. “*Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*”. Madrid, 2002.

VATTIER FUENZALIDA: *Arrendamientos urbanos, arbitraje y arbitraje de consumo*. LA LEY, núm. 3944, 3 de enero de 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Direitos reais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VERDERA SERVER, R. A. en VVAA, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 2004.

VERDERA Y TUELLS, E. en FERNANDEZ ROZAS, J.C. (Dir). *La nueva Ley de Arbitraje. Estudios de Derecho Judicial nº 102*, Madrid, 2007.

VERÍSSIMO, M.P, *in Arbitragem de Consumo na Espanha*. www.ccj.ufsc.br Acesso em 5 de fevereiro de 2007.

VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*, com colaboração de Ângelo Volpi Neto, José Ribamar G.Ferreira e Maria Augusta de O. Volpi. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem,1998.

VIDAL, Márcio. *Reflexões sobre a Reforma do Poder Judiciário Brasileiro*
Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud3/art3.html>

VIDEIRA, E. “*Memória do Sistema Arbitral de Consumo, 2007*”. Disponível em www.consumo-inc.es.

VIGORITI, V., *Access to Justice in Italy*, Sección II del volumen original. Proyecto Florencia. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Milano, Dobbs Ferry, N.Y. Giuffré/Oceana, 1973.

VITAGLIANO, José Arnaldo. *Limites da coisa julgada e recursos na arbitragem*. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2226>>.

WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. O contrato: generalidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *A mediação*. Disponível em: <<http://www.almed.org.br>>.

WATANABE, K. *Relevância Político-Social dos Juizados Especiais Cíveis (sua finalidade maior)*. Temas Atuais de Direito Processual Civil. Coordenadores: César Augusto de Castro Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Ronaldo Brêtas C. Dias, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

YSAS SOLANES. *Algunas consideraciones acerca de la Disposición adicional 2.ª.2 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. Régimen jurídico*. LA LEY, vol. 3, 1990.

_____ *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coord. por ARROYO MARTÍNEZ y MIQUEL RODRÍGUEZ), Madrid, 1999.

ZANDER, M. *Cases and material son the English Legal System*. Londres, Weindenfel and Nicholson, 2ª ed., 1976.

ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York, Oxford, 1999.

ZULIANI, E. *Arbitragem e os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 251, 15 mar. 2004.

LEGISLAÇÃO

BRASIL

DECRETO-LEI 70/66, de 21 de novembro

(trechos):

Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos: (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

I - o título da dívida devidamente registrado; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

II - a indicação discriminada do valor das prestações e encargos não pagos; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

III - o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas à principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH. (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subseqüentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

§ 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro leilão público do imóvel hipotecado.

§ 1º Se, no primeiro leilão público, o maior lance obtido for inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas constantes do artigo 33, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo leilão público, nos 15 (quinze) dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.

§ 2º Se o maior lance do segundo leilão público for inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

§ 3º Se o lance de alienação do imóvel, em qualquer dos dois leilões público, for superior ao total das importâncias referidas no caput deste artigo, a diferença afinal apurada será entregue ao devedor.

§ 4º A morte do devedor pessoa física, ou a falência, concordata ou dissolução do devedor pessoa jurídica, não impede a aplicação deste artigo.

Art. 33. Compreende-se no montante do débito hipotecado, para os efeitos do artigo 32, a qualquer momento de sua execução, as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sobre o credor hipotecário.

Parágrafo único. Na hipótese do segundo leilão público não cobrir sequer as despesas do artigo supra, o credor nada receberá, permanecendo íntegra a responsabilidade de adquirente do imóvel por este garantida, em relação aos créditos remanescentes da fazenda pública e das seguradoras.

Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.

Art. 35. O agente fiduciário é autorizado, independentemente de mandato do credor ou do devedor, a receber as quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo leilões públicos, que deverá entregar ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração.

§ 1º A entrega em causa será feita até 5 (cinco) dias após o recebimento das quantias envolvidas, sob pena de cobrança, contra o agente fiduciário, pela parte que tiver direito às quantias, por ação executiva.

§ 2º Os créditos previstos neste artigo, contra agente fiduciário, são privilegiados, em caso de falência ou concordata.

Art. 36. Os leilões público regulados pelo artigo 32 serão anunciados e realizados, no que este decreto-lei não prever, de acordo com o que estabelecer o contrato de hipoteca, ou, quando se tratar do Sistema Financeiro da Habitação, o que o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação estabelecer.

Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraíam ao devedor o conhecimento dos leilões

público de imóvel hipotecado, ou que autorizem sua promoção e realização sem publicidade pelo menos igual à usualmente adotada pelos leiloeiros públicos em sua atividade corrente.

Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

§ 1º O devedor, se estiver presente ao leilão público, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrário, conterá necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subscrevê-la.

§ 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas às 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

§ 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo leilão público.

Art. 38. No período que mediar entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em leilão público, o Juiz arbitrarará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva.

Art. 39. O contrato de hipoteca deverá prever os honorários do agente fiduciário, que somente lhe serão devidos se verificar sua intervenção na cobrança do crédito;

tais honorários não poderão ultrapassar a 5% (cinco por cento) do mesmo crédito, no momento da intervenção.

Parágrafo único. Para as hipotecas do Sistema Financeiro da Habitação o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação poderá fixar tabelas de remuneração no agente fiduciário, dentro dos limites fixados neste artigo.

Art. 40. O agente fiduciário que, mediante ato ilícito, fraude, simulação ou comprovada má fé, alienar imóvel hipotecado em prejuízo do credor ou devedor envolvido, responderá por seus atos, perante as autoridades competentes, na forma do Capítulo V da Lei número 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e, perante a parte lesada, por perdas e danos, que levarão em conta os critérios de correção monetária adotados neste decreto-lei ou no contrato hipotecário.

Art. 41. Se, por qualquer motivo, o agente fiduciário eleito no contrato hipotecário não puder continuar no exercício da função, deverá comunicar o fato imediatamente ao credor e ao devedor, que, se não chegarem a acordo para eleger outro em aditamento ao mesmo contrato, poderão pedir ao Juízo competente, a nomeação de substituto.

§ 1º Se o credor ou o devedor, a qualquer tempo antes do início da execução conforme o artigo 31, tiverem fundadas razões para pôr em dúvida a imparcialidade ou idoneidade do agente fiduciário eleito no contrato hipotecário, e se não houver acordo entre eles para substituí-lo, qualquer dos dois poderá pedir ao Juízo competente sua destituição.

§ 2º Os pedidos a que se referem este artigo e o parágrafo anterior serão processados segundo o que determina o Código de Processo Civil para as ações declaratórias, com a citação das outras partes envolvidas no contrato hipotecário e do agente fiduciário.

§ 3º O pedido previsto no parágrafo segundo pode ser de iniciativa do agente fiduciário.

§ 4º Destituído o agente fiduciário, o Juiz nomeará outro em seu lugar, que assumirá imediatamente as funções, mediante termo lavrado nos autos, que será

levado à averbação no Registro Geral de Imóveis e passará a constituir parte integrante do contrato hipotecário.

§ 5º Até a sentença destituidora transitar em julgado, o agente fiduciário destituído continuará no pleno exercício de suas funções, salvo nos casos do parágrafo seguinte.

§ 6º Sempre que o Juiz julgar necessário, poderá, nos casos deste artigo, nomear liminarmente o novo agente fiduciário, mantendo-o ou substituindo-o na decisão final do pedido.

JURISPRUDÊNCIA

ESPAÑA

Diretiva 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998.
A STC 13/2007, FJ 7, vem assinalando que «as técnicas de cooperação e colaboração «são consubstanciais à estrutura composta do Estado das Autonomias» (STC 13/1992, de 6 de fevereiro, F.7; e no mesmo sentido SSTC 132/1996, de 22 de julho F.6 e 109/1998, de 21 de maio, F.14).

(STC 141/1993, de 22 de abril, F.6. ñ; e no mesmo sentido STC 194/2004, de 4 de novembro, F.9

STC 13/1988, de 4 de fevereiro, F.2; no mesmo sentido, STC 102/1995, de 26 de junho, f. 31. Sentença do Tribunal Constitucional 15/1989, de 26 de janeiro de 1989.

AC 1996\1714

Sentencia Audiencia Provincial Madrid (Sección 20ª), de 10 julio 1996

Jurisdicción: Civil. Rollo de Apelación núm. 866/1994.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Pérez López.

RJ 1997\8251

Sentencia Tribunal Supremo

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 3 noviembre 1997.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa.

Recurso contencioso-administrativo núm. 532/1995.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Rouanet Moscardó.

Tribunal Supremo – Sentencia nº RJ 1966/2169, de 28 de abril de 1966.

Apud: CABALLERO GEA, José Alfredo, en Propiedad Horizontal Comunidades de Propietarios, Complejos Inmobiliarios Privados, 5ª edición, Ed. Dykinson, Madrid, 1999. p. 53.

Sentencia Nº 25000-23-27-000-2001-0395-01(AP-182).

GÓMEZ, Libardo Orlando Riascos. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA.

Consejero ponente: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

Audiência Provincial de Cádiz, em Sentença de 13 de julho de 2000.

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional:

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Pascual Sala Sánchez, Don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Trepms, Magistrados, ha pronunciado EN NOMBRE DEL REY la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 460/98, 469/98 y 483/98. El primero de dichos recursos ha sido formulado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra el artículo único de la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, por la que se modifica la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, en cuanto que su artículo único da nueva redacción a los arts. 19.3, 5 y 7; 22.3; 22 bis.2; 22.ter.2; 23; 23.bis; y 23.ter; y contra la disposición adicional primera y la disposición final segunda de dicha Ley 41/1997. El segundo de los recursos de inconstitucionalidad ha sido planteado por las Cortes de Aragón contra el artículo único de la Ley 41/1997, en lo relativo a la nueva redacción dada a los arts. 19.3 y 7; 23; 23.bis; 23.ter y disposición adicional primera de la Ley 4/1989; y contra las disposiciones adicional cuarta y final segunda de la propia Ley 4/1997. Por último, el tercero de dichos recursos de inconstitucionalidad ha sido formulado por la Diputación General de Aragón también frente al

artículo único de la Ley 41/1997, en lo relativo a la nueva redacción que realiza de los arts. 19.1,3 y 7; 22.3; 23; 23.bis; 23.ter, 1, 2 y 4 de la Ley 4/1989; y contra las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, quinta y séptima y disposición final segunda de la misma Ley 41/1997. Han comparecido el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, el Letrado de la Junta de Andalucía, los Letrados de las Cortes de Aragón, el Letrado de la Generalidad de Cataluña, en calidad de coadyuvante, y el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quién expresa el parecer del Tribunal.

Tribunal Constitucional. STC 131/1996, 11 de Julio de 1996

Tipo: Sentencia

Recurso: Conflicto positivo de competencia

Sala: Pleno

Ponente: Carles Viver Pi-Sunyer

Nº Recurso: 131/1996

Fecha: 11/07/1996

Resumen:

1. En relación con la primera de las objeciones que, con carácter general, opone el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña a la constitucionalidad del Real Decreto 557/1991, esto es, la referida a la insuficiencia de rango de los preceptos que el Gobierno de la Nación ha calificado de básicos, este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que para garantizar la generalidad y estabilidad consustanciales a las reglas básicas (STC 147/1991), éstas deben establecerse mediante Ley formal votada en Cortes, aunque, como excepción, quepa admitir que en ciertas circunstancias el Gobierno pueda regular por Real Decreto aspectos básicos de una determinada materia. Estas circunstancias excepcionales se dan, según hemos reiterado, cuando el reglamento resulta «complemento indispensable» para asegurar el mínimo común denominador establecido en las normas legales básicas (por todas SSTC 25/1983, 32/1983 y 48/1988): Es indispensable cuando la Ley formal no resulta instrumento idóneo para regular exhaustivamente todos los aspectos básicos, debido al «carácter marcadamente técnico o a la naturaleza coyuntural y cambiante» de los mismos (SSTC 76/1983, 787/1985, 86/1989, 147/1991 y 149/1992, entre otras), y es complemento de las normas legales básicas, cuando, además de ser materialmente básico, actúa como desarrollo de una Ley que previamente ha acotado el alcance general de lo básico («el Gobierno puede regular por vía reglamentaria materias básicas definidas como tales en normas de rango de Ley, porque entonces su actuación es completa y no delimitativa o definidora de competencias») (SSTC 25/1983, 32/1983 y 42/1983, entre otras). Por otra parte, desde la perspectiva formal, se ha exigido también que el carácter básico se explicita bien en la Ley básica de la que trae causa el

Reglamento, bien en la propia disposición infralegal. La declaración del carácter básico «no es una posibilidad abierta al titular de la potestad normativa [...] sino un deber general inherente a su función» (STC 175/1992). Sólo cabe reconocer el carácter básico implícito a disposiciones de rango infralegal cuya naturaleza básica resulta «sin lugar a dudas de su propia estructura normativa en cuanto complemento indispensable de las normas legales básicas» (STC 227/1988, en el mismo sentido, entre otras, STC 15/1989) [F.J. 2].

Tribunal Constitucional. STC 326/1993, 8 de Novembro de 1993.

Tipo: Sentença Recurso: Recurso de amparo

Sala: Sala Primeira. Nº Recurso: 326/1993, Data: 08/11/1993

Relator: Fernando García-Mon e González-Regueral.

Segundo assinalou este Tribunal em seu STC 195/1990, «conquanto o legislador permite em ocasiões que o ato de comunicação processual se realize a pessoa diferente do interessado, estabelece uma série de requisitos para tal modalidade de apelo que o ato tem de cumprir, pois aquelas exigências encontram sua razão de ser e finalidade última na garantia de que o destinatário do ato terá oportuna notícia do mesmo. Por isso, o cumprimento de tais requisitos deverá ser examinado na cada suposto concreto de conformidade com aquela razão (ratio) e fundamento que inspira sua existência» [F.J. 3].

.....

BRASIL

SEC – Sentença Estrangeira nº 4.724-2, de que foi relator, Sepúlveda PERTENCE o *Supremo Tribunal Federal*, em sessão plenária de 27.04.1994.

Agravo Regimental (homologação de Sentença Arbitral Estrangeira Nº 5.206-8/246) o Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, a pedido do Ministro Moreira Alves

RECURSO ESPECIAL Nº 705.469 - MS (2004/0167202-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECURSO ESPECIAL Nº 645.226 - RS (2004/0038523-2)

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

Recurso Inominado n.º 2005.6503-5/0 Juizado Especial Cível do Foro Regional de Piraquara, julgado pela Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná: *Recurso provido.*

TJRJ, 0008386-91.2008.8.19.0209, j. 11nov2010.

STJ - Min. João Otávio de Noronha sobre o tema. Arbitragem: Notas sobre. Decisão por equidade. Precedentes do STJ.

Processo: RESP nº 58.736/MG

DJ 29.04.1996 p. 13413

LEXSTJ vol. 85 p. 112

RDR vol. 5 p. 222

RSTJ vol. 83 p. 175

RT vol. 731 p. 216

SJADCOAS vol. 97 p. 186

Processo: RESP 635156 / BA ; RECURSO ESPECIAL

2004/0005301-0 RESP 635156 / BA ; RECURSO ESPECIAL

Relator: Ministro CASTRO MEIRA (1125)

Órgão julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Data do julgamento: 01/06/2004

DJ 09.08.2004 p. 261

Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão unânime da 4ª Câmara Cível do, proferido na Apelação nº 254.778 e julgado em 16/12/76.

(Trechos):

Do pedido de extinção do processo sem julgamento do mérito em face da cláusula compromissória (arbitragem).

Tal pedido não pode prosperar, visto que está provado, pelo que se extrai dos autos, que a cláusula compromissória da arbitragem mostra-se abusiva, notadamente à vista do depoimento prestado na audiência de instrução e julgamento pelo autor (...), que afirmou desconhecer o significado dos termos utilizados no contrato, como “cláusula compromissória” e “arbitragem” (fl. 65), cujo conteúdo não lhe foi informado pela recorrente quando da contratação. Assim, o autor deve ser considerado como consumidor hipossuficiente na relação jurídica, devendo ser desconsiderada a possibilidade de arbitragem. Nessa linha de raciocínio é o que se extrai dos artigos 46 e 51 do CDC - Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, conforme abaixo: Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. 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 XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor Afastada, portanto, a preliminar de extinção do processo sem julgamento do mérito”.

.....

Jurisprudência TJRJ: RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA

COMPROMISSÓRIA ARBITRAL.

O negócio jurídico entabulado entre as parte foi instrumentalizado por escritura pública, com cláusula específica, em negrito e itálico, especialmente vistada, na qual consta que os litígios que surgissem em decorrência do contrato seriam submetidos à arbitragem. As partes, inclusive, elegeram o Centro Brasileiro de Medição e Arbitragem para o exercício da função arbitral.Tal procedimento

encontra abrigo na Lei nº 9307/96, declarada constitucional pelo STF, bem como previsão expressa no art. 86 do CPC. O fato do litígio ser submetido à arbitragem não afronta o Código do Consumidor, já que o árbitro o considerará, se for o caso, para a sua decisão final. Juiz incompetente. Feito extinto, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VII do CPC. Recurso provido.

TJRJ, 0008386-91.2008.8.19.0209, j. 11nov2010.

Jurisprudência STJ:

STJ. Responsabilidade civil. Consumidor. Fato do produto. Cigarro. Tabagismo. Fumo. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Hermenêutica. Da impossibilidade de conjugar norma de lei geral com lei especial, quando esta dispõe sobre a matéria. Considerações do Min. João Otávio de Noronha sobre o tema. Arbitragem: Notas sobre. Decisão por equidade. Precedentes do STJ. CDC, arts. 12, e ss., 18, e ss. e 27. CCB, art. 177. Inaplicabilidade. CCB/2002, art. 205. Lei 9.294/96. Lei 9.307/96, art. 2º, § 1º.

ANEXOS:

V SEMINÁRIO ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO

10 MARÇO 2009 • SÃO PAULO • SP

Finalmente, na forma de anexo, consignamos o V Seminário sobre Arbitragem e Mediação, realizada na cidade de São Paulo, em 10 de março de 2009, cujo inteiro teor transcrevemos, para melhor visializar as considerações e os resultados ali alcançados.

Incentivo à Utilização da Arbitragem e Mediação nas Relações Consumeristas no Brasil.

Operacionalização do Art. 4, V do CDC

Operacionalização do Art. 4, § 2º da Lei de Arbitragem

CONSIDERANDO que o art. 4º inciso V, in fine, da Lei nº 8.078/90 (CDC) propugna como política nacional de consumo o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos de consumo;

CONSIDERANDO que a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/96, no art. 4º § 2º regula a arbitragem nos contratos de adesão, estabelecendo restrições protetivas à sua utilização nestes tipos de contratos, que encontram ampla aplicação nas relações consumeristas;

CONSIDERANDO que não se faz necessária a elaboração ou alteração de nenhuma lei para operacionalizar a arbitragem em relações de consumo, mas apenas incentivar e dar tratamento adequado a esta espécie de arbitragem;

CONSIDERANDO os princípios estruturantes da mediação de conflitos como boa fé, respeito, equidade, celeridade, cooperação e informalidade, que se coadunam com os novos paradigmas de resolução de conflitos consumeristas;

CONSIDERANDO que a mediação de conflitos possui como norteador a garantia do poder das partes em optar pelo método e estabelecer procedimentos próprios para a resolução de seus conflitos, proporcionando total liberdade na tomada de decisões ao longo de todo o processo;

CONSIDERANDO ser a arbitragem uma importante forma de solução de conflitos aplicada na área cível e, especialmente, na área empresarial com amplo e adequado desenvolvimento;

CONSIDERANDO, que após 12 anos de vigência da Lei de Arbitragem e em decorrência da jurisprudência reiterada dos Tribunais, abstrai-se que para a utilização da arbitragem em contratos específicos e exclusivos que envolvam relações de consumo e, por conseqüência, de adesão (art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem) há a necessidade de um tratamento adequado, demandando específica regulamentação para que a arbitragem não seja considerada abusiva, haja vista que é necessária a completa e consciente aceitação do consumidor quanto à previsão da arbitragem como forma de solução de conflitos nos contratos que firmar, para ter o condão de afastar a justiça estatal, tal como verificado no direito comparado;

CONSIDERANDO, que se faz necessária a instituição de uma correta e adequada estrutura para prestar esses serviços à comunidade, com ampla facilidade de acesso ao consumidor e que seja a custos ínfimos ou até gratuitos;

CONSIDERANDO, ser a facilitação do acesso à Justiça uma meta do Governo e do Judiciário e que a operacionalização das formas extrajudiciárias de solução de conflitos demanda a aderência e solidariedade da sociedade brasileira;

Como CONCLUSÃO deste V Seminário de Arbitragem e Mediação, propugna-se que se envide esforços no sentido de operacionalizar a arbitragem e a mediação na área consumerista, envolvendo os órgãos públicos competentes, sugerindo-se o que segue:

No âmbito Federal, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Direito Econômico e do Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como da Secretaria de Reforma do Judiciário, no sentido de regulamentar a matéria e colocá-la em prática junto aos órgãos de defesa do consumidor e fomentar a sua operacionalização nas Justiças Estaduais.

No âmbito Estadual, a Secretaria de Justiça e Cidadania, O Tribunal de Justiça, por meio dos órgãos que implantaram o sistema de conciliação nos Tribunais (inclusive nos Juizados Especiais), instituir e operacionalizar a arbitragem e a mediação, valendo-se da colaboração de entidades idôneas que administram a arbitragem e a mediação. Em São Paulo há várias entidades que poderiam auxiliar (cf www.conima.org.br).

No âmbito Municipal, as Secretarias de Justiça e Cidadania, na mesma linha da área Estadual, juntamente com as entidades de classes locais que exploram atividade econômica e entidades representativas dos consumidores poderiam fazer convênios com entidades de arbitragem e mediação idôneas para fomentar e operacionalizar a arbitragem e a mediação nas relações de consumo envolvendo a comunidade local.

Enfim, em prol da facilitação do acesso à Justiça, os setores competentes, público e privado, poderiam estabelecer uma Rede Extrajudicial de Solução de Conflitos nas relações de Consumo, tal como, nas devidas proporções, é verificada na União Européia.

O programa que viesse a ser implantado deveria envolver todos os setores interessados, entidades representantes dos consumidores, prestadores de serviços e produtores de bens. Também se faria necessário o envolvimento da mídia, divulgando a existência de outras formas de acesso à Justiça para os consumidores, e das empresas, que poderiam comprometer-se em dirimir controvérsias por arbitragem, no que se refere às demandas que surgirem e decorrentes dos produtos especificados e por elas fabricados.

Este procedimento representaria para as empresas uma melhoria de imagem e confiança, tanto quanto ao produto adquirido como à empresa fornecedora.

Para o consumidor seria uma resposta ágil, segura e adequada ao problema apresentado.

Os métodos extrajudiciários de resolução de disputas, especialmente a arbitragem e a mediação, solucionam o conflito e restauram a paz social com muito mais brevidade, além de atestar que a sociedade confia e é solidária, quando a forma utilizada preconiza o equilíbrio, a flexibilidade, a rapidez e a justiça.

Finalizando, os participantes do V Seminário de Arbitragem e Mediação entendem que seria oportuno que os agentes públicos, os setores produtivos de bens e serviços e as entidades representativas dos consumidores envidassem, conjuntamente, esforços no sentido de operacionalizar a mediação e a arbitragem como uma forma a mais de solução de conflitos referentes às relações de consumo, visando a melhoria na prestação jurisdicional em matéria consumerista, consentânea com a legislação vigente e os interesses dos consumidores.