

# Arbitragem coletiva de direitos e interesses individuais homogêneos de consumo.

## Sérgio Pinheiro Marçal

Ex-presidente da AASP. Graduado e pós-graduado pela PUC-SP. Mestre pela Universidade da Califórnia em Berkeley.

## Juliana Ferreira da Silva Marçal

Advogada. Graduada e mestranda pela PUC-SP.

## Sumário

1. Introdução
  2. Da arbitragem coletiva
  3. Possibilidade do uso da arbitragem nas relações de consumo
  4. Arbitragem coletiva de direitos e interesses individuais homogêneos
  5. Conclusão
- Bibliografia

## 1 Introdução

Não existe qualquer vedação legal para o arbitramento de interesses e direitos coletivos de consumo. Mas existe, aparentemente, uma má compreensão desse assunto ou no mínimo uma ausência inexplicável de um debate relevante e abrangente. É um tema complexo, com múltiplas vertentes possíveis de análise acadêmica. O que o presente artigo pretende fazer é uma análise que permita a reflexão sobre o assunto e, mais do que isso, a quebra de um verdadeiro tabu.<sup>1</sup>

A defesa de interesses coletivos no Brasil tem seu embrião na Lei da Ação Popular (de 1965) e se consolida com a Lei da Ação Civil Pública (de 1985). O Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, que ora completa 30 anos, veio a estabelecer no seu art. 81 que “a defesa dos interesses e direitos

<sup>1</sup> Na *Revista do Advogado* da AASP comemorativa dos 25 anos do CDC (nº 130), Selma Ferreira Lemes (2016) lançou ideias inovadoras no artigo “Arbitragem consumerista: poderia ser realidade no Brasil?”.

dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, **ou a título coletivo**". O mesmo artigo conceitua os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, genericamente entendidos como "direitos coletivos", e o art. 82 regula quem são os legitimados extraordinários que podem exercer a representação coletiva dos consumidores. Não há dúvidas de que o Título III do CDC regula especificamente a defesa em juízo, mas ali estão todos os conceitos necessários para a defesa coletiva em qualquer outra forma alternativa de resolução de conflito.

Passados 30 anos da edição do CDC, o que se nota é que a defesa coletiva do consumidor em juízo apresenta, no mínimo, um histórico muito tímido de resultados efetivos. Não há a menor dúvida de que é um sistema teórico cuidadosamente pensado, mas a prática tem se revelado inefetiva. Poucas ações coletivas de consumo chegam ao final com a execução do julgado. Particularmente difícil se mostra a tutela dos interesses individuais homogêneos, em que se verifica ser quase impossível a liquidação e efetiva reparação de danos causados. A fase de conhecimento, culminando com a obtenção da sentença genérica fixando responsabilidade do réu pelos danos causados, normalmente apresenta grande complexidade e uma média de muitos anos, em alguns casos mais de década, para uma solução. Na hipótese de sentença condenatória, em caso que envolva um grande grupo de consumidores, a fase de habilitação, liquidação e execução apresenta dificuldades praticamente insuperáveis. Não há preparo do Estado para lidar com um caso que pode envolver milhares ou milhões de indivíduos.

Ou seja, o CDC estabelece um processo coletivo, mas que se transforma em individual ao final.<sup>2</sup>

2. Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 241): "Cabe ressaltar que, no processo de conhecimento, a vários respeito o CDC optou pela **responsabilidade objetiva** (arts. 12 e 14); todavia, tal regime não se translada para a fase de execução onde os consumidores individualmente lesados buscarão **seu** →

E, após uma longa e penosa fase coletiva, um único juízo passa a ser responsável por analisar caso a caso um sem-número de novas demandas, já que a fase de habilitação e liquidação também envolve o conhecimento e julgamento de fatos. Nem o fato de o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ter admitido a execução no domicílio do réu traz alívio a essa situação, especialmente quando o dano é localizado. Ações que envolvam fato do produto em consumo de larga escala (medicamentos, alimentos, veículos...) ou contratos de serviços de massa (telecomunicação, serviços financeiros, internet...) não encontram resposta adequada no sistema de defesa coletiva vigente.

## A arbitragem coletiva se apresenta como um possível meio de solução de conflito envolvendo direitos coletivos.

Não existe, realmente, um processo coletivo ao menos no que se refere aos danos a interesses individuais homogêneos. Existe uma fase coletiva e uma fase individual inadmissível.

E essa não é apenas uma realidade brasileira. Hoje nos Estados Unidos da América quase não se certifica *class actions* em casos de consumo (*mass tort litigation*). Os problemas lá são até mais abrangentes, como o uso inadequado das *class actions* para forçar acordos multimilionários nos quais os consumidores, que são as vítimas, recebem parcelas ínfimas das indenizações. Hoje adota-se mais comumente no sistema norte-americano o *Multi District Litigation* (MDL), que reúne com um único juiz federal escolhido o conhecimento de

→ ressarcimento, tendo como parâmetro, ou a sentença de condenação genérica na ação coletiva ou o comando judicial na ação civil pública [...]; num e noutro caso, não que ser demonstrados o *an debeat* (= o dano pessoal mais o nexo de causalidade) e o *quantum debeat*".

demandas individuais idênticas sobre um mesmo fato. Também esse sistema apresenta grandes dificuldades, caso não seja feita uma composição coletiva envolvendo o tema em juízo, como o fato de que o juiz que faz a instrução não ser o juiz que irá julgar o caso (que será devolvido ao juiz de origem para sentença).

Diante dessa evidente dificuldade, a arbitragem coletiva se apresenta como um possível meio de solução de conflito envolvendo direitos coletivos de um modo geral, mas especialmente a tutela de interesses individuais homogêneos.

## 2 Da arbitragem coletiva

A arbitragem é um procedimento privado, iniciado com base no acordo das partes em arbitrar. Nos termos do art. 1º da Lei de Arbitragem (1996), só poderão valer-se da arbitragem pessoas capazes de contratar e cuja disputa seja oriunda de direitos patrimoniais disponíveis, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

O procedimento é conduzido e, ao final, resolvido por um árbitro – ou conjunto de árbitros, sempre em número ímpar –, que é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para atuar em uma controvérsia que envolva direito disponível. O árbitro deve solucionar a disputa por meio da prolação de sentença arbitral, que terá força de título executivo judicial e poderá ser executada por qualquer uma das partes, independentemente de homologação judicial.

O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso. A investidura do árbitro está direcionada à atividade típica de processo de conhecimento, carecendo de poderes coercitivos. Medidas coercitivas serão adotadas perante o Poder Judiciário, através de cumprimento de decisões, sentença ou execução.

A arbitragem é substancialmente uma questão de consentimento, que pode ser expressa pelas partes antes do surgimento da controvérsia – por

meio de uma cláusula inserida em um contrato (cláusula compromissória) – ou depois que ela surgiu – por meio de termo apartado (compromisso arbitral).

A principal diferença entre os dois institutos é que a cláusula compromissória diz respeito a litígio futuro e incerto e o compromisso arbitral a litígio atual e específico. Especificamente sobre a cláusula compromissória, Giovanni Ettore Nanni (2014, p. 16) pontua que se trata de um negócio jurídico de Direito Material, em que sua vertente processual surge somente em um momento posterior, se e quando deflagrado um conflito.

O consentimento das partes não apenas fornece a base para o poder dos árbitros de decidir a disputa, mas também limita esse poder, na medida em que os árbitros só podem decidir questões dentro do escopo do acordo das partes. O árbitro tem, portanto, o dever de julgar, conforme obrigação estipulada no contrato celebrado com as partes. O seu julgamento, segundo o seu melhor juízo, há que considerar as provas que lhe forem submetidas no processo arbitral.

Pontuados brevemente os principais conceitos envolvendo a arbitragem, passa-se à análise de um modelo específico de arbitragem, ainda pouco difundido no Brasil, a arbitragem coletiva.

Não se tem notícia acerca da realização de um significativo número de arbitragens coletivas no Brasil. O caso que se tornou mais emblemático nos últimos anos foi a arbitragem coletiva iniciada pela Associação dos Investidores Minoritários (Aidmin) da Petrobras perante a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), a qual surtirá efeitos a todos os investidores, não apenas aos que requereram a arbitragem.

O direito à representação por associação (art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal – CF) é um direito fundamental aplicável a qualquer método de resolução de conflito, judicial ou extrajudicial. Também a legitimação extraordinária, que ocorre nas ações coletivas por substituição processual

feita pelos entes legalmente autorizados, não encontra vedação legal para se replicar na arbitragem. Nada impede o seu exercício em relação à arbitragem, a qual pode ser muito vantajosa para os titulares de direitos individuais homogêneos que encontrarem na arbitragem um método eficaz para o exercício de seus direitos. São conhecidas as diversas potenciais vantagens da arbitragem, como a celeridade do procedimento, a disponibilidade de tempo do tribunal e a especialidade dos árbitros.

Como bem aponta José Rogério Cruz e Tucci (2019),

“não seria arriscado afirmar que, no terreno da arbitragem, o alto nível dos advogados das partes e o reconhecido preparo dos árbitros permitem que a realização dos atos do procedimento arbitral atinja realmente o fim colimado por todos os integrantes do respectivo processo”.

Partindo da premissa que exista uma convenção de arbitragem que abranja direitos individuais homogêneos, não há fundamento para que se exclua de tal direito coletivo a arbitragem (PEREIRA; QUINTÃO, 2015).

Quanto à viabilidade da condução de arbitragem coletiva no Brasil, não há grandes dúvidas na doutrina. Os maiores pontos controvertidos surgem no que se refere ao objeto destas arbitragens coletivas. Trataremos a seguir da possibilidade de uso da arbitragem nas relações de consumo.

### **3 Possibilidade do uso da arbitragem nas relações de consumo**

O art. 4º do CDC estabelece, em seu inciso V, ser política nacional das relações de consumo o incentivo à criação pelos fornecedores de mecanismos alternativos de solução de conflitos. Entretanto, passados 30 anos do CDC e 24 anos da Lei de Arbitragem, o arbitramento de questões de consumo em geral e de questões de direito coletivo de consumo em particular não é nem de longe uma realidade.

A possibilidade do uso da arbitragem em questões de direitos coletivos é tratada ainda timidamente por alguns autores em trabalhos esparsos. Existe, nesse foro, um tema de alta indagação, que talvez constitua uma grande barreira para o uso da arbitragem, que é a indisponibilidade do direito coletivo (*stricto sensu*) e difuso, o que representaria um óbice intransponível de acordo com a Lei da Arbitragem. Há quem entenda, no entanto, que muitas vezes haverá uma parte desse direito que é disponível, como o reflexo patrimonial na esfera individual, por exemplo.<sup>3</sup>

## **Não há fundamento para que se exclua direito coletivo à arbitragem.**

Para outros, diante dos limites da indisponibilidade dos interesses difusos e coletivos, “apenas o modo de cumprimento da obrigação, em caso de impasse, poderia ser submetido à solução pela via arbitral” (GONÇALVES, 2007, p. 156).

O que se verifica, dessa forma, é que essa controvérsia e dificuldade de definição da arbitralidade das questões de direito coletivo (*stricto sensu*) e difuso acaba por lançar um debate que certamente inibe o uso da arbitragem e/ou a torna muito pouco atraente.

Entretanto, entendemos que esses óbices não se aplicam à arbitragem de questões envolvendo direitos e interesses individuais homogêneos, que têm natureza disponível, inexistindo impedimento

**3.** Marcela Kohlbach de Faria (2012): “Assim, mesmo em questões que à primeira vista dizem respeito a direitos indisponíveis resta uma parcela de disponibilidade em alguns pontos, principalmente aqueles que revelem a expressão pecuniária de determinada obrigação [...] Assim, sem a pretensão de dar uma solução definitiva ao problema, nos parece que seria possível a instauração do procedimento arbitral nas demandas coletivas, mesmo naquelas que dizem respeito a interesses difusos e coletivos, no que diz respeito aos seus reflexos patrimoniais”.

legal para sua ocorrência. Essa pode ser, sem qualquer dúvida, uma importante e eficiente ferramenta de soluções de conflitos que não estão sendo adequadamente atendidos pela jurisdição estatal.

#### **4 Arbitragem coletiva de direitos e interesses individuais homogêneos**

Grande parte do preconceito que existe sobre a arbitragem de questões de consumo de forma geral, e mais especificamente de direitos e interesses individuais homogêneos, principalmente os que afloram em contratos de adesão, parece vir de uma interpretação extensivamente abrangente do art. 51, inciso VII, que estabelece ser cláusula abusiva aquela que determine a utilização compulsória de arbitragem.<sup>4</sup>

Até ao menos 2007, o STJ entendia ser simplesmente ilegal a cláusula inserida pelo fornecedor em contrato de adesão de consumo que previsse o uso da arbitragem para solução de conflito. Sem nenhuma qualificação dessa proibição.<sup>5</sup>

A partir de 2012, o STJ qualifica seu entendimento para esclarecer que a arbitragem pode sim ser um meio de solução de conflitos de consumo, inclusive surgidos em contratos de adesão, desde que não seja fixada previamente. A ministra Nancy Andrighi, em acórdão unânime da 3ª Turma, pontuou que:

“Seja como for, o art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual

litígio e havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral”.<sup>6</sup>

Em julgamento ocorrido em 2016, o STJ deu um passo além para reconhecer a validade da cláusula arbitral em contrato de adesão mesmo que inserida no momento da contratação. O ministro Luis Felipe Salomão ressaltou as condições para que isso ocorra:

“Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso”.<sup>7</sup>

Embora o STJ tenha ajudado significativamente a difusão da arbitragem no Brasil, cumpre ressaltar que a decisão final sobre a arbitralidade de um caso cabe ao próprio Tribunal Arbitral, que declinará o prosseguimento da arbitragem se o objeto em disputa envolver direito indisponível ou qualquer matéria em que haja vedação legal. A menos que a cláusula de arbitragem autorize os tribunais – e não

**6.** REsp nº 1.169.841-RJ, 3ª Turma do STJ, 2012, v.u. “O CDC veda apenas a utilização compulsória da arbitragem, o que não obsta o consumidor de eleger o procedimento arbitral como via adequada para resolver eventuais conflitos surgidos frente ao fornecedor. O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos”.

**7.** REsp nº 1.189.050-SP, 4ª Turma do STJ, 2016, v.u. “Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.”

**4.** Cláudia Lima Marques (2006, p. 704-705): “As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela Lei de 1996 devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V, e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei”.

**5.** REsp nº 819.519-PE, 3ª Turma do STJ, 2007, v.u. “É nula a cláusula de convenção de arbitragem inserida em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor.”

os árbitros – a decidirem sobre sua validade, ou se um tribunal arbitral anteriormente negou julgar o caso, é o árbitro que decidirá a sua competência para julgar o caso, em atenção ao célebre princípio da competência-competência.

Verifica-se, desta forma, que hoje a questão da arbitragem nas relações de consumo encontra limitação legal tão somente nos limites da norma expressa no art. 51, inciso VII, do CDC, na forma interpretada pelo STJ. Ou seja, somente arbitragem compulsoriamente estabelecida em contrato de adesão, caso haja discordância ou renúncia posterior pelo consumidor.

## Verifica-se um largo campo de utilização da arbitragem nas relações de consumo que tratam de direito disponível.

Parece-nos que essa limitação não justifica o completo desuso da arbitragem como meio de solução de conflito nas relações de consumo.

Ao comentar o art. 51, inciso VII, do CDC, Nelson Nery Junior (2011, p. 586-591) pontifica:

“A escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre eles não significa renúncia ao direito de ação nem ofende o princípio constitucional do juiz natural. Com a celebração do compromisso arbitral, as partes apenas estão transferindo, deslocando a jurisdição que, de ordinário, é exercida por órgão estatal, para um destinatário privado. Como o compromisso só pode versar sobre matéria de direito disponível, é lícito às partes assim proceder. [...] O juízo arbitral é importante fator de composição dos litígios de consumo, razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo. A interpretação *a contrario sensu* da norma sob comentário indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem. [...] A LArb estipula

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

Verifica-se, assim, um largo campo de utilização da arbitragem nas relações de consumo que tratam de direito disponível, quer individual, quer coletivo. A premissa fundamental da instituição da cláusula compromissória é a de que haja verdadeira escolha consentida e equilíbrio da vulnerabilidade.

Em recente julgamento da Suprema Corte americana (*Lampus Plus, Inc v. Varela*), em que foi reconhecido que uma cláusula arbitral ambígua que apenas infira consentimento não é válida, foi destacado um importante conceito: “‘Arbitration is strictly a matter of consent’, and the task for courts and arbitrators is ‘to give effect to the intent of the parties’”.

Com isso tudo assimilado, podemos explorar situações que comportem o uso da arbitragem para tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, que é o objetivo primordial da reflexão que ora nos propomos a fomentar.

Ada Pellegrini Grinover chegou a se manifestar plenamente a favor da possibilidade da arbitragem de interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), mas entendia que a única forma de implementar a arbitragem nesses casos seria por meio da atividade judicial. Ou seja, iniciada uma ação judicial, o juiz poderia submeter determinadas questões à arbitragem, com o consentimento das partes obtido em conciliação (GRINOVER; GONÇALVES, 2006).

Entendemos que existem outras formas possíveis que não encontram qualquer óbice legal e a seguir iremos explorar duas delas: o contrato de adesão e o termo de ajustamento de conduta.

## a) No contrato de adesão

Muitos dos conflitos coletivos de consumo surgem em relações estabelecidas em contratos de adesão. O que nos importa aqui tratar são os contratos de adesão de produtos ou serviços de massa que afetem um grande número de consumidores e, uma vez surgido o conflito, exija uma solução que atinja a coletividade e evite demandas individuais ou, o que é mais comum, a ausência de demandas por descrédito do sistema.

São muitos os exemplos de ações civis públicas e ações coletivas promovidas pelo Ministério Público<sup>8</sup> ou associações atuando por legitimação extraordinária na defesa de direitos e interesses individuais homogêneos em contratos de adesão de massa. Vários segmentos como telecomunicações, cartões de crédito, área financeira, área imobiliária, setor aéreo, serviços de internet... geram controvérsias massivas. O que se vê da prática é um grau de efetividade baixo, quase que limitado à declaração de nulidade de cláusulas abusivas.

Vale como exercício prático tomar o exemplo de uma ação concreta e analisar o resultado e as possibilidades teóricas de solução.

Em 2009, o Ministério Público de São Paulo ingressou com ação civil pública contra uma empresa de telecomunicações para tutela de interesses individuais homogêneos alegando uma série de vícios na prestação do serviço aos consumidores contratantes e requerendo indenização coletiva de 1 bilhão de reais. A sentença julgou a ação parcialmente procedente e fixou indenização de 60 milhões de reais. Em 2015, passados seis anos, o Tribunal de Justiça de São Paulo reverteu

8. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1508585-SP, 3ª Turma do STJ, 25/5/2020, v.u.: "De fato, os arts. 81 e 82 da Lei n. 8.078/1990 conferem legitimidade ao Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor. Ainda que se trate de direito disponível, há legitimidade do órgão ministerial quando a defesa do consumidor de forma coletiva é expressão da defesa dos interesses sociais, nos termos do que dispõem os arts. 127 e 129 da Constituição Federal. Precedentes desta Corte".

a sentença por votação unânime e reconheceu a absoluta impossibilidade de se efetivar a prestação jurisdicional estatal na fase de habilitação:

"Na prática ocorrerá o seguinte: haverá a prevenção da Vara, pela qual tramitou a ação, para as milhares de habilitações e, no Tribunal de Justiça, um relator prevento para dar conta de tudo. Desnecessário dizer da inviabilidade da execução. Esta Corte já teve experiência prática com ação civil pública dirigida contra HSBC, na parte que incorporou o BAMERINDUS, e contra o BANCO do BRASIL. Uma verdadeira catástrofe. Quem tiver interesse pode pedir as certidões respectivas nesta Corte. E isto em se tratando de interesses individuais homogêneos com um núcleo homogêneo. O que não dizer, pois, da ação coletiva onde este núcleo não existe".<sup>9</sup>

Por mais forte que possa parecer o manifesto, essa é a realidade das ações coletivas de consumo. Em um outro caso, referente a alegado defeito de medicamento retirado do mercado, em uma ação civil pública tratando de reparação de danos a interesses individuais homogêneos, a sentença proferida, entendendo ser muito difícil ou impossível a individualização dos danos, determinou ao réu que construísse um hospital em determinada capital. Evidentemente, a sentença foi revertida.

Diante desse cenário, entendemos que essas questões poderiam ser alternativamente tratadas pela jurisdição privada da arbitragem, para conhecimento do caso por um painel de especialistas dedicados ao assunto e, se necessária posterior execução, criar-se-ia uma estrutura específica para atendimento da demanda. Qual seria o impedimento legal? Na nossa visão, nenhum!

O art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem prevê que nos contratos de adesão a cláusula compromissória terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de

9. Apelação nº 0112023-65.2009.8.26.0100, 15ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

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.

## Não existe óbice legal para que haja arbitragem a partir de compromisso arbitral fixado em contrato de adesão.

Como vimos, o STJ também já definiu a possibilidade de cláusula compromissória arbitral em contrato de adesão. O que a lei e os tribunais visam resguardar é a proteção à vulnerabilidade do consumidor, que não pode ser compelido a uma arbitragem sem sequer entender o procedimento ou ter paridade de armas para enfrentar a parte contrária e encontrar justiça e isenção na solução da demanda.

Todas essas questões serão atendidas em um caso de direito coletivo, e aqui falamos no interesse individual homogêneo, em que o consumidor seja representado por meio de legitimação extraordinária pelo Ministério Público ou por alguma associação atuante (o Idec é um exemplo de associação de grande poder). Então teríamos a cláusula compromissória arbitral estabelecida com todas as formalidades legais no momento da contratação e, surgindo o conflito coletivo, a arbitragem poderia ser iniciada, por exemplo, pelo Ministério Público (como alternativa a uma ACP, com apoio no art. 129, inciso IX, da CF), o que implicaria a revalidação da cláusula e o total equilíbrio entre as partes. Os árbitros seriam escolhidos entre pessoas de reputação e conhecimento técnico, retirando qualquer temor quanto a isenção. Podemos, como mero exercício de elucubração para os mais céticos, imaginar um ex-ministro do Supremo Tribunal Federal presidindo o tribunal arbitral e renomados especialistas com conhecimento técnico específico completando a

composição. Não há dúvidas de que o Ministério Público e associações de abrangência nacional têm a força necessária para garantir uma boa escolha.

Caso qualquer membro da classe não se sinta representado, pode simplesmente exercer o *opt-out* e iniciar uma arbitragem autônoma ou seu próprio procedimento na via judicial (NERY, 2016, p. 206).

As regras legais a serem observadas, tais como a publicidade, representação e efeitos da decisão, são as mesmas estabelecidas para a ação coletiva.

Outra grande preocupação de alguns autores quanto ao custeio do procedimento poderia ser resolvida com o custo dividido entre o fornecedor e consumidores, sendo a parcela destes arcada pelo Fundo de Interesses Difusos. Também uma hipótese viável seria a adoção dos mesmos princípios e regramentos que regem as arbitragens envolvendo entes públicos.<sup>10</sup> Nada, portanto, que nos pareça insuperável.

Não existe nenhum óbice legal para que haja arbitragem instalada a partir de compromisso arbitral fixado em contrato de adesão e em que os consumidores venham a ser representados nos seus interesses individuais homogêneos por legitimação extraordinária por um dos entes previstos no art. 82 do CDC.<sup>11</sup>

O afastamento do óbice legal da realização de arbitragens de disputas advindas de contratos de adesão, incluindo as coletivas, é importante não só para o estímulo das arbitragens de consumo, mas também para o impedimento de qualquer

**10.** Decreto Estadual nº 64.356-SP, de 31 de julho de 2019, art. 4º, § 1º, item 5: "Art. 4º - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias. § 1º - As convenções de arbitragem deverão conter os seguintes elementos: [...] 5. o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem".

**11.** "O fato mais importante no que tange a legitimação coletiva é de que inexistente qualquer impedimento constitucional ou legislativo à participação do Ministério Público e dos demais entes legitimados para as ações públicas, de participarem da arbitragem. Em conclusão, todas as regras de legitimação coletiva prevista em lei devem ser aplicadas em eventual arbitragem de direito coletivo" (SILVEIRA; GUIMARÃES; ZACARIAS, 2019, p. 80-81).

cláusula contratual que barre o acesso dos contratantes à arbitragem.

No caso *DirecTV v. Imburgia*, o Tribunal do Estado da Califórnia analisou uma cláusula de arbitragem que foi incorporada ao contrato de serviço padrão da DirecTV e que estabeleceu uma renúncia à arbitragem de classe, evitando assim reivindicações conjuntas ou consolidadas. O Tribunal da Califórnia entendeu que a cláusula arbitral não poderia ser executada porque, de acordo com a lei aplicável à Califórnia, uma renúncia à arbitragem coletiva era inexecutável. No entanto, a Suprema Corte considerou que a interpretação do Tribunal da Califórnia foi equivocada, e, portanto, deu cumprimento à cláusula de arbitragem nos moldes previstos no contrato.

Nos Estados Unidos, tem sido muito comum empresas poderosas incluírem em seus contratos de consumo cláusulas arbitrais que vedem a possibilidade de arbitragens coletivas, o que é um tanto quanto absurdo. Em voto dissidente, a ilustre ministra Ruth Ginsburg, integrante da Suprema Corte, expôs o quão prejudicial pode ser uma cláusula arbitral que proíba a arbitragem coletiva em contratos de adesão e levantou importante questão relacionada ao acesso à justiça:

"It has become routine, in a large part due to this Court's decisions, for powerful economic enterprises to write into their form contracts with consumers and employees no class-action arbitration clauses. [...] This Court reads that provision in a manner most protective of the drafting enterprise. I would read it, as the California court did, to give the customer, not the drafter, the benefit of the doubt. Acknowledging the precedent so far set by the Court, I would take no further step to disarm consumers, leaving them without effective access to justice".

## **b) No Termo de Ajustamento de Conduta**

Outra possibilidade que não apresenta maiores dificuldades legais, mas que nunca se mostra

explorada, é a fixação de cláusula compromissória ou mesmo de compromisso arbitral no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Novamente, como dito, não existe qualquer óbice legal para que isso seja feito.<sup>12</sup>

Duas são as situações possíveis. Uma vez firmado o TAC, poderá ser inserida cláusula compromissória arbitral para solucionar algum impasse que possa surgir na execução da obrigação assumida. Apenas para exemplificar, se a obrigação dissesse respeito a entrega de determinados bens e houvesse um impasse quanto ao preenchimento do requisito de qualidade previsto, isso poderia ser submetido à arbitragem. Ou a qualificação de determinados consumidores para se habilitarem a receber determinado benefício. Ou seja, questões intrínsecas ao cumprimento da obrigação ajustada.

Outra possibilidade é que o objeto do TAC seja o próprio compromisso arbitral, ajustando-se que determinada questão em seus contornos específicos será submetida à arbitragem. Assim, as partes concordam em submeter integralmente a solução de determinada controvérsia à arbitragem, estabelecendo o compromisso arbitral.

Entendemos que essa questão não necessita de regulamentação legal, já que não há nenhum impedimento na legislação vigente para que se efetive. De fato, não seria preciso regular especificamente um tipo de obrigação que pode ser assumida em um TAC, se já há um regramento genérico que dá a sustentação necessária para que haja transação entre partes capazes prevendo a inserção da cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

---

**12.** "Agora, evidente que no termo de ajustamento de conduta se pode fazer uma convenção arbitral. Mas quero esclarecer que no anteprojeto, nós deixamos, por enquanto de fora, no art. 21, que trata do inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta e convenção de arbitragem, porque estamos aguardando a proposta do Ministério Público de São Paulo. Então, realmente, se diria que a convenção de arbitragem poderia vir, administrativamente, não só perante o Ministério Público, mas, também, perante os demais órgãos públicos legitimados, porque me parece importante estender esse termo de ajustamento de conduta" (GRINOVER; GONÇALVES, *op. cit.*, p. 257).

Conforme preconiza Ana Luiza Nery (2017, p. 136), “tendo natureza jurídica de negócio jurídico transacional híbrido, o compromisso de ajustamento de conduta se revela como **fonte** do direito, mais especificamente, **fonte do direito de obrigações**.” E como fonte do direito de obrigações, é plenamente possível que seja pactuada a arbitragem, como em qualquer negócio jurídico bilateral que trate de direito disponível.

## 5 Conclusão

As ações coletivas de consumo, especialmente na defesa de direitos e interesses individuais homogêneos, não têm se mostrado, na experiência histórica desses 30 anos de CDC, um instrumento eficaz para atender os propósitos para os quais foram pensadas. A arbitragem coletiva é um importante instrumento de solução de conflitos e somente agora começa a ser utilizada no Brasil. Conforme vimos, não existem óbices legais para utilizar esse instrumento ao menos no que se refere aos direitos e interesses individuais homogêneos de consumo.

Dois veículos se apresentam como os mais factíveis para ensejar a arbitragem coletiva: o contrato de adesão e o termo de ajustamento de conduta (que possibilita tanto a cláusula compromissória arbitral quanto o compromisso arbitral).

Evidentemente não será qualquer caso que comportará uma arbitragem coletiva dessa natureza. Há que se ter em mente que uma arbitragem com esses contornos tenderia, dependendo do caso, a exigir um envolvimento maior do Judiciário para tratar de questões incidentais, retirando uma das maiores características da arbitragem, que é a celeridade do procedimento. São preocupações válidas que devem ser sopesadas no momento da escolha da arbitragem. Mas não pode haver, como hoje parece existir, um verdadeiro bloqueio ao uso da arbitragem coletiva de consumo, que se reflete até na quase total ausência de debate sobre o tema.

Esperamos ter contribuído com algumas reflexões sobre um assunto que sem dúvida tem muitas vertentes e merece uma análise mais ampla da comunidade acadêmica, mas que já está disponível no nosso ordenamento jurídico para ser utilizado a qualquer momento pelos interessados. ■

## Bibliografia

GONÇALVES, Eduardo Damiano. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. *Arbitragem: estudos em memória do Prof. Guido Fernandes da Silva Soares*, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damiano. Conferência sobre Arbitragem na Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 136, p. 249-267, 2006.

KOHLBACH DE FARIA, Marcela. A possibilidade da instituição da arbitragem em demandas coletivas - PL 5.139/2009. Análise da experiência norte-americana. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 233-251, jul./set. 2012.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem consumerista: poderia ser realidade no Brasil? *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, n. 130, p. 140-146, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza. *Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 586-591.

## Bibliografia

PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. Arbitragem Coletiva no Brasil: a atuação de entidades representativas. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 103, set. 2015.

SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Fabiana. Meios alternativos

de resolução de conflitos: arbitragem de direitos coletivos. *Revista Húmus*: UFMA, v. 9, n. 25, 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos do princípio da boa-fé no processo arbitral. *Consultor jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/paradoxo-corte-lineamentos-principio-boa-fe-processo-arbitral>.