

DA TUTELA ARBITRAL DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: INTRODUÇÃO AO DEBATE SOBRE UMA NOVA FORMA DE DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Anderson de Azevedo ¹

RESUMO

Este excerto objetiva apresentar o debate sobre a tutela arbitral de interesses transindividuais dos consumidores e os possíveis reflexos dessa opção de solução de conflitos em relação aos direitos e garantias individuais fundamentais, de ordem constitucional. Partindo da premissa de que tutela arbitral, coletiva e consumerista constituem-se microssistemas jurídicos abertos, todos com enfoque na garantia de acesso à justiça, já se apresentam propostas conciliatórias de harmonização desses sistemas, a partir de um novo cenário que se visualiza no ordenamento jurídico. A introdução de novos mecanismos alternativos de solução de conflitos em diversas áreas, como no direito do trabalho, no direito ambiental, no direito administrativo, no direito tributário, no direito processual civil e no próprio direito das relações de consumo, projeta uma tendência que consolida a arbitralização progressiva dos conflitos sociais. Sob bases casuísticas, com fundamento em uma postura crítica, a partir de uma perspectiva hermenêutica tópica, discute-se se essa possibilidade inovadora de transformação no modo de composição de conflitos, envolvendo interesses coletivos de consumo.

Palavras-Chave: Tutela Arbitral. Interesses Transindividuais. Relações de Consumo. Hermenêutica Jurídica. Tópica.

26

ABSTRACT

This objective excerpt to present the debate on the arbitral guardianship of transindividuais interests of the consumers and the possible consequences of this option of solution of conflicts in relation to the rights and basic individual guarantees, of constitutional order. Leaving of the premise of that arbitral, collective and consumerist guardianship consists Microsystems legal open, all with approach in the guarantee of access to justice, already conciliatory proposals of harmonization of these systems are presented, from a new scene that if it visualizes in the legal system. The introduction of new alternative mechanisms of solution of conflicts in diverse areas, as in the right of the work, the environmental law, the administrative law, the tax law, the civil procedural law and the proper right of the consumption relations, projects a trend that consolidates the gradual arbitration of the social conflicts. Under casuistic bases, with bedding in a critical position, from a topic hermeneutic perspective, this innovative possibility of transformation in the way of composition of conflicts is argued if, involving collective interests of consumption.

Keywords: Arbitrational Guardianship. Transindividuais Interests. Relations of Consumption. Legal Hermeneutics. Topic.

¹ Mestrando em Direito Negocial pela UEL – Universidade Estadual de Londrina, área de concentração Processo Civil. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Professor da UNIFIL de História do Direito e Relações de Consumo.



SUMÁRIO

1 DA PERSPECTIVA MICROSSISTÊMICA DA TUTELA ARBITRAL, COLETIVA E CONSUMERISTA. 2 DA PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA. 3 ACERCA DE UMA PROPOSTA CONCILIATÓRIA A PARTIR DA HERMENEUTICA TÓPICA. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 DA PERSPECTIVA MICROSSISTÊMICA DA TUTELA ARBITRAL, COLETIVA E CONSUMERISTA.

Discorrendo sobre a variabilidade histórica dos direitos do homem, Norberto Bobbio (1992) ensina que o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a sua realização, das transformações técnicas, etc. É o mundo dos fatos que, revestido de roupagem axiológica pelo Estado, transforma-se em normas jurídicas, tutelando interesses que não são concernentes a um indivíduo apenas, mas a uma comunidade de indivíduos, e que reclamam tratamento próprio.

Assim, ao lado dos direitos individuais, interesses outros nasceram com o desenvolvimento da humanidade, deixando de lado o caráter simplesmente individualista que marcou os regimes jurídicos constituídos no Século XIX, para lhes conferir um sentido mais abrangente, o que hoje a doutrina denomina interesses coletivos, metaindividuais ou transindividuais.

Mas o reconhecimento da pouca evidência das violações de determinados direitos considerados individualmente (as microlesões individuais), do desequilíbrio de forças entre os sujeitos violadores desses direitos e suas vítimas, e das danosas repercussões sociais dessas infrações (macrolesões sociais) são fatores que passaram a justificar, desde meados do século passado, a reformulação dos conceitos básicos de princípios e institutos de direito civil (como a autonomia da vontade no âmbito contratual, por exemplo), de processo civil (como os limites da coisa julgada da sentença meritória).

Nesse esteio, a preocupação com o desenvolvimento de instituições, mecanismos e procedimentos para superar as barreiras em torno da efetividade dos direitos, destinadas à realização dessas finalidades, passou a ser razão de investigação científica. Se a tutela dos interesses humanos, sob a concepção instrumentalista, é identificada como um mecanismo para acesso à ordem jurídica justa, necessária é a superação de alguns óbices instituídos pela perspectiva clássica e individualista, que não forneciam adequada tutela aos interesses transindividuais. E, tanto a tutela coletiva do Código de Defesa do Consumidor, quanto à tutela arbitral, consolidada na Lei de Arbitragem, inserem-se nesse contexto social, político, econômico e jurídico.

Segundo Rozane da Rosa Cachapuz (2010, p. 01),

O instituto da arbitragem é um meio legal para solucionar conflitos que se refiram a direitos disponíveis e que, em hipótese nenhuma enseja “substituir a jurisdição estatal”, pelo contrário, trata-se de meio alternativo que dependerá da vontade das partes, pois permanece o direito destas, em acionar o Poder Judiciário.

27



A Lei 9.307/96 surge com base no anseio de grande número de operadores econômicos e jurídicos, que durante muito tempo se dedicaram a apontar os entraves e obstáculos legais à Arbitragem no Brasil, comparativamente a outros sistemas mais modernos, trazendo em seu bojo, as alterações necessárias, para uma melhor adequação no contexto nacional e mundial.

A Arbitragem estabelece-se em nossa sociedade transmitindo a certeza de que trilhamos caminhos que nos levarão a encontrar mecanismos mais flexíveis e menos ortodoxos, seguros e informais, destinados à melhor satisfação das pretensões dos jurisdicionados, na busca e no encontro da justa composição de seus conflitos, em sede nacional ou internacional, e, portanto, voltados a tão decantada pacificação social.

A conjugação do regime jurídico da tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), com o procedimento arbitral, regulado pela Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), atenderia, segundo uma parcela minoritária (ainda) da doutrina², às finalidades e diretivas específicas desses dois importantes microssistemas jurídicos e à tendência de uma postura crítica dos modelos clássicos de solução de conflitos que se consolida, década à década, em um momento pós positivista, com a busca incessante de mecanismos cada vez mais alternativos e acessíveis à sociedade.

Essa nova dinâmica procedimental, com efeito, tem como propósito, dentre outros, o de promover acesso à justiça, sem sobrecarregamento do aparelhamento judiciário estatal. Aliás, essa conjugação sistêmica vem, justamente, ao encontro dos interesses do próprio Estado, reconhecidamente carente de estrutura administrativa para a concreção dos programas constitucionais de acesso à justiça.

Miguel Reale (REALE, 2005), em brevíssima manifestação publicada nas páginas 11 a 13 da Revista de Mediação e Arbitragem, em 2005 (ano 2, número 5), registra o que chama de um momento de Crise da Justiça, asseverando com inigualável objetividade:

Desde a alarmante morosidade para obtenção de sentenças definitivas e sua imediata execução – ponderando-se que justiça tardia é justiça nenhuma – até o leal reconhecimento de que nem mesmo o Poder Judiciário ficou isento dos malefícios da corrupção, pode-se dizer que não houve causa relevante que não fosse aduzida para explicação da mencionada crise.

Com razão foi dado realce aos empecilhos de uma legislação processual obsoleta, que propicia recursos e expedientes que solertes advogados convertem em instrumento tático de incabíveis e condenáveis delongas; à carência nos órgãos judiciários dos meios eletrônicos que a técnica de comunicação atualmente predomina nos domínios empresariais, prevalecendo ainda antigas praxes cartoriais; à crise do ensino jurídico que impede a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas a rápida seleção de juízes à altura de sua alta missão, com acabrunhantes lacunas nos quadros da magistratura; à revisão e atualização da organização judiciária, graças à autonomia que a Constituição confere ao judiciário; à condigna remuneração compatível com alta missão confiada aos magistrados, obedecidas, porém, as possibilidades financeiras do Poder Executivo, e sem se criarem diferenças gritantes em conflito com o que é pago a seus auxiliares.

² Segundo José Arnaldo da Fonseca, o Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e ex-Subprocurador Geral da República, a utilização da arbitragem, como sistema de resolução de pendências domésticas e internacionais, ainda não foi bem assimilada por certos órgãos do Poder Judiciário, que entendem que ela implica uma usurpação da sua jurisdição uma e privativa. Deste entendimento têm surgido conflitos entre as jurisdições arbitral e estatal. Precedente do STJ, adotando posição favorável à arbitragem, entendeu prevalecente a decisão do órgão arbitral, se já instaurada a arbitragem. Este avanço certamente dá mais efetividade à Lei 9.307/199.



(...) À vista de todos esses obstáculos, parece-me que chegou a vez e a hora da *arbitragem*, tornando-se evidente a necessidade que deveriam ter as empresas e os advogados de fazer mais constante e habitual emprego da Lei 9.307/96, de 23.09.1996, que a implantou no País. É preciso, em suma superar quanto antes o caráter de *excepcionalidade* que prevalece, no Brasil, quanto ao emprego da arbitragem.

Por outro lado, as diferenças e especificidades relativas de cada um dos microsistemas em referência (arbitral, coletivo e consumeristas), como, por exemplo, a exigência de disponibilidade do interesse para submissão da lide à tutela arbitral, o caráter social e de ordem pública da tutela coletiva, a imperatividade e cogência das disposições consumeristas, são apontadas como empecilhos para uma conjugação da tutela arbitral com a defesa dos interesses transindividuais. Essa postura resistente é compreensível, e até necessária, à vista da necessária e indispensável salvaguarda de direitos e garantias fundamentais, principalmente da indisponibilidade de interesses.

A reserva legal dessas premissas constitucionais, com efeito, devem continuar sendo razão justificadora para se impedir uma conjugação irresponsável dos sistemas arbitral e coletivo. No entanto, em um momento de amplas reformas legislativas no Brasil, tanto na seara material como processual³, em que se privilegia a resolução dos conflitos (em detrimento do atuar repressivo e cominatório do Judiciário), a proposição de novos mecanismos que busquem aumentar a efetividade dos direitos dos consumidores, somente vem atender aos comandos normativos que inauguram o Código Consumerista (CDC), desde observados os objetivos e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. É de se destacar que o próprio CDC dispõe, como princípio fundamental das relações de consumo, no art. 4º, inciso V, o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

Assim, dizer da possibilidade ou impossibilidade da tutela arbitral de interesses transindividuais não se trata de simples tarefa. Estão em jogo interesses econômicos, políticos e uma natural tensão dessa tendência com princípios basilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica, a indisponibilidade de direitos, o interesse público e garantia da ordem social.

29

2 DA PROBLEMATIZAÇÃO DO TEMA

Estando a arbitralidade afeta apenas à solução de direitos disponíveis e patrimoniais, a teor do disposto no art. 1º, da Lei de Arbitragem, há quem entenda a total incompatibilidade entre a arbitragem e o microsistema jurídico de tutela coletiva, excluindo os direitos difusos, coletivos e, inclusive, individuais homogêneos do regime de composição alternativo. O referido dispositivo legal contém a seguinte redação: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Para Cássio Penteado Júnior (2009, p. 20) direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem,

³ Como, por exemplo, a promulgação do Código Civil em 2002, mais atento à nova dinâmica social que, aos poucos está redesenhando institutos de direito material, ou, na esfera processual, as séries de reformas do Código de Processo Brasileiro, iniciadas ainda durante a década de noventa, e que ainda se perpetuam, a ponto de já se desenhar o esboço de um novo CPC, e anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo, em adiantado estado de elaboração.



de forma sintética, parece possível afirmar, de logo, que o direito é disponível quando é possível ser transacionado, vale dizer, seu titular pode dispor sobre o direito que detém. (...) Contudo, a lei de regência da arbitragem, como se nota, não se limita ao quesito de disponibilidade do direito para admiti-lo ao procedimento arbitral, mas, acresce o conceito de patrimonialidade, portanto, nessa linha, seria admissível considerar-se que, de plano, exclui-se do campo da mediação os direitos não disponíveis que não apresentam, em geral, conteúdo patrimonial, como, por exemplo, os direitos individuais e coletivos, ditos fundamentais.

Já outro segmento da doutrina entende que, em virtude desse tipo de relação jurídica material, os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, sendo indisponíveis, seriam insuscetíveis de convenção arbitral. Mas os direitos individuais homogêneos, divisíveis (porque individuais), quando patrimoniais, sendo categorizados como disponíveis, seriam afetos à arbitragem. É o posicionamento de Antonio José de Mattos Neto (2002, p. 233-234) em artigo intitulado *Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem*.

Ainda, há quem defenda a total possibilidade de submeter à arbitragem questões relativas à tutela dos interesses difusos coletivos, valendo-se dos argumentos expostos pelos autores do Anteprojeto de Código de Processo Coletivo que incluíram no art. 23 do texto de lei essa possibilidade. Assim se manifesta Eduardo Damiano Gonçalves (2007, p. 150), em artigo intitulado *O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos*, capítulo integrante da obra *Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares*, coordenada por Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins. Segundo este pesquisador:

30

Com a devida *venia*, entende-se que a questão não é de tão singela solução, se a proposta tiver como balizas as normas e os princípios constitucionais. É que a exigência dos atributos da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos para submissão à tutela arbitral é fundamental para o deslinde dessa questão.

A propósito, Eduardo Cambi (2010) *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário* faz uma didática distinção entre direitos fundamentais e patrimoniais. Segundo o processualista paranaense:

No contexto da afirmação dos direitos essenciais aos seres humanos, é importante distinguir os direitos fundamentais dos direitos patrimoniais.

Uma primeira diferença é de que aqueles (como o direito à vida, os direitos civis, incluindo o direito de adquirir e dispor de bens, os direitos políticos e sociais) são *universais*, sendo capazes de satisfazer a dignidade humana e realizar a igualdade, enquanto os direitos patrimoniais são *singulares*, no sentido de que há um titular determinado (ou mais de um titular), instaurando-se relações de domínio e de exclusão entre sujeitos postos e condições jurídicas desiguais. Aqueles são *inclusivos* (v.g., direito à educação ou à saúde), enquanto estes são *exclusivos* (v.g., direito à propriedade de um imóvel ou de um veículo).

Os direitos fundamentais são universais, uma vez que atingem *todos os seres humanos*, abrangendo *todos* aqueles dotados de *status* de pessoa (...).

Uma segunda diferença entre os direitos fundamentais e os patrimoniais é que aqueles são *indisponíveis*, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis e personalíssimos, ao passo que estes últimos são, pela sua própria natureza,



disponíveis (como a propriedade privada de direitos de crédito), negociáveis e alienáveis (...).

(...) Aliás, é possível afirmar que os direitos fundamentais correspondem a todos os indivíduos pelo mero fato de terem nascido, isto é, não podem ser restringidos a membros de uma classe ou de um país, justamente por serem absolutos, universais, invioláveis e imprescritíveis, Situação diversa da dos direitos patrimoniais, que são disponíveis, na esfera do mercado, ou mesmo pelo poder público (...).

Essa reserva de índole constitucional, entretanto, não é absoluta. O mesmo autor (CAMBI, 2010), analisando em específico o atributo da “indisponibilidade” dos direitos fundamentais acentua, com lucidez:

(...) A irrenunciabilidade e a inegociabilidade não atingem, igualmente, todos os direitos fundamentais. Prevê o art. 11 do Código Civil brasileiro que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Exemplo de limitação voluntária dos direitos de personalidade, prevista em lei, é a comercialização dos direitos autorais, que podem ser negociados livremente e, inclusive, transmitidos por herança. Contudo, os direitos de personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, desde que não sejam exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes. Por exemplo, alguém pode ceder, voluntariamente, seu direito à imagem para participar de um *reality show* ou revelar fatos de sua intimidade, em obra autobiográfica. (...) Do mesmo modo, pode-se afirmar que o *exercício* dos direitos de personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes nem gerais. Por exemplo: o direito aos alimentos, por ser decorrência do direito fundamental à vida, é irrenunciável, mas seus efeitos patrimoniais (como, v.g., o valor da pensão alimentícia) podem sofrer limitações voluntárias. (...) Afinal, caso determinados direitos fundamentais, em certas condições, especialmente nas relações horizontais entre particulares, não podem ser negociados e renunciados, estar-se-ia suprimindo a esfera da autonomia privada. Em outros termos, o exercício ou o não exercício dos direitos fundamentais de liberdade dos cidadãos decorre do próprio direito geral de liberdade, o qual permite que o seu titular deles possa dispor ou renunciar. Caso contrário, estar-se-ia negando o próprio direito à liberdade.

31

Dirigindo essa discussão para os interesses transindividuais do consumidor, é possível delimitar o problema objeto da pesquisa. O CDC criou um regime específico de tutela coletiva, a partir do art. 81, quando conceituou interesses difusos, coletivos (estrito senso) e individuais homogêneos. Nesse sentido, a maioria dos processualistas entende que esses interesses estariam afetos apenas e tão somente à tutela jurisdicional do Estado, pela via da ação civil pública, conforme regulado pela Lei n. 7347/85. Esse regime, sob essa ótica, irrigado por uma série de especificidades e novidades jurídicas, não seria compatível com a disponibilidade e liberdade próprias do sistema arbitral. E as objeções que se levantam como argumentos de resistência a tal conjugação sistêmica (arbitral-coletiva) não são frágeis, tendo como fundamento justamente a indisponibilidade de tais interesses, atributo perceptível em várias regras do CDC. O art. 103, por exemplo, prevê que a sentença que julga procedente ação coletiva para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos produz efeitos *erga omnes* e *ultra partes*. Seria possível aplicar a mesma regra a uma sentença arbitral que decide uma lide consumerista submetida à arbitragem? E quanto ao transporte *in utilibus* da coisa julgada? O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor permite aos interessados que não integraram o pólo ativo da ação coletiva



valer-se da autoridade da coisa julgada da sentença coletiva para promoverem suas execuções individuais. Trata-se de mais uma inovação trazida pelo CDC, própria ao regime das ações envolvendo interesses coletivos. Pergunta-se: poderia cogitar de tal benefício no âmbito da tutela arbitral e permitir que os legitimados que não participaram como partes do procedimento arbitral possam promover execuções individuais valendo-se da decisão do árbitro?

Vê-se, a partir dessas simples divagações, que vários são os obstáculos normativos, doutrinários e jurisprudenciais a transpor. Com efeito, sem querer defender a hipótese de que todo e qualquer litígio relativo a interesses difusos e coletivos seria passível de solução pela via arbitral, parece que, na busca do acesso à justiça, um lugar pode ser reservado à arbitragem, em situações concretas e específicas, observada a reserva de indisponibilidade de direitos fundamentais, em obediência às disposições Constitucionais e ao Estado Democrático de Direito.

Os indícios do aproveitamento vantajoso da solução arbitral de conflitos transindividuais são manifestos no direito ambiental. Tereza Cristina Gonçalves Pantoja (2006, p. 85) registrou essa possibilidade e o sucesso da iniciativa de submeter causas envolvendo interesses coletivos relativos ao direito ambiental à arbitragem em artigo intitulado Anotações sobre Arbitragem em Matéria Ambiental.

Graça Couto e Carvalho, (...), entendem que a tutela ambiental, em princípio, atende a interesse público, de caráter difuso, extrapatrimonial. Ocorre que, como os mencionados autores ressaltam expressamente, a ordem jurídica brasileira já flexibilizou as características de natureza difusa e indisponível da tutela ambiental, de molde a possibilitar à Administração Pública determinados negócios jurídicos capazes de evitar a instauração da ação civil pública. Dentre eles, estão o TAC – Termos de Ajustamento de Conduta.

Assim é que, na proposta feita ao particular, para que este firme um TAC com o Estado, fica patente a possibilidade de serem objeto de transação os efeitos patrimoniais conseqüentes à conduta danosa ou perigosa. Se não houvesse disponibilidade, até certa medida, do legítimo interesse tutelado pelo Estado, do meio-ambiente sadio, não poderiam tais TAC's ser propostos, nem cancelados.

O Poder Público tem alguma disponibilidade do bem jurídico consubstanciado no meio-ambiente sadio – o bem ambiental – na medida em que pode pactuar com o particular, num TAC, que algumas obrigações de preservação ambiental serão cumpridas em determinada escala, ou ao longo de certo período de tempo. O Poder Público pode tolerar certos inadimplementos residualmente relevantes, dentro de uma política de meio-ambiente determinada, priorizando o cumprimento daquelas outras obrigações mais factíveis, ou cujo inadimplemento produza um dano maior, ou mais imediato.

E conclui, mais adiante, a mesma autora (PANTOJA, 2006, p. 85):

Assim, a mesma obrigação de ressarcimento ou compensação pelo dano de natureza ambiental causado por ação ou omissão vem sendo contemplada na ordem jurídica com ênfase cada vez maior. Conseqüentemente, tratando-se em muitos casos de responsabilidade que pode ser imputada de modo solidário, não deve persistir qualquer dúvida no que toca à possibilidade ou cabimento do mecanismo arbitral, para a solução dos litígios surgidos como decorrência da obrigação de compensar danos ambientais. A arbitragem aí surgida diria respeito ao rateio da obrigação de ressarcir, assim como à determinação das condições técnicas para dimensionar o dano, sua causação *ex vi lege* e a mensuração dos mecanismos adequados à sua compensação.

Essa nova perspectiva, que viabiliza a solução arbitral, tem sido aplicada em outras áreas originariamente não afetas à arbitragem, como nas lides trabalhistas. Conforme ensina Antonio José de Mattos Neto (2002):

Devido a *Lex mercatoria* ser o conjunto de regras desvinculadas de qualquer fonte ou ordenamento jurídico nacional, divorciado de um sistema legal impositivo, sua utilização facilita, com vantagens, a solução de controvérsias dessa natureza.

Serve, também, o juízo arbitral, para solucionar lide de natureza trabalhista.

Nesse caso, há de se distinguir quando envolve conflito trabalhista de relação individual e coletiva. Quanto ao primeiro há de ser discutido o aspecto da disponibilidade ou indisponibilidade do direito do trabalhador. É certo que os direitos trabalhistas são indisponíveis, na medida em que o empregado não pode renunciá-los (...).

Quanto aos litígios trabalhistas de natureza coletiva, não pairam maiores dúvidas quanto à admissibilidade da arbitragem como mecanismo de solução conflitual. A Constituição Federal em seu art. 114 e parágrafos contempla tal hipótese de composição, pois as partes litigantes, *sponte sua*, podem se louvar de árbitros.

No entanto, o mesmo autor é cauteloso quanto à conjugação dos sistemas de tutela coletiva e tutela arbitral, justamente considerando o conceito de indisponibilidade dos interesses transindividuais. E complementa:

A transindividualidade conduz à indivisibilidade. Em virtude desse tipo de relação jurídico material, tais direitos são indisponíveis e, conseqüentemente, insuscetível de convenção arbitral. Já os direitos individuais homogêneos, em sendo divisíveis (porque individuais), quando patrimoniais, em princípio são disponíveis, e se prestam à arbitragem.

O art. 114, da Constituição Federal prevê expressamente que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Vê-se, pois, até mesmo a Constituição Federal tem alertado, desde dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, para o propósito de se instituir a arbitragem. E a primeira vez que tratou do assunto o fez justamente no âmbito de relações jurídicas, envolvendo interesses transindividuais trabalhistas.

Ora, se essa é uma perspectiva argumentativa, uma premissa válida para o direito ambiental e para o direito laboral, também o seria para justificar a utilização da arbitragem nas relações coletivas de consumo. O que dizer, por exemplo, da indiscutível atuação do Tribunal de Ética do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, nos processos (administrativos) instaurados por qualquer do povo, contra as publicidades enganosas e abusivas que se mostram em descompasso com as regras do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor. Não haverá um só estudante de direito capaz de dizer que a publicidade enganosa e abusiva, em si, são direitos difusos. Não seria igualmente crível afirmar que a atuação do CONAR, nessas situações de julgamento e aplicação de sanções, equivale ao julgamento de um Tribunal Arbitral? O Conselho Nacional de Autoregulamentação Publicitária, sabidamente, é pessoa jurídica de direito privado, uma entidade associativa, que estruturou um colegiado e criou regras específicas (tal qual um tribunal arbitral) para analisar e julgar denúncias de publicidades enganosas e abusivas. Instituiu-se um procedimento, observando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, e profere-se um julgamento, com aplicação de sanções (advertência, modificação ou sus-



pensão da publicidade, e multa). Não há, por outra via, notícias de que a legitimidade e legalidade da atuação do CONAR tenham sido questionadas, perante o Tribunal Constitucional (STF). Suas decisões sobre os interesses transindividuais (publicidade enganosa ou abusiva) são legitimamente acatadas pela sociedade e agências publicitárias. Este, com efeito, é o melhor exemplo que se tem, atualmente, de “arbitragem” de direitos transindividuais consumeristas, apesar do CONAR não ser, juridicamente, um tribunal arbitral e, portanto, não ter as suas decisões vinculadas às disposições da Lei n. 9.307/96.

Ambos os sistemas de tutela (arbitral e coletiva) são feixes de uma mesma jornada perseguida pela sociedade brasileira, no que diz respeito à pacificação social: a luta pela promoção do acesso à justiça. Mas a escassez de disposições normativas, e ainda um arraigado apego às concepções clássicas do processo, é razão de grande distanciamento dos processualistas à adoção de uma postura, pode-se dizer, tão arrojada.

3 ACERCA DE UMA PROPOSTA CONCILIATÓRIA A PARTIR DA HERMENEUTICA TÓPICA

A Constituição Federal de 1988 realizou profundas modificações no cenário jurídico nacional, dentre as quais a inserção da defesa do consumidor no art. 5º, inciso XXXII, capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, fazendo-a integrar o rol dos direitos e das garantias fundamentais, além de sua classificação como princípio geral da ordem econômica.

34

Nesse sentido, a preocupação constitucional era tamanha em promover a dignidade da pessoa, com vistas à superação das desigualdades nas relações de consumo, que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor para tutelar, específica, apropriada e efetivamente, os direitos das partes mais frágeis dessa modalidade de relação jurídica. Assim, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, norma de ordem pública e interesse social, que, conceituando consumidor e fornecedor e estabelecendo um novo paradigma normativo em diversas searas jurídicas, trouxe profundas modificações em vários regimes jurídicos, v.g., regime da responsabilidade civil, da ordem contratual, da legitimidade processual, e da coisa julgada. E também modificou o modal dos dispositivos legais, tornando-os mais abertos, vagos e imprecisos, ou seja, afetos à dinâmica própria das constantes modificações das relações consumeristas.

O que se tem percebido, a partir dessas pontuais modificações legislativas, nos últimos vinte anos, é uma gradual tentativa de adaptação dos mecanismos processuais para a solução de lides envolvendo interesses transindividuais.

Consolação dos afetos à tutela arbitral de interesses transindividuais são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2009):

As Reformas do Código de Processo Civil tiveram como objetivo central a aceleração da tutela jurisdicional e, como postura metodológica predominante, a disposição a liberar-se de poderosos dogmas plantados na cultura processualística ocidental ao longo dos séculos. O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome



dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismo que entravam à máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência. Nós, doutrinadores e operadores do processo, temos a mente povoada de um sem-número de preconceitos e dogmas supostamente irremovíveis que, em vez de iluminar o sistema, concorrem para uma justiça morosa e, às vezes, insensível às realidades da vida às angústias dos sujeitos em conflito.

Guardadas as peculiaridades de cada microsistema, arbitral, consumerista e coletivo, e desde que respeitadas as imposições constitucionais, essa nova perspectiva de conjugação seria uma via propositiva de acesso à justiça. Uma das alternativas para a defesa contra antinomias legais aparentes desses sistemas seria a utilização de um processo hermenêutico adequado, considerando, principalmente, o aspecto pragmático da interpretação, já que o objetivo de qualquer interpretação é deslindar as situações concretas postas.

De acordo com os ensinamentos de Lilian Barros de Oliveira Almeida (2010, p. 01), em artigo intitulado *O direito adquirido e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma construção tópica do direito*:

O termo *tópica* tem a sua matriz na expressão grega *topos*, correspondente à palavra latina *locus*, estando associada na língua portuguesa à noção de lugar-comum. Theodor Viehweg se propôs, em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, a empreender uma retomada, no campo do direito, do pensamento tópico, próprio da Antiguidade greco-romana, a fim de elaborar um tipo de análise da matéria jurídica que incorpore o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da ciência jurídica. (...) A tópica é uma técnica voltada à resolução de problemas. O raciocínio tópico situa-se no contexto das situações para as quais não há uma solução ou orientação decisória previamente estabelecida. Cabe, assim, àquele a quem se submete o problema oferecer uma alternativa plausível, que possa inclusive vir a servir de base para a solução de problemas semelhantes no futuro. (...) A tópica constrói as premissas a partir da análise dos problemas e tais premissas são tabuladas e organizadas logicamente. Assim, os sistemas encontram nos próprios problemas uma importante fonte de geração de suas premissas. Entretanto, o raciocínio tópico é, até certo ponto, incômodo para o homem moderno, uma vez que este é condicionado pelos sistemas dedutivos, que têm sua referência básica em axiomas indiscutíveis. (...) O raciocínio tópico manifesta-se não somente na interpretação, mas também no processo de aplicação do direito. Nele, a perspectiva estritamente sistêmica encontra vários obstáculos, sobretudo naquelas situações em que o acervo conceitual disponível é insuficiente para oferecer uma solução para o caso concreto. Logo, em tais circunstâncias, o aplicador do direito recorre com frequência a expedientes genuinamente de natureza tópica.

35

Quando se analisa o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, verifica-se que, em diversas oportunidades, o intérprete fica bastante a vontade para desenvolver análises tópicas de disposições normativas. A começar pelo próprio conceito de consumidor, estampado no 2º do Estatuto Consumerista, com a seguinte redação: “consumidor é toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza, produto ou serviço como destinatário final.”⁴ Ora, tem-se entendido que a expressão “destinatário final” significa o sujeito que adquire o produto ou serviço para fins

⁴ A doutrina diverge sobre como interpretar a expressão *destinatário final*. Para os maximalistas todo aquele que retira produto ou serviço da cadeia originária de produção é considerado final, daí porque afirmam que destinatário final é o destinatário fático. Já os finalistas exigem que o sujeito, além de retirar o produto da cadeia originária de produção, ainda o utilizem em caráter pessoal, não profissional, associando a expressão ao aspecto econômico.



personais, não profissionais. No entanto, a radicalização dessa concepção levaria à inaplicabilidade do CDC, porquanto cada vez mais é possível a aquisição de produtos e serviços bivalentes. Um notebook, por exemplo, pode ser adquirido para servir, ao mesmo tempo, para o desenvolvimento de atividades profissionais e em caráter pessoal. Enquanto insumo de produção, contudo, não estaria acobertado pela tutela consumerista. O significado da expressão “destinatário final”, portanto, indispensável para se aplicar o referencial normativo consumerista, o CDC, dependerá da associação de elementos linguísticos normativos com a situação concreta *sub examine*. Não pode ser prévia e abstratamente formulado, mas só é possível a partir de um dado momento, de uma circunstância, de uma situação concretamente apresentada. Qualquer seja a linha adotada é impossível se definir a condição de “destinatário final” sem apreciação da situação fática proposta, do problema em si mesmo considerado.

Essa é uma característica que permeia as principais disposições contidas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São proposições normativas abertas, pragmáticas, que dependem de avaliações interdisciplinares durante o processo de construção dos seus significados. Afora o já referido artigo 2º, do Código Consumerista, vários incisos do art. 4º e 6º, além dos artigos 12, 14, 18, 28, 31, 37, 39, 51, contêm textos que, com formulações linguísticas equívocas, que condicionam o intérprete, no momento da construção do sentido para a aplicação do direito, referenciam-se no problema do fato concreto, para dizer da aplicabilidade ou não do CDC, afastando-se da univocidade sacramentada a partir de um padrão prévio e dedutivamente estabelecido.

O próprio art. 81 é um referencial para o regime de tutela coletiva, porquanto ele conceitua e categoriza as espécies de direitos transindividuais, nos termos seguintes:

36

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A amplitude conceitual e a indeterminabilidade própria dos interesses difusos e coletivos (*strictu sensu*), previstos no art. 81, associadas aos conteúdos dispositivos dos artigos 1º e 4º do Código de Defesa do Consumidor, em um primeiro momento, podem parecer antitéticos à proposta da Lei de Arbitragem, voltadas para tutelar conflitos de índole privada. Como já exposto, o art. 1º da Lei 9.307/96 restringe aos direitos patrimoniais disponíveis a matéria a ser posta à arbitragem. O legislador delimitou o campo de atuação do juízo arbitral não apenas ao quesito da patrimonialidade, mas ainda à disponibilidade. Mas é inquestionável que esses limites conceituais devem ser analisados de forma mais abrangente possível, transcendidos os limites da interpretação gramatical, para que possam ser atendidos, realizados os objetivos desse diploma legal. Daí porque se tem amenizado o rigor da idéia de interesse patrimonial indisponível, desvinculando-a da noção de interesse individual econômico.



Debruçando sobre o tema, identifica-se na hermenêutica tópica-sistêmica uma alternativa para a solução dessa aparente antinomia existente entre os sistemas arbitral e coletivo, no âmbito da defesa dos interesses dos consumidores. É que quando a lógica-formal da dogmática jurídica tradicional não apresenta respostas de maneira eficaz, à questão da razoabilidade exigida nas soluções dos problemas jurídicos, mister se faz refletir acerca de novas fórmulas de se estudar as lides, não a partir do método subjuntivo, porém dos problemas à norma geral, em abstrato.

Viehweg⁵ teve o mérito de trazer para o contexto moderno do século XX a tópica, reabilitada em sua essência. Os tópicos são premissas compartilhadas que gozam de presunção de plausibilidade ou que, ao menos, passem aos ouvintes uma dada carga de verossimilhança argumentativa. Por não estarem hierarquizadas entre si, para um mesmo problema, mister se faz utilizar tópicos distintos; daí surgindo, portanto, resultados distintos.

Como a tópica parte dos problemas. O problema, portanto, leva a uma seleção de sistemas e em geral a uma pluralidade deles, com a noção de “sistemas abertos”, e a solução é buscada a partir de situações concretamente consideradas.

A possibilidade de conjugação do sistema arbitral e coletivo, no âmbito da seara consumerista, portanto, pode ser viabilizada casuisticamente, sob a perspectiva tópica. De acordo com os registros de Margarida Maria Lacombe Camargo (2001):

A tópica tornou-se referência obrigatória na metodologia do direito da segunda metade do século anterior. Poderíamos afirmar, inclusive, que com a apresentação da tópica aristotélica no direito moderno, por meio de Viehweg, na década de 50, verificou-se um deslocamento radical do eixo da discussão metodológica, até então fixado sobre o formalismo sistemático de índole lógico-dedutiva em que repousava o positivismo jurídico (...). O método sistemático, de tendência isolacionista, e que marcou o positivismo filosófico dos séculos anteriores não correspondia mais às perplexidades e inseguranças causadas por um mudo de novos e variados valores, notadamente quando as atrocidades do nazismo, cometidas sob a proteção da lei, mostraram que a lei nem sempre é justa. (...) Necessário então seria construir um novo modelo de legitimação para as decisões judiciais, o que só se tornaria possível quando reconhecida a natureza dialética e argumentativa do direito. A lógica formal, de feição cartesiana, não dava resposta satisfatória à razoabilidade exigida nas soluções jurídicas. Daí verificamos, na filosofia do direito do século XX, toda uma tendência em se resgatar a antiga arte retórica dos gregos e a prática jurídica dos romanos, para construir um modelo de fundamentação mais condizente à decisão jurídica, visando sua validade e eficácia.

37

A mesma autora anota as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr. quando apresentou o pensamento de Viehweg no prefácio que escreveu à tradução brasileira do livro *Tópica e Jurisprudência*, de 1979:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um

⁵ *Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos* é a considerada a principal obra de Theodor Viehweg, escrita em 1953, pela qual o autor tenta provar a aplicação da tópica aristotélica e ciceroniana no direito, através da análise feita da jurisprudência romana. Trata-se de uma tese que provocou e tem promovido profundas transformações na hermenêutica jurídica e teoria geral do direito.



conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras "fórmulas de procura" de solução de conflito.

Essa perspectiva, tópica, é, com efeito, a mais apropriada para instrumentalizar os afetos à tutela arbitral, na luta pelo reconhecimento da possibilidade de submeter conflitos envolvendo interesses transindividuais de consumo aos auspícios da Lei n. 9.307/96. A avaliação sobre o atributo da disponibilidade ou indisponibilidade dos interesses tutelados não pode ser feita, senão, em face da situação concretamente considerada. A definição acerca da existência ou não da característica da patrimonialidade, que permite acesso à tutela arbitral, somente existirá a partir da análise do problema posto, das variantes dos interesses considerados, e da reflexão profunda de supostas ou possíveis violações aos direitos fundamentais constitucionais.

Por fim, dizer da possibilidade ou impossibilidade da tutela arbitral de interesses coletivos, sem um debruçar mais reflexivo; adotar uma postura combativa com os punhos e olhos cerrados, não parece a postura mais apropriada. Novas perspectivas se desenham como propostas viáveis de soluções alternativas de conflitos. A tutela arbitral de interesses transindividuais consumeristas é uma das mais polêmicas. Certamente, o tema, objeto deste excerto, é um terreno fértil a novas reflexões e proposições, e merece atenção em face de sua evidente importância no atual cenário jurídico-processual nacional.

38

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. O direito adquirido e a jurisprudência do supremo tribunal federal: uma construção tópica do direito. **Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Direito Público**. Disponível em:

<<http://ojs.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/36/13>> Acesso em: 25 maio 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432>. Acesso em: 13 jan. 2010.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.



DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GONÇALVES, Eduardo Damião. O papel da arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos, *In: Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

JUNIOR, Cássio Penteado. Direitos patrimoniais disponíveis e as regras de julgamento na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: LTr, 2009.

NETO, Antonio José de Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Revista de Processo**. n. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PANTOJA, Teresa Cristina Gonçalves. Anotações sobre Arbitragem em Matéria Ambiental. **Revista de Arbitragem e Mediação**. n. 11. São Paulo: LTr, 2006.

REALE, Miguel. Crise da justiça e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. n. 05. São Paulo: Editora LTr, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

