

RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.050 - SP (2010/0062200-4)

RECORRENTE : JOSÉ BENEDITO DOS SANTOS
ADVOGADO : JERYCEIA ALVES CHAVES
RECORRIDO : MRV SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : RENATO PIRES BELLINI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. José Benedito dos Santos ajuizou ação em face da MRV - Serviços de Engenharia Ltda., alegando que adquiriu o imóvel descrito na inicial diretamente da Construtora, postulando a entrega da documentação para financiamento com o agente financeiro; cômputo e demonstração dos valores pagos ou devidos como sinal e/ou saldo devedor, devidamente atualizados; declaração de nulidade de diversas cláusulas, dentre elas a que estabelece a arbitragem; baixa da hipoteca; imissão na posse e condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O magistrado de piso julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade da cláusula compromissória de arbitragem e, em consequência, extinguiu o processo, relativamente a esse pedido, com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC e, com relação aos demais, porque reconhecida a validade da cláusula compromissória de arbitragem, extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VII, do estatuto processual (fls. 162-167).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

Contrato particular de promessa de compra e venda. Ação de obrigação de fazer, cumulada com anulação de cláusulas abusivas e indenização. Instituição de juízo arbitral em cláusula do contrato. Observância do disposto no artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei n.9.307/96. Ausência de nulidade a envolver a referida cláusula, notadamente à vista do disposto no artigo 51, inciso VII, da Lei n. 8.078/90. Cláusula que foi livremente avençada entre as partes, sem a sua imposição pela recorrida. Validade da convenção arbitral que, à luz do disposto no artigo 267, VII, do Código de Processo Civil, exigia a extinção do feito, sem resolução do mérito.
Sentença mantida. APELO IMPROVIDO.
(fls. 209-213)

Irresignado, interpõe recurso especial com fundamento no art. 105, III, a e c, do permissivo constitucional, por ofensa ao disposto nos arts. 4º da Lei 9.307/1996 e 2º,

Superior Tribunal de Justiça

3º, 6º, V, 51, IV e VII do CDC e 170 da CF (fls. 216-225).

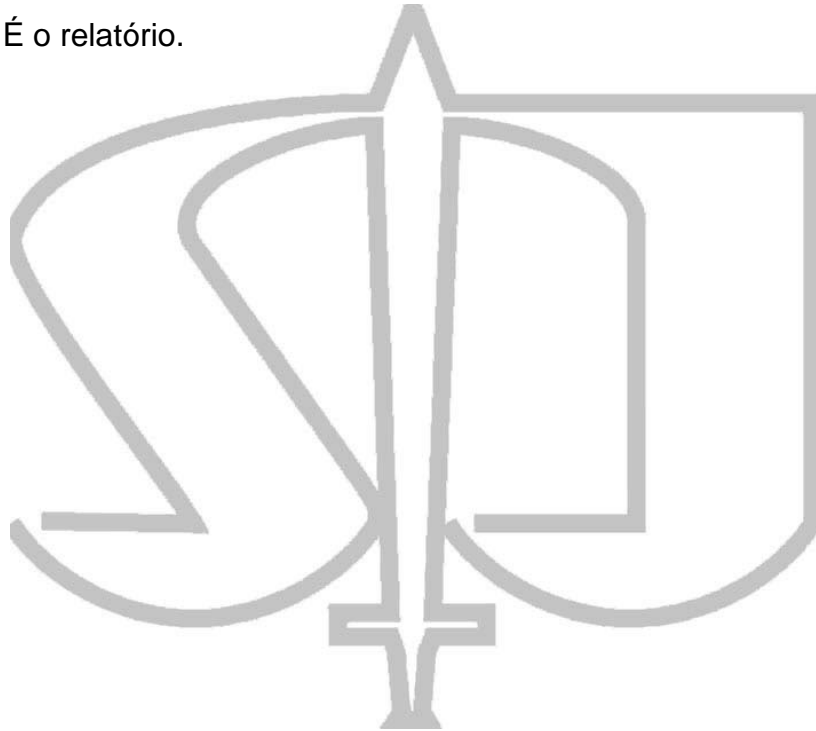
Sustenta que é abusiva a cláusula compromissória que, em contrato de adesão, institui juízo arbitral de forma compulsória ao consumidor.

Aponta que tem o direito a anulação das cláusulas contratuais abusivas, bem como indenização por danos materiais e morais, multa contratual pelo descumprimento no prazo da entrega do imóvel dentre outros.

Não foram apresentadas contrarrazões, consoante certidão à fl. 241.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade positivo na origem (fls. 242-243).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.189.050 - SP (2010/0062200-4)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : JOSÉ BENEDITO DOS SANTOS
ADVOGADO : JERYCEIA ALVES CHAVES
RECORRIDO : MRV SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : RENATO PIRES BELLINI E OUTRO(S)

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES.

1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti.

2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral.

3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

4. Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes.

5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção.

6. 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 peticionante 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 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.

7. 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.

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Recurso especial provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Cinge-se a controvérsia em analisar a validade de cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de adesão, notadamente quando há relação de consumo, qual seja a compra e venda de imóvel.

O magistrado de piso e o Tribunal de origem reconheceram a validade da cláusula arbitral, nos seguintes termos:

Preserva-se a r. sentença de fls. 155/160, que emprestou correto desate à presente demanda.

Com efeito.

As partes, com lastro na Lei n. 9.307/96, convencionaram o juízo arbitral para o equacionamento de todos os litígios derivados do contrato que firmaram (fls. 38, cláusula 11ª).

Em documento apartado (fls. 39), observou-se o disposto no artigo 4º, parágrafo 2º, do referido diploma legal.

De outra parte, a referida cláusula não padece de qualquer nulidade, especialmente diante do disposto no artigo 51, inc. VII, do Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula, pelo que se extrai da inicial, foi livremente pactuada entre as partes (fls. 10); tampouco nada se alegou sobre eventual imposição do juízo arbitral pela recorrida.

Válida, portanto, a cláusula em questão, invocando-se, sem maiores delongas, a lição de NELSON NERY JUNIOR, ajustável à hipótese dos autos: "... 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)" (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 8ª Edição, Forense Universitária, página 582).

E havendo válida convenção de arbitragem (fls. 39), a extinção do feito, sem resolução do mérito, era mesmo de rigor, na forma estabelecida no artigo 267, inciso VII, o código de Processo Civil.

3. Como sabido, a arbitragem é técnica de solução de conflitos em que os conflitantes buscam terceira pessoa, um árbitro, para a solução imparcial do litígio, de relevo constitucional (CF, art. 114, §§ 1º e 2º), tendo se mostrado em importante instrumento de resolução de conflitos no Brasil, notadamente com o advento da Lei n. 9.307, de 1996, que se erigiu como marco legal do instituto.

Não obstante se tratar, em sua gênese, de forma convencional de solução de conflitos, a arbitragem ostenta natureza jurídica de "jurisdição", o que se infere de diversos dispositivos da Lei 9.307/1996 (arts. 18 e 31) e da jurisprudência do STJ, pela qual "a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional" (CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe de 03/04/2014).

Insta ressaltar que a Lei de Arbitragem foi declarada constitucional pelo Pretório Excelso, em cuja ocasião também foi consignado que, instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não enseja interferência alguma no princípio constitucional da inafastabilidade do Estado-Juiz assegurado pelo art. 5.º, XXXV, da Carta Maior.

Assim, com a edição da Lei de Arbitragem, o instituto assumiu patamar inédito, porquanto o fortalecimento da cláusula compromissória ensejou a equiparação dos efeitos da sentença arbitral aos da decisão judicial, *o que teve como corolário a exclusão da jurisdição estatal a partir da instauração do Tribunal Arbitral e a autonomia*

dos árbitros.

Aliás, trata-se de medida incentivada pelo Estado e com previsão expressa no novo diploma processual que em breve estará em vigor, *verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º **É permitida a arbitragem, na forma da lei.**

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º **A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.**

Nessa ordem de ideias, o STJ vem, seguindo os ordenamos jurídicos mais modernos, prestigiando esta forma de solução de conflitos.

Confira-se:

i) edição da **Súmula 485**: "**a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes de sua edição**" em que a Corte consagrou o entendimento de que as disposições contidas na Lei 9.307/96 têm incidência imediata nos contratos em que houver cláusula arbitral, inclusive naqueles celebrados anteriormente à sua vigência, tornando ultrapassada a jurisprudência que entendia pela não retroação;

ii) reconhecimento de que "**são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste**" (REsp 612.439/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006);

iii) reconhecimento da existência de poderes cautelares aos árbitros (sendo impedido apenas no que toca à execução da medida de urgência), tendo-se decidido que "**na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da**

jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar". (REsp 1297974/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012);

iv) em sede de recurso repetitivo, o Tribunal da Cidadania definiu a tese de que "no âmbito do cumprimento de sentença arbitral condenatória de prestação pecuniária, a multa de 10% (dez por cento) do artigo 475-J do CPC deverá incidir se o executado não proceder ao pagamento espontâneo no prazo de 15 (quinze) dias contados da juntada do mandado de citação devidamente cumprido aos autos (em caso de título executivo contendo quantia líquida) ou da intimação do devedor, na pessoa de seu advogado, mediante publicação na imprensa oficial (em havendo prévia liquidação da obrigação certificada pelo juízo arbitral)" (REsp 1102460/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2015, DJe 23/09/2015). Segundo a Corte, o afastamento da multa de 10% (dez por cento) prevista no artigo 475-J do CPC "no âmbito do cumprimento de sentença arbitral de prestação pecuniária representaria um desprestígio ao procedimento da arbitragem (tornando-a um *minus* em relação à jurisdição estatal), olvidando-se de seu principal atrativo, qual seja, a expectativa de célere desfecho na solução do conflito";

v) admitiu-se a possibilidade de o árbitro proferir sentença arbitral parcial, compreendida esta como o ato dos árbitros que, em definitivo, resolve parte da causa, com fundamento na existência ou não do direito material alegado pelas partes ou na ausência dos pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional pleiteada. (REsp 1519041/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015);

vi) no procedimento arbitral, consentiu-se pela validade do ato processual realizado via postal, desde que haja prova inequívoca do recebimento da correspondência, haja vista que a citação não se efetiva por meio de carta rogatória (SEC 8.847/EX, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2013, DJe 28/11/2013);

vii) concordou o colegiado ser certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem (REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe de

19/06/2013).

viii) entendeu-se como **possível o levantamento de valores da conta vinculada do FGTS em litígio trabalhista solucionado por sentença arbitral** (REsp 777.906/BA, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 14/11/2005).

4. Ocorre que, quando o assunto é convenção de arbitragem instituída em contratos de adesão, a jurisprudência do STJ vem sendo um pouco mais reticente, rechaçando a cláusula arbitral relacionada à relação de consumo.

Nesse sentido:

PROMESSA COMPRA E VENDA IMÓVEL. NULIDADE SENTENÇA. INEXISTENTE. CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. ABUSIVIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 5 E 7.

- A extinção do processo por falta de complementação de custas processuais só pode ser decretada após a intimação pessoal da parte.

Precedentes.

- **É nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor.**

- Não se considera força maior o inadimplemento pelo atraso na entrega da obra pela empresa devido a inadimplemento dos outros promitentes compradores.

- O inadimplemento de outros compradores não constitui força maior para justificar atraso na entrega de imóvel a comprador em dia com a amortização do preço.

(REsp 819.519/PE, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 05/11/2007)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ADESÃO. VEDAÇÃO DE IMPOSIÇÃO COMPULSÓRIA DE CLÁUSULA ARBITRAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE LIVRE PACTUAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCLUSÃO DE UTILIZAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO TRIBUNAL A QUO. DESLINDE DA CONTROVÉRSIA RECAI EM REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 5, DESTA CORTE.

I. Vedada a imposição compulsória de cláusula arbitral em contratos de adesão firmados sob a vigência do código de defesa do consumidor.

II. Acórdão recorrido que conclui pela utilização compulsória da cláusula arbitral, por parte da recorrente, não pode ser desconstituído nesta Corte sem o necessário reexame de cláusulas contratuais, hipótese vedada pela Súmula n. 5-STJ.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no Ag 1101015/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011)

No entanto, recentemente, a Terceira Turma, em julgamento de vanguarda, reconheceu não haver antinomia entre os dispositivos da LArb e o CDC, autorizando a

instauração do procedimento arbitral, mesmo em se tratando de relação de consumo, quando fosse relacionado a eventual litígio futuro e que houvesse consenso das partes.

O acórdão foi assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CABIMENTO. LIMITES.

1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.

2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.

3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1169841/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 14/11/2012)

Na oportunidade, o voto condutor asseverou que:

Naquela ocasião, porém, não se analisou a questão especificamente à luz do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, cuja redação dá margem a questionamentos quanto à possível revogação do art. 51, VII, do CDC.

A resposta a essa indagação exige remissão ao art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC), segundo o qual a revogação de lei pode ser expressa ou tácita.

Na primeira hipótese, a Lei nº 9.307/96 deveria ter explicitamente disposto acerca da revogação do art. 51, VII, do CDC, o que não ocorreu.

Por outro lado, no que tange à revogação tácita, esta ocorre em duas situações: quando a lei nova regular por completo a matéria tratada na lei anterior – hipótese de que não se cogita na espécie – ou quando a norma anterior for incompatível com a lei nova.

Dessa forma, a questão se resume em verificar se há incompatibilidade entre o art. 51, VII, do CDC e os dispositivos da Lei de Arbitragem, notadamente o seu art. 4º, § 2º.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que estabeleceu como regra geral a

obrigatoriedade de se respeitar a convenção arbitral, a Lei nº 9.307/96 criou mecanismos para proteger o aderente que, ao firmar contrato de adesão, se vê impossibilitado de discutir as cláusulas contratuais, que lhe são impostas unilateralmente pelo proponente.

Para tanto, o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 dispõe 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 sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Assim, da confrontação dos arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, constata-se que a incompatibilidade entre os dispositivos legais é apenas aparente, não resistindo à aplicação do princípio da especialidade das normas, a partir do qual, sem grande esforço, se conclui que o 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 versou apenas acerca de contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII, do CDC, às hipóteses em que o contrato, mesmo que de adesão, regule uma relação de consumo.

Na realidade, com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) a regra específica, aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, incidente sobre contratos sujeitos ao CDC, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.

Note-se, por oportuno, que essa circunstância não impede a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo.

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.

Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. **Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada.**

Tanto é assim que a redação aprovada pelo Senado Federal para o art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 foi de que “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”. Em outras palavras, a instauração da arbitragem pelo aderente vincularia o proponente, mas a recíproca não seria verdadeira, isto é, a proposta de instauração da arbitragem pelo proponente dependeria da aceitação expressa do aderente. A ideia era evitar a utilização abusiva da cláusula em contratos de adesão.

Prevaleceu, porém, a redação emendada pela Câmara, que teve a intenção de resguardar a plena eficácia do CDC, mas que pecou na técnica redacional, acabando por dificultar a exegese da norma e, por consequência, a defesa do aderente.

Carlos Alberto Carmona bem observa que a subemenda da Câmara “não teve o mérito de aumentar a proteção do oblato, e acabou, por atecnia, causando amplo malefício, mitigado pelo fato de não ter sido revogado o art. 51, VII, do CDC”.

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.

Friso, por fim, que o raciocínio ora construído não conflita com o art. 34 da Lei nº 9.514/97, suscitado pelas recorrentes, segundo o qual “os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem”.

Realmente, não se vislumbra incompatibilidade. Em primeiro lugar, porque nada impede que, em financiamentos imobiliários não sujeitos ao CDC, se estipule, desde o início, a utilização da arbitragem.

Em segundo lugar porque, havendo relação de consumo, prevalecerá a regra acima delineada, de que a efetiva instauração do procedimento arbitral se sujeite à posterior concordância das partes, por ocasião do surgimento do conflito de interesses, o que não é vedado pelo art. 34 da Lei nº 9.514/97, que, além de prever a arbitragem como mera faculdade ou alternativa, não fixa o momento em que deverá ser definida a sua efetiva utilização.

5. Diante desta nova linha adotada no julgado antes referido, e considerando a nova composição da Segunda Seção, a moderna hermenêutica processual e constante aprimoramento dos posicionamentos jurisprudenciais desta Corte - inclusive valendo-me do que prevê o novo CPC e da atualização efetivada pela Lei n. 13.129/2015 na LArb -, penso ser conveniente avançar um pouco mais no reexame da questão, notadamente para conciliar a Lei n. 9.307/1996 com os ditames do CDC, conferindo máxima efetividade as normas, sem que haja mitigação de qualquer direito do consumidor e, da mesma forma, sem deixar de estimular o uso da arbitragem.

Deveras, um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo, inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti, sendo um de seus princípios justamente :

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: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

[...]

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**;

Não se pode olvidar, por outro lado, que o art. 51 deste Código assevera serem **nulas** de pleno direito "as **cláusulas contratuais** relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - **determinem a utilização compulsória de arbitragem**". A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver **compelido** a consentir com qualquer cláusula arbitral.

Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva.

Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, justamente porque nesses contratos prevalece a "desigualdade entre as partes contratantes: basicamente, uma das partes, o peticitante, impõe à outra - o oblato - as condições e cláusulas que previamente redigiu. Não existe, assim, discussão a respeito do teor do contrato e suas cláusulas, de modo que o oblato cinge-se a anuir à proposta do peticitante" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 106).

Estabelece o art. 4º da Lei de Arbitragem:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 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.

Como se vê, nas situações envolvendo contrato de adesão, o legislador buscou favorecer o contratante economicamente mais fraco, impondo maior rigor formal na estipulação de cláusula compromissória e, ao mesmo tempo, evitando que a parte

mais forte impusesse ao oblato a adoção da arbitragem como forma de solução de eventual conflito.

Verifica-se, pois, a meu juízo, não haver realmente incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96.

No entanto, ao contrário do asseverado pelo lisonjeado precedente da Terceira Turma, penso que o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307/96 não se limita aos contratos de adesão genéricos, haja vista que, como visto, a norma não fez nenhum tipo de restrição ou exceção; assim, quando fala em contratos de adesão, por óbvio, parece que está também a englobar as relações de consumo, desde que sejam respeitados, além dos requisitos definidos em lei, os direitos e garantias previstos no CDC.

No ponto, é lapidar a lição de Nelson Nery:

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.

Existem vários dispositivos no Código dos quais exsurge clara a regra sistêmica de que as deliberações referentes à relação jurídica de consumo não podem ser tomadas unilateralmente por qualquer das partes. Portanto, no sistema do Código, configura-se como abusiva, por também ofender o escopo deste inc. VII, a cláusula que deixar a critério exclusivo e unilateral do fornecedor não somente a escolha entre jurisdição estatal e jurisdição arbitral, como também a escolha do árbitro. A opção pela solução do litígio no juízo arbitral, bem como a escolha do árbitro, é questão que deve ser deliberada equitativa e equilibradamente pelas partes, sem que haja preeminência de uma sobre a outra.

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*).

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

Com efeito, visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade.

Isto é, só haverá falar em eficácia da cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o oblato/consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto, confirmando a intenção da eleição de outrora.

Ademais, é sabido que há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. É o que assinala a doutrina especializada:

"De fato, na maioria dos casos, o consumidor é a parte frágil em relação ao prestador de serviços ou ao fornecedor; daí a razão da lei protetiva. **Entretanto, essa nem sempre será a realidade, sendo, pois, fundamental que o intérprete aprecie a situação concreta. Afinal, para citar um conceito aristotélico, deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida justa de suas desigualdades. Visto o tem de outra forma, conferir tratamento desigual a duas partes iguais (como, eventualmente, podem ser consumidor e fornecedor) acarreta o mesmo abuso que a Lei do Consumidor deseja evitar. Na verdade, mais inteligente será sempre avaliar a fragilidade da parte na sua concretude, pois, idealmente, protege-se a parte débil e não há motivo para se proteger quem não necessita de proteção. Eis o motivo pelo qual se revela fundamental identificar a hipossuficiência".**

[...]

A diversidade de hipóteses serve de alerta ao intérprete, que não deve render-se a preconceitos ou modelos, revelando-se fundamental uma análise da situação concreta para oferecer a resposta em harmonia com os valores que se pretendem proteger.

(NEVES, José Roberto de Castro. *Arbitragem nas relações de consumo - uma nova esperança in: arbitragem e mediação*: Caio Cesar Vieira Rocha, Luis Felipe Salomão (coordenação). São Paulo: Atlas, 2015, p. 195 e 198).

Deveras, a meu juízo não haverá nulidade da cláusula se o fornecedor demonstrar que não impôs a utilização compulsória da arbitragem, ou também pela ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção do consumidor.

Tomemos, v.g., duas grandes sociedades empresárias realizando um negócio jurídico em que uma delas se qualifica como consumidora, devidamente assistidas por advogados, sendo que, no momento da formação do contrato (padrão) pactuam cláusula arbitral. Nessa situação, não há razão para se conhecer qualquer nulidade do dispositivo, mesmo em se tratando de contrato de adesão em uma relação

de consumo.

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 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.

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.

6. Não se pode deixar de considerar, ainda, que referido posicionamento não contrasta com o fundamento dos vetos conferidos pela Presidência da República aos novos parágrafos sugeridos para aprimoramento da LArb.

Realmente, em 2015, promulgou-se a Lei n. 13.129 que buscou alterar e atualizar tanto a Lei n. 9.307/1996 como a Lei n. 6.404/1976 para, dentre vários objetivos, "ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem", tendo a justificação daquele normativo assentado que:

Decorridos mais de 17 anos de sua edição, a Lei de Arbitragem se deparou com o avanço de novas tecnologias, profundas alterações legislativas no campo processual e a jurisprudência que vem se formando em torno do instituto, o que fez exsurgir a necessidade de seu aperfeiçoamento. Ademais, as experiências positivas obtidas com a utilização da arbitragem recomendam a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, contribuindo para a redução de ações judiciais no Poder Judiciário, na medida em que carrega perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada com o decantado volume de processos. Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação do Brasil no cenário internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal.

[...]

A proposta autoriza a utilização da arbitragem nas relações de consumo, restrita aos casos em que o próprio consumidor tome a iniciativa de invocar o instituto.

[...]

Em suma, a proposta preserva a estrutura principal da atual Lei de Arbitragem, apresenta melhorias pontuais em seu texto e procura, a um só tempo, estender a sua aplicação a outras formas de relações jurídicas, fortalecer e aperfeiçoar esse eficiente instituto de pacificação social.

Nesse sentido, aquela Comissão de Juristas reduziu o texto do § 2º e tentou incluir um § 3º no art. 4º da LArb, visando esclarecer definitivamente, diante das dúvidas que sobejavam, a possibilidade da arbitragem nos contratos de consumo, *verbis*:

§ 2º Nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado.

§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição.

A doutrina, ao comentar as propostas à LArb, asseverou:

Diante da clareza da redação sugerida, resulta mais do que evidente que a arbitragem, em tais situações, é condicionada exclusivamente à autonomia da vontade do consumidor, ou seja, a arbitragem somente será deflagrada se o consumidor escolher tal via ou se anuir, de forma explícita, à sua instauração.

O processo arbitral, desse modo, passa a ser mais uma alternativa à disposição do consumidor, não podendo jamais ser concebida como ameaça aos seus direitos! É dizer: quanto mais rico for o instrumental para a tutela dos direitos, mais aperfeiçoado é o respectivo ordenamento jurídico.

Relembro que este alargamento da arbitragem, implicativo de maior proteção e defesa do consumidor, obteve consenso unânime entre os componentes da referida Comissão de Juristas, que agora vem prestigiado pelo Congresso Nacional.

Não se deve ter qualquer receio, pois, de inclusão da cláusula de arbitragem em contratos de adesão, regendo relação de consumo, uma vez que sempre caberá ao consumidor ditar a última palavra.

Descortina-se assim importante caminho legal para que o consumidor possa encontrar solução mais rápida e eficiente para a satisfação de seu direito, sobretudo naquelas situações nas quais o objeto do litígio ostenta significativo valor econômico.

(TUCCI, José Rogério Cruz e. *Nova arbitragem preserva autonomia da vontade do consumidor.* Disponível em <<http://www.conima.org.br/arquivos/3313>. Acesso em: 25 de fev. 2016)

Acontece que os dispositivos foram vetados, tendo-se retornado a confusa e dúbia redação atual do § 2º. Na Mensagem de Veto n. 162, externou-se as seguintes razões:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. **Com isso, autorizariam, de forma ampla, a**

arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço de arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor. (<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em 25 fev. 2016)

Como se percebe, a exegese conferida no presente voto contempla tanto os anseios da moderna doutrina processual, como as preocupações externadas na mensagem de veto do Poder Executivo, com amparo no Código de Defesa do Consumidor.

Em verdade, sempre será possível a pactuação da arbitragem, desde que a livre manifestação do consumidor seja mantida no tocante ao meio de solução da controvérsia.

Por fim, é ainda de se considerar que a Lei n. 9.514/1997, lei de regência do Sistema Financeiro Imobiliário, em seu art. 34, dispõe expressamente que: "os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996".

7. A situação não é diferente se examinada a questão à luz do direito comparado.

Nesse passo, "**nos Estados Unidos, país que melhor simboliza o respeito e a defesa aos direitos do consumidor, a arbitragem é o procedimento mais utilizado para solucionar conflitos existentes nas relações de consumo.** A agilidade e informalidade, entre outras qualidades do procedimento arbitral, têm enorme valia para resolver os litígios que advêm dessas relações". (NEVES, José Roberto de Castro. ob. cit., p. 189).

No que tange à Europa e à Argentina, assevera a doutrina, em estudo específico sobre o tema, que:

A União Européia é uma das regiões do mundo que maior empenho tem dado à propagação e à efetiva utilização das ADRs em relações de consumo. Em 04 de janeiro de 1985, o Conselho expediu importante memorandum sobre o acesso dos consumidores à Justiça, em que se propugnou por sistemas jurídicos simplificados, entre eles, a conciliação, mediação e arbitragem. Já, em 1987, o Comitê de Ministros Europeus adotou a Recomendação (86) 12, com o objetivo de diminuir as demandas judiciais. Em 1994, o Parlamento Europeu expediu Resolução para promover a arbitragem em todas as questões jurídicas possíveis (JOCE nº C 205, de

23.07.94).

Especificamente na área de relações de consumo a matéria foi disposta na Resolução do Conselho de Ministros de Consumidores das Comunidades Europeias de 13.07.92 (JO nº C 186/01 de 23.07.92). Em 1993, foi publicado o denominado Livro Verde sobre acesso dos consumidores à justiça e solução dos litígios de consumo no mercado único [COM (93) 576 de 16.11.93], com o objetivo de facilitar o acesso à justiça pelos consumidores, a necessidade de proteção e para corrigir as desigualdades frente aos poderes do mercado. Em decorrência do Livro Verde desencadeou-se o Plano de Ação de Acesso à Justiça, aprovado em 1996. O objetivo primordial deste Plano foi o de expender recomendação para melhorar o funcionamento dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos de consumo, verificando-se a necessidade de que os Estados Membros introduzissem mecanismos adequados para que os consumidores pudessem reclamar de modo rápido, eficaz e fácil seus direitos comunitários e os referentes às transações transfronteiriças.

Em decorrência foram analisados os diversos sistemas judiciais e extrajudiciais coletivos e individuais para solucionar conflitos de pequenas quantias tendo originado diversas iniciativas dos Estados no sentido de aprimorar suas instituições jurídicas. Em 1998, pelo Comunicado [COM (1998) 198 final], foi efetuado diagnóstico do setor, estipulando os principais problemas e dificuldades que os jurisdicionados encontravam para recorrer aos tribunais judiciais. Reiterou-se a necessidade de facilitar o acesso à justiça por parte dos consumidores em decorrência das desigualdades frente aos poderes do mercado, a necessidade de proteção, o excessivo custo dos processos judiciais (comparado com as quantias em litígio), a falta de familiaridade do consumidor com o jargão jurídico e os tribunais (rígido formalismo do procedimento e demora dos processos), etc.

Adveio, assim, a aprovação da Recomendação 98/257/CE, considerada a disposição fundamental e mais importante de incentivo às ADRs na UE. Este documento estabeleceu os princípios aplicáveis aos órgãos responsáveis pelas soluções extrajudiciais de litígios em matéria de consumo, tais como, os princípios da independência, transparência, contraditório, liberdade (aceitação expressa e voluntária), etc.

Em decorrência dos avanços tecnológicos foi editada a Diretiva sobre Comércio Eletrônico (DOCE de 27.02.2000), que no art. 17 estabeleceu que os Estados devem facilitar a solução extrajudicial de litígios, inclusive utilizando os meios eletrônicos e garantindo procedimentos adequados às partes envolvidas. O objetivo desta iniciativa é instituir uma Rede Extrajudicial Europeia. Avançando neste setor, em 04.04.2001, surgiu a Recomendação referente à Solução de Conflitos Resultantes do Comércio Eletrônico observando que “a utilização do correio eletrônico e as práticas comerciais dos consumidores potencializarão a busca de mecanismos práticos, eficazes e [menos] onerosos para obter uma reparação e/ou indenização, sendo precisamente a utilização dos meios eletrônicos, instrumento que permita alcançar estes fins. Para isso deverá ser potencializada a confiança dos consumidores em colaboração com a indústria e o os Estados membros.” (tradução livre).

Neste sentido impende observar que recentemente a Espanha editou Lei que dispõe sobre os serviços da sociedade de informação e do comércio eletrônico, Lei 34/2002 de 11 de julho (BOE nº 166, de 12.07.02, p. 25.388), cujo Título V regula a solução judicial e extrajudicial de conflitos, prevendo a possibilidade de recorrer a arbitragem do sistema nacional de arbitragens de consumo (art.32).

Destarte, com o relatado acima verifica-se quão imperiosa é a participação do Estado como agente fomentador e disseminador dos meios de solução de conflitos extrajudiciários para as relações de consumo. A experiência europeia mostrou-se extremamente exitosa, encontrando-se hoje implantada a denominada Rede Extrajudicial Europeia. No continente sul-americano a Argentina verificando o sucesso encontrado na Espanha e atentando para sua legislação consumerista, que a par da brasileira fomenta a solução extrajudicial de controvérsias, editou o decreto nº 276/98, que instituiu o Sistema Nacional de Consumo. Registra-se intensa atividade na área, o que se pode aferir pelo número crescente de casos levados a estes órgãos especializados, que em 2002 registrou a expedição de 2.698 sentenças arbitrais.

(LEMES, Selma Ferreira in <<http://selmalemes.adv.br/artigos/arbitragem%20e%20direito%20do%20consumo.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2016)

José Cretella Netto também assevera que:

A *Ley* espanhola também contém previsão especial para a validade da cláusula em contratos de adesão, estabelecendo que sua validade e interpretação deverão ser conforme 'lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato' (art. 9.2)

Preocupação de mesma ordem a do legislador alemão, que determinou a obrigatoriedade da assinatura de próprio punho das partes em convenção de arbitragem na qual um consumidor for uma delas (art. 1.031 do ZPO)

(*Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 57)

8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo - promessa particular de compra e venda de imóvel - entre o adquirente e a construtora, em que fora estipulada cláusula compromissória em que as partes elegeram o órgão arbitral (TAESP - Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo).

No tocante à licitude da cláusula, asseverou o juízo (fl. 166):

Na espécie, o documento de fls. 39 comprova que o autor concordou, expressamente, com a instituição da arbitragem prevista na cláusula 11 do contrato (fls. 38), fazendo-o por escrito, em documento anexo, com assinatura especialmente para a cláusula.

É dizer: a cláusula compromissória de arbitragem em tela não é inválida, razão pela qual o pedido de declaração de nulidade da referida cláusula não comporta acolhimento.

Dessarte, apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da

Superior Tribunal de Justiça

pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela.

Assim, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral.

9. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para que prossiga no julgamento do feito, afastada a cláusula arbitral.

É o voto.

