



TUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA O DO CONSUMIDOR

Av. Brigadeiro Luiz Antônio, 22, Sala 104-1,
SP, Tel. (011) 3106-7411 - Fax. 3107-3821

brasilcon@uol.com.br

31A (trihênio 1998-2000)

dente: Claudia Lima Marques
ente: João Batista de Almeida

ssidente: Rosana Grimberg

real: Adalberto de Souza Pasquolotto

nceira: Maria Ines Fornazaro

ti: Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida

na Vieira de Mello, Antonio Joaquim Fernandes Neto

ção: Ronaldo Porto Macedo Junior

Diretores de Assuntos Legislativos: Fátima Nancy Andriighi, Antonio Ezequiel de Araújo Neto

Diretor de Apoio à Universidade, Pesquisas e Projetos: Alberto do Amaral Junior,

José Reinaldo de Lima Lopes

Diretores de Apoio à Magistratura: Eladio Luiz da Silva Lecey, Luiz Felipe Salomão

Diretores de Apoio ao Ministério Público: Rodrigo Janóti Monteiro de Barros, Marco Antonio Zanellato

Diretores de Apoio à Advocacia Pública: Mariângela Sarubbo, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Diretores de Apoio às Associações de Defesa do Consumidor:

Dulce Soares Ponte Lima, Andrea Lazzarini

Diretor de Assuntos Internacionais: Antonio Herman V. Benjamin

Diretora de Apoio à Advocacia dos Consumidores: Evelena Boverring

Diretores da Comissão Permanente de Responsabilidade Civil do Fornecedor: Gustavo José

Mendes Tepedino, Silvio Luis Ferreira da Rocha

Diretores da Comissão Permanente de Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas: Paulo Luiz

Neto Lobo, Fides Angelica Ormatti

Diretores da Comissão Permanente de Acesso à Justiça: Rodolfo de Camargo Mancuso,

Voltaire de Lima Moraes

Diretores da Comissão Permanente Meio Ambiente e Consumidores:

Ivete Senise Ferreira, Roberto Senise Lisboa

Diretores da Comissão Permanente de Controle de Marketing: Antonio Janyr

Dail' Agnol, Maria Elisabete Vilaça Lopes

Diretor da Comissão Permanente de Concorrência: João Bosco Leopoldino da Fonseca

Diretora da Comissão das Câmaras Técnicas: Maria Lúcia Zúlske

Diretores da Região Sul: Marcos Galiano Daros, Sandra Berenice Ferrari Turra, Márcio Campos

Diretores da Região Sudeste: Líneu Bonora Belnado, Geraldo de Faria Martins da Costa

Diretores da Região Nordeste: Virgílio Fernandes Macedo Junior, Raimundo Gomes de Barros

Diretores da Região Norte: Liana Mendonça de Souza

Diretores Regional Centro-Oeste: Otlando Perri

CONSELHO FISCAL

Wilson C. Podysz, Francisco José Moesch, Nilido Nery dos Santos, Carlos Alberto Salles,

Lea Barbosa Vianna Freire, Ricardo Arnaldo Malheiros Flúza

CONSELHO CONSULTIVO

Eduardo Arruda Alvim, Marielena Lazzarini, Paulo Salvador Frontini, Thereza Celina Arruda Alvim Warmbier,

Lucia Pacifico, Sidnei Agostinho Benetti, Teresa Ancona Lopes, Antonio Carlos Marcató,

Silma Mendes Berti, Adriano Perácio de Paula, James Martins, Deise Gogliano,

Onélia Setúbal Queiroga, Antonio Elias Queiroga, Josué Rios, Gilberto Martins,

Antonio Guilherme Tanger Jardim, Luciano D'Ávila, Kazuo Watanabe

ISSN 1415-7705

REVISTA DE

DIREITO

DO

CONSUMIDOR

32

OUTUBRO-DEZEMBRO - 1999

EDITORA **FTF**
REVISTA DOS TRIBUNAIS

DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MERCOSUL: ALGUMAS SUGESTÕES FRENTE AO IMPASSE¹

CLAUDIA LIMA MARQUES

1.2

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Estrágio atual da proteção do consumidor através do Mercosul; 2.1 Evolução da proteção do consumidor no Mercosul até a Res. 126/94; 2.1.1. A prática na harmonização em matéria de direito do consumidor; 2.1.2. A Res. 126/94 como base do sistema e o *standard* internacional de proteção aos consumidores; 2.2 Evolução após a Res. 126/94; 2.2.1 O recusado projeto de Protocolo Comum de Defesa do Consumidor; 2.2.2 As demais resoluções do GMC e a declaração política dos presidentes – 3. Trabalhos futuros do CT 7 e elaboração de uma declaração de direitos do consumidor no Mercosul; 3.1 Retomar os tratados já assinados que protegem o consumidor e o Protocolo de Santa Maria; 3.1.1 Valorizar e difundir os trabalhos da Reunião de Ministros da Justiça; 3.1.2 O Protocolo de Santa Maria; 3.2 Sugestão de uma nova Resolução sobre contratos de *time-sharing* ou multipropriedade no Mercosul; 3.2.1 Complexidade deste contrato de consumo normal no Mercosul; 3.2.2 Diversidade de direitos garantidos aos consumidores nas legislações do mundo e inexistência de legislação sobre a matéria no Mercosul – 4. Observações finais e Proposta de Resolução mínima

1. Introdução

Estamos vivendo um impasse. Desde novembro de 1997, quando o Mercosul através do lamentável Projeto de Protocolo Comum de Defesa del Consumidor quase revogou 26 normas do Código de Defesa do Consumidor brasileiro

27 de outubro de 1998,³ a Argentina modificou substancialmente sua lei de 1993⁴ e pensa mesmo em aprovar um novo Código Civil, apenas o Uruguai não conseguiu aprovar legislação específica sobre o tema.

Como já afirmei anteriormente,⁵ o direito do consumidor deve ter uma vocação internacional.⁶ Mesmo em uma União Aduaneira imperfeita como o Mercosul,⁷ o consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça, somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por

la ley argentina de defensa del consumidor y su influencia en el Mercosur. *Revista Derecho del Consumidor*, Vol. 29, 1999, p. 19-20.

³ Ley 1.334, 27.10.1998, publicada na íntegra. *Revista Derecho del Consumidor*, Vol. 30, 1999, p. 247-255.

⁴ Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240/93, modificada pela Ley 24.999, de 01.07.1998, publicada na íntegra. *Revista Derecho del Consumidor*, Vol. 27, 1998, p. 239-240.

⁵ Texto publicado na *Revista Derecho del Consumidor*, Vol. 26, 1998, p.53 *et seq.* e que servirá de base para as observações seguintes.

⁶ Vega Thierry Bourgoignie. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, 1988, p. 215 *et seq.*

⁷ Véja José Artur Denot Medeiros. *Mercosul: Quadro Normativo e Institucional Pós-Curo Preto. Boletim de Integração Latino-Americana*, n. 16, jan/abr. 1995, p. 1 *et seq.* Segundo enfatiza Werter Faria, um "mercado comum compõe-se de três elementos: a união aduaneira, as liberdades fundamentais e as políticas comuns." (Werter Faria. *Órgãos de Integração e Instituições Parlamentares Internacionais*, Comissão Parlamentar conjunta do Mercosul. Seção Brasileira, Brasília: 1994, p. 11).

empresa com sede no exterior. No mundo já globalizado, quando os países decidem privilegiar-se, formar um bloco econômico, mesmo que incipiente, como o Mercosul, esta proteção "sem fronteiras" do consumidor é um dos seus objetivos naturais da integração econômica.⁸ Está comprovado que regras sobre o direito do consumidor interessam a competitividade do mercado interno e refletem em competitividade internacional, assim como contribuem a criação de um mercado interno com concorrência leal.⁹

As normas nacionais devem ser suficientes para proteger o consumidor no novo mercado sem fronteiras, ao mesmo tempo em que não devem ser usadas pelos países como novas barreiras a livre circulação de produtos e de serviços.¹⁰ Ainda mais, é direito fundamental do cidadão a proteção do Estado de seus direitos econômicos e sociais, enquanto consumidor, isto é, enquanto agente econômico nos mercados nacionais que se estão a unir.¹¹ Um processo de integração econômica verdadeiro e jurídico

⁸ Assim também Gabriel Stiglitz. *El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur. Derecho del Consumidor*, Vol. 6, p. 20.

⁹ Assim também Carlos Alberto Ghersi. *Razones y fundamentos para la integración regional. In: Mercosur – Perspectivas desde el derecho privado*, Carlos Alberto Ghersi (Coord.), Buenos Aires : Editorial Universidad, 1993, p. 30 *et seq.*

¹⁰ Assim Ludwig Krämer. *La CEE et la protection du consommateur*, *Collection Droit et Consommation* 15, Story, Bruxelles, 1988, p. 377. Vhb o nosso artigo. *El Código brasileiro de defensa del consumidor y el Mercosur*, in: *Mercosur – Perspectivas desde el derecho privado – Parte II*, Carlos Alberto Ghersi (Coord.), Buenos Aires : Editorial Universidad, 1996, p. 199 *et seq.*

¹¹ A Res. 126/94 do Grupo Mercado comum afirma em seu primeiro considerando que a harmonização legislativa deve ter em

¹ Trabalho apresentado na XVII Conferência Nacional dos Advogados-OAB, "Justiça: Realidade e Utopia", Rio de Janeiro, 31.08.1999. Versão modificada e complementada do trabalho apresentado na Reunião Anual da SBPC, dia 12.07.1999, no Painel "Proteção do Consumidor no Mercosul". A autora agradece as sugestões e as críticas do Prof. Dr. Gabriel Stiglitz, Univ. de la Plata, Argentina e do Diplomata Celso de Tarso Pereira, MRE/CT-7.

(CDC), as negociações no Mercosul pouco ou nada avançaram. Do temor de esvaziamento do CT 7, com o técnico n. 7 da Comissão de Comércio do Mercosul, especializado justamente em temas de Direito do Consumidor. Isto porque, enquanto o CT 7 não conseguia estabelecer claramente seu método de trabalho, seus objetivos e seus projetos futuros, os outros comitês do Mercosul passaram a legislar sobre temas conexos ao consumo, como agrotóxicos, alimentos transgênicos etc. Felizmente, os países também reagiram.² O Paraguai aprovou sua lei sobre proteção do consumidor em

² Veja sobre a importância do tema e de uma harmonização séria e internacional sobre o tema, Gabriel Stiglitz, *Modificaciones a*

deve necessariamente respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos e a ordem constitucional dos países Membros.¹¹² As constituições da Argentina e do Brasil expressamente mencionam a proteção dos consumidores como objetivo econômico e social.

Dirão alguns — com razão — que o impasse foi causado justamente pelo movimento consumista brasileiro, pelas Associações de Defesa do Consumidor como o IDEC de São Paulo, o Movimento de Doas de Casa de Minas Gerais, pelas entidades científicas, como o Brasilcon, entidades governamentais, como o Procon-SP e entidades de classe como as Associações dos Magistrados e do Ministério Público.¹¹³ Isto porque quando, em 29 de novembro de 1997, com a assinatura do Texto do Projeto de

Protocolo Comum vislumbrou-se efetivamente o perigo de revogação do CDC todo o movimento consumista e as entidades de classe manifestaram-se de forma unívoca contra e, com seus fortes protestos, conseguiram manter a lei tutelar, que já se imaginava perdida. A intenção do governo brasileiro — pelo menos nos altos escalões — não era revogar o CDC; não queriam passar para a história como responsáveis por este processo e pelo daí resultante abalo na concorrência leal com as indústrias nacionais. Criada então uma Comissão de Experts para assessorar os delegados brasileiros do CT 7, maior transparência foi alcançada. A mudança de rumo do governo brasileiro desagradou aqueles que esperavam fazer do Mercosul uma via de desregulamentação no setor. A atenção criada na imprensa de todo o país e o apoio da indústria e do comércio brasileiro, face ao sério protesto do movimento consumista, evitou as demais tentativas de destruição.

Os tempos atuais, porém, não são sempre sensíveis à proteção dos mais frácos e às vezes a nova legislação federal é fortemente influenciada por interesses financeiros e grupos de pressão, como demonstram as recentes mudanças na lei de seguro-saúde através de mais de 14 Medidas Provisórias.¹¹⁴ Também a negociação no Mercosul não é sempre das mais fáceis, face a sempre reincidente desconfiança que regras protetivas veem a ser usadas de modo diferenciado, como barreiras para uns e privilégios

para outros.¹¹⁵ Assim como as reincentes crises cambiantes e de balança comercial na região como a que vivenciamos de janeiro a julho de 1999.

Face a transparência e o acompanhamento de seus trabalhos atuais ficou claro que o CT 7 não pode mais ser facilmente utilizado pelos executivos nacionais para alcançar, no fórum comum do Mercosul, objetivos que nacionalmente não conseguiram alcançar discretamente (como o de revogar parte da lei tutelar brasileira ou evitar que os parlamentares legislassem sobre consumo e concorrência), reduzindo a qualidade e segurança de produtos e serviços na região. A estratégia de esvaziar os trabalhos do CT 7 no ano de 1998 foi então a saída. Trata-se de uma saída imediatista, pois a experiência das zonas de comércio livre, como a EFTA, já demonstrou que se uma área privilegiada tarifária como Mercosul não evolui, tende a desaparecer.¹¹⁶ O Mercosul necessita evoluir e evoluir juridicamente, firmar-se como foro garantidor de direitos e de uma melhor qualidade de vida, forma de fortalecer-se política e economicamente.

O CT 7 e o tema de defesa do consumidor pode ser um caminho para esta evolução.¹¹⁷ A depender do método utilizado, pode o CT 7 optar por um caminho não polêmico e de consenso, pois que agora, em 1999, as leis de defesa dos

consumidores de 3 países em muito se aproximam, a diminuir o que é realmente necessário harmonizar.¹¹⁸ Se for escolhido um método de harmonização legislativo mínimo e efetivo, tratando de temas pontuais, deixando de lado os sonhos de uma unificação geral contraproducente e combatida, assim como se o CT 7 concentrar seus esforços em temas inter-regionais que tenham realmente demonstrado ser problemáticos na prática, poderá o Mercosul dar uma real contribuição na proteção dos consumidores da região.¹¹⁹ A doutrina brasileira, argentina e uruguaia está de acordo, que devemos evitar que — escolhendo um método unificador ou de harmonização máxima — o CT 7 baixe o nível de proteção aos consumidores da região, fazendo o Mercosul andar na contramão da história¹²⁰ e da experiência europeia, que editou e edita uma legislação mínima e

¹¹² centa e consumidor, como agente econômico mais vulnerável e que "o Mercosul tem como um de seus objetivos, a busca da inserção competitiva dos Estados Membros no mercado mundial, e que a adoção de normas de defesa do consumidor compatíveis com os padrões internacionais contribui a este propósito". Mercosul/GMC/Res. 126/94, *Boletim de Integração Latino-Americana*, 15, p. 133.

¹¹³ Veja apresentação do Tratado de Amsterdã de Jacques Santer, in: EU — und EG-Vertrag, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1997, p. 5. Assim também Iurraspe, Mossel, *Introducción al Derecho del Consumidor*, in: *Defensa del Consumidor-Ley 24.440*, Mossel Iurraspe e Ricardo Lorenzetti, Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 24.

¹¹³ Todos os protestos, o manifesto à nação assinado por todas as entidades, p. 561 e a manifestação de 52 páginas críticas do Brasilcon ao projeto de Protocolo, p. 536-560, assim como o texto do Projeto, p. 519-532, forma publicados no Vol. 24, *Revista Direito do Consumidor*, 1997.

¹¹⁴ Veja crítica sobre as modificações das 14 MedProvs (leis temporárias do executivo), em nosso parecer sobre os conflitos de leis no tempo publicado na *Revista Direito do Consumidor* Vol. 31, 1999: "Manutenção de Contrato Coletivo anterior face a Nova Lei Sobre Planos Privados de Assistência A Saúde", p. 129.

¹¹⁵ Veja nosso trabalho, "Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor — Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor", *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 26, 1998, p. 53-76.

¹¹⁶ Assim também Borchardt, Klaus-Dieter, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, C.F. Mueller, Heidelberg, 1996, p. 8.

¹¹⁷ Assim manifestou-se Batista, Leonir, *Direito do consumidor para o Mercosul*, Curitiba : Juruá, 1998, p. 416-417.

¹¹⁸ Harmonizar é coordenar diferenças, estabelecer um objetivo comum de forma a diminuir e eliminar aquelas diferenças que impedem a livre circulação de mercadorias e serviços entre dois mercados, em virtude das duas legislações diferentes existentes. Assim ensina Will, Michael R., *Autonome Rechtsangleichung in Europa, Osterreichsweg in die EG*, Fritz Schmid (Org.), OAKW, Vienna, 1991, p. 88. Veja detalhes em nosso artigo, *El Código brasileño de defensa del consumidor y el Mercosur*, Mercosur — Perspectivas desde el derecho privado, Parte II, Carlos Alberto Ghersi (Coord.), Buenos Aires : Editorial Universidad, 1996, p. 221 *et seq.*

¹¹⁹ Assim também propugna Gabriel Stiglitz, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 29, 1999, p. 20.

¹²⁰ Assim afirma o grande mestre argentino Iurraspe, Mossel, *Introducción al derecho del consumidor: defensa del consumidor-Ley 24.440*, Mossel Iurraspe e Ricardo Lorenzetti, Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 19.

extremamente social em matéria de direito do consumidor.²¹

Neste sentido, parece-nos importante neste trabalho, mais uma vez, examinar os trabalhos em elaboração no CT 7 e as resoluções do Mercosul ainda em vigor, demonstrando a evolução do tema defendido pelo consumidor na região (Parte I), assim como tecer sugestões concretas de setores ou temas onde os trabalhos do Mercosul e do CT 7 poderiam efetivamente ser necessárias e positivos, suplantando o impasse atual (Parte II).

2. Estágio atual da proteção do consumidor através do Mercosul

2.1 Evolução da proteção do consumidor no Mercosul até a Res. 126/94

No Mercosul, o tema da defesa do consumidor não se desenvolveu com base na preocupação da defesa da concorrência leal (ou da economia) no mercado unificado como nos Comunidades Europeias.²² No Mercosul, o tema foi proposta institucional, especialmente da Reunião de Ministros da Justiça,²³ preocupados estes com a proteção jurídica dos indivíduos no Mercosul. Apesar da Reunião de Ministros da Justiça ter ela-

borado uma série de normas de verdadeira proteção dos consumidores, foi no âmbito do Grupo Mercado Comum, mais especificamente do Sub-Grupo n. 10 de Coordenação de Políticas Macroeconômicas que surgiu a "Comissão de Estudos de Direito do Consumidor", esta sim órgão legislador sobre o assunto.

A referida comissão de estudos transformou-se, em 1994, em Comitê Técnico da Comissão de Comércio, novo órgão do Mercosul por força do Protocolo de Ouro Preto (Tratado complementar do Tratado de Assunção). O Regulamento Interno da Comissão de Comércio²⁴ já prevê um Comitê Técnico especializado para legislar e velar sobre a defesa do consumidor: o CT 7.²⁵ Note-se que todos estes órgãos são formados por servidores públicos dos Ministérios da Economia, das Relações Exteriores e da Justiça, sem participação dos parlamentares ou dos consumidores, o que torna por vezes os interesses momentâneos governamentais mais fortes, do que as iniciativas longínquas idênticas de proteção da justiça individual no mercado.

Mister que se especifique, pois, que historicamente adaptam-se as legislações nacionais "harmonizando-as"²⁶ em

²⁴ Veja Mercosur/CMC/Dec. 09/94 sobre a estrutura e funcionamento da Comissão de Comércio. *Boletim de Integração Latino-Americana* 14, p. 325 et seq.

²⁵ A primeira Diretriz da Comissão de Comércio estabeleceu a competência do CT 7 de "dar cumprimento ao mandato estabelecido por la Res. do GMC 126/94, que consiste em continuar los trabajos destinados a la elaboración de un Proyecto de Reglamento Común para la Defensa del consumidor del Mercosur". Mercosul/CCM/Dir. 1/95. *Boletim de Integração Latino-Americana* 16, jan./Abr. 1995, p. 106-107.

²⁶ O Art. 1.º do Tratado de Assunção, criador do Mercosul, estabelece o compromisso

aproximación integradora de mercados, disminuyendo a diferencia legislativa em seu espírito, retirando o que discrimina produtos estrangeiros, o que é efetivamente restrição ou barreira, propondo normas acessórias e complementares às já existentes, propondo leis-modelo e Diretivas (mínimas)²⁷ para os países que não possuem ainda legislação, criando algumas regras básicas comuns, declarações de direitos comuns e recomendações de objetivos comuns. Esta é a lição européia, em que apesar de sua força jurídica e institucional optou-se, em tempos pós-modernos, por uma harmonização "fragmentada" (*fragmentarische Rechtsangleichung*),²⁸ não exautiva, através das flexíveis Diretivas. Esta harmonização é segura e mantém-se no tempo, pois teme-se que uma unificação ou harmonização geral levaria talvez a uma reação tão forte das diferenças nacionais que poderia mesmo abalar a União Européia.²⁹ Ainda mais, demons-

tra a experiência européia que as Diretivas em matéria ou afetando os direitos do consumidor, como direitos fundamentais, devem ter caráter mínimo ou minimal.³⁰

O objetivo desta legislação do Mercosul é não discriminar os fornecedores da Argentina, Uruguai e Paraguai. É não usar, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro como restrição ao comércio intra-regional.³¹ O objetivo, porém, não deve desonerar os fornecedores do Mercosul de seus deveres profissionais, reduzindo, sem sentido algum, as garantias (constitucionais)

dos Estados-partes em "harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração". V. Faria, Métodos, p. 77.

²⁷ Tais diretivas mínimas insitem em uma proteção mínima, um patamar comum de garantia e proteção dos consumidores, que todos os fornecedores que trabalham naquele mercado unificado devem cumprir, que permite a livre circulação de produtos e serviços, mas permite também que nos mercados nacionais subsistam normas de um grau maior de proteção. Os países membros são autorizados pelo atual método de legislar mínimo da União Européia a manter níveis mais altos de proteção aos direitos humanos, isto é, a proteção dos cidadãos e consumidores em seu mercado nacional. V. Gebauer, p. 129 et seq.

²⁸ Martin Gebauer: *Grimfragen der Europaesierung des Privatrechts*, C. Winter, Heidelberg, 1996, p. 94.

²⁹ Sobre a necessidade de respeito às diferenças nacionais e momentos de grande

globalização, veja os ensinamentos de Jaime Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne* - Cours général de droit international privé, 1995, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 36 et seq. Em português, do mesmo autor, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, RT 759, jan. 1999, p. 24 et seq.

³⁰ Sobre a importância de não exorbitar sua "competência" em matéria de consumo (Art. 129a CE modificado pelo Tratado de Maastricht), veja Gebauer, 1996, p. 131. Veja as diretivas européias mínimas sobre cláusulas abusivas e meu comentário publicado na *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 17, p. 362-364: "Nova Lei francesa sobre defesa do consumidor - A transformação da Diretiva Comunitária sobre cláusulas abusivas" e a Diretiva sobre contratação a distância. A Diretiva 97/7 CE e o CDC". *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 25, 1998, p. 57 et seq.

³¹ Assim Stiglitz e Arrighi, v. Stiglitz, *Derecho del Consumidor*, Vol. 6, p. 20 e mais recentemente, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 29, 1999, p. 20. V. Jean Michel Arrighi: *La Protección de los Consumidores y el Mercosul*, São Paulo: *Revista Direito do Consumidor*, n. 2, p. 126.

²¹ Veja a lição de Newton de Lucca. *Processos comunitários de integração econômica e a proteção nos consumidores*. *Direito do consumidor, aspectos práticos*, Newton de Lucca, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 136 et seq.

²² Assim ensinam Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, *Die Europäische Gemeinschaft - Rechtsordnung und Politik*, 3. ed., Nomos, Baden-Baden, 1987, p. 501.

²³ A Reunião de Ministros da Justiça do Mercosul foi criada pela Decisão 8/91 do Conselho do Mercado Comum (Mercosul/CMC/Dec. 08/1991, publicada no *Boletim de Integração latino-americana, Edição Especial* 1992, p. 32.

do consumidor nacional, transformando nosso mercado — bastante aberto e globalizado — em depósito de produtos sem qualidade e sem segurança, oriundos não só do Mercosul, mas do mundo inteiro,³² possibilitando assim mais danos à saúde, segurança ou patrimônio dos consumidores.³³

A formação de blocos econômicos é para proteger e desenvolver seus mercados internos e fortalecer a concorrência leal, estabelecer *standards* adequados e internacionais na região e não para transformá-los em depósitos de produtos inseguros, produtos ou serviços em *dumping* ou de má-qualidade de outros países de fora da região. Não deve o Mercosul através de seus trabalhos em direito do consumidor abalar a concorrência leal com os fornecedores que já investiram para adaptar-se às leis protetivas nacionais e retirar dos consumidores até mesmo seus atuais direitos de ressarcimento econômico efetivo dos danos contratuais e extra-contratuais sofridos. Manter e desenvolver a defesa do consumidor nos 4 países deve ser o objetivo dos trabalhos do CT 7, até mesmo porque o Brasil é o maior dos mercados e o mais acostumado a uma proteção legal do consumidor. Aqui o retrocesso seria maior, assim como a perda em competitividade interacional de nossos produtos e serviços.

2.1.1 A prática na harmonização em matéria de direito do consumidor

Desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção, a prática destes mais de 7

anos tem sido bastante flexível, atuando o Mercosul na proteção direta e indireta dos consumidores aos legislar sobre saúde e segurança de produtos, acesso à justiça e mesmo sobre alguns interesses econômicos dos consumidores. É possível dividir em fases a evolução do tema no Mercosul. Depois de um período inicial, em que alertou Jean Michel Arrighi de que o consumidor era "o agente esquecido" da integração,³⁴ passou-se a um trabalho consciente e tópico pela Reunião de Ministros de Justiça do Mercosul, que resultou em avanços na efetiva proteção do consumidor, em uma segunda fase.³⁵

Instituída uma "Comisión de Estudios de Derecho del Consumidor",³⁶ em abril de 1993, começaram os trabalhos de harmonização legislativa sobre direito do consumidor no Subgrupo n. 10 do Grupo Mercado Comum. Este Subgrupo deveria inicialmente elaborar um documento denominado "Pautas Básicas de Defensa do Consumidor no Mercosul".³⁷ Logo, um grupo de normas que estabelecessem um patamar mínimo comum, normas básicas e não exaustivas, para proteção comum do consumidor nos quatro países, sem revogação das normas nacionais mais estritas, mais rigorosas, revogação não necessária à integração econômica ou ao livre comércio. Em 1994, preparando o fim da fase transitória (leia-se de Zona de Comércio Livre) do Mercosul, editou o Grupo Mercado Comum a até agora única Norma-Mercosul Geral sobre direito do con-

sumidor, a Res. 126/94.³⁸ Igualmente, em fins de 1994, a inicial Comissão de estudos do Grupo GMC transformou-se em Comitê Técnico n. 7 da Comissão de Comércio.³⁹

Em 1996, passamos para a terceira fase, em que o tema da defesa do consumidor tornou-se novamente polêmico e visto com desconfiança pelos economistas e delegados nacionais dos países na Comissão de Comércio do Mercosul que passaram a preparar um corpo geral de normas únicas que regularia quase que por completo o tema nos quatro países. Com base nesta desconfiança e sob alegação de proteger os "pequenos empresários", mas em verdade beneficiando a grande indústria internacional em geral, o texto do projeto de Protocolo comum de 1997 quase reduziu os parâmetros de proteção dos consumidores e de concorrência leal no Brasil, apesar de ter sido projetado em princípio para uma teórica "proteção dos consumidores". Por interpretação interna dos órgãos do Mercosul, o mandato para harmonizar leis (Art. 1.º *in fine* do Tratado de Assunção), para criar "Pautas Básicas", regras mínimas comuns de defesa do consumidor na região, transformou-se lamentavelmente em mandato para legislar exaustivamente elaborando um "Regulamento comum" e após um *Protocolo Internacional* sobre temas de defesa do consumidor.⁴⁰

Até pouco tempo atrás a legislação nacional protetiva do consumidor (es-

pecialmente a brasileira) era vista com restrições no Mercosul, e mesmos os órgãos como Comitê Técnico n. 7 da Comissão de Comércio, um Comitê denominado de "Defesa do Consumidor", pareciam mais preocupados com o pequeno comerciante e com o pequeno fornecedor local do que com o consumidor. Por algum tempo, estes órgãos do Mercosul, compostos exclusivamente por representantes governamentais, pareceram aceitar o mito mediatista de que reduzir a legislação e as garantias do cidadão aumentaria o comércio e reduziria custos. Mito este, diga-se de passagem, não aceito, nem nos Estados Unidos, que participa do Nafta e que agora propõe a Alca, mas que nunca reduziu sua extensa e pioneira *law* sobre direito do consumidor em virtude da integração, ao contrário a impõe a todos que para lá querem exportar.

Compreende-se pela relativa falta de experiência de nossos países vizinhos com a legislação protetiva do consumidor, a inicial tentativa dos economistas do Mercosul de tentar baixar o nível de proteção do consumidor no Brasil. Suas leis entraram em vigor em 1994 (Argentina) e 1998 (Paraguai), sendo que o Uruguai até hoje mantém para as relações de consumo o sistema do Código Civil de 1869, com algumas modificações. Acreditavam, então, nossos vizinhos — assim como alguns antes da entrada em vigor de nosso Código de Defesa do Consumidor⁴¹ — que leis protetivas, assegurando lealdade e honeste no tratamento, garantias contratuais impe-

⁽³²⁾ Veja Art. 2.º do extinto Projeto de Protocolo, *Revista Direita do Consumidor*, Vol. 24, p. 519 *et seq.*

⁽³³⁾ Concorde Carlos Alberto Gheris, *Posmodernidad Jurídica*, Buenos Aires: Gowa, 1999, p. 169.

⁽³⁴⁾ Arrighi, São Paulo, *Revista Direito do Consumidor*, n. 2, p. 126 *et seq.*

⁽³⁵⁾ Veja detalhes em nosso artigo, *O Código Brasileiro (...)*, p. 113 *et seq.*, e em Stiglitz, Vol. 6, p. 17.

⁽³⁶⁾ Assim De Lucca, p. 141.

⁽³⁷⁾ Ata CT 7 08/97.

⁽³⁸⁾ Mercosul/GMC/Res. 126/94, *Boletim de Integração latino-americana*, 15, p. 133.

⁽³⁹⁾ Veja Regimento Interno da Comissão de Comércio, Mercosul/GMC/Dec. 09/94 sobre a estrutura e funcionamento da Comissão de Comércio, *Boletim de Integração Latino-Americana* n. 14, p. 325 *et seq.*

⁽⁴⁰⁾ Veja protestos do Brasilcon, *Revista Direito do Consumidor* Vol. 24, p. 536-560.

⁽⁴¹⁾ Sobre o tema das críticas ao CDC em 1990, pela Federação de Comércio de São Paulo e Associação dos Publicitários, que hoje são parceiros do consumerismo e que — inclusive — manifestaram-se em 1997 contra o Projeto de Protocolo do Mercosul que poderia revogar o CDC, v. Antônio Herman Benjamin, *El Código Brasileiro*

rativas, responsabilidade objetiva por defeito do produto e serviço e facilitação do acesso do consumidor à Justiça (Juizados de Pequenas Causas, Agções Cíveis Públicas e Coletivas etc.), ao Estado (Procons, Agências de Regulação etc.) e aumentando a sua representação (Associações Cíveis, Ministério Públicos etc.) levariam à quebra das pequenas empresas e dificultariam o mercado.

Ledo engano, a experiência demonstrou que nestes 7 anos de CDC, o mercado brasileiro evoluiu e que justamente a indústria nacional e o comércio aprimoraram-se para tomar os direitos dos consumidores seu passaporte para a competitividade (inclusive no Mercosul) e em um poderoso instrumento de marketing (SACs, publicidade etc.). Efelvamente, o futuro é das empresas e dos fornecedores que conseguirem manter seus clientes satisfeitos e evitarem os embates com o seu público alvo, justamente os consumidores. No final do século, os serviços são os bens economicamente mais relevantes (os indivíduos querem informação, segurança, crédito e saúde), assim, o relacionamento com os consumidores (o receber bem, o informar, o tratar lealmente, poupar tempo e incomodações, o assegurar segurança) é justamente parte do -economicamente- valorizado. Em outras palavras, o preço não é mais a única arma de concorrência no mercado globalizado e, em crise, nos países emergentes, sim os fazeres para o consumidor.

Concluiu-se, pois, que as regras do CDC brasileiro foram inicialmente in-

terpretadas erroneamente pelo CT 7 como se fossem uma espécie de barreira ou restrição ao comércio e por isso deveriam ser modificadas.⁴² No Mercosul e na ALADI, por força do próprio Tratado instituidor de Assunção, as normas sobre segurança e saúde, normas de direito do consumidor reguladas no Protocolo, não se constituem por determinação legal, em restrições ao comércio (Art. 2.º b Anexo I do Tratado de Assunção/Dec. 350/91). Comprovadamente, as matérias que o CT 7 do Mercosul pretendia unificar em 1997, como a oferta, os contratos de adesão, as garantias contratuais não impedem o livre comércio, ao contrário, protegem os interesses dos consumidores passivos, aqueles que compram e contratam em seu país, pensando estar protegidos pelo seu direito (Art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), em caso de violação.

2.1.2.A Res. 126/94 como base do sistema e o standard internacional de proteção aos consumidores

Em 1994, o Grupo Mercado Comum editou a até agora principal Norma-Mercosul sobre direito do consumidor, uma norma de direito internacional privado, o Art. 2.º da Res. 126/94⁴³ disposto que: "hasta que sea aprobado un Reglamento común para la defensa del consumidor en el Mercosur, cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos pertinentes, a los productos y

servicios comercializados en su territorio".⁴⁴ A regra institui assim a aplicação da regra do *mercado de comercialização* ou do "*mercado de destino*", ainda em vigor no Mercosul.

A Res. do Grupo Mercado Comum 126/94,⁴⁵ aprovada em 16 de dezembro de 1994, estabelece pois a aplicabilidade das normas do mercado nacional de comercialização, isto é, as normas de defesa do consumidor do mercado onde o produto ou serviço está sendo colocado ou comercializado (Art. 2.º, 1 parte). A Res. GMC 126/94 proíbe, igualmente, qualquer tratamento discriminatório dos produtos ou serviços estrangeiros originados de outros membros do Mercosul, tais produtos e serviços do Mercosul devem ter o mesmo tratamento, em matéria de defesa e direitos do consumidor, que os produtos nacionais daquele mercado (Art. 2.º, 2 parte).⁴⁶

Esta Resolução do Mercosul sobre direito do consumidor afirma, em seu primeiro considerando, que a harmonização legislativa no Mercosul deve ter em conta o consumidor, como agente econômico mais vulnerável e que, "o Mercosul tem como um de seus objetivos, a busca da inserção competitiva dos Estados Membros no mercado mundial, e que a adoção de normas de defesa do consumidor compatíveis com os padrões internacionais contribui a este propósito".⁴⁷

Parcece-nos, igualmente, que as normas originadas no Mercosul devem guiar-se pelos *standards* internacionais de

qualidade, segurança e boa-fé nas relações de consumo e pelos *standards* nacionais mais rigorosos. A manutenção destes *standards* é importante fator na manutenção de uma concorrência leal entre empresários dos vários países envolvidos, tendo em vista que os fornecedores brasileiros de bens e produtos já estão adaptados a este nível de proteção ao consumidor, após anos de investimentos e melhorias visando competir internacionalmente.

Esta resolução é transitória e permanecerá em vigor "até que seja aprovado o Regulamento Comum para a Defesa do Consumidor no Mercosul" (Art. 2.º), representando, porém, uma momentânea vitória do movimento consumerista, ao impor como regra a aplicação das leis do país de comercialização e não as regras do país de origem.

2.2 Evolução após a Res. 126/94

2.2.1 *Orcusado* projeto de Protocolo Comum de Defesa do Consumidor

A Res. GMC 126/94, em seu Art. 1.º não mais mencionava as iniciais normas ou "pautas" básicas, mas sim iniciava a tarefa de elaborar um "Regulamento Comum", norma comum não mais necessariamente básica ou mínima, podendo ser exaustiva. Ainda, porém, não se tratava de um tratado internacional clássico⁴⁸ e sim de uma norma interna do Mercosul. Esta norma interna (Regulamento) seria incorporada por

de Protección del Consumidor, in *Política y derecho del consumidor*, Bogotá: El Navegante, 1998, p. 487. A única Federação que criticou e continua contra o CDC e sua aplicação é a Federação dos Bancos-FEBRABAN.

⁴² Veja em nosso artigo "O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o Mercosul, p. 97 *et seq.*

⁴³ Mercosul/GMC/Res. 126/94, *Boletim de integração latino-americana*, 15, p. 133.

⁴⁴ Veja Stiglitz, p. 22.

⁴⁵ Mercosul/GMC/Res. 126/94, *Boletim de integração latino-americana*, 15, p. 133.

⁴⁶ Mercosul/GMC/Res. 126/94, *Boletim de integração latino-americana*, 15, p. 133.

⁴⁷ Mercosul/GMC/Res. 126/94, *Boletim de integração latino-americana*, 15, p. 133.

⁴⁸ Veja a diferença entre o direito comunitário e o direito internacional público clássico e seus instrumentos em um mesmo processo de integração, Jorge Fontoura, *Lineamentos para um direito de comunidade econômica*, *Boletim de integração latino-americana*, n. 10, p. 22 *et seq.*

força dos Art. 38 e seg. do Protocolo de Ouro Preto.⁴⁹¹

A inclusão da defesa do consumidor como tema importante no Mercosul foi uma sugestão do governo brasileiro, conscientizado da posição estratégica do tema e de sua íntima ligação com a concorrência leal nos mercados internos. A primeira Diretriz da Comissão de Comércio, em 1995 estabeleceu justamente a auto-competência do CT 7 de "dar cumprimento al mandato estabelecido por la Res. do GMC 126/94, que consiste en continuar los trabajos destinados a la elaboración de un proyecto de Reglamento Común para la Defensa del Consumidor del Mercosur".⁴⁹² Vários capítulos deste Regulamento foram aprovados em 1996 na forma de Resolução do Grupo Mercado Comum,⁴⁹³ que serão comentadas no número 2 desta parte.

Note-se que, em 1997, este "Regulamento común" trocou de nome (Ata 1/97 a 7/97) e passou a chamar-se "Protocolo", um verdadeiro Tratado normativo. Este "Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur", foi inicialmente aprovado e assinado pelo Ministério da Justiça brasileiro, no dia 29 de novembro de 1997,⁴⁹⁴ mas foi recusado pela Delegação brasileira na Comissão de Comércio do Mercosul, no dia 10 de dezembro de 1997 e considerado mero

"texto de trabalho", que não deveria ser colocado para assinatura dos Presidentes em dezembro.⁴⁹⁵

Em dezembro de 1997, a delegação brasileira na Comissão de Comércio, coordenada pelo Ministério das Relações Exteriores, logou, Comissão de Comércio ao qual se subordina o CT 7, sublinhou expressamente a importância do tema defesa do consumidor "y reafirmó su posición de no aceptar cualquier rebaja en el grado de protección al consumidor conferido por la legislación brasileña", que o mandato outorgado ao CT 7 "no fue cumplido en su integralidad" no Projeto/Mercosul "y sugiere que se proceda a una reevaluación de la metodología utilizada con vistas a avanzar en la materia".⁴⁹⁶

A delegação brasileira na Comissão de Comércio foi ainda mais longe, além de recusar o texto fãlho, e sua metodologia igualmente desnecessária, unificadora, afirmou que o texto de 29 de novembro desprestigia o mandato do próprio Mercosul e que não deveria ser um Tratado internacional: "el documento no atende a la orientación establecida en el Mercosur, según la cual en el proceso de armonización, se tendrá como referencia la legislación más exigente y los standards internacionales. Por este motivo la delegación de Brasil no aprobó dicho documento en la CCM. La delegación de Brasil ya había manifestado, en el ámbito del CT 7, su disconformidad con la propuesta de conferir al documento el status de protocolo, habiendo

subrayado que el mismo carecia de consistencia."⁴⁹⁷

A decisão do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça foi sãbia e contou com o apoio do Foro Consultivo e Social do Mercosul.⁴⁹⁸ De nada valeria assinar um Protocolo, assumir uma séria obrigação internacional, somente para justificar que o CT 7 do Mercosul está atuando, se o resultado final não protege efetivamente o consumidor e prejudica a concorrência entre os fornecedores dos países envolvidos, beneficiando prioritariamente os fornecedores de fora da região por seu amplo campo de aplicação.

Esta declaração oficial do governo brasileiro, repetida em nota à imprensa em português, representou uma grande conquista. O projeto de protocolo está hoje superado e os esforços de harmonização recomencaram em abril de 1998, agora de forma tópica e limitada. As resoluções anteriores continuam teoricamente a existir e, em dezembro de 1998, aconteceu a primeira declaração dos presidentes incluindo o tema do consumidor como prioritário.

2.2.2.2. As demais resoluções do GMC e a declaração política dos presidentes

Inicialmente, em 1996,⁴⁹⁹ o GMC/Mercosul aprovou 5 capítulos, do que seria o Regulamento Comum. Estes ca-

pítulos serão agora analisados como Resoluções do GMC. O CT 7 do Mercosul começou a legislar sobre defesa do consumidor instituindo novas normas sobre: a) A definição de consumidor, de fornecedor, de relação de consumo, de produto e de serviço;⁵⁰⁰ b) os Direitos básicos do consumidor;⁵⁰¹ c) sobre níveis de qualidade, riscos, saúde e segurança dos produtos e serviços colocados no mercado e sobre o dever de informar sobre estes riscos;⁵⁰² d) sobre o regime da publicidade;⁵⁰³ e) sobre a garantia contratual.⁵⁰⁴

A Res. Mercosul/GMC/Res. 123/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13 de dezembro de 1996 traz normas unificadas sobre a definição de consumidor, de fornecedor, de relação de consumo, de produto e de serviço. A Res. Mercosul/GMC/Res. 124/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13 de dezembro de 1996 traz uma lista não exaustiva de Direitos básicos do consumidor. A Res. Mercosul/GMC/Res. 125/96,

íntegra, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 512 et seq.

⁴⁹⁸ Res. Mercosul/GMC/Res. 123/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 24, p. 512.

⁴⁹⁹ Res. Mercosul/GMC/Res. 124/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 24, p. 513.

⁵⁰⁰ Res. Mercosul/GMC/Res. 125/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 24, p. 515.

⁵⁰¹ Res. Mercosul/GMC/Res. 126/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 24, p. 516.

⁵⁰² Res. Mercosul/GMC/Res. 127/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 24, p. 518.

⁴⁹¹ Assim também, Luis Olavo Baptista, O impacto do Mercosul sobre o sistema legislativo brasileiro, *RT* 690, 1993, p. 39 et seq.

⁴⁹² Mercosul/CCM/Diret. 1/95, *Boletim de integração latino-americana* n. 16, jan./Abr. 1995, p. 107.

⁴⁹³ Res. Mercosul/GMC/Res. 123/96, 124/96, 125/96, 127/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996.

⁴⁹⁴ Texto de 53 artigos, publicados na íntegra, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 519.

⁴⁹⁵ Mercosul/CCM XXV/Acta 07/97, CT 7, Defesa del Consumidor, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 532.

⁴⁹⁶ Mercosul/CCM XXV/Acta 07/97, CT 7, Defesa del Consumidor, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 533.

⁴⁹⁷ Mercosul/CCM XXV/Acta 07/97, CT 7, Defesa del Consumidor, publicada in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 533.

⁴⁹⁸ Mercosul/FECS/IV Reunião Plenaria/Acta 3/97, Tópico VII.

⁴⁹⁹ Veja as Res. do Grupo Mercado Comum, Mercosul/GMC/Res. 123/96, 124/96, 125/96, 126/96 e 127/96, todas aprovadas na Reunião de Fortaleza, de 13.12.1996. Todas foram publicadas na

aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13 de dezembro de 1996 traz normas sobre níveis de qualidade, riscos, saúde e segurança dos produtos e serviços colocados no mercado e sobre o dever de informar sobre estes riscos. A Resolução Mercosul/GMC/Res.126/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13 de dezembro de 1996 traz normas sobre o regime da publicidade, mas somente a publicidade enganosa e a publicidade comparativa.

A Res. Mercosul/GMC/Res. 127/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13 de dezembro de 1996 traz normas sobre a garantia contratual e não sobre a garantia legal de produtos e serviços. Esta última foi a única que sobreviveu ao fim do regulamento comum, e foi reprovada em dezembro de 1998, desta vez sozinha. Sendo assim, as demais Resoluções nunca chegaram a entrar em vigor e nem possuem mais condições de entrar em vigor,⁶⁵ uma vez que o projeto de Protocolo comum foi abandonado. O CT 7 está revendo-as todas.

Note-se que todas as Resoluções até agora aprovadas mencionam uma teoria ou fórmula minimalista, com o seguinte considerando: Que a harmonização nesta matéria é parcial, razão pela qual a medida que se avance nesse processo se poderão considerar a complementação dos conceitos, (ou direitos, regras etc) atualmente acordados e a realização de adequações que os Estados partes considerem necessárias.”

Ora tal fórmula é insuficiente para retirar das normas unificadas e uniformizadoras aprovadas seu caráter maximal e exclusivo, uma vez que a fórmula mesmo prevê que, o Mercosul” poderá considerar a sua complementação e os estados partes só poderão, adequá-las”

⁶⁵ Um estudo de todas as resoluções foi feito por Batista, p. 419 *et seq.*

ou sugerir que o Mercosul realize as adequações necessárias, nunca deixar de aplicá-las por prejudiciais aos diretos já assegurados aos consumidores pela legislação nacional. Em outras palavras, a Comissão de Comércio e o CT 7 consideram-se os novos e exclusivos órgãos competentes para legislar sobre direito do consumidor e o farão da forma que no momento lhes parece correta, mesmo que revogando legislação nacional mais protetiva. Este não parece ter sido o objetivo primeiro do Tratado de Assunção, nem do Protocolo de Ouro Preto, mas o próprio texto aprovado do Regulamento Comum confirma esta linha de competência-competência.

Relembre-se que, por decisão da Comissão de Comércio/Mercosul, em dezembro de 1997, modificou-se a metodologia de trabalho do CT 7, que passará agora a propor mudanças legislativas somente em temas específicos, pontuais, onde haja real necessidade de aproximação das leis, sem a pretensão de elaborar um Tratado único. Em dezembro de 1998 aprovou-se a primeira Resolução 42/98 sobre garantia contratual,⁶⁴ que substitui a Res. GMC 127/96 já existente, a qual adota, com mais detalhes, a norma do Art. 50 do CDC brasileiro sobre o termo de garantia por escrito.

A resolução não necessita ser incorporada no direito brasileiro, pois este já cumpre com suas determinação. A Res. 42/98 é praticamente igual a 127/96⁶⁵ e nada menciona sobre obrigatoriedade de garantia legal de adequação dos produtos. A regra oriunda do GMC/Mercosul só atuará quando e se o fornecedor ote-

⁶⁴ Publicada na íntegra in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 30, p. 246-247.

⁶⁵ Compare os textos publicados in *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 518 e *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 30, p. 246-247.

recer garantia contratual, a qual, então, deverá ser formalizada por escrito (Art. 1.º) e ser entregue conjuntamente com o manual de instruções (Art. 3.º) um certificado de garantia contendo as seguintes informações: “Art. 2.º (...) a) identificação de quem oferece a garantia; b) identificação do fabricante ou importador do produto ou fornecedor do serviço; c) identificação precisa do produto ou serviço e suas especificidades técnicas; d) condições de validade da garantia, seu prazo, cobertura, especificando as partes do produto ou serviço que serão cobertas por esta garantia; e) domicílio e telefone, no país de consumo, de quem está obrigado contratualmente a prestar a garantia; f) condições de com- certo do produto ou serviço, com especificação do lugar onde se efetivará a garantia; g) custos a cargo do consumidor, se existirem; h) lugar e data da aquisição do produto ou serviço pelo consumidor”.⁶⁶

Quanto à metodologia, importante notar que a Res. GMC 42/98 nada mais menciona sobre um “Regulamento comum” em seus considerandos, ao contrário afirma que o Comitê Técnico n. 7 (Delta do Consumidor) CCM, em cumprimento à metodologia de trabalho estabelecida pela CCM vem desenvolvendo negociações sobre temas específicos. Repete, porém, a – levemente – modificada fórmula. Que a harmonização nesta matéria é parcial, razão pela qual a medida que se avance nesse processo poderão-se considerar a complementação dos conceitos atualmente acordados e a realização de adequações que os Estados partes considerarem necessárias”.⁶⁷

Destaque-se, por fim, que o Comunicado Conjunto dos Presidentes do Mercosul, de 10 de dezembro de 1998, estabelece definitivamente que a defesa do consumidor é “elemento indissociável do desenvolvimento econômico equilibrado do Mercosul”, e que os presidentes atuais pretendem “atingir um nível de proteção adequado dos consumidores”, harmonizando as legislações de forma a “garantir, entre outros, o direito à adequada proteção à saúde e segurança, à informação e à educação, à reparação por danos sofridos, à proteção de seus interesses econômicos e ao acesso à justiça ou a meios alternativos de solução de controvérsias”.⁶⁸ Eis aqui a linha política do Mercosul e onde o CT 7 pode e deve atuar.

3. Trabalhos futuros do CT 7 e elaboração de uma declaração de direitos do consumidor no Mercosul

O ideal no momento, para bem frisar a aceitação de uma ideologia de proteção do consumidor mínima compatível com standards internacionais no Mercosul, seria elaborar-se, a exemplo da Constituição Argentina e da resolução sobre direitos do consumidor do GMC, uma “Declaração Presidencial sobre Princípios Gerais e Direitos Fundamentais do Consumidor no Mercosul”.⁶⁹ Seria um documento mais político do que jurídico, mas que embasaria novamente todo o trabalho do CT 7, estabelecendo os direitos comuns dos consumidores no

⁶⁶ *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 30, p. 246-247.

⁶⁷ *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 30, p. 246.

⁶⁸ N. 11 do Comunicado, publicado na íntegra, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 30, p. 258.

⁶⁹ Veja-se tentativas nesse sentido pela delegação brasileira, in Ata 03/98 Mercosul/CCM/CT-7/CDC, reunião de 25-27.11.1998, 2. b.

Mercosul, não importando o seu país de origem.

O Comunicado Conjunto dos Presidentes do Mercosul, de 10 de dezembro de 1998,⁷⁶¹ é um bom início, mas poderia ser seguido de uma "Declaração". Esta Declaração não cogente positivada os direitos fundamentais dos consumidores já mencionados na "congelada". Resolução Mercosul/GMC/Res. 124/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, de 13 de dezembro de 1996, desenvolvendo assim linhas políticas e jurídicas para efetivar os direitos "à adequada proteção à saúde e segurança, à informação e à educação, à reparação por danos sofridos, à proteção de seus interesses econômicos e ao acesso à justiça ou a meios alternativos de solução de controvérsias".⁷⁶²

Não sendo possível realizar-se esta Declaração de Direitos no momento, sugerimos retomar o CT 7 os Tratados trabalhados pela Reunião de Ministros da Justiça, especialmente o Protocolo de Santa Maria (A) e elaborar resoluções e estudos sobre novos temas, realmente internacionais, como a multipropriedade ou *time-sharing* (B).

3.1 Retomar os tratados já assinados que protegem o consumidor e o Protocolo de Santa Maria

3.1.1 Valorizar e difundir os trabalhos da Reunião de Ministros da Justiça

Frente ao impasse no Mercosul há que se valorizar e difundir os trabalhos da Reunião de Ministros da Justiça. Com origem nos trabalhos da Reunião de Ministros da Justiça, há no Mercosul inte-

ressante legislação derivada de proteção processual do consumidor, que vem recebendo destaque até internacional.⁷⁶³ mas é pouco utilizada pelos consumidores⁷⁶⁴ e pouco utilizada pelo Judiciário brasileiro. São tratados de direito processual internacional e de cooperação judiciária que merecem ser conhecidos.

Fora o criticado Protocolo de Brasília⁷⁶⁵ sobre a solução de controvérsias no Mercosul⁷⁶⁶ - que nega aos indivíduos no Mercosul a segurança de um Tribunal supranacional⁷⁶⁷ e só oito anos depois de criado decide seus primeiros casos⁷⁶⁸ de

⁷⁶¹ Veja Jürgen Samtleben. Ein Gerichtsstandsbereikommen für den Südamerikanischen Gemeinsamen Markt (Mercosul), in: *IPRAx*, Heidelberg, 1995, p. 129 *et seq.*

⁷⁶² Batisiti, p. 88 *et seq.*, sequer faz menção destes Tratados como auxiliares para a efetividade dos direitos dos consumidores no Mercosul.

⁷⁶³ Veja nossa crítica in "Regulamento Common (...)". *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 98.

⁷⁶⁴ Em vigor desde 24.04.1993, ratificado pela Argentina em 28.12.1992, Brasil em 28.12.1992, Paraguai em 16.07.1992 e Uruguai em 24.04.1993. V. Boletim de Integração Latino-Americana, 12, p. 29. Vít. Decisão sobre a localização do Tribunal em Assunção, Dec. 28/94, *Boletim de Integração Latino-Americana*, 15, p. 65.

⁷⁶⁵ Assim crítica de Batisiti, p. 83 *et seq.*

⁷⁶⁶ V. Laudo Arbitral, Argentina v. Brasil, Abr. 1999. Informações Gerais, Reclamante: República Argentina, Reclamado: República Federativa do Brasil, Arbitros, Presidente: Uruguai; Dr. Juan Carlos Blanco, Argentina; Dr. Guillermo Michelisón Irustra, Brasil; Dr. João Grandino Rodas, Constituído de acordo com o Protocolo de Brasília, Sede: Secretaria Administrativa do Mercosul (SAN), Uruguai. Notificação do Presidente, 29.01.1999. Constituição, Instalação e Funcionamento do Tribunal, 01.02.1999,

controvérsias entre Estados⁷⁶⁹ - destacamos algumas convenções internacionais assinada no âmbito do Mercosul que procuram facilitar o trabalho da justiça nacional e criar um processo privilegiado para o consumidor: o Protocolo de Las Leñas sobre a Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria civil, comercial, administrativa e do trabalho,⁷⁷⁰

"Conclusões: 1. A controvérsia se situa no conjunto normativo do Mercosul e deve ser interpretada conforme esse conjunto, levando em consideração os fins e objetivos do projeto de integração. 2. A questão de do regime de licenças com o conjunto de do regime de licenças com o conjunto normativo do Mercosul. 3. Os instrumentos internacionais integracionistas só podem ser interpretados pelo método teleológico, ainda que na ausência de normas supranacionais. 4. O TA e seu sistema normativo contém disposições que fixam objetivos e princípios, que criam obrigações e que estabelecem obrigações concretas para os Estados. 5. O programa de liberalização comercial tem papel central no TA. 6. O programa de liberalização comercial tem por função eliminar BT e BNT. 7. A prorrogação da data de conformação do Mercado Comum não derroga a obrigação das partes de eliminar BT e BNT". (Texto fornecido por Nadia de Araújo - PUC-RJ, Lista Mercosul, www.egroups.com/list/mercosul).

⁷⁶⁹ Em 04.05.1999, jornais brasileiros notificaram que o primeiro tribunal arbitral constituído segundo o Protocolo de Brasília para dirimir uma questão proposta pela Argentina contra o Brasil (de que as licenças não-automáticas de importação são incompatíveis com as normas do Tratado de Assunção) decidiu que o Brasil tem até o final do ano para suspender esses procedimentos, instituídos pelo Decree/Seex em 1997 (Informação Lista Mercosul, www.egroups.com/list/mercosul).

⁷⁷⁰ Texto em espanhol, Marques, Coord., p. 295-303. V. no Brasil Dec. Leg. 47, 13.04.1995 (DOU 13.04.1995, p. 5282); vít. Tellechea Bergman, Protocolo de cooperação e assis-

o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual⁷⁸⁰ o Protocolo sobre medidas cautelares⁷⁸¹ e o Protocolo de Santa Maria sobre foro privilegiado para o consumidor.⁷⁸²

Como afirmamos anteriormente,⁷⁸³ o Protocolo de Las Leñas tem por fim facilitar as provas, as trocas de informação, o reconhecimento de sentenças, a cooperação em geral entre os poderes judiciários dos países do Mercosul e avança ao conseguir um tratamento não discriminatório ao estrangeiro (pessoa física e mesmo jurídica) residente no Mercosul (veja Art. 3.º e Art. 4.º do Protocolo).⁷⁸⁴ Este interessante protocolo

tência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa entre os Estados-Membros do Mercosul, in: Lima-Marques(Coord.), p. 219 *et seq.*

⁷⁸⁰ Texto em português, Boletim de Integração Latino-Americana, 13, p. 101-103 e na *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 19, 1996, p. 374 *et seq.*; sobre o "Protocolo sobre jurisdição em matéria contratual", veja em alemão Samtleben, *IPRAx*, Heidelberg, 1995, p. 129 *et seq.*

⁷⁸¹ Veja Protocolo, *Boletim de Integração Latino-Americana*, 15, p. 334 e sua aprovação pelo Congresso Brasileiro através do Dec. Legislativo 192/95.

⁷⁸² Veja texto na íntegra in Nadia de Araújo *et al* (Org.), *Código do Mercosul - tratados e legislação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 159-167.

⁷⁸³ Veja nosso artigo "Regulamento Common (...)". *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 23-24, p. 99.

⁷⁸⁴ Sobre as regras do Protocolo de Las Leñas e as respectivas convenções Interamericanas sobre os mesmos temas, veja, Nadia Araújo, Ricardo Ramalho Almeida, Carlos Alberto Salles, Cooperação Interjurisdicional no Mercosul, in *Mercosul.org*, Maniseta Basso, 2.ª ed., Porto Alegre: Livrariado Advogado, 1998 e Nadia

⁷⁶⁰ *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 30, p. 257-260.

⁷⁶¹ Veja Res. 124/96, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 24, p. 513-514.

instituiu Autoridades Centrais (administrativas) para facilitar o trâmite,⁸⁵ mas tem esbarrado na tradição brasileira da homologação judicial e centralização no STF,⁸⁶ como exemplifica a decisão do STF AGRCR-7613/AT, em caso de rogatória argentina.⁸⁷

de Araújo e Paulo Borba Cassela, *Integração Jurídica Interamericana*, São Paulo: LTR, 1998.

⁸⁵ Assim destaca Tellechea Bergman, op. cit., p. 221.

⁸⁶ Nádia de Araújo, "Solução de controvérsias no Mercosul: A via institucional do Tratado de Assunção e o Protocolo de Las Leñas", trabalho inédito apresentado na reunião Anual do SBPC, original, p. 10, observa de forma perspicaz que, face ao Art. 19 do Protocolo, as decisões são enviadas diretamente, por rogatória, através da Autoridade Central, o que constitui uma "nova via", aceita pelo STF desde que o *exequatur* seja (centralizado) no próprio STF. Um caminho de meio, mas célere, mas ainda com a participação do STF, citando a autora como exemplo a carta rogatória 7618, j. 03.04.1997, Ag. Reg.

⁸⁷ A ementa foi: "Sentença estrangeira. Protocolo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Leñas ("Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa" entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira - à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar - para tornar-se executível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta à admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requiera a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no Art. 19, que a homologação (dito reconhecimento) de sentença provida dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e

O Mercosul conta desde seis de abril de 1994 com um "Protocolo sobre jurisdição internacional em matéria contratual", conhecido como Protocolo de Buenos Aires e aprovado pela Decisão 1/94 do Conselho do Mercado Comum.⁸⁸ O Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual se aproxima da famosa Convenção de Bruxelas de 1968 da Comunidade Europeia⁸⁹ e permite a autonomia da vontade quanto à eleição do foro, mas retirou de seu campo de aplicação os contratos concluídos com consumidores (Art. 2.º, 6), os contratos de seguros (Art. 2.º, 8), os contratos de transporte (Art. 2.º, 7) e os problemas de direito real (Art. 2.º, 9). O princípio básico do Protocolo de Buenos Aires é a liberdade de escolha do foro ou arbitragem, através de cláusula contratual ou mesmo manifestações *a posteriori* (Art. 4.º e seq.). A escolha do foro pressupõe, porém, uma relação jurídica equilibrada em suas forças, uma relação jurídica entre comerciantes ou profissionais, com semelhante poder de barganha e com preparo profissional. A escolha subsidiária cabe ao autor, dentre o juízo do lugar de cumpri-

mento do contrato, do domicílio, do de mandado ou do domicílio ou sede do autor, "quando demonstrar que cumpriu sua prestação" (Art. 7.º).⁹⁰

Em Ouro Preto, aprovou-se a Decisão 27/94, que contém o texto do "Protocolo de medidas cautelares", em cujo campo de aplicação inclui medidas cautelares ou de urgência em matéria de direito do consumidor (Art. 1.º).⁹¹ Este protocolo já foi objeto de decisão do STF, antes de totalmente incorporado ao direito brasileiro e, por este motivo justamente, foi sua aplicação recusada. Agora resta a dúvida se será considerada institucional após sua total incorporação ao direito interno brasileiro. A decisão do STF foi a seguinte:

"Mercosul. Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG). Ato de direito intermunicipal público. Convenção ainda não incorporada ao direito interno brasileiro. Procedimento constitucional de incorporação dos atos internacionais que ainda não se concluiu. O Protocolo de Medidas Cautelares adotado pelo Conselho do Mercado Comum (Mercosul), por ocasião de sua VII Reunião, realizada em Ouro Preto/MG, em dezembro de 1994, embora aprovado pelo Congresso Nacional (Dec. Legislativo 192/95), não se acha formalmente incorporado ao sistema de direito positivo interno vigente no Brasil, pois, a despeito de já ratificado (instrumento de ratificação depositado em 18/3/97), ainda não foi promulgado, mediante decreto, pelo Presidente da República. Consi-

derações doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão da executoriedade das convenções ou tratados internacionais no âmbito do direito interno brasileiro. Precedentes: RTJ 58/70, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro - ADI n. 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello".⁹²

Como podemos observar os Protocolos oriundos do Mercosul já estão nos Tribunais em vidas dos empresários, resta ainda que sejam mais difundidos entre os cidadãos e consumidores.

3.1.2 O Protocolo de Santa Maria

Mais importante do que os protocolos anteriormente mencionados é, para o consumidor, o chamado Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição especial para consumidores em matéria de relações contratuais.⁹³ A simples aplicação do Protocolo de Buenos Aires aos contratos de prestação de produtos e serviços aos consumidores no Mercosul, com certeza, acarretaria uma série de discussões judiciais, uma vez que a cláusula de eleição do foro, dificulta o acesso do consumidor à Justiça e tem sido considerada abusiva pela jurisprudência brasileira, afastada sua aplicação na prática. Nasceu desta insuficiência do Protocolo de Buenos Aires, de regular a contento os conflitos de jurisdição em matéria de relações contratuais de consumo,

que o *exequatur* se defina independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento. Ag. Reg. em Carta Rogatória 7613/AT, Rel. Min. Sepúlveda perence Pub. DJ09.05.1997 PP-18154 Ement. Vol-01868-02 PP-00223, Julg. 03.04.1997, Tribunal Pleno. (Texto fornecido por Nádia de Araújo, PUC-RJ, Lista Mercosul, www.egroups.com/list/mercosul/).

⁸⁸ Incorporado pelo Dec. 2.095, de 17.12.1996, no Brasil.

⁸⁹ Veja por todos Fausto Pocar, *Codice delle Convenzioni sulla giurisdizione e l'eccezione delle sentenze straniere nella C.E.E.*, Giuffrè, Milão, 1980.

⁹⁰ Araújo, *Código*, p. 150.

⁹¹ Mercosul/CMC/Dec. 27/94, Ouro Preto 16.12.1994, *Boletim de Integração Latino-Americana*, 15, p. 334-341. V. texto na íntegra in Nádia de Araújo et al. (Org.), *Código do Mercosul - Tratados e Legislação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 137-146, a qual menciona o Dec.-Leg. 192/95, de 18.12.1995.

⁹² Carta Rogatória 8.279-República Argentina, Min. Celso de Mello (Presidente), comentada por, Nádia de Araújo. A internalização dos Tratados internacionais no Direito Brasileiro, conferência realizada no Mestrado em Direito-UFERS, a ser publicada na *Revista da Faculdade de Direito UFRRGS*, Vol. 16, 1999.

⁹³ Veja texto na íntegra in Nádia de Araújo et al. (Org.), *Código do Mercosul - Tratados e Legislação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 159-167.

a oportunidade e a importância de elaborar um Protocolo especial.

O Protocolo de Santa Maria sobre a jurisdição internacional em matéria de relações de consumo⁹⁴ elaborado pela Reunião de Ministros em 17 de dezembro de 1996⁹⁵ prevê um regime especial de jurisdição mais protetivo dos consumidores nas suas relações contratuais no Mercosul, regime este que em sua generalidade, deve merecer apoio dos especialistas em direito do consumidor.

Através deste Protocolo o Mercosul legisla sobre as cláusulas de eleição do foro, afastando a autonomia de vontade, sempre que o contrato for de consumo e o consumidor e o fornecedor tenham domicílio diverso e no Mercosul (Art. 2.º). Neste caso, o consumidor (somente aquele destinatário final e de bens ou serviços de utilização familiar) possui foro privilegiado e à sua escolha (Art. 4.º), assim como lhe é facilitado o reconhecimento de sentenças e o juízo à distância.⁹⁶ Segundo seu Art. 18, porém, o Protocolo de Santa Maria só entraria em vigor após terminados os trabalhos de unificação da Comissão de Comércio de Mercosul-COM, isto é, findo o Regulamento Comum de Defesa do Consumidor "em sua totalidade". A razão deste conectar entre estas duas normas do Mercosul nos escapa, mas significa na prática que o belo protocolo ficou em um limbo jurídico nunca entrando "em vigor", assim como o extinto projeto de Protocolo Comum de 1997.

Atualmente, o CT 7 e a Reunião de Ministros de Justiça reexamina o Proto-

colo de Santa Maria, mas a verdade é que o texto já foi aprovado internacionalmente. Modificar seu texto ou retirar seu anexo só pode ser um ato da Reunião de Ministros e para sua entrada em vigor seria necessário uma nova assinatura, momento em que provavelmente se reelaborará o texto, no mínimo desnecessando-o do extinto Regulamento comum.

Cabe, pois, salientar que, no mérito, o Protocolo parece-me positivo e necessário para o consumidor e deveria ser aprovado (novamente) pelo governo brasileiro. O protocolo não regula a lei aplicável ao caso, somente o foro (e a lei processual a ser utilizada pelo foro – *lex fori*, Art. 10). Cria um foro privilegiado para o consumidor, o de seu domicílio (Art. 4.º), a exemplo do CDC e da Convenção de Bruxelas (EU). Permite, porém, que o consumidor – e só ele – prologue o seu foro preferencial para outros foros (Art. 5.º).

Utiliza ainda o Protocolo a teoria da sede social efetiva (teoria em voga na Europa desde a CEE para pessoas jurídicas), em seu Art. 3.º, 2, e valoriza as filiais como ponto de contato (Art. 6.º), o que beneficia o consumidor. Trata o protocolo do foro judicial e dos foros alternativos, arbitragem etc., como se judiciais fossem. Esta é uma sábia decisão, pois muitos não consideram possível aplicar a lei de arbitragem (brasileira) aos conflitos de consumo *stricto sensu* e a constitucionalidade desta lei brasileira está em discussão nos Tribunais Superiores. Assim, se o Protocolo instituisse uma arbitragem de consumo facultativa ou obrigatória seria, no mínimo, polêmico. Da forma como está redigido, cada país resolve o problema segundo sua lei processual, o que é correto e a questão (que é nacional) continua sendo resolvida nacionalmente. No Brasil, os Juizados Especiais de Pequenas causas usam a arbitragem e a me-

dição, mas têm presença estatal. Na Argentina, não existem estes juizados de pequenas quantias, mas sim há uma arbitragem normal, que serve de arbitragem de consumo e já tem seus primeiros casos em 1999.

As falhas que poderiam ser apontadas no Protocolo de Santa Maria referem-se a três pontos. A primeira é o fato do protocolo não se aplicar ao consumidor-turista, isto porque o Art. 1.º, letra c só inclui no seu campo de aplicação relações de consumo onde tenha havido "publicidade" no país de domicílio do turista, logo, não o caso do turista normal. Como a publicidade de produtos e serviços argentinos no Brasil ainda é pouca e vice-versa, esta hipótese de turista-ativo que influenciou-se por publicidade em seu domicílio é rara. Já o tema dos turistas (consumidor ativo que desloca-se) é bastante importante em um processo de integração para evitar um sentimento de fragueza da instituição Mercosul, face a impunidade social de violações a direitos dos cidadãos nacionais na área integrada. Se o turista que viajou não tem um foro privilegiado ou facilitado, não reclamará ou facilmente perderá a demanda. Parece-me viável a possibilidade de criar um foro preferencial para o turista do Mercosul, por exemplo país da agência de viagem ou da transportadora, sem ter necessariamente de escolher o país de domicílio do turista ativo que viaje para consumir.

Também toram excluídos do Protocolo todas as discussões envolvendo os contratos de transportes (excluídos pelo Art. 1.º, 2), o que não parece razoável ou desejável, pelas mesmas razões antes expressas sobre a importância do turismo. Em matéria de contratos de transporte, porém, o consumidor não está tão desprotegido face aos inúmeros Tratados internacionais sobre o tema, mas nada impede que estes Tratados especiais sejam assinados por todos os mem-

bros do Mercosul como medida de proteção dos consumidores na região.

A outra falha do protocolo é o seu campo meramente contratual, quando se sabe que a proteção do consumidor é também extra-contratual (acidentes de consumo), pré e pós contratual (publicidade, *recall*, pós-venda etc), protegendo interesses coletivos e difusos, pelo menos no Brasil. O Protocolo assinado só se aplica a contratos de consumo (Art. 1.º, 1 *caput*) e define o que é relação de consumo de forma contratual. Outra possibilidade seria a de elaborar um novo protocolo especialmente sobre acidentes "transfronteiriços" de consumo no Mercosul, assim como o Protocolo especial de San Luis sobre acidentes de trânsito⁹⁷ e um sistema de informações rápidas sobre produtos perigosos, como fez a União Européia e tentou a Resolução Mercosul/GMC/Res. 125/96.⁹⁷

Segundo o Art. 1.º combinado com o Art. 3.º, o Protocolo de Santa Maria somente se aplicará a relações contratuais em que uma parte possa ser considerada consumidor. As outras relações contratuais presume-se a aplicação do Protocolo de Buenos Aires e dos protocolos especiais em fase de preparação, sobre seguros, transportes e outros especificados no comunicado do Ministério da Justiça brasileiro. Ocorre que a definição de consumidor acolhida no anexo é bastante restrita, baseada na Lei argentina 24.420, a qual exclui de proteção o "fornecedor vítima", assim como a própria família do "consumidor e tem dificuldade

⁹⁴ Decisão Mercosul/CM/Dec. 10/96, aprovada na Reunião de Fortaleza, em 17.12.1996.

⁹⁵ Veja texto na íntegra in, Nádia de Araújo et al. (Org.), *Código do Mercosul – tratados e legislação*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 159-167.

⁹⁶ Sobre o Protocolo de San Luis sobre acidentes de trânsito, de 25.06.1996, v. o artigo de Rui Stoeco, Protocolo de San Luis – Responsabilidade Civil decorrente de Acidentes de trânsito ocorridos nos países integrantes do Mercosul, RT 741, p. 100-112.

⁹⁷ Veja sobre esta Res. Batista, p. 428 et seq.

Informação do Protocolo atualizada

des com a proteção do consumidor equiparado, não-destinatário final do produto ou serviço, apenas exposto às práticas comerciais abusivas. Todos estes terceiros, não estão envolvidos diretamente no contrato entre o comprador e o fornecedor, mas podem ser usuários do produto ou serviço e podem sofrer danos (os *bystanders* do direito anglo-americano). A opção do Código de Defesa brasileiro foi a de incluir estes terceiros afetados, terceiros usuários e terceiros vítimas (Art. 2.º par. ún., Art. 17 e Art. 29 do CDC) como "pessoas equiparadas a consumidores" e, portanto, merecedoras de igual proteção.

Certo que se trata de Protocolo sobre a jurisdição, em especial afastando a cláusula de eleição do foro, mas se o Protocolo tem por finalidade elaborar normas especiais e benéficas somente ao consumidor-contratante, com exclusão de terceiros envolvidos na relação de consumo, pode ter efeito pedagógico negativo no Brasil. Este efeito perigoso não pode ser menosprezado, em especial se este Protocolo será o primeiro texto jurídico do Mercosul a definir – mesmo que provisoriamente – quem é consumidor. A Res. GMC 126/94 não define consumidor, assim também não o Protocolo de Buenos Aires. Definir o consumidor como o faz a lei argentina, significa deixar de fora uma série de pessoas consideradas vulneráveis pela lei brasileira e merecedoras de uma proteção especial como consumidores que são, segundo a nossa definição legal do Art. 2.º do CDC, bastante ampla. Esta exclusão pode ser razoável em sede de contratos assinados, mas não o é em matéria de oferta, de publicidade, da fase pré-contratual, da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, de práticas comerciais abusivas de contratação, problemas mais comuns no Mercosul. Esta exclusão é também discutível em matéria das garantias implícitas em um produto ou serviço colocado no mercado, isto é, na nova

noção de responsabilidade pelo vício do serviço e do produto. A solidariedade de toda a cadeia de produção em matéria de vício do serviço e do produto prevista no Art. 20 do CDC brasileiro e agora na lei argentina é um exemplo de quebra da *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e a extra-contratual no mercado de consumo.

Por último, lamenta-se que o protocolo não tenha avançado muito quanto à "eficácia extraterritorial das sentenças".

O Protocolo de Santa Maria opta por um sistema clássico de reconhecimento de sentenças e *exequatur*, com pouca força para as Autoridades Centrais. Indiscutivelmente este é um assunto polêmico para o Brasil e repetem-se os casos em que o STF teve dificuldade de dar eficácia a uma rogatória argentina⁹⁸ e de aplicar mesmo o protocolo de cautelares do Mercosul. O Protocolo de Santa Maria completa-se com o protocolo de Buenos Aires de cooperação judicial (Art. 11, 12 e seg.).

3.2 Sugestão de uma nova Resolução sobre contratos de time-sharing ou multipropriedade no Mercosul

Um útil e necessário tema a harmonizar seriam os contratos de *time-sharing*

⁹⁸ V. Carta Rogatória 8.577-Argentina, Rel.: Min. Celso de Mello (Presidente): "Revela-se lesiva à soberania brasileira, e transgredir o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização, que, solicitada mediante comissão rogatória emanada de órgão judiciário de outro País, tenha por finalidade permitir, em território nacional, a inquirição, por magistrados estrangeiros, de testemunha aqui domiciliada, especialmente se se pretender que esse depoimento testemunhal – que deve ser prestado perante magistrado federal brasileiro (CF, Art. 109, X) – seja realizado em Missão Diplomática mantida pelo Estado rogante junto

ou multipropriedade no Mercosul, onde não existem ainda leis nacionais específicas, mas sim problemas concretos ocorrendo no Brasil, Uruguai e Argentina. O turismo como um todo na região e a proteção efetiva dos turistas é um tema clássico dos mercados integrados.⁹⁹ No caso específico do *time-sharing* ou da multipropriedade, a complexidade desta espécie de contrato e sua prática massificada envolvendo consumidores nos países do Mercosul poderia conduzir o CT 7 a manifestar-se sobre a necessidade de estabelecer pautas básicas e regular de forma mínima estas relações de consumo, deixando a cada um dos Estados partes a possibilidade de regulá-lo de forma ainda mais rígida, se assim considerarem necessário. O exemplo já foi dado pela Comissão da União Européia, com sucesso, apesar da limitada competência que tem em matéria de direitos reais.¹⁰⁰ Também no Mercosul adaptações poderiam ser feitas, evitando temas polêmicos, editando normas de direito internacional privado e pressupondo que o avanço em matéria de harmonização é lento, mas ocorrerá.

3.2.1 Complexidade deste contrato de consumo normal no Mercosul

Como já escrevemos, a fórmula do *time-sharing* nasceu na França, mas foi

nos Estados Unidos da América que encontrou, nos anos 70 e 80, o seu grande sucesso, conquistando no final dos anos 80 a Europa e, nos anos 90, a América Latina.¹⁰¹ O sucesso da fórmula deve-se a seu pragmatismo e flexibilidade: resolve a crise do setor hoteleiro e turístico-imobiliário, ao assegurar-lhe consumidores cativos, mas exige pequeno investimento dos clientes, havidos de alcançar o tão esperado lazer e descanso em áreas turísticas valorizadas.¹⁰²

O contrato de multipropriedade possui uma série de características complexas como contrato de serviço prestado por toda uma cadeia de fornecedores, muitos deles de países diferentes, sendo um contrato normalmente internacional ou mesmo nacional com possibilidade de troca de direitos internacionais. Desenvolvendo esta idéia, podemos dizer que o objeto é o lazer temporário, isto é o uso de um imóvel em uma área turística e serviços conexos, por uma semana ou dias a cada ano, um direito de habitação que inclui ou não uma série de serviços anexos.¹⁰³

⁹⁹ Assim relaciona todas as inúmeras Resoluções e Diretivas da Comunidade Econômica Européia. Leite Achitica Javier, *El contrato de los consumidores y la protección de los consumidores*, Barcelona: Cedecs, 1997, p. 34 et seq.

¹⁰⁰ Veja a íntegra da Diretiva européia, Diretiva 94/97/CE, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 25, 1998, p. 231-236.

¹⁰¹ Veja Michael Martinek, *Moderne Verdragsrypen*, T. III, Munique: Beck, 1993, p. 268.

¹⁰² Veja meu artigo, que serve de base a estas observações, Claudia Lima Marques, *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos*, *Revista Direito do Consumidor*, Vol. 22, p. 64 et seq., ou a versão em espanhol, *Rev. Estudios sobre Consumo*, n. 45, publicados Ministerio de Sanidad y Consumo de España - Instituto Nacional del Consumo, tradução para o espanhol de Martha Olivares, p. 1-19.

¹⁰³ Assim Fabio Arrivas, *La multipropiedad, contrato in generale*, Guido Alpa (Coord.), Miño: Utet 1994, p. 1133 e Gustavo Tepedino, *Multipropriedade imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 2.

Os direitos assegurados aos consumidores neste tipo especial de contrato são múltiplos, mas nem todos de natureza real, já que a multipropriedade no mais das vezes não transfere e nem envolve direitos de propriedade, só direitos reais de uso. Estes direitos limitados de uso aliados a grande quantidade de serviços anexos prestados podem mesmo permitir tipificar este contrato como preponderantemente um contrato de fornecimento de serviços.¹⁰⁴

Outra característica importante é a multiplicidade de agentes que envolvem este fornecimento de serviços e a fruição dos direitos de uso assegurados pelo contrato de *time-sharing*, desde o organizador (o incorporador ou verdadeiro proprietário do imóvel e do complexo turístico), o simples vendedor, o verdadeiro proprietário, o administrador do imóvel e do complexo de turismo, os fornecedores direitos da alimentação, de passeios etc. E muitas vezes um contrato "sem fronteiras" ou internacional, pois as áreas e complexos turísticos muitas vezes localizam-se em outro país que o de domicílio ou nacionalidade do consumidor e a participação em "Círculos de Trocas Internacionais" torna possível que a fruição do direito de uso temporário dê-se em qualquer parte do planeta.¹⁰⁵

Resumindo é um contrato de múltiplos serviços, de uso compartilhado de imóvel, que pode envolver direitos de

co-propriedade, de participação em associação, com direito a ações, como se um contrato de investimento fosse, ou como participação em empreendimento hoteleiro. Um contrato que cuja presença se prorroga no tempo, se renova e modifica com o passar do tempo e as múltiplas possibilidades oferecidas ao consumidor, uma contrato fluído, aberto, múltiplo, criador de uma dependência entre o consumidor cativo e os vários fornecedores.¹⁰⁶

Não se pode afirmar que o *time-sharing* vise apenas alçar e usufruir diretamente um tempo de férias e um imóvel próprio localizado em área turística. Os contratos de *time-sharing* são usados pelos consumidores visando usufruir férias em determinado local, visando assegurar que poderão trocar de local de férias quando desejarem, tornando mesmo um contrato nacional em contrato com características internacionais e, por fim, podem ser usados como simples contrato de investimento, sem que o consumidor jamais usufruir pessoalmente dos direitos assegurados pelo contrato.¹⁰⁷

3.2.2 *Diversidade de direitos garantidos aos consumidores nas legislações do mundo e inexistência de legislação sobre a matéria no Mercosul*

Neste sentido, as legislações nacionais também apresentam uma série de soluções diferenciadas. A legislação portuguesa, visando favorecer os investimentos estrangeiros no país, protege o consumidor, aquele que adquire "direitos de uso habitacional" em Portugal.¹⁰⁸

⁽¹⁰⁴⁾ V. a nossa obra, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 127 *et seq.*

⁽¹⁰⁵⁾ Jayme, Recueil des Cours, p. 247.

⁽¹⁰⁶⁾ Veja sobre o "direito real de habitação periódica" no direito português, Tepedino, p. 35 *et seq.*

Na Grécia, o contrato de *time-sharing* recebe um regime mais próximo da locação, enquanto na França a legislação o aproxima do direito das sociedades forçando a organização de sociedades, com síndicos, e com distribuição clara de ações e direitos de voto.¹⁰⁹ Já a legislação europeia, a Diretiva 94/47/CE de 26.10.1994 privilegia os serviços conexos ao contrato de *time-sharing* e estabelece uma proteção positivada ao contratante mais fraco.¹¹⁰

Os problemas mais comuns detectados nos contratos de *time-sharing* foram: o conhecimento por parte do consumidor dos direitos que está realmente adquirindo,¹¹¹ e das regras de uso do imóvel;¹¹² a situação do consumidor caso o fornecedor/incorporador não conclua a obra, não entregue os imóveis para uso dos consumidores ou entre em falência ou insolvência; a transmissibilidade do *time-sharing* e sua inclusão entre os direitos hereditários; os vícios, falhas e problemas nos serviços prestados pelos complexos turísticos, pelos complexos

de férias e viagens,¹¹³ a variabilidade e abuso nas taxas de administração e as cláusulas de perda das quantias pagas e câncias das mais diversas.¹¹⁴

Os direitos assegurados aos consumidores nos vários tipos de contratos de *time-sharing* ou multipropriedade podem ser assim identificados: a) direitos de mero uso compartilhado de imóvel e serviços diversos; b) raramente direitos de co-propriedade ou propriedade parcial ou compartilhada em bem indivisível; c) direitos de participação em associação ou condomínio conexos a direitos de uso de propriedade imobiliária da associação; d) direitos de troca dos direitos de uso e aluguel do imóvel que seria usado; e) direitos pessoais quanto aos serviços conexos a fruição do espaço de lazer ou de hotelaria que é objeto de alguns tipo de *time-sharing*.

O *time-sharing* é, portanto, em sua essência uma relação contratual visando a aquisição de um direito de habitação temporária ou compartilhado, que pode envolver direitos de uso, mas nem sempre envolve a propriedade ou a multipropriedade, como parece querer afirmar seu próprio nome em francês (*multipropriété*), em italiano (*multiproprietà*) e em espanhol (*multipropriedad*).¹¹⁵

Os tipos de *time-sharing* hoje existente no mercado latino-americano são: 1) a multipropriedade hoteleira ou *time-sharing* hoteleiro; 2) a multipropriedade imobiliária ou de complexo de lazer; e 3) a multipropriedade acionária.

Na multipropriedade hoteleira ou *time-sharing* hoteleiro, que é caracterizada pelo fato da unidade imobiliária sob a qual se atribui o direito de uso habitacional temporário estar incluída em um

⁽¹⁰⁹⁾ Assim Tepedino, p. 49 *et seq.*

⁽¹¹⁰⁾ Neste sentido a jurisprudência tem permitido reabrir o período de arrependimento do Art. 49 do CDC, de 7 dias, após a comunicação e ciência das cláusulas e previsões de como se dará efetivamente o uso do imóvel. V. Ac. de 10.09.1996, 9. Câmara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, TARCS.

⁽¹¹¹⁾ Veja por todos, Tepedino, p. 122 *et seq.*

⁽¹¹²⁾ Assim Marinick, p. 281 *et seq.*

⁽¹¹³⁾ Veja por todos, Tepedino, p. 1.

⁽¹⁰⁸⁾ Veja detalhes em Aida Kemelnayer de Cartucci, El tiempo compartido (mal llamada multipropriedad) y la defensa de los consumidores en el derecho comunitario europeo. Posible proyección al Mercosur, *Derecho del Consumidor*, Vol. 7, 1996, p. 101.

⁽¹⁰⁹⁾ Veja exposição comparatista em detalhes de Jayme, Recueil des Cours, p. 247 *et seq.* e Schaaff, Petra, *Time Sharing - Modell oder Risiko?*, ZIP 1984/8, p. 909 *et seq.*

⁽¹¹⁰⁾ Assim Tepedino, p. 49 *et seq.*

⁽¹¹¹⁾ Neste sentido a jurisprudência tem permitido reabrir o período de arrependimento do Art. 49 do CDC, de 7 dias, após a comunicação e ciência das cláusulas e previsões de como se dará efetivamente o uso do imóvel. V. Ac. de 10.09.1996, 9. Câmara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, TARCS.

complexo hoteleiro (rede de hotéis, complexo turístico com hotéis de várias categorias ou um hotel isolado que trabalhe com contratos de *time-sharing*).¹¹⁶ Neste tipo de *time-sharing* o consumidor recebe um bem ou quota por força do qual ele poderá gozar, por certo lapso de tempo anual, do uso de um apartamento de determinada classe no hotel e receber determinados serviços do hotel (café da manhã, troca e lavagem de roupas de cama, campos de esporte e lazer, viagens organizadas etc.), podendo também ceder seus direitos a terceiros, pelo que receberá determinada quantia em seu favor.¹¹⁷ Segundo Arrivas, é este o tipo de *time-sharing* em que as relações entre o fornecedor e o consumidor estão em melhor equilíbrio, pois o consumidor interessa-se em receber os serviços de um hotel e não tanto em receber o domínio, mesmo que temporário, do imóvel em área turística,¹¹⁸ mas há o perigo que o empreendimento nunca chegue a realizar-se.¹¹⁹

¹¹⁶ Segumos aqui a denominação utilizada por Arrivas, p. 1135.

¹¹⁷ Veja Martinek, p. 282 e Arrivas, p. 1135.

¹¹⁸ Arrivas, p. 1135.

¹¹⁹ Ac. de 15.03.1995, 7. Câmara TARGS, Rel. Antonio Janyr Dalfr Agnoll Junior, Proc. 194255485; Promessa de Compra e Venda, Res. Mora na Conclusão de obra. Perdas e Danos. (...) Procede a resolução de promessa de compra e venda, proposta pelo promitente comprados quando a mora na conclusão da obra alcança extensão que vem inutilizando a finalidade ordinária para a qual previsto o empreendimento. Assim, a indefinição quanto a conclusão de prédio hoteleiro em sistema de tempo repartido (*time-sharing*), pelo promitente vendedor, em detrimento manifesto do promitente comprador, que cumpre, atualizadamente, com parcelas de sua prestação. Perdas e danos que se afastam, repertantes ao interesse positivo, por não

Na multipropriedade imobiliária ou de complexo de lazer o consumidor adquire uma quota em um complexo imobiliário, quota esta que se estende a parte do solo edificado, ao terreno, ao complexo de lazer comum, aos móveis existentes no complexo e de tudo que torne possível a fruição do bem imóvel. Conjugase um regime de comunhão, que disciplina a modalidade de uso da unidade habitacional, a destinação residencial fixa e um regime de indivisibilidade perpétua da "semi-propriedade" transferida e um regime de condomínio, com domínio que regula o uso das partes comuns e os critérios de repartição dos bens comuns, assim como a administração destes. A característica específica deste tipo de *time-sharing* é que a concessão de um direito de uso ou o direito de fruição, mesmo que reais, seja limitada no tempo, a um período de algumas semanas no ano, apesar do direito cedido em si ter longa duração, podendo ser perpétuo.¹²⁰ Trata-se de forma mista, em que se asseguram direitos reais com certa limitação temporal de seu exercício, e direito pessoais de mais importância na relação contratual, representando um risco extra para os consumidores.¹²¹

O modelo de multipropriedade acionária consiste substancialmente na constituição de uma sociedade, esta sim proprietária do imóvel, a qual imite ações ordinárias e ações preferenciais que se-

satisfatoriamente demonstradas e insuficientemente registradas na inicial. Apelo parcialmente provido.

¹²⁰ Veja Martinek, p. 277, Arrivas, p. 1139-1140 e Tepeдино, p. 15 *et seq.*

¹²¹ Já Tepeдино observa neste modelo uma maior segurança para os adquirentes e procura aplicar as normas brasileiras sobre condomínio e incorporações a esta relação de *time-sharing* imobiliário, V. Tepeдино, p. 16 *et seq* e 110 *et seq.*

rão vendidas.¹²² As ações ordinárias, representam a propriedade do imóvel e ficam em poder dos efetivos proprietários do complexo imobiliário e de lazer, pois permitem aos sócios participar da gestão social; enquanto as ações preferenciais, às quais é atribuído o direito de voto nas assembleias, são vendidas aos usuários e consumidores do *time-sharing* e conferem a estes o direito de utilização em turnos do bem compartilhado.¹²³ O promotor da iniciativa ou incorporador contrata com os consumidores e distribui as ações preferenciais e, na maioria das vezes, compromete-se a entregar as ações ordinárias aos co-proprietários, uma vez paga totalmente a dívida, na proporção de sua participação na propriedade do imóvel ou compromete-se a administrar o complexo imobiliário, constituindo ele uma outra sociedade e dando voz ativa nesta sociedade aos proprietários das ações. Estes dois submodelos não evitam os riscos de se trabalhar no mercado de ações e trazem para o *time-sharing* um caráter de contrato de investimento, afastando a sua natureza de simples contrato múltiplo de serviços e de uso habitacional para o lazer. O vínculo do *time-sharing* acionário com sua finalidade primeira, de espaço imobiliário para o lazer em área turística fica mais tênue e pode simplesmente desaparecer.¹²⁴

Os contratos de *time-sharing* apresentam vários elementos de estranheza ou estranhos e muitas vezes podem ser considerados contratos internacionais, o que dificulta ainda mais uma efetiva proteção dos consumidores neste tipo

¹²² Este tipo teve muito sucesso nos Estados Unidos e na França, onde foi regulamentado pelas leis de 28.07.1938 e de 16.07.1971, veja Martinek, p. 278.

¹²³ Assim Tepeдино, p. 9, Schaff, p. 911 e Arrivas, p. 1138.

¹²⁴ Veja crítica de Arrivas, p. 1138-1139

contratual.¹²⁵ Muitas vezes os imóveis, os complexos hoteleiros ou de lazer, cuja fruição é oferecida através de contratos de multipropriedade localizam-se em áreas de turismo fora do território de domicílio ou de nacionalidade do consumidor. Assim, no território brasileiro, oferece-se através de campanhas agressivas de marketing e vendas contratos de *time-sharing* que asseguram o uso de imóveis localizados em Punta del Este, Uruguai ou na Argentina, enquanto oferece-se para consumidores argentinos, contratos de multipropriedade envolvendo o uso de imóveis localizados nas praias brasileiras. Destaca a jurisprudência a importância do princípio da boa-fé e da proteção da confiança do consumidor, uma vez que a publicidade e a venda acontece em território brasileiro e, seu reflexo, a teoria da aparência para estabelecer a responsabilidade solidária e a legitimização passiva de todos os vários fornecedores (diretos e representantes) envolvidos na negociação.¹²⁶

Muitos dos sujeitos envolvidos podem ser estrangeiros, como no caso de um

¹²⁵ Assim também, menciona o "caráter transfronteiriço del timeshare", Kermelmayr de Carlucci, p. 100.

¹²⁶ V. Ac. de 19.12.1996, 9.ª, Câmara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, TARS, proc. 196182760: "Multipropriedade. Contrato internacional. Contratação no Brasil. Empreendimento localizado no Uruguai. Linha estrangeira. Promitente vendedor. Mandatário. Teoria da aparência. Desconhecimento das cláusulas relativas ao uso do imóvel. Art. 49 do CDC.

1. É parte legítima para figurar no polo passivo da ação de resolução de contrato internacional de promessa de compra e venda de ações relativa ao uso de imóvel pelo sistema de multipropriedade a empresa brasileira que, no Brasil, promove a informação, publicidade e oferta do empreendimento a ser realizado no exterior como se fosse o titular do direito. A transmissão de confiança de

time-sharing vendido em Porto Alegre, Brasil, por um incorporador, em nome de uma sociedade proprietária e administradora argentina, de um complexo de lazer localizado no Uruguai. Os próprios contratos encontram-se em espanhol e com ou sem tradução em português.¹²⁷

4. Observações finais e Proposta de Resolução mínima

Evitando concluir esta análise ainda parcial e limitada do impasse atual, apresentamos uma proposta concreta de Resolução mínima e necessária, segundo a metodologia aqui defendida e – parece-me, indicada pela CCM em dezembro de 1997 para a futura atuação do CT 7, esperando que esta proposta, ao evitar os aspectos controversos do assunto, como as cláusulas abusivas e a definição de consumidor, possa mesmo assim proteger efetivamente esta gama de consumidores leigos que filiam-se no Brasil e no exterior a contratos de multipropriedade ou *time-sharing* localizados no Mercosul.

RES. GMC (...)

Considerando a complexidade do contrato de *time-sharing* ou de multipropriedade

uma situação jurídica e a omissão de sua real condição de mandataria importa na sua responsabilidade pela contratação. Ainda mais quando foi a responsável pela elaboração do contrato tendo infringido o princípio da transparência e do dever de informação. Fere o princípio da boa-fé e da doutrina dos atos próprios a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*.”

¹²⁷ Ac. de 19.12.1996, 9. Câmara Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, FARGS, Proc. 196182760, p. 6-8, citando os ensinamentos de Luis Díez-Picazo e Gustavo Tepedino.

idade e sua prática massificada envolvendo consumidores nos países do Mercosul; *Considerando* que é contrato de serviço prestado por toda uma cadeia de fornecedores, muitos deles de países diferentes, sendo um contrato normalmente internacional ou mesmo nacional com possibilidade de troca de direitos internacionais;

Considerando que existem vários tipos de multipropriedade e de *time-sharing* e que os direitos assegurados aos consumidores são múltiplos, mas nem todos de natureza real, já que a multipropriedade no mais das vezes não transfere e nem envolve direitos de propriedade, só direitos reais de uso e estes ainda limitados de uso, aliados a grande quantidade de serviços anexos e pagos por taxas diferenciadas;

Considerando as técnicas de vendas e de marketing agressivas e emocionais usadas em nossa região para a comercialização deste tipo de contratos, que deveria ser guiada pela boa-fé, lealdade e possibilidade de reflexão dos consumidores, assim como os próprios prospectos e contratos deveriam ser redigidos em ambas as línguas da região, espanhol e português, permitindo a real informação dos consumidores;

Resolve estabelecer pautas básicas e regular de forma mínima estas relações, deixando a cada um dos Estados partes a possibilidade de regulá-lo de forma ainda mais rígida, de acordo com as características de seu mercado, se assim considerar necessário.

Campo de Aplicação

Art. 1.º Estas normas estabelecem um regime jurídico mínimo para o contrato e pré-contrato de *time-sharing* ou multipropriedade, devendo ser aplicadas a todos os contratos de *time-sharing* ou multipropriedade concluídos entre profissionais e leigos, e imperativamente a todos

os empreendimentos de lazer e hotelaria localizados nos Estados-Membros do Mercosul, em sua publicidade, marketing, métodos de promoção e vendas, condições gerais contratuais e atividades de pós-vendas, não importando o domicílio e a nacionalidade dos co-contratantes.

Fonte: doutrina brasileira, lei espanhola, lei alemã e Art. 11 da Diretiva Europeia 94/47/CE de 26.10.1994.

Direitos do co-contratante não profissional ou consumidor

Art. 2.º As relações contratuais, através do contrato e pré-contratos de *time-sharing* ou multipropriedade ou direito de aproveitamento por turno de bens imóveis atribuem ao consumidor seu titular:

I – A faculdade de desfrutar e usar para habitação, com caráter exclusivo, durante um período específico por ano, não inferior a 7 dias, um apartamento ou quarto de hotel, suscetível de utilização independente por ter saída própria e mobiliado.

II – A faculdade de desfrutar gratuitamente de serviços de lazer e hotelaria conexos ao empreendimento, edifício ou complexo de hotéis, devendo informar-se de forma clara e destacada quais serviços estão incluídos e devem ser pagos individualmente, assim como seu exato preço para o titular do *time-sharing* e o preço normal.

III – O direito de ser informado, por escrito, em ambas as línguas do Mercosul, espanhol e português, nos prospectos, pré-contratos, contratos e nos demais documentos e material de marketing sobre seus direitos temporários de uso, seus direitos reais e sobre a eventual co-propriedade, do preço exato, da forma de pagamento, das taxas de manutenção e taxas extras incidentes na relação e modos de utilização (água, telefone, gás, energia, serviços de garagem, portaria

etc.), do direito de voto nas associações, das possibilidades de troca e de seu custo, da previsão exata de conclusão e ocupação do empreendimento, e do nome e endereço do proprietário, do administrador, do promotor e dos vendedores autorizados e representantes autônomos naquele país.

IV – O direito de ser informado detalhadamente sobre o seu direito de arrendimento inotivado e de receber, por escrito, formulários para o exercício deste direito, bem como sobre o direito de não pagar ou ver recolhido qualquer pagamento ou garantias nos 10 primeiros dias.

V – O direito de receber o texto contratual completo e de todas as condições gerais de uso do imóvel, decisões do condomínio ou dos acionistas que influenciem seu direito de uso e/ou propriedade, bem como uma informação que o vínculo contratual terá como duração entre 15 a 30 anos, assim como os direitos reais dele resultantes, cabendo ao consumidor a decisão de renovar o vínculo ou rescindi-lo sem nenhuma contraprestação final.

VI – O direito de ver escriturado ou registrado seu direito real de uso e/ou co-propriedade ou sua participação na sociedade acionária, conforme a espécie de contrato.

Fonte: Lei espanhola (projeto 16.09.1997, BO Congreso de los Diputados, n. 80-1) e Art. 5.º, Diretiva Europeia 94/47/CE de 26.10.1994.

Proteção quanto ao marketing e métodos agressivos de venda

Art. 3.º O co-contratante leigo de pré-contrato ou contrato de *time-sharing* ou multipropriedade ou direito de uso/aproveitamento por turno de bens imóveis poderá, sem necessitar especificar a causa, arrender-se e rescindir o contrato sem ônus nos 10 dias seguintes à assinatura do ato, proibido qualquer pagamento

to ou assinatura de boletos de cartões de crédito neste período.

§ 1.º Este direito de arrendimento imovido de 10 dias será prorrogado por até 3 meses, a contar da assinatura, caso uma das informações obrigatórias previstas no Art. 2.º, Inc. III e IV não constem do contrato ou pré-contrato ou não tenham sido convenientemente informadas ao consumidor por escrito, em documento por ele assinado.

§ 2.º A partir da data da entrega das informações obrigatórias do Art. 2.º, por escrito e no domicílio do consumidor, que as rubricará, comecem a correr o prazo de 10 dias para o exercício do direito de arrendimento imovido.

Fonte: Jurisprudência brasileira e Art. 5.º, Diretiva Europeia 94/47/CE de 26.10.1994.

Art. 4.º Em caso de exercício do direito potestativo de arrendimento, os pagamentos eventualmente realizados devem ser devolvidos ao co-contratante logo, monetariamente atualizados, descontados ao máximo de 1% da entrada inicial, como taxa administrativa de reembolso, nacional e internacional, correndo por conta do profissional qualquer outro custo que incidir nesta devolução, inclusive os tributários de seu país.

§ 1.º Em caso de exercício do direito potestativo de arrendimento do Art. 3.º, fica resolvida a tradição de bens ou garantias e os pagamentos realizados, bem como os contratos de financiamento acessórios e por cartões de crédito.

§ 2.º Em caso de exercício do direito potestativo de arrendimento do Art. 3.º, as empresas exploradoras de *time-sharing* e seus representantes ficam obrigados a devolver os boletos de cartão de crédito, eventualmente assinados, como quaisquer outros títulos de crédito dados em pagamento e todos os documentos assinados pelo contratante não-profissional e a avisar imediatamente as em-

presas de cartões de crédito e quaisquer terceiros em posse destas garantias para evitar seu uso.

§ 3.º Havendo uso, desconto ou protesto destes boletos de cartão de crédito, as empresas operadoras de *time-sharing* responsabilizam-se pelo pagamento em dobro da quantia cobrada e, em caso de protesto, além desse reembolso em dobro igualmente pelo pagamento de danos morais.

Fonte: Jurisprudência brasileira, Art. 42 e 52 CDC e Art. 7.º da Diretiva Europeia 94/47/CE de 26.10.1994.

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Ao contrato de multipropriedade e aos direitos reais dele resultantes aplicar-se-á a lei do país em que ocorrer a celebração do contrato, não importando o lugar de situação do bem imóvel ou complexo hoteleiro principal.

2. Mesmo que o contrato seja celebrado no país de situação do bem imóvel ou complexo hoteleiro principal, aplicar-se-á a lei do país de domicílio do co-contratante não-profissional, sempre que coincidir com o país onde foi veiculada a publicidade ou utilizadas técnicas agressivas de venda, tais como telefonemas, entrega de prêmios, convites para festas e recepções, entrega de prospectos e utilização de vídeos promocionais etc.

3. Quando o contrato de multipropriedade não transferir ao consumidor direitos reais de propriedade ou co-propriedade, aplicar-se-á para reger o contrato e os direitos reais de uso a lei do país de domicílio do co-contratante não-profissional, não importando o lugar da celebração do contrato.

Fonte: Jurisprudência e doutrina brasileira, § 8 da Lei alemã TzWVG, 20.12.1996.

1. DOCTRINA NACIONAL

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO DO CONSUMIDOR

RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR

1.3

SUMÁRIO: 1. Globalização: para além do lugar comum - 2. Mudanças na estrutura produtiva e no mercado - 3. A sociedade de serviços e o consumidor - 4. Pós-modernismo jurídico, contratos relacionais e dualismo econômico - 5. Os mercados regionais (Mercosul) - 6. Conclusão.

1. Globalização: para além do lugar comum

Hoje em dia, não apenas a palavra globalização virou lugar-comum como também esta constatação trivializou-se nos meios acadêmicos e na mídia. Isso, contudo, não nos exime de, ao falar do tema da globalização e direito do consumidor, definir tal conceito. Para os propósitos deste artigo poder-se-ia definir provisória e preliminarmente globalização como um processo de natureza econômica e política marcado pelas seguintes características: a) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-fordista (ou pós-industrial); b) homogeneização de padrões culturais e de consumo; c) enfraquecimento da ideia de Estado-nação em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; d) formação de blocos comerciais.

Estas características devem ser entendidas com cautelas. Isso porque, conforme observa José Luiz Fiori, "o processo de globalização é tudo menos global, na medida em que é altamente seletivo, indutor de dualismo, e dependente de estratégias políticas de alguns Estados-nação que continuam demonstrando gran-

(1) "O papel do Estado na globalização", *Os medeiros falsos*, 2. ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p. 236.

ta-se, na verdade, da criação de um nova "forma de vida", estilo de sociabilidade, padrão de consumo e apreensão teórica do mundo.² Usualmente tal conceito tem sido mais utilizado para descrever as diferenças culturais e sensíveis (estéticas) do mundo globalizado. O segundo conceito é o de sociedade pós-industrial, que vem sendo empregado para descrever as transformações econômicas e sociais do mundo globalizado.³ É certo, contudo, que existe uma imensa região de interseção semântica coberta pelos conceitos de globalização, pós-modernismo e sociedade pós-industrial, cujos contornos de mandariam um esforço analítico estranho aos propósitos deste ensaio.

A globalização, assim entendida, não se confunde com uma etapa inexorável do processo histórico, mas descreve uma nova fase do capitalismo mundial, marcada pela transformação dos arranjos institucionais (econômicos e políticos), hábitos, cultura e apreensão teórica do mundo anteriormente existentes. Como se vê, a definição inicial era mesmo precária, devendo servir apenas como ponto inicial para a reflexão que se segue.

É possível identificar grandes temas que revelam o impacto da globalização para o direito do consumidor. São eles: a) as mudanças no processo produtivo e no mercado de consumo; b) a transforma-

ção da sociedade de consumo de bens numa sociedade de consumo de serviços; c) mudança nas práticas contratuais de consumo e o crescimento dos contratos relacionais; d) a nova importância das agências regulatórias; e) os desafios para combater as práticas abusivas produzidas dentro de uma sociedade e estrutura econômica dual; f) os efeitos da pós-modernidade na cultura jurídica e a crise do paradigma jurídico dominante; g) a formação dos mercados regionais e os riscos da uniformização. Esses são os temas que procurarei abordar neste ensaio.

2. Mudanças na estrutura produtiva e no mercado

A globalização afeta o direito do consumidor de diversas maneiras.

Em primeiro lugar, ela reforça e é estimulada por um poderoso movimento de reestruturação produtiva que se verifica no capitalismo moderno, gerando impacto direto na sociedade de consumo.

A partir do final do século XIX a produção industrial capitalista ganha novos contornos, especialmente em países economicamente emergentes, como os Estados Unidos. A forma de produção até então dominante, a chamada produção manufatureira ou artesanal, é substituída pela produção de massa (ou fordista). A exemplo do que ocorrerá com a economia americana, as demais economias capitalistas dinâmicas, até então fragmentadas na forma de ilhas de mercados locais, passaram a formar mercados nacionais. Tal processo de integração da produção industrial aos mercados nacionais se deu paulatinamente e acompanhou a expansão da oferta dos serviços de correio, estradas de ferro e outros canais de comunicação, sem os quais ela seria inviável.⁴

Nessa época, os produtores que obtiveram sucesso adquiriram vantagens no mercado pela sua capacidade de responder de maneira rápida e flexível aos sinais do mercado competitivo. Frente às primeiras ameaças de concorrência no localmente a preço, qualidade, demanda e entrega, os produtores melhor adaptados ao novo tipo de produção esforçaram-se no sentido de se tornarem capazes de reajustar e reformular seus processos produtivos de modo a atingir ou superar as exigências e variações do mercado. Tal capacidade de rápida re-estruturação estava apoiada numa estratégia industrial baseada no uso de um tipo de maquinaria capaz de realizar processos múltiplos e diversificados e numa planta funcional que permitia a produção de pequenas quantidades de mercadorias.

A produção manufatureira apresentava, em relação às formas de organização da produção que a sucederam, as seguintes características gerais: a) baixos índices de produção e produtividade; b) grande inventividade; e d) altos custos com o trabalho direto; e) produção de bens caros e de baixa qualidade. Por outro lado, ela oferecia ao mercado uma grande gama de produtos rapidamente especializados, que apresentavam um reduzido tempo de produção e baixo custo de investimento.⁵

No início do século XX a formação de mercados nacionais e a introdução de novas tecnologias aplicadas à produção forneceram outras oportunidades ao mercado, provocando a absorção de uma nova forma de estratégia industrial. As

empresas voltadas para a produção de massa aos poucos passaram a dominar o mercado devido à sua habilidade de fornecer grandes quantidades de bens produzidos por baixos custos aos mercados nacionais. Isso foi feito graças à introdução de linhas de produção e aplicação de novas formas de gerenciamento do processo produtivo. Ao mesmo tempo, elas passaram a dominar os mercados que se expandiam e desencorajaram a entrada de novos competidores por meio da economia de escala. A produção em massa requeria maquinaria específica e um plano de produção fixo.

Os produtores de massa tinham que manter o pleno funcionamento das linhas de produção para garantir o retorno do investimento realizado. Em razão da demanda de grande investimento inicial, a produção voltada para grandes volumes não poderia estar sujeita a interrupções ou diminuições bruscas, sem que isso implicasse grandes prejuízos para o empresário capitalista. A produção de massa exigia um mercado de consumo de massa que a estabilizasse. Assim, o planejamento industrial de longo prazo procurou prever e criar técnicas de estabilização de mercados de suprimentos e de produtos em níveis que garantissem a plena utilização da linha de produção implantada.

Em síntese, pode-se dizer que a produção de massa permitiu que se atingissem maiores níveis de produção, produtividade e qualidade industrial, com menor quantidade de trabalho envolvido, ao preço de maiores investimentos de longa maturação, que exigiram maior planejamento e estabilidade e duração nas relações contratuais. Desde então, uma das tarefas básicas do planejamento foi a de garantir a ótima adequação entre fornecimento de insumos, capacidade produtiva e consumo de bens pelo mercado.

O efeito mais notável dessa nova forma de produção para o mercado de con-

² Cf. David Harvey, *The condition of post-modernity. An inquiry into the origins of cultural change*, Cambridge, Massachusetts: Blackwell, 1990 e Fredric Jameson, *Postmodernism or the cultural logic of late capitalism*, Duke University Press, 1994.

³ Na esteira dos trabalhos de Adorno e Horkheimer, outros autores como Habermas e Offe empregam o conceito de *capitalismo tardio* para descrever fenômeno semelhante. Sobre essas questões competens veja-se Ash Amin, "Post-fordism: models, fantasies and phantoms of transition", *Post-fordism. A reader*, edited by Ash Amin, Oxford, UK: Blackwell Publishers, 1994.

⁴ Apóio-me aqui nos trabalhos de Michael Piore e Charles Sabel, *The second industrial*

divide possibilities for prosperity, New York: Basic Books, 1984 e de Alfred D. Chandler, *The visible hand. The managerial revolution in american business*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1977.

⁵ A. Chandler, *The visible hand...*, op. cit., p. 13-75.

sumo foi a oferta de produtos padronizados produzidos em massa e contratos também em massa, através de contratos de adesão. Conforme observa David Harvey, "o fordismo do pós-guerra deve ser visto menos como um metro sistema de produção de massa e mais como um completo estilo de vida. Produção de massa significou a padronização dos produtos, assim como o consumo de massa; e isto significou toda uma nova estética e a mercantilização da cultura."⁶

A partir da metade dos anos 70, a internacionalização dos mercados de produtos e a sua saturação, a introdução de novas tecnologias de produção e formação, as novas técnicas de gerenciamento e as mudanças nas demandas de consumo criaram a oportunidade para uma nova estratégia industrial ("especialização flexível") e dinâmica das relações contratuais. Chegamos mais perto do ponto de mutação em direção aquilo que hoje chamamos de globalização.

A estratégia de especialização flexível ou pós-fordista visa fundamentalmente obter vantagens de mercado, oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único. A oferta de um bem único permite a criação de um nicho, o que por sua vez permite a manutenção de alto grau de hierarquização e estabilidade comercial. Isso, entretanto, requer a constante mutação do produto, a combinação de inovação com formas flexíveis de produção.

A flexibilidade de curto prazo é obtida pela estratégia de uso de maquinaria numa planta de trabalho de grupo para produzir quantidades médias de produtos especializados. O maquinário empregado permite usos múltiplos em diversas tarefas, o que facilita a mudança rápida de produto, conforme os sinais de demanda do mercado. A organização das máquinas, agora por grupo de trabalho,

isto é, um conjunto de pessoas associadas para o desempenho da tarefa da produção, e não por função, permite a diversificação da produção para diferentes produtos e diferentes clientes. Cada parcela do "grupo produtivo" atua como unidade autônoma capaz de alcançar os objetivos da oferta de produtos únicos para clientes especiais.

Em termos gerais, pode-se dizer que a estratégia da especialização flexível procura manter o pleno uso da capacidade de produção, ao mesmo tempo em que procura reagir rapidamente (através da inovação do produto) às constantes mudanças no mercado e no plano de produção. Ambas as características são obtidas através do planejamento de longo prazo que, todavia, é revisito diariamente. Assim, por um lado, a produção é planejada tendo-se em vista a sua manutenção por lapsos temporais prolongados e prevenindo-se a continuidade das relações de troca. Um exemplo desse tipo de estratégia pode ser encontrado na associação de empresas em redes produtivas tendo em vista a produção de bens no setor têxtil, informática ou indústria automobilística. Tal estratégia produtiva exigirá esforços cada vez maiores de cooperação econômica e solidariedade de interesses estratégicos.⁷ Por outro

lado, o planejamento de longo prazo é constantemente revisito e reificado, de modo a acompanhar as mudanças impostas pela rápida dinâmica do mercado. O recurso a plantas de produção não-rígidas, trabalho qualificado facilmente remaneável capaz de executar diferentes tarefas após rápido retraining e maquinaria produtiva de uso variado, permitem a revisão contínua e rápida da produção. Isso é também facilitado pelas novas tecnologias de informação, como meios de comunicação rápida e informatização. Diversos exemplos desse tipo de estratégia de especialização flexível podem ser encontrados em empresas que atualmente dominam os mercados industriais de informática, indústria automobilística e farmacêutica.

A especialização flexível, por um lado, apresenta maiores custos que a produção manufatureira, visto envolver automação, alto grau de avanço tecnológico e informatização. Por outro lado, no entanto, em contraste com a produção de massa, ela permite a produção de médios lotes de produtos variados, não-padronizados, singularizados em função do mercado e do consumidor.

Essa nova forma de estruturação da economia, estimulada pela sensível ampliação dos mercados mundiais, também afetará os hábitos e práticas de consumo. O mercado de massa passará a dar lugar a um mercado voltado para o exclusivo, o diferenciado, personalizado. O mercado passará a estar marcado por

um dualismo que admitirá a coexistência de produtos de consumo de massa (produção fordista) e produtos e serviços mais personalizados e dirigidos a nichos de consumo sofisticados (produção pós-fordista ou especialização flexível).

Conforme aponta David Harvey, a "acumulação flexível (ou pós-fordista) foi acompanhada, pelo lado do consumo, por uma atenção muito maior às mudanças rápidas de moda e mobilização de todos os artifícios de induzimento de necessidades e transformação cultural que isso envolve. A estética relativamente estável do modernismo fordista deu lugar a todo fermento, instabilidade e qualidades passageiras de uma estética pós-moderna que celebra a diferença, o efêmero, o espetáculo, a moda e a mercantilização das formas culturais."⁸

3. A sociedade de serviços e o consumidor

Uma das mais importantes repercussões geradas por tais transformações no mercado de consumo é a substituição da sociedade de consumo de bens por uma sociedade de serviços. Cada vez mais o mercado de consumo é um mercado de serviços. Segundo o mesmo autor: "Essas mudanças no lado do consumo, associadas com mudanças na produção, coletiva de informações e financiamento, parecem sublinhar um notável crescimento proporcional no emprego de serviços desde os anos 70".⁹

⁶ É vasta a literatura econômica e sociológica sobre as formas cooperativas de organização baseadas na confiança entre empresas e entre estas e os trabalhadores. Estudos empíricos sobre o assunto podem ser encontrados em Ronald Dore, "Goodwill and the spirit of market capitalism", in Mark Granovetter and Richard Swedberg (editores), *The sociology of economic life*, op. cit. e *Flexible rigidities: industrial policy and structural adjustment in the Japanese economy 1970-1980*, Stamford: Stanford University, 1986; Charles Sabel, "Studied trust: building new forms of cooperation in a volatile economy", in *Industrial districts and local economic regeneration*, Geneva: International

Institute for Labour Studies, 1992; Oliver E. Williamson, *Markets and hierarchies, analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization*, New York: Free Press, 1975; Edward H. Lorenz, "Neither friends nor strangers: informal networks of subcontracting in french industry", in Diego Gambetta (editor), *Trust, Making and breaking cooperative relations*, Great Britain: Basil Blackwell, 1988.

⁸ David Harvey, op. cit., p. 156.

⁹ David Harvey, op. cit., p. 156. Segundo dados da OECD Labour Force Studies, o número de trabalhadores empregados no setor de serviços (em comparação com a agricultura e indústria) aumentou de 58,1% em 1960 para 62,6% em 1973 e 66,4% em 1981. Para o mesmo período, a França

As implicações da "sociedade de serviços" para o direito do consumidor são diversas. Os contratos de consumo passam a adquirir uma dimensão cada vez mais relacional.¹⁰⁹ As relações de consumo de serviços são elas mesmas transações mais relacionais em relação à compra e venda de produtos. Tal fenômeno, por sua vez, gera duas modificações sensíveis na prática contratual num mundo globalizado. Por um lado, afeta a principalia do direito contratual dominante. As premissas microeconômicas neoclássicas, fortemente enraizadas na doutrina contratual clássica, passam a ser duramente questionadas pela nova ordem econômica. Por outro lado, os mecanismos tradicionais de proteção do consumidor, através da apresentação de demandas judiciais (*litigation*), sejam elas individuais ou transindividuais, se demonstram insuficientes para coibir abusos. A natureza relacional desse tipo de relação jurídica apresenta novos e

desafios para o direito do consumidor tradicional.

Em razão desse mesmo motivo, cada vez mais são necessárias agências administrativas reguladoras e monitoradoras do mercado, especialmente para o controle dos abusos praticados em áreas de prestação de serviços de consumo marcadamente relacionais como saúde, seguros, serviços bancários, contratos previdenciários ou controle de qualidade de produtos que envolvem alta tecnologia, como produtos farmacêuticos, cosméticos, eletrônicos etc. Nesse sentido, o direito do consumidor num mundo globalizado e pós-industrial aponta para a crescente necessidade e importância de agências como o Cade, Anatel, Aneci, Suscep, Vigilância Sanitária, e outras. O futuro do direito do consumidor, nessa perspectiva, caminha para o fortalecimento das agências reguladoras e para o fortalecimento do Estado-Genérico. Essa tendência aparentemente

re conflita com a visão mais simplista e eufórica da globalização mencionada no início do artigo e, em grande medida, cristalizada no receituário de política econômica conhecido como Consenso de Washington.¹¹⁰

4. Pós-modernismo jurídico, contratos relacionais e dualismo econômico

As mudanças industriais e sociais geradas pela globalização alteram o solo epistemológico do direito contemporâneo e influem na organização dos princípios jurídicos.¹¹¹ Estas mudanças têm sido tratadas com frequência sob a rubrica de pós-modernismo jurídico.¹¹² De maneira geral, o pós-modernismo jurídico tem sido caracterizado por uma atitude cética de desconfiança com relação às tentativas de criar uma teoria jurídica totalizante e completa do fenômeno jurídico. Nesse sentido, ele representa uma rejeição às teorias do direito que compartilham a crença comum na possibilidade de sistematização do conhecimento jurídico de maneira coerente através

de proposições verificáveis e lógicas sobre a natureza do direito e as técnicas de tomada de decisão jurídica. Exemplo paradigmático dessa concepção moderna do direito à qual ele se revolta é o positivismo jurídico de Kelsen. O pós-modernismo jurídico, em suas múltiplas formulações, apresenta alternativas tópicas e discursos jurídicos pluralistas aplicáveis aos variados contextos sociais. Não cabe aqui discutir o sentido mais profundo dessas mudanças de postura epistemológica diante do direito. Cabe ter presente, contudo, que essas mudanças na forma de conceber e formular o saber jurídico afetarão diretamente o direito do consumidor, um dos pólos mais dinâmicos da crise paradigmática experimentada pelo direito moderno.¹¹⁴

No campo contratual, o principal sintoma dessas mudanças são os contratos relacionais. Tais mudanças não se farão sentir de maneira imediata nos tribunais ou na ação dos operadores do direito. Até o presente momento não há nenhum desafio sério à hegemonia da ortodoxia do direito contratual neoclássico, especialmente no Brasil. Cabe notar, no entanto, que a manutenção do paradigma contratual neoclássico nos tribunais e também na doutrina não significa a inexistência de questionamentos pontuais importantes em sua lógica interna, que paulatinamente vão erodindo os fundamentos dessa mesma teoria. Para entender tal fenômeno é necessário jamais perder de vista o fato de que a mudança de paradigma se faz a partir de transformações ocorridas no interior do próprio paradigma dominante.

109) aumentou de 39,8%, 48,9% e 56,2%; o Japão 41,3%, 49,3% e 54,7% e a média entre os países industrializados alterou-se de 43,0% para 51,5% e 56,3%.

110) As principais diferenças entre os contratos descontinuos ou autônomos (por exemplo, a compra e venda de bens de consumo não-duráveis) e os contratos relacionais ou contratos de longa duração podem ser resumidas da seguinte maneira. Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional em termos de preço, quantidade, qualidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto e design, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais. Desde já, a própria possibilidade do estabelecimento de um standard objetivo e prefixado para o reajuste, tal como formalizado pela teoria neoclássica, começa a se demonstrar insuficiente em face do aumento expressivo do grau de contingencialidade e variação dos termos das relações contratuais. O

contrato assume, numa dimensão maior do que a teoria neoclássica é capaz de admitir e incorporar, um caráter processual, que adquire a forma de um jogo reflexivo que produz *in fieri* a medida de sua razoabilidade e justiça contratual. Em terceiro lugar, em substituição às cláusulas de reajuste, os contratos relacionais incluem cláusulas estabelecendo processos institucionais pelos quais os termos de troca e ajuste serão especificados no curso da performance ou cumprimento contratual. Desse modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. Eles estabelecem o processo para cooperação inter-organizacional no produto, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento. O equilíbrio contratual nas relações de consumo passa a ser regulado juridicamente não a partir da premissa da existência de contratantes individualistas máximos a partir de novos princípios como a

cooperação e solidariedade. Tratai do

assunto com detalhe em *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

111) O Consenso de Washington pode ter suas premissas teóricas assim sintetizadas em dez itens: a) implementação de disciplina fiscal (ajuste fiscal); b) priorização dos gastos públicos; c) reforma tributária; d) liberalização financeira; e) fortalecimento do regime cambial; f) liberalização comercial; g) estímulo ao investimento estrangeiro direto; h) política de privatização; i) política de desregulação; j) novo regime de propriedade intelectual.

112) Cf. José Eduardo Faria, *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999.

113) Cf. Carlos Alberto Ghersi, *La posmodernidad jurídica*, Buenos Aires: Ediciones Gowa, 1995 e Gary Minda, *Post-*

modern legal movements. Law and jurisprudence at century's end, New York: University Press, 1995.

114) Cf. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, especialmente os caps. 1 e 2. Sobre o assunto vtb. François Ewail.

A grande mutabilidade da produção que envolve contínuas transações sobre pequenas quantidades de bens altera-se na velocidade do mercado. O mercado de insumos e produtos para consumo torna-se cada vez mais competitivo e internacionalizado (globalizado). A manutenção das nichos produtivos e de troca, que permite a obtenção de uma certa estabilidade para as empresas, passa a demandar uma contínua, progressiva e intensa inovação na produção e agressivas estratégias de marketing no mercado de consumo. Não é de se estranhar que a publicidade seja uma das áreas que mais tenha se desenvolvido nos últimos anos. Infelizmente, no Brasil, tal crescimento tem estado em descompasso com a defesa do consumidor, que frequentemente se vê lesado por práticas publicitárias abusivas ou enganosas.

Uma vez que a base da competição é a inovação, são necessárias contínuas transações entre vendedores e compradores, fornecedores e encarregados da contabilidade, engenheiros e operadores de engenharia, tendo em vista o produto e as inovações produtivas. Tais mudanças afetam de maneira generalizada quase todos os tipos de relações contratuais modernas, fomentando relações duradouras baseadas na cooperação. Não é por outro motivo que um dos grandes temas em seminários de administradores de empresa e gerenciamento de marketing para mercados de consumo insiste na idéia de "fidelização do consumidor", especialmente quando o alvo é o consumidor mais sofisticado e de maior poder aquisitivo.

Importa notar que os tipos de produção aqui esquematicamente apresentados não se excluem temporal e espacialmente. Por tal motivo, mesmo durante o apogeu da produção de massa, a produção manufatureira não desapareceu por completo. Também durante o período de especialização flexível a produção de

massa e a produção manufatureira subsistem, respondendo por parcela substancial do total da atividade produtiva. O que muda, contudo, é a posição estratégica da forma produtiva dominante, que passa a direcionar e coordenar as trocas e a regulação macroeconômica. Isso significa que velhos desafios ao direito do consumidor ainda permanecem. Vivemos, contudo, novos desafios que demandam soluções inovadoras.

Ademais, o dualismo econômico¹⁵ faz coexistirem num mesmo mercado de consumo consumidores altamente sofisticados, "clientes especiais" de produtos e serviços especiais e consumidores de massa, constantemente mais desprotegidos e vulneráveis que seus "colegas do mercado global". Isso tem gerado diferenças discriminatórias nos mercados de consumo em favor de consumidores mais poderosos econômica, social ou politicamente. Basta analisar o que ocorre no mercado de previdência privada ou serviços bancários, ou ainda nos serviços de saúde, para perceber que o padrão de respeito aos direitos do consumidor varia de maneira gritante conforme o tipo de consumidor para o qual se fornece o serviço. Além disso, muitas das discriminações são realizadas não apenas com bases contratuais diversas, mas frequentemente através de práticas comerciais mais severas ou tolerantes. Em outras palavras, em muitos casos a diferença no tratamento é pautada mais por padrões diferenciais na execução ou performance contratual do que em diferenças no texto final dos contratos de consumo. Afinal, os textos dos contratos com freqüência não apresentam diferenças consideráveis.

Foucault. A norma e o direito. Lisboa: Vega, 1993 e *L'état providence*, Paris: Grasset, 1986.

¹⁵ Cf. Michael Piore e Suzanne Berger, *Dualism and discontinuity in industrial societies*, Cambridge: Cambridge University, 1980.

Eliminar tais práticas abusivas e discriminatórias nas relações de consumo reforçadas por uma sociedade e economia duais, que o processo de globalização tende a agravar, constitui-se num dos importantes desafios para o direito do consumidor nos dias em que vivemos.

5. Os mercados regionais (Mercosul)

Do ponto de vista da geopolítica internacional, o pós-fordismo importou na transnacionalização dos mercados e criação de um sistema geopolítico hegemônico controlado pelos EUA e, em menor grau, pelos países industrializados e ex-URSS. Como consequência e reação a tal processo, novos blocos econômicos vêm se formando em todos os continentes. A ampliação do mercado mundial e a formação de blocos econômicos impõem novas estratégias de comércio e defesa do consumidor. Um exemplo imediato para os brasileiros é o Mercosul, que vem estimulando a entrada no mercado brasileiro de diversos produtos, muitas vezes sem os mesmos padrões de segurança e qualidade exigidos pela legislação brasileira. Tal fenômeno tem induzido à padronização do direito do consumidor, através de protocolos e tratados.

Não é difícil vislumbrar que a tendência que se verifica hoje é semelhante àquele processo seguido pela Comunidade Européia, com a criação de Diretivas visando a padronização do direito do consumidor nos países membros.

Parece-me que lá, como aqui, os grandes desafios são os mesmos. Como padronizar a tutela aos direitos do consumidor sem decair do estágio atual de garantias asseguradas ao consumidor? Como impedir, em poucas palavras, que

haja um declínio do padrão atualmente existente de defesa do consumidor como consequência do processo de uniformização?¹⁶ Esse é mais um desafio que a globalização traz para a defesa do consumidor, cujo desfecho é ainda bastante incerto. A geopolítica e a dinâmica da economia regional do Mercosul, bem como a qualidade e intenções dos negociadores, é que vão definir esse novo, importante e próximo capítulo do direito do consumidor num mundo cada vez mais globalizado.

6. Conclusão

Concluindo, pode-se afirmar que a globalização apresenta novos e importantes desafios para o direito do consumidor. Tais desafios passam pelo acompanhamento das mudanças profundas experimentadas pela estrutura produtiva dominante, pelos mercados de consumo, pelos novos processos de exclusão social e econômica provocados pelo dualismo do capitalismo moderno e seus

¹⁶ Para o debate europeu sobre os riscos da uniformização da proteção legal do consumidor na Europa, ver Norbert Reich e Hans Micklitz, *Consumer legislation in the E.C. countries: a comparative analysis*, New York: Van Nostrand Reinhold Co., 1980; Roelf H. Smitheyden, "Consumer law in the year 1992 in Europe and the Netherlands: law for the consumer or law for the market?", in *Perspectives of critical contract law*, Thomas Wilhelmsson (org.), England: Dartmouth Publishing Co., 1993; Thomas Wilhelmsson, "Control of unfair contract terms and social values: EC and nordic approaches", in *Twelve essays on consumer law and policy*, Helsinki: Publications of the Department of Private Law of the University of Helsinki, 1996, p. 244-266. Para o debate brasileiro, ver *A proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, Claudia Lima Marques (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

impactos no saber jurídico contemporâneo. O desafio maior constitui-se em não aceitar a idéia de globalização como um processo homogêneo e imposto por uma lógica histórica necessária, mas antes como um novo momento do capitalismo moderno, que oferece novas perspectivas para arranjos institucionais alemães. É nesse momento que ressa con- fiar na capacidade de imaginação insti- tucional e legal dos juristas brasileiros no sentido de desenhar instrumentos le- gais eficazes para a defesa do consumi-

dor de velhas e novas ameaças. À medi- da que a sociedade de consumo de servi- ços apresenta novos problemas ela de- manda soluções inovadoras. A existên- cia de agências reguladoras fortes, a uniformização do direito no Mercosul e uma nova compreensão da natureza do processo de contratação moderno cons- tituem capítulos do desafio consumerista atual. Dentro do repertório aberto de al- ternativas que se apresentam hoje, cabe pensar quais delas serão mais adaptadas à realidade brasileira, dentro do contex- to global.

1. DOCTRINA NACIONAL

DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

ADRIANO PERÁCIO DE PAULA

1.4

"Pasciçi possumus de quibus transigere licet".

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Aspectos da nova legislação sobre arbitragem no Brasil - 3. Do procedimento e da sentença arbitral - 4. Das relações de consumo - 5. Dos danos morais nas relações de consumo e a arbitragem - 6. A inversão do ônus da prova no dissídio arbitral - 7. A solução arbitral para as relações de consumo - 8. Conclusões.

1. Introdução

A Lei 9.307, de 23.09.1996, que en- trou em vigor sessenta dias após a sua publicação, estabeleceu novos parâmetros para que o procedimento da arbitragem no Brasil, finalmente se torne uma rea- lidade; seja não só por uniformizar num único diploma legal a sua sistemática, mas principalmente por avançar em re- lação ao regime anterior que inviabiliza- va e mantinha no limbo do desuso esta alternativa de solução de conflitos.

Eis que especifica com clareza espec- los que antes se apresentavam dúbios e incertos, definindo pontos de verdadei- ro estrangulamento, notadamente aque- le que determinava a imprescindibilidade da homologação judicial do laudo arbi- tral, ora modificada, e que converte de plano a sentença em título executivo ju- dicial, a teor do art. 41 da nova lei, que alterou o inc. III do art. 584 do Código de Processo Civil (CPC).

Antes de maiores avanços no tema, necessário que se fixem algumas posi- ções a propósito da arbitragem, que, especialmente no meio jurídico, ainda enfrenta o anatema cruel de temores e preconceitos que são mais afeitos ao vies

desarrazoado do corporativismo, das ideologias canhestras e dos privilégios injustificáveis.

A perfídia mais freqüente assacada contra a arbitragem, seja neste ou em qualquer outro regime constitucional, é aquele que imputa a este equivalente jurisdicional para solução de pendên- cias, a pecha da inconstitucionalidade por usurpar abertamente a garantia de acesso ao Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CF/88).

Antes de mais nada, a participação popular no exercício e no controle dos poderes é assegurado em diversas pas- sagens da vigente Carta Magna, e não se constitui em fator estranho sequer à pró- pria jurisdição, bastando recordar o tri- bunal do júri, como baluarte da partici- pação popular em sede jurisdicional.¹⁾ E além do mais, ninguém pode constren- ger outrem a lançar mão da arbitragem; esta se organiza e se funda como uma

¹⁾ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e jurisdição. Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988, p. 297.

opção, uma *facultas agendi*, portanto, utiliza-a apenas quem descejar.²

Como não se constitui numa novidade, vez que a historiografia jurídica pátria e alienígena não desconhecem a arbitragem desde os primórdios, por outro lado, também não pode se configurar num contraponto aos Juizados Especiais, que até o advento da Lei 9.099/95, se denominavam de Juizados de Pequenas Causas. Ou como querem outros, seria a arbitragem a justiça daqueles bem aquinhoados, das empresas e das questões envolvendo direito internacional, enquanto os Juizados Especiais compoem uma justiça de *segunda classe*. Entre estas duas espécies, restaria ainda a jurisdição comum e já conhecida.

Ainda que tal hipótese pudesse ser concebida idealmente, jamais há de se tomar uma pela outra. Comportamento que representa a ecnia e inconsistência, e que não pode prosperar. Primeiramente porque os Juizados Especiais exercitam uma parcela da jurisdição, enquanto a arbitragem é o exercício da autonomia *voluntária* dos contratantes. Em segundo lugar, é de se considerar que a competência dos Juizados Especiais Cíveis está contida na "competência" da arbitragem, ou seja, a matéria do litígio versada nos Juizados Especiais pode vir a ser dirimida pelo juízo arbitral. Tanto que a Lei 9.099/95 contempla expressamente esta possibilidade em seus arts. 24 a 26. Finalmente, um árbitro, contrariamente a um juiz de qualquer instância, não faz a justiça, não cria jurisprudência e nem expedite mandados imperativos. Cabe-lhe apenas, preferencialmente e sobretudo: pacificar.³

No que tange ao fato de ser a arbitragem uma alternativa à jurisdição, não importa com efeito afirmar que ambas ou menos difundido da arbitragem em si, é a jurisdição uma função essencial, irredutível e irrenunciável do Estado.

Persiste como uma extensão do exercício da soberania, devendo ser realizada apenas e tão-somente por órgãos aptos ao exercício desta mesma soberania.⁴ No juízo arbitral, ao contrário, quem escolhe aquele que vai a final decidir, é a própria parte. Ou seja, é mais que um foro de eleição, tal como se faz na jurisdição ordinária, pois neste caso tanto os árbitros, como a extensão do litígio e mesmo o procedimento são estipulados por estas partes que convencionaram sobre a arbitragem.

Naverdade, arbitragem é, como dito, um equivalente jurisdicional, consoante a expressão de Carnelutti, mas apenas porque atua no lugar da jurisdição,⁵ mas jamais com esta se confundindo. Havendo no procedimento arbitral os fundamentos básicos de um contrato, encontra na jurisdição seu suporte de controle⁶ e de apoio para o regular processamento da arbitragem, tal como por diversas vezes recorda a nova legislação brasileira (art. 7.º; execução da cláusula arbitral; art. 13, § 2.º; nomeação de árbitros;

art. 32: controle de nulidade da sentença arbitral, entre outras).

Permanece vedada a autotutela ou o desforço pessoal, exceto em situações excepcioníssimas, e com esta a arbitragem não se confunde, vez que a solução do litígio é confiada a terceiros, e mesmo a decisão arbitral que vier a ser tomada, se ocasionalmente resistida, a sua execução se fará pela via habitual da jurisdição.

Quando muito é de se admitir que se trata de uma forma de justiça, realmente complexa, sobretudo dada a sua natureza não ser aquela exclusivamente contratual, visto que, se seus fundamentos são um ajuste de vontades, o seu resultado guarda, por outro lado, similitude com a solução judicial. Complexidade esta que se amplia, quando se verifica que a justiça arbitral possui um acento de efemeridade. É a justiça daquele momento, para aquelas partes e para aquela dada situação, a exemplo de planta exótica que desaparece logo após deitar fruto bom e infungível.⁷

O árbitro ou o tribunal arbitral somente se constitui para deliberar sobre aquela determinada questão que lhe é submetida, apesar da possibilidade de existência de órgãos institucionais ou entidades especializadas na prestação do serviço de arbitragem (art. 13, § 3.º).

Entretantes, deverão ser apenas e sempre as pessoas naturais, ainda que indicados ou escolhidos por estas instituições, aqueles que serão nomeados árbitros. Ou seja, a designação é individualizada, ainda que o árbitro ou árbitros escolhidos componham os quadros dessas entidades.* A participação hebrecompositiva dele se dá de forma oca-

sional e temporária, ou seja, a nomeação do árbitro é concreta, casual e não permanente, visto que sua designação é feita para julgar um caso específico.⁸

Contrariamente se dá no âmbito da jurisdição, onde a pessoa natural do juiz representa o Estado no exercício do poder de dizer o direito (*iuris dictio*). Na sentença judicial, quem se pronuncia não é a pessoa do juiz, mas a pessoa do Estado-juiz. E reitere-se que na esfera jurisdicional, quem elege o juiz não é nenhuma das partes, que muitas das vezes sequer podem debater ou ajustar sobre o foro competente para decidir determinada questão.

Refoge por completo aos contornos estritos deste trabalho o exame da natureza jurídica da convenção de arbitragem, e por dedução do juízo arbitral, ainda mais quando, presentemente, ambas as situações — a de direito material e de direito processual — encontram-se jungidas a um único corpo legal, qual seja, a Lei 9.307/96. Saliendo que o compromisso pactuado se constitui em ato de organização jurídica, de onde promanam direitos subjetivos e deveres co-respectivos, configurando tais atos de organização como negócios jurídicos obrigatórios e de disposição,⁹ e por conseguinte, caracterizando-se como direito material. Por outro lado, enquanto o juízo arbitral define com sua decisão um título executivo, possui tal decisão eficácia positiva no âmbito do direito processual.¹¹

² SILVA, Clóvis do Couto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 11, t. II, São Paulo: RT, 1982, p. 561.

³ MARTINS, Soveral *apud* CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 300.

⁴ SILVA, Clóvis do Couto. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 11, t. II, São Paulo: RT, 1982, p. 561.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XV, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 225.

²¹ FURTADO, Paulo & BULOS, Uadi Lammeço. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.

²² GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 125.

⁴⁴ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 9, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 459.

⁴⁵ *Apud* GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, Vol. 3, 7.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 258.

⁴⁶ Este controle jurisdicional da arbitragem não é o da decisão assentada no juízo arbitral, mas dos seus pressupostos e dos requisitos da decisão, tais como o da ausência de motivação da sentença contida no laudo (art. 32, III). Até porque a decisão arbitral, na nova sistemática, não está sujeita a recurso ou homologação pelo órgão judicial (art. 18).

⁷ PERRON, Roger. La riforma dell'arbitrato in Francia. Trad. Paola Trimbelli Carpi. *Rivista Triestrale di Diritto Processuale Civile*, set. 1987, ano XL, n. 3, p. 417.

⁸ MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comer-*

2. Aspectos da nova legislação sobre arbitragem no Brasil

Em primeiro lugar é de se destacar que as disposições do Código Civil que tratavam do compromisso em seus arts. 1.037 a 1.048, e do CPC, que, a seu turno, disciplinava o juízo arbitral em seus arts. 101, 1.072 a 1.102, foram expressamente revogados pelo art. 44 da Lei 9.307/96, que regula toda a matéria concernente ao tema, seja ela de caráter material ou processual.

Podem se valer da arbitragem todas as pessoas capazes de contratar, o que importa afirmar que as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, públicas¹² ou privadas podem convenicionar que os conflitos, eventualmente já existentes ou porvir, poderão ser submetidos ao juízo arbitral.

O objeto do litígio haverá de ser sobre qualquer relação jurídica, cujos interesses são conflitantes em determinada situação. Todavia, enquanto a jurisdição possui competência para conhecer de qualquer litígio perante seu órgão patrimonial específico, somente os direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto da convenção arbitragem (art. 1.º). Daí o brocardo que compõe a epígrafe deste (*pasci possumus de quibus transigere licet*), que em vernáculo poderia ser traduzido para: podemos pactuar sobre o que é licito transigir.

São então considerados direitos patrimoniais aqueles cujo objeto pode ser avaliado pecuniariamente, enquanto os direitos não-patrimoniais não se submetem à qualquer possibilidade de avaliação econômica, a exemplo dos direitos da personalidade (vida, saúde, liberdade etc.) e os direitos de família puros (direitos de pai, mãe, cônjuge etc.). Já a

disponibilidade de um direito tem relação com a sua transmissibilidade, ou seja, a condição de poder passar de uma a outra pessoa, sem prejuízo da possibilidade de sua regular fruição.¹³

Estes direitos poderão ser objeto da convenção de arbitragem, que se concretizará através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral (art. 3.º). A distinção entre estas espécies é a de que a cláusula compromissória é estabelecida previamente, antes do surgimento do conflito (art. 4.º), ou seja, é a estipulação que definirá a forma de solução de um conflito potencial.¹⁴ Enquanto o compromisso arbitral será celebrado para dirimir uma pendência já latente (art. 9.º), sendo que qualquer destas formas haverá de ser celebrada por escrito.

Podem vir a ser nomeado árbitro pelas partes qualquer pessoa capaz e que mereça a confiança das partes (art. 13, *caput*). Seja ele um técnico sobre a matéria versada na demanda arbitral, seja, por outro lado, aquela pessoa de cultura e experiência de vida, cuja biografia e idoneidade aconselhem a nomeação. Recomenda-se no juízo arbitral que as partes façam-se acompanhar de advogados (§ 3.º do art. 21), podendo vir a ser também um advogado nomeado árbitro de determinada matéria, assim como também pode ser designado pelas partes como árbitro, alguma pessoa que esteja

no exercício da magistratura ou compondo o MP, sem que esta atividade se ache vedada pelo inc. I do par. ún. do art. 95 ou pela alínea d do inc. II do § 5.º do art. 128, ambos da CF/88. Isso porque o procedimento arbitral pode ser sigiloso, e até mesmo se as partes assim convencionarem, com a aquiescência dos árbitros, vir a ser graciosa no tocante ao curso dos honorários.

Quanto à escolha dos árbitros, necessário destacar da possibilidade da indicação de apenas um único árbitro, havendo somente o imperativo legal de que este número seja ímpar. Se a nomeação porventura recair em tribunal arbitral com número par, permite-se aos árbitros já nomeados a indicação de um terceiro. Em caso de desacordo nesta nomeação, possível ainda recorrer ao Judiciário para dirimir esta questão preliminar (§§ 1.º e 2.º do art. 13).

Destaque-se que existe expressamente tratado na lei o aspecto concernente aos impedimentos dos árbitros, cujos pressupostos são os mesmos do juiz comum, cabendo ao árbitro indicado, moto próprio, em deixando de ser arguido o impedimento, revelá-lo ainda que se trate de fato desconhecido de qualquer das partes (§ 1.º do art. 14). É absolutamente nula a convenção de arbitragem, em que o interessado na decisão é um dos árbitros.¹⁵ Portanto, se acaso uma pessoa jurídica indica para árbitro um membro de seu quadro societário, ainda que reconhecendo que a pessoa natural com esta não se confunde para efeitos legais, maculado estaria o requisito da imparcialidade.

Às vezes, decerto, haverá de surgir um problema que na jurisdição é superado, qual seja, aquele em que não havendo substituto para um árbitro que se en-

contre impossibilitado de exercer sua atividade, esta, a arbitragem, se veja na impenosa necessidade de ser extinta diante deste problema (§ 2.º do art. 16). Ou seja, é o princípio do juiz natural levado a extremos, ainda mais quando o árbitro escolhido — como é possível — venha na forma *in iudicio personae*.

3. Do procedimento e da sentença arbitral

Ainda que possua o caráter de disciplina entre particulares, instaurando-se e desenvolvendo-se no plano da autonomia privada,¹⁶ a arbitragem se realiza através de uma série de atos (procedimento) destinados a uma solução de determinado litígio. Daí ser incorreto afirmar que se trata de um processo ainda que apenas estatalmente disciplinado e ordenado,¹⁷ posto que o processo é algo privativo do exercício da jurisdição,¹⁸ com vistas a fazer atuar a vontade da lei. Na arbitragem, por outro lado, o aspecto teleológico que se destaca é o de assegurar a solução de um conflito já existente entre as partes, convencionalmente que o mesmo se opere e seja dirimido pela via arbitral.

Daí ter sido correta a legislação brasileira em tratar, não sobre o processo, mas sobre o procedimento arbitral, que para ser efetivado deve ter minudenciado todo o ritual de atos a ser cumprido com

¹² SILVA, José Anchieta da. *Arbitragem dos contratos comerciais no Brasil*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 41-42.

¹³ PEREIRA, Cato Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1, 5.ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 53; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. V, 4.ª ed., São Paulo : RT, 1983, p. 368.

¹⁴ BARBI FILHO, Celso. Execução específica de cláusula arbitral. *Atualidades jurídicas n. 3*. LIMA, Osmar Brina Corrêa (coord.). Belo Horizonte : Del Rey, 1993, p. 92; FILUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995, p. 109.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários...*, op. cit., p. 228.

¹⁶ FAZZALARI, Elio. *Fondamenti dell'arbitrato*. " *Estudos de direito processual civil em memória de Luis Maclachlan Guimarães*. José Carlos Barbosa Moreira (coord.). Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 156.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit. retro*, p. 229.

¹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini & DINNA MARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 3.ª ed., São Paulo : RT, 1981, p. 247.

o fim de dar cabo daquele estado de litigiosidade entre as partes. Como também é incorreto falar-se em *lide arbitral*, pois não existe um conflito de interesses qualificado por uma preensão sistida.¹⁹ Impropriedade que se acentua quando se anota que o procedimento arbitral seria uma *ação*, igualmente inexistente por não ter o exercício da opção pelo arbitramento como sujeito passivo o Estado, provocado a se pronunciar através da prestação jurisdicional concreta.²⁰

Desse modo, cabe às mesmas partes que convencionarem o juízo arbitral escolher as regras que se aplicarão especificamente àquele procedimento, podendo virem a ser estas de direito ou de equidade, mas sempre respeitadas as regras do bom costume e da ordem pública (art. 2.º), até porque como contrato que originariamente é, a convenção de arbitragem só pode produzir efeitos em relação àqueles que contrataram, e já, mais quanto a terceiros que em nada se comprometeram.²¹

As regras que nortearão o juízo arbitral também podem ser estabelecidas pelo árbitro ou tribunal arbitral instituído, permitida que elas se reportem às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada (art. 21, *caput* e § 1.º). Sob pena de nulidade, na arbitragem os princípios constitucionais processuais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia entre as partes devem prevalecer necessariamente. Assim como cabe ao árbitro, dando ensanchas ao princípio do impulso oficial, uma vez instaurado o juízo arbitral, mover o procedimento de fase em fase

até culminar na finalidade do pacto convencional, qual seja, a sentença arbitral.²²

Algumas situações jurídicas próprias da jurisdição são retomadas no juízo de arbitragem, a exemplo da revelia (§ 3.º do art. 22), que não existam no regime anterior. Trata-se, neste ponto, de uma inovação infeliz, desarrazada e sem os efeitos que existem no processo ordinário. Antes de mais nada, a expressão revelia é específica da contumácia do réu que deixa de comparecer perante o juízo jurisdicional,²³ e arca com os ônus dessa omissão. No juízo arbitral não existe autor ou réu, e não pode haver contumácia de alguém que, junto com a outra parte, deu desate ao procedimento arbitral, ou ainda seguir a pena de confesso.²⁴ Correto seria falar em preclusão, que é atinente a qualquer das partes,²⁵ como ao juiz no processo, e ao árbitro neste procedimento. Ademais, a prática da contumácia pelas partes pode ser sancionada como litigância de má-fé também na arbitragem (art. 27).

Restou mantida a possibilidade de medidas cautelares e coercitivas (§ 4.º do art. 22), que os árbitros requererão ao órgão do Judiciário a que caberia originariamente o julgamento da causa. Esta requisição se opera através de ofício, posto que o árbitro é juiz de fato e de

direito (art. 18), podendo estas medidas serem usadas inclusive contra testemunhas recalcitrantes, em expediente que busca jurisdicionalmente o apoio para a consecução das mesmas. É de se notar, outrossim, que o compromisso da testemunha também prevalece no juízo arbitral, pois é tipificado como crime o depoimento falso neste procedimento (art. 342 do CP).

É de se realçar que na arbitragem comercial internacional, não é tido como essencial o depoimento oral das testemunhas, especialmente para se evitar os constrangimentos decorrentes de se depor, ainda que fora do juízo comum. Tornou-se corrente a produção de depoimentos escritos das testemunhas, facultado aos árbitros a liberdade em atribuir o valor devido a estes depoimentos assim colhidos.²⁶ Expediente possível de ser utilizado no juízo arbitral brasileiro. Outra opção importante é a prática pouco utilizada da inspeção judicial, que pode definir a sorte de qualquer contencioso.

Mas realizada a instrução, a sentença deve ser proferida no prazo convencionalmente pactado às partes, facultado às mesmas prescrever que todo o procedimento se realize em sigilo absoluto. E em se tratando de tribunal arbitral, e diante da constituição em número ímpar de seus pares, a decisão deve ser tomada por maioria. Se ainda nestas circunstâncias não houver entre os árbitros um acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente eleito nos termos do § 4.º do art. 13.

Tal como a sentença judicial, a decisão tomada no juízo arbitral deve conter quatro requisitos essenciais, verificáveis também no procedimento de arbitragem

comparado,²⁷ quais sejam, a liquidez, a certeza, a finalidade e a consistência. Estas duas últimas reportando-se a que o laudo se pronuncie sobre a totalidade do objeto da arbitragem, enquanto a consistência, como um derivativo do requisito da certeza, consiste em que o laudo seja lógico e coerente em todas as suas passagens, não devendo conter nenhum ponto ambíguo ou contraditório.

A decisão contida na sentença arbitral não está sujeita a recurso ou homologação pelo Judiciário (art. 18), porém é passível de verdadeiros embargos de declaração que se consuma através de *comunicação* de uma parte à outra, que solicita ao árbitro ou tribunal arbitral que corrija erro material ou mesmo esclareça dúvida, ou ainda sane obscuridade ou contraditório que contiver a sentença. Diante desta situação, não há nenhum impedimento que, ao acolher a comunicação, a nova decisão altere a própria essência da sentença original.

Porém, tanto na decisão primeira, quanto na eventualidade de uma modificação, e também sob pena de nulidade, em qualquer dessas hipóteses, a sentença deve conter um relatório, os fundamentos da decisão tomada,²⁸ além dos dispositivos legais nos quais se funda, em caso de decisão com base nas regras de direito.

A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores — sejam estes sucessores à título legal ou *mortis causa* — os efeitos da coisa julgada (art. 31).²⁹

(19) *Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, ser. 1987, anno XXI, n. 3, p. 392.

(20) A Inglaterra, antes das alterações introduzidas em fevereiro de 1983, permitia que o laudo arbitral viesse à lume com a absoluta falta de motivação da decisão tomada. Cf. BRUNELLI, Brunella. Op. cit. retro, p. 353 *et seq.*

(21) Também o art. 1.476 do *Nouveau Code de Procédure Civile* da França.

(19) AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, Vol. 1, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1978, p. 8.

(20) AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., p. 136.

(21) FUZA, César. Op. cit., p. 102-103.

(22) CINTRÁ, Antônio Carlos de Araújo et al. Op. cit., p. 35.

(23) REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil*, Vol. 2, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1960, p. 100 *et seq.*

(24) CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*, São Paulo: LTR, 1997, p. 147.

(25) BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*, 2. ed., São Paulo: RT, 1994, p. 37.

(26) STRENGER, Irineu. *Formação da prova no litígio arbitral*. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*, São Paulo: LTR, 1997, p. 161.

(27) BRUNELLI, Brunella. *La nuova disciplina del l'arbitrato in Inghilterra*. *Rivista*

não podendo ser impugnadas em seu mérito, constituindo título executivo judicial, ainda que as partes, antecipadamente ao laudo, hajam transacionado e conciliado quanto ao bem da vida em litígio. Efeitos que não obstam a que o Judiciário mantenha, como prerrogativa de sua soberania e em atenção ao disposto no art. 5.º, XXXV, da CF, o controle de legalidade da prestação arbitral, no prazo decadencial improrrogável de noventa dias após o recebimento da decisão assentada no juízo de arbitragem.

Não está sujeita a recurso esta decisão (art. 18), dando-se por finda a arbitragem em si apenas ao se exarar a sentença arbitral (art. 29). E tanto se explica e se compreende tal opção, pois se tratando tão-somente de cumprimento de estipulação contratual, buscando a solução de uma questão através de um equívalete jurisdicional, não pode haver recurso contra aquilo que as próprias partes deliberaram, ou seja, a eleição da via arbitral para dar cabo daquele litígio.

Quanto ao controle jurisdicional da decisão arbitral, que pode ser feito até mesmo através de embargos de devedor, se executado o laudo (§ 3.º do art. 33), o que determinará o juiz é que o árbitro ou tribunal profira outra decisão, exceto quando for nulo o compromisso arbitral, ou houver a decisão sido proferida por aquele que não podia exercer a condição de árbitro. Igualmente nas hipóteses comprovadas de haver sido a sentença arbitral decretada por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, a mesma deve ser repetida, sem prejuízo das sanções criminais daí decorrentes. Será caso de decretar a realização de novo laudo, se o primeiro houver extrapulado o prazo em que deveria ter sido proferido, assim como na situação de não haverem sido respeitadas os princípios do contraditório e da isonomia no procedimento arbitral (cf. inc. II do § 2.º do art. 33).

Mas, pendente o processo instaurado

com vistas a decretar a anulabilidade da sentença arbitral, nada impede que a mesma seja executada provisoriamente nos termos do art. 588 do CPC, justamente em razão da insita condição de título executivo judicial de que é revestida.

4. Das relações de consumo

A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) não criou uma nova situação jurídica entre os membros da sociedade quando passou a vigorar, tanto que as disposições antes vigentes no Código Civil, no Código Comercial ou em qualquer outra legislação esparsa ainda subsistem, especialmente por não haver incompatibilidade entre as mesmas e o CDC, tal como já salientamos em outra passagem.³⁰ Houve, isto sim, uma regulamentação particular para as relações entre produtores e prestadores de serviço, e os destinatários finais desses bens ofertados em massa no mercado de consumo.

Neste âmbito não se insere o que se denomina de *consumo intermediário*, assim considerado aquele que se utiliza de um bem ou serviço para a sua atividade profissional, como o atacadista ou o representante comercial. Como também não se inclui o negócio jurídico, cujas partes têm relativamente ao objeto transacionado uma atividade não habitual, a exemplo de uma compra e venda de imóvel entre particulares.

Foi justamente a mudança, a partir da Revolução Industrial, com a passagem de uma economia e de um mercado primários para a produção em massa de bens e serviços, que determinou a regulamentação positiva desse modo de relação

jurídica, então já existente de forma menos dinâmica e intensa na sociedade. Na economia, nos costumes, no direito — haja vista o surgimento do direito do trabalho —, e também na arbitragem internacional, a passagem do estágio de artesãos para esta de produção em massa provocou naturalmente transformações,³¹ notadamente no âmbito dos contratos, onde a concepção tradicional em que dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, discutiam livremente as cláusulas de seu acordo de vontades,³² passa a ser reformulada.

A contratação de qualquer natureza é a tônica deste final de milênio, adquire-se de tudo, sendo que aquilo que antes era supérfluo passa a ser rotina. O contrato de adesão, expresso ou não, ganha foro de onipressença, e o consumidor não tem como discernir estas cláusulas, ou oferecer alternativas. É diante dessa nova realidade que o CDC ratifica e redireciona os conceitos da boa-fé e de responsabilidade nos contratos de consumo, onde a figura do *destinatário final* (art. 2.º, *caput*, do CDC) de um bem ou serviço é o elemento base para definição desta relação jurídica.

Como pressuposto desse estudo, impõe assentar desde logo se a arbitragem pode dirimir conflitos que surjam desta forma de relação individualizada? Ou ainda, se o litígio surgido da prática comercial e de produção de bens e serviços oferecidos massivamente no mercado, podem ter solução arbitral?

Dada a socialização dos contratos, se redescobre o papel da norma jurídica

positiva, que no caso do CDC deixa de ser regra meramente interpretativa ou supletiva, passando a interferir no domínio econômico como lei cogente e instrumento limitador da vontade das partes.³³ A boa-fé nos contratos passa a ser um princípio de conduta vinculante, que em caso de ausência, sufraga de nulidade o pacto. Com isso, redefine-se o papel da responsabilidade, que passa a ser objetiva, independentemente da necessidade de se perquirir sobre a culpabilidade do produtor ou do prestador de serviço, sempre salientando que, estes assim se personalizam, pela habitualidade na produção e na prestação de serviço.

Portanto, como a relação de consumo exclui por sua insita natureza a matéria concernente ao direito de família, por exemplo, não há como deixar de reconhecer afirmativamente com a possibilidade de arbitragem ser utilizada para solucionar conflitos derivados deste tipo de relação jurídica. A única ressalva a ser feita é com respeito aos direitos metaindividuais, de índole indivisível, que ultrapassam a esfera particular da pessoa física, não pelo aspecto de serem indivisíveis como se apregeia,³⁴ mas pelo aspecto da representação que concede a substituição processual nestes casos, não tornar estes poderes extensivos para a arbitragem, visto que a arbitragem é uma convenção, onde a presença da vontade das partes é indispensável.³⁵

No tocante às relações de consumo, é um obstáculo para uma maior difusão da arbitragem, pois esta área de significativa amplitude deixa de estar coberta para resolver demandas coletivas, onde ao

⁽³⁰⁾ O Código do Consumidor e o princípio da continuidade dos serviços públicos comerciais e industriais. *Revista de Inovação Legislativa*, n. 118, abr./jun. 1993, p. 403.

⁽³¹⁾ GOULENE, Alain & RACINE, Jean Baptiste. As flutuações processuais da arbitragem. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo: LTR, 1997, p. 117.

⁽³²⁾ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa Civil*. 2. ed., São Paulo: RT, 1995, p. 39.

⁽³³⁾ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 77.

⁽³⁴⁾ FURTADO, Paulo & BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 26.

⁽³⁵⁾ Sobre a arbitragem no direito coletivo do trabalho, conferir HAZAN, Ellen Mara Ferraz.

contrário das relações de trabalho, expressamente contempladas na Constituição Federal com esta possibilidade (art. 114, § 1.º), terão de resolver as questões individualizadamente, com custos e ônus salientados, tornando ecobertos alguns dos principais arautos da arbitragem. Ainda mais quando se tem que todas as vítimas de um evento danoso, ainda que não tenham interferido diretamente no negócio jurídico de consumo, equiparam-se aos consumidores propriamente ditos (art. 17 do CDC).

Mas não existe qualquer óbice a que entidades associativas, desde que expressamente autorizadas (art. 5.º; XXI, da CF), representem seus associados em procedimento arbitral numa forma de *legitimidade subsidiária*, distinta da substituição processual vista na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e demais ações coletivas previstas no CDC. Nestas situações de legitimidade subsidiária, a decisão arbitral vincula todos os representados, e é onde poderíamos vislumbrar para efeito de diminuir relações de consumo pela via da arbitragem, a única possibilidade de um alcance mais amplo de um único laudo, promovido num mesmo procedimento, ainda que não se trate de *arbitragem coletiva*, pois a contratação será entre a associação – representante – e a parte contrária.

Uma crítica aguda que se endereçou à possibilidade de conflitos de consumo serem dirimidos pela via arbitral, em qualquer situação, reporta-se ao texto legal do CDC (art. 6.º, VII), que dentre os direitos básicos do consumidor arrola o de acesso aos órgãos judiciários e administrativos para a solução destes conflitos. Com efeito, e é este o argumento posto, como a arbitragem não se insere em nenhuma destas premissas de órgão judiciário ou administrativo, torna-se impossível supetar esta condição, visto que tal direito do consumidor é inderrogável.

As noções e regras de hermenêutica, todavia, recomendam a leitura conjuntural do preceito sob entoque, haja vista que o inc. VII do referido art. 6.º do CDC não é excluyente ou exclusivo no que tange à utilização destes órgãos, até por que o mesmo art. 6.º, no inc. VI, imediatamente anterior, prescreve que ao consumidor se assegurará a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, não importa por quais meios.

Outro reparo que se dirige contra a difusão da arbitragem para a solução de conflitos de consumo, ressalta a imprópriedade da eleição deste equivalente jurisdicional quando envolver valores de pouca monta, ou matéria de escassa complexidade.⁷⁶ E tanto é assim que, consonte esta distinta vertente doutrinária, a experiência arbitral fracassou nos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas, hoje os Juizados Especiais Cíveis da Lei 9.099/95, em seus já lembrados arts. 24 a 26.

Trata-se esta de uma assertiva vinculada a uma tendência que distingue apenas numa parcela da realidade arbitral, haja vista que, mesmo em situações que envolvam matéria de alta indagação, assim quando o objeto do dissídio vier a ser realçado pelo fator econômico, ainda nestas oportunidades se verá uma pouca utilização do procedimento da arbitragem.

Dai que, a oportunidade que se realça é agora, quando da vigência de uma nova e sistematizada disciplina para a arbitragem, pois, sobretudo nas relações envolvendo matéria de consumo, a escollha da via da arbitragem é e será sempre uma alternativa em qualquer situação. E a tudo isto está assegurada pela denominada Política Nacional das Relações de

Consumo, que objetiva de maneira expressa a harmonização dos interesses daqueles que participam destas relações de consumo (art. 4.º, III, do CDC).

Por conseguinte, não há também qualquer impedimento a que na convenção de arbitragem figure junto a uma das partes mais de uma pessoa, o que estabelece a figura do litisconsórcio, cujas regras e procedimentos jurisdicionais próprios poderiam perfeitamente serem usados neste juízo particular. Assim como também, é possível que a arbitragem seja convencionada por mais de duas pessoas, e cada uma com interesses divergentes das demais. Entretanto, ressalte-se que a participação de terceiros não se dá, a exemplo do processo judicial, através de uma denunciação à lide, por exemplo. Isso em virtude de que somente integra a relação arbitral aquele que manifestar cabalmente a sua vontade.

Não obstante esta limitação, um campo de larga perspectiva para a difusão da prática arbitral refere-se àquele das já tratadas relações de consumo intermediárias, onde o direito de regresso poder ser deduzido, por exemplo, entre o vendedor de um produto, responsabilizado por indenizar a um consumidor, e o fabricante que produzira e repassara àquele numa relação comercial este mesmo bem.

5. Dos danos morais nas relações de consumo e a arbitragem

A proteção emprestada ao consumidor pelo CDC numa relação jurídica, abriga não somente os danos materiais efetivamente suportados, mas também os danos morais que, numa eventualidade, possam ter sucedido em razão do mesmo evento. A reparabilidade do dano moral encontra amparo na CF (art. 50, X), além do CDC (art. 6.º, VI), bem como já vinha tratada no CC (art. 76,

par. ún.). Ou seja, verificado o nexo causal entre o ato do agente e o dano moral perpetrado, independentemente de ter ou não havido dano material, manda o direito e a equidade não deixar o lesado ao desamparo.⁷⁷

Decerto, uma indagação preliminar pode surgir, posto que o dano moral na Constituição Federal se reporta aos direitos materiais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honrabilidade e da imagem das pessoas. Destarte, não sendo estes seguramente direitos disponíveis, acaso presentes num evento danoso decorrente de relação de consumo, não poderiam ser, pela natureza da matéria debatida, objeto de procedimento da arbitragem?

O que se julga em sede de responsabilidade civil por dano moral não é o bem da vida sobre o qual incorre o fato gerador, mas a sua violação, ou a repercussão no patrimônio jurídico da vítima de seus efeitos. Em outros termos, não se estará julgando na arbitragem sobre a honra de uma pessoa, mas, *v.g.*, se determinado ato de um prestador de serviço causou prejuízos à honrabilidade daquela pessoa. Assim, afeir a existência do dano e quantificá-lo pode ser matéria submetida a procedimento de arbitragem. E tanto este dano é um direito disponível, que é possível também se conciliar e se transacionar sobre a liquidação econômica a ser determinada.

Assim como já resou visto, a arbitragem somente pode ser convencionada para deliberar sobre questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Mas além disso, há situações em que mesmo estando em sede destes direitos, o juízo arbitral não pode intervir, pois ainda que dotados da qualidade de disponíveis, para

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 16.

⁷⁷ SILVA, Wilson Meilo da *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 55-56.

a solução de litígios envolvendo aqueles direitos a participação da jurisdição é indispensável,³⁸ como por exemplo nos processos de inventário, na ação de falência, no divórcio consensual, no curso de credores, entre outros.

Entretanto, nada impede que incidam nestes processos a arbitragem possa ser utilizada para solucionar questões como cumprimento de diviso imobiliaria em inventário, elaboração de quadro e pagamento de credores em processo falimentar ou de insolvência. As partes convenionam a suspensão do processo e submeterem o incidente à deliberação arbitral. Esta é uma hipótese diversa daquela posta para a questão do dano moral, pois tem em vista apenas ressaltar a potencialidade da utilização alternativa da arbitragem, mesmo perante procedimentos obrigatórios.

Ademais, com os dados de particularidade que dão o tom ao juízo de arbitramento, aquele que se tem como o calcanhar de Aquiles da questão do dano moral em Juízo, pelo menos no procedimento arbitral ganha relevos menos tormentosos, especificamente notocante ao aspecto da liquidação do dano moral. Eis que ao árbitro é facultado um poder positivo de busca da verdade real, senão mais amplo que ao juiz, pelo menos e com certeza muito mais abrangente. Averiguar, conferir, constatar e finalmente fixar o dano moral perpetrado, é mais preciso e seguro no procedimento da arbitragem. Trabalhemos, pois, com as hipóteses da vida: como a morte de um filho solteiro e menor, decorrente de defeito de qualidade na utilização de determinado produto, repercuta na esfera íntima de cada familiar?

Esta é uma indagação que se põe à parte lesada, e de cuja prova haverá de se desincumbir, pois a inversão do *onus probandi* não atinge à aferição do dano

moral, mas somente alcança o nexo de causalidade existente entre o defeito do produto e dano material causado (art. 6.º, VIII, do CDC). Isso porque a intrínseca personalidade do dano moral está a exigir que este encargo recaia na parte lesada, pois é ela, e tão apenas ela, quem melhor pode definir e apresentar estes elementos ao juiz.

Mas como quem pode decidir a matéria é um árbitro, notadamente por aquelas faladas particularidades, tais como o de ter sido adrede escolhido para tal e determinada finalidade, está aí o aspecto que lhe confere maiores recursos para aguilatar sobre a existência e a extensão do dano moral. Com isso, verificar as condições pessoais da vítima é tarefa decisiva como circunstância de fixação da verba indenizatória, tais como as suas qualificações de ordem técnica e as passagens, a exemplo da seriedade, da honestidade e de seu conceito no meio social; ou seja, atender-se-á então às circunstâncias de cada caso.³⁹ E a justiça para cada questão específica e especializada não é outra senão a arbitragem, ao passo que a jurisdição é a justiça da extensão e da generalidade.

Além do que destacou, há expressamente a virtual possibilidade de que o julgamento para apurar o dano moral perpetrado se faça por equidade, e esta é, na realidade, uma das reais vantagens da eleição da opção arbitral, vez que o afastamento das estritas regras de direito na jurisdição comum somente se dá por norma expressa (art. 127 do CPC), ou seja, o árbitro neste procedimento está desvinculado do ordenamento jurídico, podendo retirar desse ordenamento ou do sistema jurídico de normas, sem pre-

juízo da decisão proferida, os fundamentos para esta deliberação.

6. A inversão do ônus da prova no dissídio arbitral

Já diagnosticado pela doutrina,⁴⁰ a Lei 9.037/96 não fomenta ao árbitro os subsídios que detêm a ordem jurisdicional para a instrução e acesso às provas que julgar necessárias. Tal suporte é lacuna no ordenamento, mas nem por conta disso se constitui num entrave à utilização de seus meios probatórios ordinários para formar a convicção dos árbitros. Nestas, como em outras situações, supletoriamente se aplicam as regras do CPC, que observarão em qualquer hipótese os princípios do contraditório, da isonomia processual das partes, da imparcialidade do árbitro, bem como de seu livre convencimento (§ 2.º do art. 21).

Por um outro prisma, pode-se entender como positiva a síntese disposição regulamentar a respeito da prova no juízo arbitral, onde simplesmente cogitou-se em um único artigo que o árbitro poderá instruir o procedimento com todas as provas permitidas, notadamente o depoimento das partes e testemunhas, como a realização de perícias e outras provas necessárias, independentemente de requerimento expresse por qualquer das partes (art. 22, *caput*).

Assim resita referendada uma das principais e ainda pouco destacadas vantagens da instrução de uma causa pela via arbitral, qual seja, a possibilidade de se proceder à inspeção judicial, que é ainda um meio de prova pouco utilizado na jurisdição estatal. Isso ao saber que tudo sopesado, se constata que a inspeção é o ato pelo qual o juiz, *in casu* o árbitro, toma diretamente com seus próprios

sentidos e a sua ciência, no exercício de seus poderes jurisdicionais, o sentido das características físicas e morais através da percepção do estado das pessoas ou das coisas.⁴¹ Visto que, como o árbitro pode ser, e muitas vezes é um técnico, desse modo a inspeção lhe confere os mais significativos elementos para dirimir a controvérsia da melhor forma possível de instrução.

Mas a quem incumbe o *onus probandi* em sede arbitral, já que inexiste a figura de autor e réu, e os limites da controvérsia são dados pelas próprias partes? E em sendo supletivamente aplicada a legislação do CPC, como distribuir este ônus ao lançar mão do disposto no art. 333 deste diploma legal?

Ainda que, rigorosamente, não existam as figuras de litigante ativo e de litigante passivo no procedimento arbitral, é de corrente identificação sobre quem está a pleitear alguma coisa, e quem está a se defender e a se contrapor a alguma alegação constante de uma convenção de arbitragem.

Com efeito, se, v.g., alguém demanda pela via arbitral sobre um defeito num veículo diante do fabricante ou do vendedor, o ônus da prova relativamente àquele indigitado defeito incumbe ao dono do veículo, posto ser este fato um elemento constitutivo de seu direito. Ao fabricante ou vendedor do bem em litígio, caberá em contrateita, dar cumprimento à prova no locante a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte contrária.

Ou seja, se estará aplicando na fase de instrução do juízo arbitral, subsidiária e plenamente, a disposição expressa do Código de Processo Civil. Parte-se

³⁸ SILVA, Clóvis do Couto. Op. cit., p. 569.

³⁹ FELLPE, José Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 73. PEREIRA, Cato Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Op. cit., p. 60.

⁴⁰ STRENGER, Irineu. Op. cit., p. 159.

⁴¹ LENT, Friedrich apud AGUIAR, João Carlos Pastana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4, 2. ed., São Paulo: RT, 1977, p. 424.

então da premissa de que o maior interessado na realização da prova dela deve se desincumbir, pois, em princípio, a ele esta aproveitaria, com o intuito de fazer ver ao árbitro o reconhecimento de seu pleito, e, portanto, a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável no caso.⁴²

Em neste momento, considerando o *onus probandi* de cada parte, estando a se decidir em sede arbitral matéria de relação de consumo, possível resta a aplicação do princípio da inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII, do CDC), desde que satisfeitos pressupostos legais da verossimilhança da alegação, e também quando venha a ser hipossuficiente a parte consumidora. Recordando que, como o CDC é norma de ordem pública e interesse social, sobre seus preceitos fundamentais as partes não podem transigir, ainda que para efeito de convenção sobre o procedimento arbitral. Diante disso, verificados estes pressupostos, ao árbitro outra alternativa não resta senão a de aplicar a inversão do ônus da prova, dado que se trata de norma cogente,⁴³ a exemplo de outras da própria lei da arbitragem.

É a hipossuficiência de que trata a lei não se restringe àquela de natureza econômica, mas também e sobretudo à hipossuficiência de ordem técnica,⁴⁴ em

⁴²⁾ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*, 2. série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74.

⁴³⁾ BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 7/115.

⁴⁴⁾ NOGUEIRA, Tania Liz Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor* 11/57; GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* 13/34.

atenção ao já referido princípio da igualdade das partes no processo arbitral. Assim, diante da hipótese legal consumada no juízo arbitral, impositiva é a tarefa do árbitro em proceder a esta inversão de encargos processuais, mas sempre motivadamente.

7. A solução arbitral para as relações de consumo

Formalizando-se a convenção de arbitragem, resta interrompida a prescrição, vez que se trata, *mutatis mutandis*, de renúncia tácita aos efeitos da prescrição nos termos do art. 161 do CC, ainda que com o compromisso não se esteja a reconhecer uma das partes qualquer direito arguido pela outra. Porém, restaria o questionamento de quando se formaliza a convenção arbitral, e por intermédio da época em que se dá a interrupção do prazo de prescrição?

No que toca à primeira indagação, é de razoável exegese ter-se por interrompida a prescrição em virtude da notificação do art. 6.º da Lei 9.307/96, isto nas hipóteses da cláusula compromissória; ou quando da celebração do compromisso judicial ou extrajudicial, no caso das hipóteses do art. 9.º do mesmo diploma legal.⁴⁵

Um outro dado a destacar refere-se à prescrição já consumada, pois se instituído o juízo arbitral para dirimir controvérsia no que tange a matéria sobre qual para o ato jurídico perfeito da prescrição, haverá de se ter por renunciado o benefício que favoreça a uma das partes, em conformidade com o permissivo do mesmo art. 161, segunda parte, do CC, ainda que expressa-

mente assim não venha estipulado, restando-se, pois, este ato como renúncia tácita inequívoca.

Porém, quando levada a dirimir controvérsia relativa a relação de consumo, a arbitragem há de considerar certos ângulos e pressupostos afetos propriamente a esta situação jurídica, que envolve de um lado o produtor ou prestador de serviços, e de outro lado, o consumidor que goza de certas prerrogativas e direitos impostergáveis nesta particular relação, tais como as contempladas especialmente no CDC.

Este mesmo CDC que numa de suas passagens tratou do procedimento arbitral (art. 51, VIII), decretando a nulidade absoluta do contrato que preveja compulsoriamente a realização da arbitragem. Regra esta que, de certa forma e assumindo o caráter de norma interpretativa, foi explicitada pela Lei 9.307/96 (art. 4.º, § 2.º), ao determinar que a cláusula compromissória somente será considerada válida, *no contrato de adesão*, se o contratante aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem. Ou ainda, na eventualidade de poder concordar com a iniciativa da instituição pela parte contrária, desde que escrito em documento anexo ao contrato, ou com desta que para esta cláusula através de um visto ou assinatura a ela destinada.

Em que pese a concepção disseminada⁴⁶ de que as matérias atinentes às relações de consumo não podem ser objeto de solução pela via arbitral, no tocante aos litígios que daí advierem, a melhor doutrina sobre o assunto revela postura

favorável à arbitragem,⁴⁷ até por uma singela razão de ordem legal e repercussão na esfera prática. Ou seja, os direitos do consumidor são passíveis de transação, e isto o CDC não alterou e nem poderia fazê-lo, pena, aí sim, de estranhar realmente todo o sistema produtivo tal como se aprazou quando da entrada em vigor desse diploma legal.

A arbitragem pode ser útil para dirimir pendências relativas às relações de consumo, não em contraponto às mazelas conhecidas e públicas do Poder Judiciário especialmente no que tange à pouca celeridade processual, ainda mais quando está patente que inversamente ao progresso extraordinário da ciência processual, não correspondem o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça.⁴⁸

Ela, a arbitragem, é útil pelo que possui de potencial qualidade para solução de conflitos, merecendo ser desconsiderada, dentre outras, a crítica posta de que os árbitros escolhidos para solucionar conflitos de consumo são indicados e pagos apenas pelos fornecedores.⁴⁹ Tal assertiva vai de encontro às próprias disposições da Lei 9.307/96, que asseguram, pena de nulidade do juízo arbitral, se em sua instalação ocorrer a inobservância da isonomia entre as partes na escolha e na definição dos árbitros.

Além do mais, ao contrário do juiz estatal, as partes podem estabelecer que o juízo arbitral decida a contenda com base na equidade; ao passo que o art. 126 do CPC submete a jurisdição às amarras da definição dos árbitros.

⁴⁵⁾ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A nova lei de arbitragem e os contratos de adesão. *Revista de Direito do Consumidor* 21/56 et seq.

⁴⁶⁾ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La nueva legge brasiliana sull'arbitrato. *Temas de direito processual*, 6. série, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 278.

⁴⁷⁾ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. Op. cit., p. 53; FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de consumo e juízo arbitral. *Revista de Direito do Consumidor* 21/45.

⁴⁸⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos da conciliação no atual direito processual. *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 345.

da legalidade, somente permitindo a tomada de uma decisão equitativa, a não ser que previamente autorizada por lei. Com isso, a sentença estatal proferida pelo Judiciário será, em qualquer situação, um ato autoritativo do Estado. Em outras palavras, poderíamos afirmar que a arbitragem seria o resgate pela própria sociedade, que é quem possui o sentimento do justo e do injusto, de uma prática social que se perde na poeira dos tempos, e que oferece opções de procedimento,⁵⁰ inversamente ao que ocorre na atividade jurisdicional, cuja função é rigorosa e estritamente dualista: ou se perde ou se ganha. Ademais, ressalte-se, outrossim, o aspecto sociológico do procedimento arbitral, onde uma decisão originada por iniciativa das partes tem, seguramente, mais legitimidade que uma decisão imposta por um terceiro, ainda que um juiz imparcial.⁵¹

O objetivo destas regras outro não pode ser senão aquele de manter a instituição da arbitragem como uma faculdade das partes, pois o fundamento deste equivalente jurisdicional reside na vontade de contratar, e se ausente esta, isto sim é que vem a criar um obstáculo ao acesso ao Judiciário, não previsto em lei, e que afronta não somente a natureza da arbitragem, mas esta garantia fundamental constitucional.⁵²

Mas a quebra de equivalência que se expõe na tentativa da instituição com-

pulsória da arbitragem, fica arrefecida ou de fato desaparece, desde que restabelecida a posição de isonomia, e respeitadas as exigências da equidade e da boa-fé,⁵³ com a estipulação da arbitragem através de um aditivo ao contrato original, ou renovado pela via do compromisso arbitral.

Por outro lado, o juízo arbitral estabelecido para dar solução à questão envolvendo relação de consumo merece um tratamento particular ao método de seu procedimento, uma vez que o CDC estabelece em seu art. 6.º os direitos básicos de qualquer consumidor, e que não podem sofrer qualquer forma de restrição, visto que o CDC (art. 1.º) é norma de ordem pública e de interesse social. Por conta disso, deverão ser tratadas como *normas cogendi* ou *ius cogens*, descritas como aquelas que impõem um comando independente da vontade das partes, de sorte que não são passíveis de derrogação pelas partes, seja de modo absoluto ou relativo, e notadamente no que tange à finalidade ali prescrita,⁵⁴ a exemplo da questão envolvendo a inversão do ônus da prova, tal como visto antes.

Por conseguinte, qualquer daquelas regras ali enumeradas e todas as demais regras do CDC são consideradas indispensáveis, e deverão ser tomadas em conta no juízo arbitral estabelecido para dirimir controvérsia relativa a relação de consumo. Tanto que o laudo arbitral estrangeiro não merecerá a homologação pelo STF se o mérito de sua decisão ofen-

der a ordem pública nacional (inc. II do art. 39), a exemplo de certos princípios típicos lavrados como regras básicas para a defesa do consumidor.

Assim é que a responsabilidade pelo fato — contação físico-psíquica (arts. 12 e segs. do CDC) — ou por vício do produto ou do serviço — contação com a qualidade ou quantidade (arts. 18 e segs. do CDC) — haverá sempre de ser apuradas de *forma objetiva*, ou seja, respondem os produtores ou prestadores de serviço independentemente da existência de culpa.

Mesmo no juízo arbitral, as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC), assim como se permitirá ao árbitro ou tribunal arbitral desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, em qualquer das hipóteses do art. 28 do CDC, ainda que esta desestimativa para se efetivar busque subsídio no Judiciário.⁵⁵ Os mesmos princípios procedimentais aplicam-se na questão das práticas comerciais da oferta, da publicidade, dos bancos de dados e da cobrança de dívidas.

Recordando que o controle de cláusulas contratuais nas relações de consumo podem se efetivar através da arbitragem, seja de modo prévio e abstratamente, seja após a deflagração do dissídio, sendo que os órgãos públicos também podem recorrer ao juízo arbitral,⁵⁶ vedando-se de plano a estipulação que se faça mesmo na convenção de arbitragem que impossibilita, ateneu ou exonere a responsabilidade de indenizar.

Não sem olvidar também que o próprio contrato que convenione a arbitragem pode ser qualificado como objeto da relação de consumo, notadamente se a intermediação se fizer através de um órgão arbitral ou entidade especializada. Isso quando estas entidades, além de oferecerem os árbitros especializados, também garantam a estrutura funcional, inclusive com a designação de secretários administrativos de apoio à atividade arbitral, que pode ser mesmo um jurista,⁵⁷ isso quando o objeto do julgamento não se restringir a uma questão meramente de ordem técnica. Tal se explica, porque, a figura do prestador de serviço está posta, assim como a do destinatário final deste mesmo serviço, aqui, as partes no procedimento arbitral, e especialmente pelo fato de que a prestação do serviço especializado de arbitragem é remunerado, a satisfazer todas as condições do § 2.º do art. 3.º do CDC.

Assim, se deverá compreender esta forma de serviço de apoio à arbitragem como relação de consumo, pelo que todos seus atos deverão de se conformar às regras do CDC, sem prejuízo das prescrições do regulamento específico do diploma legal que trata do procedimento arbitral. Não importa com isso sequer sugerir algum entrave ao surgimento destas instituições, muito ao contrário, pois que devem se constituir e permanecer somente aquelas que tratem com responsabilidade e compromisso esta forma de prestação de serviço.

8. Conclusões

Isso posto, imperioso procedermos a uma síntese conclusiva de toda a ex-

⁵⁰ ROCHA, José de Albuquerque. Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. *Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997, p. 352.

⁵¹ Idem.

⁵² LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 168; FOM-SECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 191.

⁵³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. MARQUES, Cláudia Lima (coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 29.

⁵⁴ VECCHIO, Giorgio del. *Litígios de filosofia do direito*. Trad. BRANDÃO, Antônio José. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 387.

⁵⁵ A propósito, conferi nosso: A desconstrução da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Análises das Jurísticas n. 3*. LIMA, Osmar Brina Corrêa (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 13 *et seq.*

⁵⁶ MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 69 *et seq.*

⁵⁷ GOULENE, Alain & RACINE, Jean Baptiste. Op. cit., p. 127.

posição, pois que a garantia de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, não afeta ao procedimento arbitral, nem com ele se confronta, enquanto esta é uma alternativa para solução de litígios.

Tudo porque da arbitragem somente se socorre aquele que assim o desejar. A vontade de solucionar aquela determinada contenda, e de solucioná-la pela via arbitral, faz destes atos todo seu fundamento.

A jurisdição é, e deve continuar sendo, parcela da soberania estatal, uma entidade permanente e necessária. Ao passo que o tribunal arbitral se organiza para cumprir e deliberar sobre aquela questão que se lhe é por ora submetida. Ele é casual e efêmero, e os árbitros são escolhas das partes, ao contrário do que se dá na jurisdição, onde quando muito se eleger o foro, mas nunca o juiz.

Também, e por outro lado, enquanto o Poder Judiciário pode conhecer e julgar sobre toda e qualquer demanda, seja de que natureza for, no âmbito das respectivas competências de cada órgão, o juízo arbitral apenas pode conhecer e decidir sobre matéria atinentemente a direitos patrimoniais disponíveis.

O procedimento da arbitragem se deflagra através da convenção de arbitragem, que se distingue em cláusula compromissória e compromisso arbitral. Esta para resolver uma questão já presente, enquanto aquela, inserida em outro contrato, define que em caso de haver conflito futuro, o mesmo se definirá através do juízo arbitral. Daí que, *ex legis*, toda convenção de arbitragem deve ser reduzida a termo, não prevalecendo a estipulação por via oral, ou que não se traduza em documento escrito.

Instaurado o juízo arbitral em comissão única ou plúrima, mas sempre em número ímpar, deve imperar no cur-

so do procedimento, sob pena de nulidade, o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da igualdade. O que não impede que, com suporte no Judiciário, o árbitro possa se valer de medidas cautelares e coercitivas, sendo permitidas todas e quaisquer provas, notadamente a inspeção judicial que pode se constituir na nota distintiva da arbitragem em matéria probatória. E quando se tratar de relação de consumo, uma vez satisfeitos os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência do consumidor perante a parte contrária, possibilitada a inversão do ônus da prova.

A sentença arbitral não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário, produzindo os efeitos da coisa julgada, e podendo ser anulada por decisão judicial desde que as hipóteses legais tenham se cumprido. O prazo para requerer a nulidade é decadencial, a exemplo da ação rescisória,⁵⁸⁶ e pode ser feito pela via ordinária, ou através de embargos de devedor, se executada a decisão arbitral.

Como as relações de consumo abarcam direitos patrimoniais disponíveis, a querrela surgida entre produtor ou prestador de serviços e o consumidor, enquanto destinatário final, pode vir a ter solução no juízo arbitral. A exceção que se faz não se reporta a arbitragem em si, mas na forma de convenção, pois a cláusula inserta compulsoriamente em contrato de adesão onde não se deu ao consumidor a oportunidade de discuti-las previamente, é considerada nula de pleno direito. A nova lei que regula o procedimento arbitral, a seu turno, abre espaço à convalidação de cláusula desta natureza, desde que apresentada em destaque para o con-

sumidor. Ademais, a inserção de cláusula compromissória em desalinho com os textos legais da arbitragem e de proteção ao consumidor serão passíveis de discussão em juízo, independentemente da vinculação que se possa estabelecer através desta mesma cláusula, sem prejuízo de perdas e danos.

Onde a arbitragem melhor pode render enquanto equivalente jurisdicional, refere-se à quantificação do dano moral originário de uma relação de consumo. Isto porque a tormentosa fase de liquidação de qualquer dano moral, encontra no juízo arbitral um bom campo para que o princípio da verdade real seja praticado, e assim procedendo, melhor poder fixar a indenização de um dano com repercussões no patrimônio jurídico-moral do consumidor. Tudo em vista de que, sendo a arbitragem a justiça do caso específico, está melhor capacitada, até mesmo por meios técnicos mais prestos, para demarcar na presença de tal problema aquilo que se deve, ao contrário da justiça genérica e difusa do Poder Judiciário, sempre assobrerada com toda sorte de demanda.

Enquanto conhece e delibera sobre questões relativas à relação de consumo, o juízo arbitral se acha submetido à situação particular de norma de ordem pública e de interesse social que é o CDC. Diante disso, certas prerrogativas e direitos básicos concedidos a este consumidor não podem ser objeto de transação ou derrogação, parcial ou absoluta, seja pelas partes na convenção arbitral, seja pelo árbitro ou tribunal ao longo do procedimento.

Os direitos do consumidor sempre foram, e continuam a ser, direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de transação, portanto. E não haverá de ser negando a arbitragem como meio e alternativa de solução de litígios entre prestadores de serviços e produtores de bens de qualquer natureza, de um lado, e os consumidores de outro, que se estará em maior ou menor escala resguardando os interesses destes últimos.

A arbitragem, por trazer em seu âmago a confiança das partes nos árbitros escolhidos por elas mesmas, e também numa melhor e mais célere prestação no deslinde da contenda, certamente não pode se configurar, tal como uma premissa, numa armadilha em detrimento dos incautos e desamparados, e em favor dos mais poderosos. Até porque, em assim sendo, não há como deixar de recordar que mesmo na jurisdição comum, este indivíduo melhor aquinhado pela detenção e propriedade dos meios econômicos de produção de bens e serviços, poderá usufruir perante a Justiça estatal da contratação de mais e melhores advogados na defesa de seus interesses. E este fator, naturalmente sabido, é que rende ensejo, senão, a uma prestação jurisdicional diferenciada, pelo menos a uma melhor atenção dos juízes a seu pleito.

Em suma, a arbitragem é uma alternativa, cujo sucesso para sua implementação e disseminação se deverão em especial às partes, mas sobretudo aos operadores do direito cuja exegese maximalista há de ser a tônica a permear a sua análise e a sua pragmática.

⁵⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, Vol. 1, 18. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 653.