

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUIZ AUGUSTO DA SILVA

**ARBITRAGEM E LIBERDADE: REFLEXÕES PARA A EXPANSÃO DA PRÁTICA
ARBITRAL NO BRASIL**

CURITIBA

2016

LUIZ AUGUSTO DA SILVA

**ARBITRAGEM E LIBERDADE: REFLEXÕES PARA A EXPANSÃO DA PRÁTICA
ARBIRAL NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIZ AUGUSTO DA SILVA

ARBITRAGEM E LIBERDADE: REFLEXÕES PARA A EXPANSÃO DA PRÁTICA ARBITRAL NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Talamini
Orientador – Departamento de Direito Público – UFPR

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Departamento de Direito Privado – UFPR

Prof. Dr. Paulo Osternack Amaral
Doutor em Processo Civil pela Universidade de São Paulo

Curitiba, 21 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

À minha família, Denise, Luiz Antônio, Milena e Sebastião, por terem sempre me apoiado e incentivado ao longo de toda a minha educação.

Aos velhos amigos, Pedro, Gabriela, Victor, Thalita e Patrícia, e também aos novos, Caio, Débora, Daniel, João, Juliana, Letícia e Thales, por me acolherem e me aceitarem. Um agradecimento especial à Gabi, que mesmo com a distância tomou parte de seu tempo para ler e revisar o texto durante a redação, fazendo apontamentos que em muito contribuíram para o resultado final do trabalho.

A todos os professores que de algum modo contribuíram para minha formação acadêmica. Em especial agradeço ao professor Eduardo Talamini, orientador nesta monografia e professor durante três anos de direito processual civil, e também à professora Maria Cândida Kroetz, que desde meu primeiro ano na universidade tem acompanhado minhas pesquisas jurídicas.

"Knowledge liberates us not by offering us more open possibilities amongst which we can make our choice, but by preserving us from the frustration of attempting the impossible."

Isaiah Berlin

RESUMO

Este trabalho investiga as possíveis relações entre o instituto da arbitragem e a ideia de liberdade. Seu objetivo central é oferecer possíveis problematizações sobre a arbitragem aplicada a diferentes ramos do Direito à luz de concepções de liberdade. Para a seleção dos temas enfrentados, parte-se da reforma da Lei de Arbitragem (Lei 9.306/96) e da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), promovida em 2015 por meio da Lei 13.109/2015. Assim, são analisadas algumas implicações da liberdade para a arbitragem aplicada em três áreas: o direito societário, as relações de consumo e as relações de emprego. No direito societário, discute-se o problema da extensão subjetiva da cláusula compromissória inserida no estatuto social por deliberação da maioria acionária. A partir do reconhecimento da liberdade como princípio fundamental da arbitragem, conclui-se que nem mesmo a maioria acionária poderia impor aos acionistas dissidentes a opção da via arbitral. Com base nisso, avalia-se de maneira positiva a reforma da Lei das Sociedades Anônimas, por meio da qual foi autorizada a inserção da cláusula compromissória no estatuto, garantindo-se aos acionistas discordantes o direito de retirar-se da companhia. Com relação à arbitragem nas relações de consumo, discute-se o declínio da ideia de liberdade contratual nessas relações e o aparente conflito normativo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Arbitragem. Embora se identifique uma perda de liberdade formal nas relações consumeristas, o que poderia conduzir à inaplicabilidade da arbitragem, identifica-se uma dimensão da liberdade como efetividade que pode viabilizar o instituto em circunstâncias nas quais não haja imposição do processo arbitral pelas empresas, de modo a privilegiar a liberdade do consumidor. Com base nesse entendimento, critica-se o veto presidencial do dispositivo da reforma da lei de arbitragem que pretendeu tratar da cláusula compromissória nos contratos de consumo. Em seguida, discute-se a arbitragem nas relações de emprego, e como o problema não se refere à arbitrabilidade da matéria trabalhista, mas sim a questões de liberdade do empregado em face do empregador. Partindo da compreensão da liberdade como efetividade, desenvolve-se uma proposta de aplicação de arbitragem nas relações de emprego para as situações nas quais não se verifica subordinação do empregado em relação ao empregador. Por fim, diante do estudo dos temas específicos, conclui-se que a expansão da prática arbitral no Brasil depende de uma reflexão profunda e sistemática sobre o significado da liberdade para este meio de solução de disputas.

Palavras-chave: Arbitragem. Liberdade. Meios alternativos de resolução de conflitos. Reforma da Lei de Arbitragem.

ABSTRACT

This research examines the possible relations between arbitration and the idea of freedom. Its main objective is to offer possible questionings regarding arbitration and its application in different areas of the law in light of conceptions of freedom. The selection of the discussed topics considers the Brazilian Arbitration Act (Law n. 9.306/96) reform and the Brazilian Corporation Act (Law n. 6.404/76) reform implemented in 2015 through the Law n. 13.109/2015. The research analyses some of the implications of the idea of freedom to arbitration applied in three areas: corporate law, consumer relations and labor relations. In company law, it discusses the problem of the subjective extension of the arbitration clause included in the company bylaws by majority vote. Based on the recognition of freedom as the fundamental principle of arbitration, it concludes that not even the majority of stocks could impose arbitration to dissenting stockholders. Thus, the paper positively evaluates the Brazilian Corporation Act reform, under which the inclusion of arbitration clauses in company bylaws is authorized, while granting dissenting stockholders the right to withdraw from the company. Regarding arbitration and consumer law, the research discusses the downfall of the idea of freedom in these consumer relations, as well as the apparent normative antinomy between the Code of Consumer Defense and the Arbitration Act. In spite of a reduction of freedom in its formal sense in consumer relations, which could lead to the inapplicability of arbitration, the recognition of a dimension of freedom as effectiveness may prove useful to allow arbitration under circumstances in which it is not imposed by companies to its consumers. Therefore, the paper criticizes the presidential veto to the provision of the Arbitration Act reform aimed at regulating arbitration clauses in consumer contracts. Subsequently, the research examines the applicability of arbitration to labor relations, and how it is not a problem of arbitrability of labor matter, but rather of freedom of employees against their employers. By drawing inspiration on the idea of freedom as effectiveness, the research proposes some possible uses of arbitration when there is little subordination of the employee under the employer. Finally, based on the study of the three specific topics, the paper concludes that the expansion of arbitral practice in Brazil depends largely on the serious and systematic thinking of the meaning of freedom to this alternative dispute resolution method.

Keywords: Arbitration. Freedom. Alternative dispute resolution methods. Brazilian Arbitration Act Reform.

LISTA DE SIGLAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
LArb	Lei Brasileira de Arbitragem
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA: UM PRIMEIRO DESAFIO PARA O CONSENSUALISMO NA ARBITRAGEM	15
2.1 DELIMITANDO O PROBLEMA: TRÊS SITUAÇÕES SOBRE A EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA	16
2.2 AS PRINCIPAIS CORRENTES SOBRE O TEMA E SEUS ARGUMENTOS CENTRAIS.....	18
2.3 UMA CRÍTICA À POSIÇÃO MAJORITÁRIA E AVALIAÇÃO DA REFORMA DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS À LUZ DA IDEIA DE LIBERDADE	23
3 ARBITRAGEM E RELAÇÕES DE CONSUMO: PARA ALÉM DA LIBERDADE NEGATIVA E FORMAL	33
3.1 A ARBITRAGEM DE CONSUMO SOB ATAQUE - A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA.....	34
3.2 CONTRATOS DE CONSUMO E O DECLÍNIO DA IDEIA DE LIBERDADE CONTRATUAL	37
3.3 POSSIBILIDADES PARA A ARBITRAGEM DE CONSUMO A PARTIR DA DIMENSÃO DA LIBERDADE COMO EFETIVIDADE	43
4 ARBITRAGEM NAS LIDES TRABALHISTAS: UMA QUESTÃO DE LIBERDADE (OU: NÃO FALEM MAIS EM INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS).....	53
4.1 A INADEQUAÇÃO DOS ARGUMENTOS SOBRE INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS.....	53
4.2 AINDA SOBRE A LIBERDADE COMO EFETIVIDADE: POSSIBILIDADES (E LIMITES) PARA A ARBITRAGEM TRABALHISTA	58
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

Quando Learned Hand, um dos maiores juizes norte americanos a nunca ocupar uma cadeira na Suprema Corte, proferiu em 1944 seu famoso discurso *O Espírito da Liberdade*, ele disse: “a liberdade repousa nos corações de homens e mulheres; quando ela neles morre, nenhuma constituição, nenhuma lei, nenhuma corte pode salva-la; nenhuma constituição, nenhuma lei, nenhuma corte pode sequer fazer muito para ajudá-la”¹. E prosseguiu perguntando-se o que seria essa liberdade que “repousa nos corações de homens e mulheres”, mas acabou confessando que, em se tratando do espírito da liberdade, “Eu não posso defini-lo. Posso apenas lhes dizer a minha própria fé”². A retórica vigorosa com que Hand proclamou tais palavras não apenas garantiu sua merecida fama pelos Estados Unidos, como também colocou seu discurso dentre as mais célebres defesas da liberdade dos últimos tempos.

Não há qualquer dúvida de que a liberdade é um valor político importante. Todos concordam que uma sociedade que se pretenda decente tem o dever de garantir, em alguma medida, a liberdade de seus membros para que realizem algo de suas vidas. A questão, porém, é que o conteúdo da liberdade, a “verdadeira liberdade”, por assim dizer, é objeto de profundas divergências morais e políticas. As pessoas parecem concordar que ser livre é necessário para que possam levar uma vida mais valiosa; porém têm intensas dificuldades para chegar a algum consenso sobre quais são as exigências concretas dessa liberdade nas variadas situações que a vida em sociedade apresenta. No mais das vezes, somos capazes apenas de expressar nossa “própria fé”, tal qual supostamente o fez o juiz Hand, mas não de construir um conceito coerente que abarque tudo aquilo que entendemos por liberdade.

Essas mesmas preocupações afetam diretamente o Direito, ao qual a questão da liberdade sempre interessou de perto. De fato, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a liberdade é, sem dúvida, um dos termos mais controvertidos e mais

¹ Tradução livre do original em inglês: “Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it”. (HAND, Learned. **The Spirit of Liberty**. Disponível em: <<http://www.providenceforum.org/spiritoflibertyspeech>> Acesso em 13/03/2016).

² Ibidem. No original: “I cannot define it; I can only tell you my own faith”.

decisivos na experiência jurídica”³. E se tal afirmação é verdadeira para o Direito como um todo, é certo que ela assume ainda maior relevância em relação ao direito da arbitragem.

Como se sabe, a arbitragem é um método extrajudicial de solução de conflitos que tem alcançado cada vez mais popularidade, em especial no Brasil. Por meio dele, os sujeitos envolvidos num litígio, pelo exercício de sua *liberdade* – a qual se expressa em categorias como autonomia da vontade, autonomia privada ou autonomia negocial⁴ - escolhem um terceiro imparcial para adjudicar o conflito e oferecer a respectiva solução. É da liberdade, e não da autoridade, portanto, que a arbitragem extrai sua juridicidade.

De fato, é corrente a afirmação de que a arbitragem e a liberdade caminham juntas. No entanto, pouco se discute, ao menos no Brasil, sobre o que a liberdade realmente significa para o processo arbitral e sobre o que ela realmente exige deste método de resolução de conflitos. Nesse sentido, o diálogo entre a filosofia e o direito arbitral mostra-se, ainda, bastante tímido. O que é de se estranhar, afinal, como afirma Emmanuel Gaillard, “o direito da arbitragem (...) presta-se a uma reflexão de filosofia do direito. As noções de vontade e liberdade, essencialmente filosóficas, estão no coração da matéria”⁵.

Seja como for, há boas razões para sustentar que tal distanciamento não deve durar muito tempo. Isso porque muitas das discussões contemporâneas sobre a arbitragem aplicada a determinados ramos do direito para além das relações estritamente comerciais suscitam reflexões sobre a ideia de liberdade. E ampliar o escopo da arbitragem foi justamente esse um dos propósitos das alterações promovidas pela Lei n. 13.129/2015, a chamada “reforma da Lei de Arbitragem”. Por meio dela, pretendeu-se alargar a esfera de possíveis de conflitos passíveis de serem resolvidos pela via arbitral, dentre os quais se destacam três: as disputas societárias, os conflitos de consumo e os dissídios individuais trabalhistas.

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Liberdade. In: _____. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 95.

⁴ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito de Empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 57.

⁵ GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. P. 02.

Cada um destes ramos do direito sempre suscitou controvérsias quanto à arbitragem. No âmbito societário, discute-se quais acionistas podem ser vinculados a uma cláusula compromissória inserida no estatuto social, problema esse que a reforma legislativa pretendeu solucionar. Nas relações de consumo e trabalhistas, há intensa dúvida sobre a arbitrabilidade de tais litígios, bem como sobre a idoneidade da via arbitral diante da disparidade de forças entre as partes envolvidas (fornecedor/consumidor e empregador/empregado). Não por acaso que, quanto a estes dois últimos ramos, os dispositivos específicos que se pretendeu inserir na Lei Brasileira de Arbitragem foram vetados pela Presidência da República.

Dito isso, o objetivo central do presente trabalho será demonstrar como essas três aplicações da arbitragem, objeto de alteração legislativa (ou de tentativa de alteração), exigem discussões mais aprofundadas sobre a ideia de liberdade que legitima a arbitragem. A ampliação das aplicações da arbitragem demanda também que se pense de maneira séria e consistente sobre questões aparentemente abstratas de filosofia da liberdade. Já não satisfaz enunciarmos “nossa própria fé”: é preciso levar a sério o vínculo entre arbitragem e liberdade, e investigar suas possíveis consequências.

Evidentemente não se terá a pretensão, na presente monografia, de analisar de maneira exaustiva todos os problemas levantados pela aplicação da arbitragem no âmbito societário, consumerista e trabalhista. Cada um desses ramos do direito oferece um campo de estudo bastante rico e fascinante, havendo bons trabalhos específicos sobre eles aos quais se remete, na medida do possível, por meio das referências bibliográficas. Também não se trata de expor em detalhes as várias tradições filosóficas sobre liberdade e selecionar aquela que mais nos agrada para, então, justificar os argumentos apresentados⁶ – este é um trabalho sobre Direito, e não filosofia, ao fim e ao cabo.

O que se propõe é uma problematização tópica⁷ dos ramos selecionados, uma investigação sobre a maneira pela qual a ideia de liberdade – basilar da

⁶ Este é o pertinente alerta de Emmanuel Gaillard: “De fato, é tentador, e mesmo conforme a uma tendência natural da mente, buscar nas obras de filosofia do direito a concepção que melhor se adapte a justificar o fundamento da tese que se pretende sustentar.”(GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014. P. 05.)

⁷ Sobre o método da tópica, ou melhor, tópico-sistemático, afirma Luiz Edson Fachin: “Com efeito, a interpretação tópico-sistemática, não toma o sistema como um conjunto de respostas prontas e acabadas a problemas que podem se pôr no futuro (...), mas, sim, parte dos problemas concretos, buscando no sistema a melhor entre várias possíveis soluções. Tal escolha se faz por meio da

arbitragem - é posta à prova nessas esferas de relações. Tal análise será feita com base em diferentes abordagens da liberdade, propostas por autores de tradições filosóficas diversas, sem a pretensão de filiar-se a esta ou aquela corrente. Os distintos pensamentos sobre o significado da liberdade serão utilizados na medida em que possam enriquecer o debate sobre a arbitragem.

Busca-se, a partir do estudo dos problemas concretos, a identificação de algumas possíveis dimensões da liberdade que possam servir de fundamento suficiente para a utilização do processo arbitral nas diferentes áreas do direito objeto de análise. Se a hipótese central do trabalho estiver correta, a elaboração da ideia de liberdade será útil para a construção de propostas para nortear a aplicação da arbitragem a novos tipos de disputas. Com base no exame da tensão entre liberdade e processo arbitral nestes ramos específicos do direito, busca-se, numa ascensão justificadora, como diz Dworkin⁸, encontrar concepções de liberdade mais abstratas que sejam sólidas o bastante para justificar a aplicação da arbitragem a tais matérias.

Estabelecidas as premissas teóricas e os objetivos do trabalho, partamos imediatamente⁹, portanto, para o exame da arbitragem no direito societário, mais especificamente, da cláusula compromissória estatutária e suas relações com a liberdade.

hierarquização axiológica.”(FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. P. 94.)

⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. P. 81.

⁹ Diz-se “imediatamente” porque pouparemos o leitor de uma desnecessária e improdutiva “introdução histórica” ou “evolução legislativa”, algo que infelizmente ainda costuma compor a parte inicial de muitos trabalhos monográficos. Este não é um estudo sobre história do Direito. Considero, em base no alerta de Ricardo Marcelo Fonseca, que um verdadeiro estudo historiográfico exige métodos específicos, rigor com as fontes de pesquisa e profundidade teórica— algo que extrapolaria a proposta do trabalho -, sob pena de se incorrer em anacronismos e falsas percepções acerca da história do instituto jurídico sob exame. Nas palavras do autor: “A história aqui, pode-se dizer, torna-se um enfeite do estudo (seja ele uma dissertação, uma tese ou um manual), torna-se um ornamento, que no mais das vezes tem o seu lugar garantido na escrita por razões meramente formais derivadas da tradição da escrita acadêmica do direito (*deve-se fazer um capítulo histórico*), mas sem operacionalidade teórica alguma.” (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 113)

2 A EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA: UM PRIMEIRO DESAFIO PARA O CONSENSUALISMO NA ARBITRAGEM

Uma das questões mais instigantes e difíceis, tradicionalmente discutida no direito societário e arbitral, diz respeito a quais acionistas podem ser vinculados à cláusula compromissória inserida no estatuto social de uma companhia por deliberação majoritária: se todos os acionistas, indistintamente, ou apenas aqueles que votaram favoravelmente à inserção da cláusula. Trata-se do que tem sido por vezes identificado como um problema de “arbitrabilidade subjetiva”¹⁰ nas sociedades anônimas.

Logo de partida, essa terminologia merece um esclarecimento. Arbitrabilidade subjetiva é o conceito jurídico-positivo que se refere à aptidão genérica de determinados sujeitos para se submeterem ao processo arbitral, os quais, nos termos do art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem¹¹, são todas as pessoas capazes de contratar. Trata-se de um dos requisitos para a validade do negócio jurídico arbitral¹². Por óbvio que todos os acionistas, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, possuem capacidade contratual, do contrário sequer poderiam integrar os quadros da sociedade.

O problema diz respeito, na verdade, à delimitação da *extensão subjetiva da cláusula compromissória estatutária* - plano da eficácia da cláusula, e não de sua validade -, expressão essa mais adequada do ponto de vista técnico.

O debate se coloca porque, desde a reforma promovida pela Lei n.º 10.303/2001, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76) prevê, em seu artigo 109, § 3º, que “o estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”. A alteração legislativa apenas consagrou expressamente a

¹⁰ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 72.

¹¹ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 77.

possibilidade, já de antes reconhecida pela doutrina, de se solucionar conflitos societários mediante arbitragem, à luz da autorização geral contida no artigo 1º da LArb¹³. Contudo, muitos problemas permaneceram sem solução explícita, tais como a questão sobre quais acionistas vinculam-se à cláusula arbitral estatutária, o quórum para tal deliberação, eventual direito de recesso dos dissidentes, e assim por diante.

Procuraremos enfrentar o problema, neste capítulo, de uma maneira menos técnica, e mais filosófica. Nosso desafio será compreender qual o possível significado da liberdade individual dos acionistas no contexto da dinâmica societária, baseada na formação por maioria da vontade do ente coletivo – a sociedade empresária – e de que maneira isso se relaciona com o consensualismo que baseia a arbitragem.

2.1 DELIMITANDO O PROBLEMA: TRÊS SITUAÇÕES SOBRE A EXTENSÃO SUBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ESTATUTÁRIA

Inicialmente, cumpre distinguir entre três situações nas quais o problema da extensão da cláusula compromissória estatutária se apresenta: *(i)* na constituição da sociedade, em relação aos sócios fundadores; *(ii)* na inclusão superveniente da cláusula por meio de deliberação majoritária, em relação aos sócios silentes, ausentes ou dissidentes na votação; e *(iii)* em relação ao acionista que adquire ações de sociedade em cujo estatuto consta cláusula arbitral.

As situações *(i)* e *(iii)* nunca ofereceram grandes dificuldades interpretativas, especialmente do ponto de vista da liberdade.

No caso dos fundadores, não há qualquer dúvida de que todos os sócios discutiram as cláusulas estatutárias no momento de constituição da sociedade e, por isso, a ela ficam vinculados. Nas palavras de Francisco Cahali, “no momento ‘zero’ todos os sócios discutiram as cláusulas contratuais/estatutárias, mesmo que alguma delas (não necessariamente a de arbitragem) não fosse de total agrado”¹⁴. No mesmo sentido é a explicação de Modesto Carvalhosa: “na constituição da

¹³ WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i), **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 12, jan/mar 2007, pp. 22-28.

¹⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 423.

sociedade, o consenso deve existir sempre quanto a todos os elementos que compõem o ato constitutivo, inclusive a cláusula arbitral”.¹⁵ No momento da constituição, portanto, os fundadores manifestam livremente sua vontade de vincular-se à cláusula arbitral ao inseri-la no estatuto da companhia.

Quanto aos novos adquirentes de ações, há também considerável consenso quanto a sua vinculação à cláusula compromissória eventualmente constante do estatuto social da companhia. Isso porque, ao decidir ingressar numa dada sociedade, por meio da aquisição de ações, o acionista tem – ou ao menos deveria ter – pleno conhecimento do conteúdo do estatuto social e, desse modo, livremente adere a todas as disposições estatutárias, inclusive à cláusula compromissória¹⁶.

O ambiente de livre iniciativa econômica no qual essas relações se inserem dispensa maiores formalidades para a vinculação do novo acionista à cláusula de arbitragem. Afinal, ninguém é obrigado pelas circunstâncias materiais a tornar-se acionista de uma companhia¹⁷. Caso não deseje se submeter a um processo arbitral, deve o investidor simplesmente não ingressar numa companhia que optou por resolver seus conflitos por essa via.

A questão torna-se muito mais intrincada na hipótese (ii). O tema ganha em complexidade quando se cogita da extensão da cláusula compromissória estatutária superveniente, ou seja, aquela inserida por deliberação majoritária no curso da vida da sociedade. Surge dúvida quanto à eventual eficácia da cláusula perante todos os acionistas, inclusive aqueles que não manifestaram sua vontade expressamente ou mesmo votaram contra tal deliberação.

Em outras palavras, a pergunta que se pretende responder é: pode a maioria acionária impor aos acionistas minoritários a solução de conflitos pela via arbitral? E, se sim, com base em quais fundamentos? Poderia o acionista que expressamente mostrou-se contra a arbitragem ficar, mesmo assim, privado de pleitear seus eventuais direitos perante o Poder Judiciário, como decorrência da aplicação do princípio da maioria que rege as sociedades anônimas?

¹⁵ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 02, p. 308.

¹⁶ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 194.

¹⁷ BINNIE, Patrícia. Arbitragem no Direito Societário: Reflexões sobre a Eficácia Subjetiva da Cláusula Compromissória Inserida em Contrato e Estatuto Sociais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 10, n. 38, pp. 46-64, out./dez. 2013.

Formulado desta maneira, fica claro que o problema é, essencialmente, um problema de liberdade. Refere-se à aparente tensão entre o consensualismo que legitima a arbitragem e o regime jurídico específico das sociedades anônimas, que se sustenta na regra geral da prevalência da vontade da maioria.

2.2 AS PRINCIPAIS CORRENTES SOBRE O TEMA E SEUS ARGUMENTOS CENTRAIS

Constata-se a formação de três correntes na literatura jurídica brasileira acerca da extensão subjetiva da cláusula compromissória inserida nos estatutos sociais por voto da maioria¹⁸. A primeira, majoritária (jogo de palavras não intencional), mostra-se favorável a extensão ampla da cláusula, abrangendo indistintamente todos os acionistas; a segunda é também favorável ao alcance pleno da cláusula, porém diferencia-se da primeira por propugnar pela garantia do direito de recesso aos acionistas dissidentes da deliberação que inseriu a cláusula no estatuto; por fim, a terceira corrente, mais restritiva, propõe que apenas os acionistas que votaram a favor da deliberação ficam vinculados à cláusula de arbitragem.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, analisemos os principais argumentos de cada uma dessas correntes.

A grande maioria dos autores, tanto arbitralistas quanto comercialistas, mostra-se favorável a ampla e irrestrita extensão subjetiva das cláusulas compromissórias inseridas em estatutos sociais de companhias. Aduzem esses autores que a inclusão da cláusula de arbitragem no estatuto, uma vez que feita com base na vontade da maioria acionária, devidamente apurada em assembleia geral, representa não a vontade apenas dos sócios favoráveis à medida, mas sim a vontade da própria sociedade, enquanto entidade coletiva maior que a soma de suas partes. Essa conclusão decorre do chamado princípio majoritário, segundo o qual as decisões da companhia devem ser tomadas, salvo hipóteses excepcionais de

¹⁸ Cabe aqui a ressalva de que, neste capítulo, aborda-se apenas a extensão da cláusula compromissória estatutária em relação aos acionistas da companhia. Mas há também interessantes discussões sobre a extensão da cláusula arbitral aos diretores, administradores, conselheiros fiscais e outros órgãos da sociedade. A propósito, remete-se o leitor aos seguintes trabalhos: MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Pp. 131-141; FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pp. 159-167.

unanimidade previstas em lei, de acordo com a vontade da maioria do capital acionário.

Segundo Pedro A. Batista Martins, autor de um dos mais importantes trabalhos sobre arbitragem societária no Brasil, a cláusula de arbitragem inserida em estatuto social vincula a todos os acionistas, inclusive os dissidentes ou ausentes da deliberação, por força do *princípio majoritário*, norma regente do direito das sociedades¹⁹. Por consistir em princípio da própria essência das sociedades anônimas, a permitir o dinamismo e o funcionamento da atividade econômica da empresa, deve aplicar-se também à deliberação que insere a cláusula compromissória no estatuto. Segue o autor afirmando que não haveria aí imposição da via arbitral aos acionistas dissidentes ou ausentes, mas sim a simples sujeição deles a uma deliberação validamente adotada pela maioria social²⁰.

A mesma posição é sustentada, em dissertação recente, por Diego Franzoni. Além da força do princípio majoritário, que deve aplicar-se também à deliberação que inclui a cláusula de arbitragem estatutária, acrescenta-se o argumento de que o caráter unitário do estatuto inviabiliza a existência concomitante de acionistas compromissados e não compromissados. A igualdade entre os acionistas impede que investidores de uma mesma classe fiquem submetidos a regimes jurídicos distintos (um grupo vinculado à arbitragem estatutária, e outro, não). Daí segue que a exigência de o estatuto social aplicar-se igualmente a todos os acionistas impõe que, em havendo conflito entre a justiça arbitral e a estatal - dentre as quais não haveria hierarquia - deve prevalecer a opção da maioria acionária, como é a regra nas deliberações sociais²¹.

Assim, com base em tais premissas, segundo essa corrente a vinculação dos sócios dissidentes e ausentes à arbitragem estatutária seria decorrência lógica da conjugação entre o princípio da maioria e o regime jurídico da cláusula

¹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Pp. 104-105.

²⁰ A ênfase que este autor atribui ao princípio majoritário fica evidenciada na seguinte passagem: “[O] regime da maioria não pode ser olvidado quando do enfrentamento da questão relativa à introdução da cláusula de arbitragem no estatuto de uma anônima. O trato dessa matéria será incompleto, ou desvirtuado, se não admitirmos que é da índole e da essência dessas empresas que suas deliberações sejam aprovadas por maioria de votos, simples ou qualificada. (...) Desse suposto legal, lógico e razoável, não há como fugir”. (MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 101)

²¹ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 89.

compromissória. Isso porque, se não é dado a nenhum acionista negar-se a cumprir as deliberações majoritárias por conta de sua discordância individual, igualmente não seria possível um acionista negar sua subordinação à cláusula compromissória inserida no estatuto por opção da maioria. Ainda de acordo com essa visão, a vinculação abrangente da cláusula compromissória seria pressuposto indispensável a viabilizar a inserção de cláusulas compromissórias nos estatutos sociais, algo que seria impossível caso fosse exigida sempre a unanimidade dos acionistas.

Destarte, essa corrente propõe a extensão dos efeitos da cláusula de arbitragem aos acionistas ausentes, silentes e dissidentes na deliberação. Quanto a estes últimos, muitos autores negam a possibilidade do exercício do direito de recesso. Aduzem que, sendo as hipóteses de direito de retirada taxativamente previstas em lei, não seria lícito criar novas autorizações de retirada mediante interpretação. Logo, como não consta no elenco legal a inclusão de cláusula compromissória estatutária como circunstância autorizadora do recesso, seria impossível ao acionista dissidente retirar-se da companhia apenas por tal motivo²².

Argumentos nesse mesmo sentido são fornecidos por diversos autores, como Arnaldo Wald²³, Carlos Augusto da Silveira Lobo²⁴, Daniel Cuckier²⁵, Haroldo Verçosa²⁶, Pedro Segall²⁷, Leonardo de Faria Beraldo²⁸, Daniela Bessone Barbosa Moreira²⁹, dentre outros. O que congrega esses autores numa linha de pensamento relativamente unitária é a ênfase que todos atribuem ao princípio da maioria, ao qual

²² LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 22, pp. 11-32, jul/set 2009.

²³ WALD, Arnaldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 12, pp. 22-28, jan/mar 2007.

²⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 22, pp. 11-32, jul/set 2009. P. 15.

²⁵ CUKIER, Daniel. A arbitragem aplicada ao direito societário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 41, pp. 225-241, abr./jun. 2014.

²⁶ VERÇOSA, Haroldo. Aspectos da arbitragem no direito societário. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, n. 06, pp. 251-259, nov./dez. 2014.

²⁷ SEGALL, Pedro. Da vinculação dos sócios à cláusula arbitral estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 31, pp. 355-369, out./dez. 2011.

²⁸ BERALDO, Leonardo Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 79.

²⁹ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A Convenção Arbitral em Estatutos e Contratos Sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (org.) **Arbitragem Interna e Internacional** (questões de doutrina e da prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pp. 361-391.

deve se submeter, necessariamente, a disciplina da cláusula compromissória estatutária. De igual modo, todos parecem partir da premissa metodológica, implícita ou explícita, de que a extensão de cláusula compromissória é um problema estrito de direito societário, devendo ser resolvido com base nas premissas e considerando as peculiaridades desse ramo do direito.

Como representativo da segunda corrente indicada, tem-se o posicionamento de Marcelo Dias Gonçalves Vilella e Alexandre Freitas Câmara. Assim como a primeira linha, atribui-se grande ênfase ao papel do princípio majoritário como norteador de todas as deliberações no âmbito da sociedade anônima³⁰. A principal diferença está em que, mesmo diante do silêncio da lei, esses autores propõem seja assegurado ao acionista dissidente o direito de recesso. A inserção da cláusula compromissória representa, para essa corrente, uma alteração estatutária significativa o bastante para justificar que eventuais discordantes possam retirar-se da sociedade. Por outro lado, caso o acionista não opte por retirar-se da companhia, estará, assim como todos os demais, plenamente vinculado à cláusula de arbitragem³¹. Na síntese de Alexandre Câmara:

Essa [a garantia do direito de recesso] é a única forma de se conciliar a natureza de ato-regra do estatuto da companhia com a necessária liberdade de associação que se deve reconhecer, inclusive por ditame constitucional, àqueles que ingressaram na sociedade quando não havia a convenção³².

A terceira corrente, francamente minoritária, posiciona-se no sentido de vincularem-se à cláusula compromissória estatutária apenas os acionistas cujo voto tenha sido favorável à sua inserção. A defesa mais eloquente e bem elaborada dessa posição foi feita por Modesto Carvalhosa³³. Para ele, seria impossível vincular os acionistas dissidentes ou ausentes à cláusula compromissória estatutária. A

³⁰ VILELLA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 200.

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 07, n. 28, pp. 30-40, out./dez. 2011.

³² CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 07, n. 28, pp. 30-40, out./dez. 2011. P. 34.

³³ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 2, pp. 303-322.

renúncia à jurisdição estatal – por se tratar de renúncia a um direito fundamental do acionista – deve decorrer de expressa manifestação de vontade, não se admitindo presunções ou interpretações extensivas acerca de tal declaração.

Desse modo, prossegue Carvalhosa, a cláusula compromissória possui caráter de pacto parasocial, e não de cláusula organizativa da sociedade, posto que depende da aceitação individual de cada acionista. Vale dizer: vinculam-se apenas a sociedade e os acionistas que de maneira efetiva com ela concordaram. Segundo essa visão, não é seria lícito, nem mesmo com base no princípio majoritário, impor aos acionistas a utilização da arbitragem, uma vez que o acesso à jurisdição estatal representa um direito fundamental constitucionalmente assegurado ao acionista, inafastável por estatuto ou assembleia.

Acompanham a posição de Carvalhosa os autores Luís Fernando Guerrero³⁴ e Francisco José Cahali³⁵. Utilizando-se de argumentos semelhantes, esses autores consideram que o consensualismo que fundamenta o instituto da arbitragem veda que alguém seja vinculado a este método alternativo de solução de conflitos contra sua vontade expressa. Assim, em que pese reconheçam a importância instrumental do princípio da maioria para o bom funcionamento das sociedades anônimas, esses autores defendem que a renúncia ao acesso ao Poder Judiciário, por se tratar de renúncia a direito essencial, só poderia ocorrer de forma explícita e voluntária, tal qual afirma Carvalhosa. Logo, a cláusula compromissória estatutária, das duas, uma: ou vincularia apenas os sócios que votaram favoravelmente a sua inserção, correndo-se o risco de um regime jurídico misto, de acionistas vinculados e não vinculados³⁶; ou seria necessária sempre a unanimidade acionária para sua implementação³⁷.

³⁴ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 67-70

³⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 425.

³⁶ É de se notar que Luis Fernando Guerrero, apesar de ter se posicionado pela eficácia restrita da cláusula compromissória estatutária, já propunha uma mudança legislativa para garantir o direito de recesso aos acionistas dissidentes, de forma a viabilizar a necessária unanimidade na inclusão da cláusula. Nesse sentido, esse autor aproxima-se da segunda corrente de pensamento que elencamos. GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pp. 68.

³⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 425.

2.3 UMA CRÍTICA À POSIÇÃO MAJORITÁRIA E AVALIAÇÃO DA REFORMA DA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS À LUZ DA IDEIA DE LIBERDADE

Como visto, a esmagadora maioria dos autores sempre se posicionou de maneira favorável a extensão subjetiva da cláusula compromissória, de modo a vincular também os acionistas contrários à sua inserção no estatuto. As posições em sentido contrário – ao menos até onde a pesquisa aqui empreendida permitiu verificar – são vozes praticamente isoladas.

Não obstante, apesar de a doutrina majoritária estar praticamente consolidada, conduzindo à superação da discussão, é necessário problematizar algumas premissas do posicionamento defendido com tanto entusiasmo pelos arbitralistas e comercialistas. Isso na medida em que ele oferece uma solução particular, setorial – vale dizer, aplicável apenas às cláusulas compromissórias inseridas em estatutos de sociedades anônimas – a um problema geral, que exige respostas também gerais, por se referir a todo o direito da arbitragem: a questão sobre as dimensões da liberdade que se encontram na base do instituto. De fato, o problema da liberdade, de absoluta centralidade, não costuma ser enfrentado com o devido afinco. E isso, por si só, torna a abordagem majoritária passível de críticas.

No intuito de demonstrar essa afirmação, vejamos alguns argumentos de dois importantes autores em matéria societária e arbitral. Para Pedro Batista Martins, se uma escolha deve ser feita entre o princípio da maioria e a liberdade, a primazia deve ser atribuída ao primeiro:

o livre consentimento que se extrai do instituto da arbitragem, conquanto de grande relevância, não é todo absoluto, pois sofre limitações, por exemplo, com a extensão a terceiros da cláusula compromissória. Por mais valioso que seja para a submissão do conflito à arbitragem, não encerra, penso, magnitude jurídica a suplantar as máximas das sociedades anônimas³⁸.

³⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 190. Essa é uma afirmação realmente impactante e, em minha opinião, bastante grave. Primeiro, porque busca justificar a regra com base numa exceção (extensão a terceiros da cláusula compromissória, que é um problema complexo e ainda polêmico). E segundo, porque parece indicar que o livre consentimento que funda a arbitragem pode ser flexibilizado a partir de “ponderações” que não ficam claras na passagem. É de se estranhar que o autor faça tal afirmação quando, momentos antes em seu livro, enfatiza o papel essencial da liberdade para a arbitragem: “quando registro o papel fundamental da arbitragem na efetivação da justiça, quero afirmar e ressaltar o atributo maior do instituto que é, exatamente, a liberdade. O poder da pessoa de se autodeterminar, nomeadamente no que toca ao acesso à justiça, foi o que propiciou aos interessados, sem qualquer intervenção estatal, a solução eficaz de seus conflitos”. (MARTINS, op. cit., p.34).

No mesmo sentido, argumenta Carlos Augusto da Silveira Lobo³⁹, que “o entendimento de que a Cláusula Compromissória Estatutária só tem eficácia para obrigar a sociedade e os acionistas que anuíram à sua inclusão (...) implica desenvolvimentos lógicos aberrantes no sistema do anonimato”.

Contudo, se é certo que a vinculação do acionista dissidente à cláusula compromissória estatutária é, antes de qualquer coisa, um problema de consenso – e, logo, de liberdade – é igualmente certo que se trata de um problema de direito constitucional e direito arbitral, e não propriamente de direito societário. Refere-se, pois, aos próprios parâmetros constitucionais de legitimidade da arbitragem. Por isso, concorda-se com Francisco José Cahali quando afirma que

estamos inclinados a entender que a questão deva ser analisada não sob o prisma do Direito Societário, mas na perspectiva do direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF) e tendo os princípios da arbitragem (Lei 9.307/96) como filtros para a adequada exegese do sistema⁴⁰.

Igual conclusão é a de Cândido Dinamarco, sempre firme em sua premissa metodológica de analisar a arbitragem à luz da totalidade do sistema jurídico:

*A fundamental premissa sistemática a ser adotada quanto a esse tema é a de que as questões a seu propósito levantadas não são questões específicas de direito societário, mas de direito arbitral, embora sua solução em relação às companhias seja alimentada por elementos colhidos no direito societário.*⁴¹

E, finalmente, vale sempre recordar a já clássica frase de Eros Grau: “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”.⁴² Ao que complementa que “a interpretação de qualquer texto de direito [inclusive direito societário] impõe sempre

³⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 22, pp. 11-32, jul/set 2009. P. 12.

⁴⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 424.

⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 85.

⁴² GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 86

ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição”.⁴³

Assentados esses parâmetros de análise, retomemos a pergunta central do capítulo: poderia o consensualismo que embasa o instituto da arbitragem, um preceito constitucional, ser derogado por uma fórmula derivada de lei infraconstitucional, tal qual o “princípio”⁴⁴ majoritário regente das sociedades anônimas? Certamente a resposta deve ser negativa. E aqui sequer é necessário recorrer a elaborações filosóficas, tais como a de John Rawls, para quem a liberdade possui uma prioridade “léxica” e, portanto, uma liberdade individual só pode ser restringida em nome de outra liberdade individual⁴⁵. No Brasil, a questão é de simples hierarquia entre normas jurídicas: uma norma constitucional não pode ter sua aplicação afastada por um preceito infraconstitucional (legal).

Com isso, tem-se que as discussões acerca do princípio majoritário, embora relevantes para determinar o regime jurídico específico da cláusula compromissória estatutária, só podem ter lugar depois de devidamente resolvido o problema da liberdade enquanto fundamento da arbitragem – jamais o contrário. E isso, repita-se, por conta da supremacia da Constituição, e não por mera opinião filosófica.

Com efeito, o problema da liberdade é parcamente tratado pela corrente dominante sobre a arbitragem societária. No geral, ele é tido como secundário e enfrentado apenas *en passant*. Não obstante, identifica-se na literatura dois argumentos principais que pretendem justificar porque a aplicação do princípio

⁴³ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ª Ed. São Paulo: Melheiros, 2016. P. 86.

⁴⁴ As aspas não possuem qualquer intenção de menosprezar o chamado “princípio majoritário”, tampouco desconsiderar sua importância para o funcionamento das sociedades anônimas. Contudo, é questionável a nomenclatura de “princípio”. É certo que tal termo, “princípio”, em Direito, é plurívoco. Ora é tratado como fundamento de validade das regras (critério material – Josef Esser e Karl Larenz), ora como espécie normativa, contraposta às regras (critério formal ou de estrutura lógica – Dworkin e Alexy). Seja como for, há que se reconhecer que a doutrina arbitralista e comercialista empreendeu poucos esforços no sentido de demonstrar a real natureza principiológica do “princípio majoritário”, servindo a nomenclatura mais para atribuir força ao preceito do que para descrevê-lo segundo algum critério teórico. Sem a pretensão de ingressar em discussões de teoria do direito, me parece que a premissa majoritária, ao invés de princípio jurídico, em qualquer das acepções indicadas acima, consiste, antes, numa fórmula jurídica. É um enunciado que pretende condensar as diferentes regras jurídicas presentes no sistema societário que exigem o voto da maioria nas deliberações, de modo a facilitar a comunicação e a descrição desse mesmo conjunto de regras. Fica lançada aqui uma possível reflexão.

⁴⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. P. 310.

majoritário não viola o livre consentimento dos acionistas dissidentes. São eles, em síntese: (i) a arbitragem estatutária não viola a garantia de acesso ao Poder Judiciário insculpida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira, pois haveria nesse dispositivo comando dirigido apenas ao legislador; e (ii) o acionista dissidente manifestou implicitamente seu consentimento com a cláusula arbitral ao ingressar na companhia e aderir ao regime majoritário que a norteia.

O primeiro argumento se estrutura da seguinte forma. Apesar de a Constituição do Brasil assegurar a todos o acesso ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Sentença Estrangeira Contestada n.º 5.206), assentou que a arbitragem é de todo compatível com tal garantia constitucional⁴⁶. Além disso, a arbitragem – segue o argumento – não impede o exercício do direito de ação, tampouco afasta o direito a uma decisão jurisdicional de mérito, na medida em que na arbitragem também se exerce ação e também se decide com força jurisdicional⁴⁷. Por fim, o comando contido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição seria dirigido apenas ao legislador, e não aos particulares, no intuito de vedar que os poderes estatais afastem dos cidadãos os meios de defesa e suas respectivas garantias processuais, como foi feito em períodos ditatoriais da história brasileira.

Logo, segundo esse argumento, não haveria inconstitucionalidade alguma na imposição da via arbitral, aos acionistas dissidentes, por deliberação majoritária: primeiro, porque fica resguardado o direito de ação, o qual será exercido no processo arbitral; e segundo, porque, à luz do teor do inciso XXXV do artigo 5º, apenas “a lei não pode afastar a cognição do juízo estatal, mas o estatuto social pode!”⁴⁸

A primeira parte do argumento, segundo a qual o caráter jurisdicional da arbitragem não afasta o direito de ação, diz muito pouco e não resolve o problema. De plano, ela contraria a literalidade da garantia constitucional: a lei não excluirá do Poder Judiciário – da justiça estatal, portanto – lesão ou ameaça a direito. Bom ou

⁴⁶ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 96.

⁴⁷ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. P. 192.

⁴⁸ MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A Convenção Arbitral em Estatutos e Contratos Sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (org.) **Arbitragem Interna e Internacional** (questões de doutrina e da prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P 372.

mal, é esse o direito constitucional positivo no Brasil. E segundo, é evidente que na arbitragem se exerce o direito de ação, tal qual no processo estatal, bem como que suas decisões possuem caráter jurisdicional. “Ação” é um conceito lógico-jurídico que se aplica a qualquer processo, seja ele estatal (Poder Judiciário) ou arbitral⁴⁹. E o caráter jurisdicional da arbitragem decorre do fato de que as decisões arbitrais possuem aptidão para resolver conflitos com definitividade, formando coisa julgada.

Esses são apenas alguns atributos que decorrem da natureza processual da arbitragem⁵⁰; e sem dúvida compõe as razões pelas quais ela pode ser considerada um método atraente de resolver disputas. Mas não representam sua base de legitimidade, que é a noção de liberdade. Se tais características fossem suficientes para legitimar o processo arbitral, então estaria autorizada, em nosso ordenamento jurídico, todo tipo de arbitragem compulsória ou obrigatória – algo de que sequer se cogita. Ora, sempre seria possível argumentar que, em que pese a via arbitral não ter sido objeto de uma escolha livre por todas as partes envolvidas na disputa, o direito de ação delas poderá ainda ser exercido e a decisão final possuirá força jurisdicional, tal qual a sentença proferida pelo juiz do Estado – sem que, com isso, fosse violada qualquer garantia constitucional. Nada disso resolve o problema central da liberdade.

Já a segunda parte do raciocínio – de que a garantia do inciso XXXV do artigo 5º seria direcionada apenas ao legislador, e não a particulares – também não convence, ao menos não da maneira como é formulada. Pois se é certo que não é lícito ao Estado (legislador ou administrador) impedir o acesso ao Poder Judiciário, tampouco podem os jurisdicionados, como bem ressalta Modesto Carvalhosa, pretender impor uns aos outros obstáculos ao pleno exercício de tal garantia⁵¹. O que o STF deixou bastante claro, ao julgar constitucional a lei de arbitragem, foi que apenas um elemento pode legitimar a renúncia ao acesso à jurisdição pública: o

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. P. 54.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. Pp. 22-23.

⁵¹ CARVALHOSA, Modesto. **Seminário da International Bar Association – Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito**. 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf> > Acesso em 12/10/2016. P. 12.

consentimento, o consenso entre as partes⁵². Significa dizer: apenas quando todos os envolvidos manifestam livremente suas vontades, optando, de comum acordo, pelo processo arbitral, é que estará legitimada a arbitragem à luz da ordem constitucional⁵³. Portanto, essa linha de argumentação também deixa de enfrentar a questão da liberdade.

O segundo argumento antes indicado possui o mérito de, pelo menos, procurar abordar o problema da liberdade diretamente. Ele consiste na afirmação de que o consentimento necessário para legitimar o processo arbitral foi implicitamente conferido por todos os acionistas, inclusive aqueles dissidentes na deliberação que inseriu a cláusula compromissória no estatuto⁵⁴. Isso porque, ao ingressar na companhia, todos os acionistas têm plena consciência de que as decisões relevantes para a sociedade serão tomadas com base no princípio majoritário – inclusive a opção pela arbitragem no âmbito dos conflitos sociais.

O argumento é adequado em parte. Realmente, o acionista ingressa na sociedade sabendo que o princípio majoritário norteia a formação da vontade social, ou seja, a vontade do ente coletivo que é a sociedade. Por isso, deve sim estar ciente de que a vontade coletiva nem sempre coincidirá com sua vontade individual, no que diz respeito aos assuntos de interesse da companhia. De fato, “em virtude de artifícios do raciocínio jurídico, a manifestação da maioria dos acionistas (...) origina uma só vontade: a vontade social”⁵⁵. Contudo, como visto, a arbitragem legitima-se apenas diante de um consenso – ela necessita da convergência entre duas vontades livres. Logo, é verdade que o princípio majoritário vigora na formação da vontade da sociedade em resolver suas disputas por meio do processo arbitral. O resultado da deliberação majoritária é imputado à pessoa jurídica da sociedade, enquanto entidade autônoma. Mas a vontade da sociedade – ente coletivo – não suprime a necessária vontade do acionista individual que discordou expressamente

⁵² TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 903, pp. 9-25, jan/2011. P. 9.

⁵³ RANZOLIN, Ricardo. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora: 2011. P. 106.

⁵⁴ VIEIRA, Máira de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria: comentários à AP 0126050-67.2006.8.26.0000 do TJSP. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 33, pp. 377-385, abr./jun. 2012. P. 385.

⁵⁵ PRADO, Viviane Muller. Por que proteger os acionistas minoritários? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 411.

da arbitragem⁵⁶. Assim, também com base nesse argumento, o problema da liberdade permanece.

Antes de sermos acusados de assumir uma postura “derrotista”, “conservadora” talvez, quanto à arbitragem societária, deve-se observar a real natureza das discordâncias que apontamos. Elas não se colocam em relação aos objetivos almejados, mas sim em relação aos fundamentos jurídicos que devem ser utilizados para alcançá-los. Assim, não se trata de questionar que a arbitragem seja uma via bastante interessante e adequada para a resolução de disputas societárias, mormente diante da celeridade, especialidade e possível confidencialidade do processo arbitral. Não se duvida de sua idoneidade enquanto método institucionalizado de resolução de disputas, pautado nas garantias do devido processo legal⁵⁷. Também não se afirmou, em nenhum momento, que a arbitragem implique renúncia do direito material eventualmente existente em favor do acionista dissidente.

O que se tentou demonstrar foi que, por mais atraentes que sejam as razões em favor da arbitragem aplicada ao direito societário, isso não nos exime de buscar para essa prática fundamentos constitucionalmente adequados, coerentes com a integridade⁵⁸ do ordenamento jurídico. Não nos exime, enfim, de levar em consideração a noção de liberdade que legitima a arbitragem.

Com base no exposto, reputa-se adequada a solução acolhida pela ordem jurídica brasileira, inspirada na lei italiana⁵⁹, por meio da Lei n.º 13.129/15. Trata-se de lei que, dentre outras medidas, incluiu o art. 136-A na Lei das S.A., o qual dispõe que a inclusão de cláusula compromissória no estatuto por voto da maioria absoluta das ações com direito de voto obriga a todos os acionistas, facultando-se aos dissidentes a retirada da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações

⁵⁶ CARVALHOSA, Modesto. **Seminário da International Bar Association** – Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito. 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf>> Acesso em 12/10/2016. P. 16

⁵⁷ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 37.

⁵⁸ Para a formulação original da teoria do direito como integridade, e também a mais completa até hoje, vide o já clássico: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pp. 213- 331.

⁵⁹ MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

(recesso). Desse modo, garante-se que permaneçam na companhia apenas aqueles acionistas interessados na solução arbitral – evitando regimes díspares entre acionistas compromissados e não compromissados - , o que se harmoniza com o princípio majoritário tão caro às sociedades anônimas. Ao mesmo tempo, preserve-se a liberdade essencial à arbitragem, de modo que nenhum acionista ficará vinculado à via arbitral contra sua expressa manifestação de vontade.

A reforma da legislação previu, ainda, duas exceções ao exercício do direito de recesso, nos incisos I e II do § 2º do art. 136-A. São elas as seguintes:

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

I - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

As exceções são perfeitamente justificáveis em termos de liberdade. Isso porque, como se denota da leitura dos dispositivos, o direito de retirada apenas não poderá ser exercido em situações nas quais as ações da companhia possuam liquidez e dispersão, ou quando houver dispersão acionária de pelo menos 25% das ações⁶⁰. Desse modo, nas duas circunstâncias, o acionista dissidente é livre para, a qualquer tempo, alienar suas ações no mercado caso não deseje permanecer vinculado após a inserção da cláusula compromissória no estatuto social. Aqui também se compatibilizam o necessário respeito à liberdade do acionista dissidente e o interesse geral da companhia, que não precisa se descapitalizar por meio do pagamento de reembolso do valor das respectivas ações.

Sem embargo, algumas críticas interessantes já vêm sendo levantadas quanto à opção legislativa por criar uma nova hipótese de recesso. Segundo Diego Franzoni, a consagração do direito de recesso representaria uma inconsistência sistemática, além de não refletir o papel histórico que tal direito assumiu no direito societário brasileiro, qual seja, “a proteção da minoria em face do poder deliberativo

⁶⁰ WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 15.

da maioria⁶¹. Para ele, o recesso traria alguns problemas de ordem prática, como, por exemplo, permitir o comportamento oportunista de acionistas minoritários que desejam se retirar do investimento de forma fácil e rápida, ou ainda, a instauração de litígios judiciais sobre o pagamento dos haveres do sócio retirante, situação que a arbitragem societária busca justamente evitar.

Seja como for, é provável que os mecanismos de mercado, bem como os possíveis casos concretos que possam surgir, indicarão a conveniência em termos econômicos da resposta positivada com a reforma legislativa. E, a despeito da relevância de tais considerações, especialmente em contextos de mercado e livre iniciativa como o das sociedades anônimas, permanecemos firmes nas premissas teóricas antes indicadas. Razões de ordem pragmática não são suficientes para desconsiderar o fundamento de liberdade que legitima a arbitragem perante a ordem constitucional.

Resta, portanto, esperar que as companhias e as bolsas de valores estabeleçam os incentivos adequados para que os acionistas minoritários, fazendo um uso economicamente eficiente de sua liberdade⁶², permaneçam nas sociedades que optem por aderir às cláusulas compromissórias estatutárias inseridas por deliberação majoritária. Diante da reforma legislativa, será esse, aparentemente, o próximo desafio para o sucesso da arbitragem societária.

Devemos aqui, como sempre, depositar nossa confiança na liberdade.

Antes de partirmos para o próximo tópico, é importante fazer um esclarecimento sobre algo que, talvez, o leitor atento já tenha percebido. Discutimos, até aqui, o significado da liberdade individual dos acionistas no âmbito do ente coletivo do qual participam, as sociedades anônimas. Vimos que o princípio de liberdade veda que alguém seja vinculado a uma arbitragem sem que para isso tenha prestado seu livre consentimento – é o que se extrai da interpretação da

⁶¹ FRANZONI, Diego. **Arbitragem Societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Pp. 152-154.

⁶² Os autores Cass Sustein e Richard Thales demonstram, em excelente texto cuja leitura se recomenda veementemente, a possibilidade de usos social e/ou economicamente eficientes da liberdade individual, a partir do estabelecimento de normas de incentivo. A partir de tais premissas, é possível vislumbrar que as instituições, tanto públicas quanto privadas, definam objetivos atraentes do ponto de vista coletivo sem que, para alcançá-los, necessitem suprimir a liberdade dos indivíduos. Os autores denominam essa perspectiva filosófica, um tanto jocosamente, de “paternalismo-libertário”. Mais sobre a ideia de paternalismo-libertário e suas possíveis aplicações, ver: SUSTEIN, Cass S.; THALES, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015.

garantia do art. 5º, inciso XXXV da Constituição. Tratamos, portanto, de uma dimensão bastante específica da liberdade: a chamada *liberdade negativa*; liberdade como ausência de coerção externa, seja por parte do Estado, seja por parte de outros particulares. É a dimensão da liberdade que impera no pensamento de muitos autores, geralmente denominados de “libertários”, como, por exemplo, Friedrich Hayek⁶³ e Robert Nozick⁶⁴. Trata-se, ainda, uma liberdade eminentemente formal⁶⁵: refere-se a uma garantia jurídico-constitucional assegurada a todos abstratamente, independente de suas circunstâncias pessoais, sociais ou econômicas específicas.

Todo o debate em torno da cláusula compromissória estatutária pode ser resolvido apenas com base nessa dimensão mais básica, intuitiva até, da liberdade. Mesmo porque, em princípio, a noção de liberdade negativa casa muito bem com a concepção corrente que se têm acerca do fenômeno arbitral: a resolução de conflitos fora da esfera de atuação do Estado⁶⁶. A arbitragem representa, nesse sentido, a garantia de um espaço de não-interferência estatal dentro do qual os particulares são livres para escolher a forma como pretendem por termo aos seus conflitos. Afinal, “a liberdade negativa se situa, assim, no reverso do Estado: trata-se da possibilidade de fazer escolhas que será tão mais ampla quanto menor for a coerção estatal”⁶⁷.

Mas seria a dimensão negativa e formal da liberdade a única a ser considerada quando se trata de arbitragem? Começaremos a esboçar uma resposta a partir das reflexões do próximo capítulo, ao abordar o tema da arbitragem nas relações de consumo.

⁶³ Nas palavras do autor, liberdade é “aquela condição do ser humano na qual a coerção que alguns exercem sobre os outros se encontra reduzida, tanto quanto possível, no âmbito da sociedade”. (HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983. Pp. 3-7).

⁶⁴ NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994. P.10.

⁶⁵ RANZOLIN, Ricardo. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora: 2011. P. 98.

⁶⁶ Veja-se, por todos: “Em tempos modernos essa ideia da exclusividade estatal vai sendo desgastada pela crescente consciência da legitimidade político-social da arbitragem como meio de solução de conflitos atuando pelas forças da própria sociedade, independentemente da interferência do Estado. Esse é um quadro no qual, em certa medida, ‘sobressai a atuação da Nação sobre a do Estado’”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 33).

⁶⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. P. 31.

3 ARBITRAGEM E RELAÇÕES DE CONSUMO: PARA ALÉM DA LIBERDADE NEGATIVA E FORMAL

Os debates no Brasil acerca da arbitragem aplicada aos conflitos de consumo estão intimamente atrelados a discussões sobre liberdade, embora nem sempre isso fique explícito. Muito se escreveu sobre a aparente antinomia entre o art. 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, que taxa de abusiva – e, portanto, nula - a cláusula que determina “a utilização compulsória de arbitragem” e o art. 3º, § 2º da Lei de Arbitragem, que disciplina a cláusula compromissória inserida em contratos de adesão⁶⁸.

Diante do teor aparentemente oposto dos dois dispositivos – um proibindo, outro autorizando a arbitragem em contratos de consumo -, há dúvida acerca da possibilidade da arbitragem versar sobre litígios consumeristas à luz da ordem jurídica brasileira. Porém, seguindo a premissa central deste trabalho, tal problema técnico-jurídico reflete uma preocupação mais profunda acerca da arbitragem nas relações de consumo, uma preocupação intimamente atrelada a conflitos entre distintas dimensões da ideia de liberdade.

Essa impressão inicial é reforçada pelas razões do veto da Presidência da República aos dispositivos da reforma da Lei de Arbitragem que pretenderam tratar das relações de consumo. Analisaremos as razões do veto com mais detalhes ao final do capítulo.

Por ora, basta redimensionar a discussão sobre a arbitragem de consumo, nos seguintes termos. De uma perspectiva estritamente dogmática, é possível visualizá-la sob outra, eminentemente jurídico-filosófica: diante da disparidade de forças entre consumidor e fornecedor, questiona-se até que ponto uma convenção de arbitragem entre essas partes seria uma escolha verdadeiramente livre. Há sérios receios quanto ao fato de que a arbitragem nos conflitos consumeristas poderia se desvirtuar em simples imposição unilateral do fornecedor em detrimento dos direitos do consumidor, tido como a parte vulnerável da relação jurídica nos aspectos social, cultural e econômico⁶⁹.

⁶⁸ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e Direito do Consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, v. 0, n. 00, pp. 185-193, 2003, p. 187.

⁶⁹ GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 81.

A preocupação não é de todo infundada. Um exemplo concreto e bastante atual, extraído da experiência estrangeira, pode ilustrar os receios de que estamos cogitando e servir como bom ponto de partida para as reflexões deste capítulo.

3.1 A ARBITRAGEM DE CONSUMO SOB ATAQUE - A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

Nos Estados Unidos, país já com larga tradição no uso da arbitragem, tornou-se prática comum nos últimos anos que empresas insiram cláusulas arbitrais nos contratos que celebram com seus consumidores. Nessas cláusulas frequentemente consta também a expressa renúncia do consumidor a eventuais direitos que ele poderia vir a ter por conta de uma ação de classe (*class action*)⁷⁰. São as famosas “letras miúdas” do contrato, disposições raramente conhecidas pelo consumidor no momento da assinatura do instrumento. Bancos, operadoras de cartão de crédito, empresas de televisão a cabo, serviços telefônicos, companhias de transporte... Em todos esses setores têm sido incorporadas as famigeradas cláusulas arbitrais com renúncia expressa às ações de classe. E, no mais das vezes, o consumidor sequer conhece o teor dessas disposições contratuais.

A técnica vem sendo endossada pelos tribunais norte-americanos. Com isso, as empresas, principalmente grandes corporações, têm obtido sucesso em barrar ações coletivas de consumo e, por consequência, impedir a efetivação de direitos dos consumidores. De fato, as ações coletivas naquele país haviam se consolidado como um poderoso instrumento de defesa dos interesses dos consumidores em face das práticas comerciais abusivas perpetradas pelos fornecedores. Por meio delas, demandas milionárias podiam ser levadas aos tribunais em face das grandes empresas, algo que seria inviável na prática se cada consumidor tivesse que pleitear seus direitos individualmente.

Afinal, lides de consumo, via de regra, giram em torno de pequenas quantias. E dificilmente alguém se daria ao trabalho de iniciar um caro processo, seja judicial ou arbitral, para obter uma indenização de algumas dezenas de dólares (ou reais). Sem a possibilidade de ações de classe, muitos ilícitos nas relações de consumo

⁷⁰ BURCH, Thomas. Necessity never made a good bargain: when consumer arbitration agreements prohibit a class relief. **Fla. St. U. L. Rev.** v. 31. 2003-2004. P. 1005-1040.

deixam de ser reprimidos diante da ausência de iniciativa dos consumidores individuais, o que para alguns significa “dar carta-branca às corporações para fazerem o que quiserem”⁷¹.

Mais do que isso, há estudos que indicam que, nos casos em que o consumidor decide ingressar numa arbitragem individual, os resultados tendem a ser qualitativamente piores do poderiam ter sido num processo judicial⁷². Não apenas a taxa de sucesso seria menor perante a arbitragem, mas também os valores das indenizações concedidas pelos tribunais arbitrais costumam ser mais baixos do que aqueles conferidos por cortes estatais. Ainda, há notícias de cláusulas limitativas de provas, de inversão do ônus probatório e de sucumbência, todas em detrimento do consumidor. Outra preocupação, igualmente grave, é a de que os árbitros, por terem interesse econômico em continuar prestando seus serviços aos fornecedores, teriam todas as razões para decidirem as causas de modo mais favorável às empresas⁷³. A desconfiança quanto à idoneidade dessas arbitragens cresce.

Todo esse quadro foi agravado em 2013, com o chocante julgamento proferido pela Suprema Corte americana no caso *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*. Seguindo a linha de sua jurisprudência favorável à arbitragem desde a década de 1980, a Corte reconheceu de maneira definitiva a legitimidade das cláusulas arbitrais insertas nos contratos de consumo, bem como a cláusula de renúncia às ações coletivas que as acompanham. E mais: decidiu que, nos termos do Federal Arbitration Act - legislação de 1925 que rege a arbitragem naquele país – os tribunais não podem invalidar renúncias contratuais às ações de classe sob a alegação de que os custos de ingressar numa arbitragem individual superariam o valor da demanda intentada pelo consumidor⁷⁴. Na ocasião do julgamento o *justice*

⁷¹ MELO, João Ozório de. **Empresas forçam arbitragem para acabar com ações de classe nos EUA**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-02/empresas-forcam-arbitragem-acabar-acoes-coletivas-eua>>. Acesso em 28/09/2016.

⁷² STONE, Katherine V.W.; COLVIN, Alexander J. S. **The arbitration epidemic: Mandatory arbitration deprives workers and consumers of their rights**. Disponível em <<http://www.epi.org/publication/the-arbitration-epidemic/>> Acesso em 29/09/2016.

⁷³ VALENTI, Joe. **The case against mandatory consumer arbitration clauses**. Disponível em: <<https://www.americanprogress.org/issues/economy/reports/2016/08/02/142095/the-case-against-mandatory-consumer-arbitration-clauses/>> Acesso em 28/09/2016.

⁷⁴ STONE, Katherine V.W.; COLVIN, Alexander J. S. **The arbitration epidemic: Mandatory arbitration deprives workers and consumers of their rights**. Disponível em <<http://www.epi.org/publication/the-arbitration-epidemic/>> Acesso em 29/09/2016.

Antonin Scalia, numa frase poderosa, asseverou que “o fato de que as despesas envolvidas em obter uma reparação não compensam não constitui a eliminação do direito de buscar tal reparação.”⁷⁵

Não à toa que várias iniciativas de limitar a arbitragem de consumo surgiram nos Estados Unidos – e até mesmo de proibir a prática por completo⁷⁶. Uma das principais delas, por exemplo, é o Arbitration Fairness Act de 2015, atualmente em trâmite no Congresso americano. Numa tentativa de derrubar a jurisprudência da Suprema Corte, a qual tem se mostrado complacente com a arbitragem ainda que em detrimento das normas protetivas de certos grupos mais frágeis (como os consumidores), a proposta de alteração legislativa busca uma solução firme ao problema: determinar que nenhuma cláusula arbitral será válida ou executável quando se tratar de arbitragem envolvendo questões consumeristas, trabalhistas, antitruste ou de direitos civis⁷⁷.

A arbitragem de consumo não tem sido vista com bons olhos nos Estados Unidos. Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a grande maioria dos trabalhos escritos nos últimos anos tende a exaltar as vantagens da via arbitral e buscam incentivar sua utilização, lá esse método de solução de conflitos tem sua legitimidade questionada quando aplicado para além do universo das relações entre comerciantes/empresários. Infelizmente, conforme demonstram os fatos narrados acima, a engenharia jurídica levada a cabo por muitas empresas transformou a arbitragem, de um método célere e eficaz para a efetivação dos direitos, em uma técnica de inviabilizar o acesso à justiça e, por consequência, prejudicou a defesa dos interesses dos consumidores.

⁷⁵ Tradução livre do original em inglês: “The fact that it is not worth the expense involved in proving a statutory remedy does not constitute the elimination of the right to pursue that remedy”.(STONE, Katherine V.W.; COLVIN, Alexander J. S. **The arbitration epidemic**: Mandatory arbitration deprives workers and consumers of their rights. Disponível em <<http://www.epi.org/publication/the-arbitration-epidemic/>> Acesso em 29/09/2016).

⁷⁶ VALENTI, Joe. **The case against mandatory consumer arbitration clauses**. Disponível em: <<https://www.americanprogress.org/issues/economy/reports/2016/08/02/142095/the-case-against-mandatory-consumer-arbitration-clauses/>> Acesso em 28/09/2016.

⁷⁷ Informação disponível em <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/1133>>. No original em inglês: Declares that no predispute arbitration agreement shall be valid or enforceable if it requires arbitration of an employment, consumer, antitrust, or civil rights dispute.

3.2 CONTRATOS DE CONSUMO E O DECLÍNIO DA IDEIA DE LIBERDADE CONTRATUAL

É claro que tal estado de coisas é um problema. E também fica claro o porquê. Trata-se de um exemplo das distorções que ocorrem ao se conceber a liberdade apenas em termos negativos e formais, enquanto simples ausência de coerção – afinal, nenhuma força externa coagiu os consumidores a contratar e, logo, eles eram supostamente “livres” para assinar um contrato contendo uma cláusula arbitral que implica a renúncia às ações coletivas. Formalmente é-lhes assegurada a opção por efetivar ou não a contratação. Ao que tudo indica, a disparidade de forças entre fornecedores e consumidores, a desigualdade concreta entre esses agentes, não representa uma razão suficiente à Suprema Corte americana para negar validade a um pacto arbitral que é tido como lícito pela lei, formal e abstratamente. A primazia exagerada da liberdade negativa e formal conduz ao descaso com as consequências que as condutas apenas formalmente livres podem produzir na realidade efetiva, marcada pela desigualdade entre as pessoas⁷⁸.

Tudo isso conduz a uma necessária reflexão sobre o real significado da liberdade no cenário das relações de consumo contemporâneas, especialmente nos contratos consumeristas. Apenas depois de resolvida tal questão é que será possível verificar se pode haver algum espaço para a arbitragem – instituto cuja essência está na noção de liberdade – nesses tipos de relações.

Com efeito, há uma tensão imanente aos contratos de consumo – que em sua vasta maioria apresentam a roupagem de contratos de adesão, contratos de massa – e a ideia de liberdade que embasa a teoria contratual clássica. Por contrato de adesão entende-se, segundo a definição de Cláudia Lima Marques:

Aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem

⁷⁸ Veja-se, a respeito, a crítica feita por Pianovski Ruzyk à primazia da dimensão negativa da liberdade: “A liberdade vista apenas em termos negativos, sobretudo se pensada em suas repercussões no Direito, pode significar uma limitação da relevância jurídica das escolhas ao momento de sua realização, sendo indiferentes, porém, suas consequências. Em outras palavras, tratar-se-ia de reconhecer que as pessoas são livres para querer e agir, mas esse querer e esse agir não importam necessária proteção jurídica em suas consequências”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. P. 30).

que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito⁷⁹.

Trata-se, pois, de uma técnica de contratação na qual o conteúdo contratual é todo ele elaborado previamente pelo fornecedor e, após, o instrumento padrão é disponibilizado indistintamente ao conjunto de consumidores em potencial. A manifestação de vontade do consumidor limita-se a aderir ou não aos termos contratuais; se discorda de alguma das cláusulas, resta-lhe apenas não contratar, devendo buscar outro fornecedor no mercado se deseja obter aquele mesmo produto ou serviço (*take-it-or-leave-it basis*).

A ampliação do uso dos contratos de adesão é consequência do atual estágio da sociedade de consumo, que cria relações massificadas e impessoais⁸⁰. O advento da industrialização e a comercialização de produtos e serviços em larga escala exigem técnicas de contratar cada vez mais velozes, imediatas, como forma de garantir a própria eficiência econômica dessas transações⁸¹. Seria inviável, no contexto das economias contemporâneas, que os fornecedores negociassem individualmente com cada consumidor as cláusulas de seus contratos, sob pena de impossibilitar o escoamento da produção.

A busca pela eficiência, aliada à posição de superioridade econômica das empresas no mercado, faz com que elas optem por standardizar o conteúdo dos contratos, oferecendo-os de maneira uniforme a um conjunto indistinto de possíveis consumidores. A técnica dos contratos de adesão representa, pois, o instrumento jurídico que permite as trocas em velocidade compatível com o atual estágio de desenvolvimento econômico. Novamente são elucidativas as observações de Cláudia Lima Marques:

Logo, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a empresa predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores, isto é, pré-redige

⁷⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 58.

⁸⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 52.

⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 93.

um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda esta série de futuras relações contratuais.⁸²

Diante dessas circunstâncias, vivencia-se o que muitos autores proclamam como sendo a *crise da ideia de liberdade contratual*, em suas diferentes dimensões.

Para demonstrar de que maneira isso ocorre, cumpre recordar os fundamentos de liberdade que embasam a tradicional teoria do contrato. Segundo a concepção clássica, construção do contexto do Estado Liberal, o contrato é visto como um instrumento de autonomia, autonomia essa a ser exercida por indivíduos formalmente livres e iguais. O indivíduo, dentro do paradigma contratual clássico, é concebido como livre para autodisciplinar seus próprios interesses, por meio da escolha entre contratar ou não, bem como pela definição do conteúdo específico das obrigações contratuais. Do exercício livre da autonomia da vontade é que decorre o princípio da força obrigatória dos pactos. Nas palavras de Ferraz Junior,

O contrato, enquanto um fenômeno da Era Moderna, institucionalizara a liberdade como não-impedimento e como autonomia, garantindo a mobilidade nas relações de troca e, numa sociedade já complexa, a segurança contra riscos inerentes à contingência do livre arbítrio.⁸³

Neste ponto é possível distinguir entre liberdade de contratar – liberdade para optar, sem a ingerência de terceiros, por celebrar ou não um contrato, e com quem – e a liberdade contratual – tida enquanto possibilidade de definição pelo sujeito do conteúdo interno das avenças⁸⁴, ou seja, de autorregulamentação dos interesses das partes contratantes. Como se vê, a primeira, a liberdade de contratar, vincula-se à dimensão negativa da liberdade, no sentido atribuído na consagrada formulação de Isaiah Berlin: uma esfera de não-coerção, isenta de interferências, dentro da qual o indivíduo pode agir segundo suas próprias escolhas⁸⁵. A liberdade contratual, por

⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 53.

⁸³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Liberdade. In: _____. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 137.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 92.

⁸⁵ "I am normally said to be free to the degree to which no man or body of men interferes with my activity. Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others". (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: _____. **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. P. 122).

sua vez, vincula-se à dimensão positiva da liberdade; liberdade como autodeterminação dos rumos da própria vida⁸⁶.

Assim, em que consiste a crise da ideia de liberdade contratual que mencionamos antes? Consiste, justamente, nas diversas restrições impostas pela realidade contemporânea à ideia de liberdade no contrato – no seu duplo sentido positivo e negativo. São interessantes, quanto a esse aspecto, as constatações feitas por Ferraz Junior, ao tratar do significado da liberdade para os contratos da atualidade. Segundo o autor, a sociedade de consumo, massificada, e a standardização dos contratos que nela se observa, reduzem significativamente o espaço de autonomia das pessoas para definirem o conteúdo das suas relações: as trocas são feitas por meio de instrumentos pré-definidos. Tem-se aí o esvaziamento da liberdade em sua dimensão positiva: “a possibilidade de escolha, que o contrato tradicionalmente institucionalizou, portanto, da livre discussão, diminui sensivelmente”⁸⁷.

Já a liberdade negativa, embora continue existente, representa pouco o que comemorar. É que, se é certo que ainda se afirma abstratamente uma esfera de não interferência garantida aos consumidores, essa liberdade é, no fundo, ilusória. O que ocorre na realidade, ainda segundo Ferraz Junior, é a mera uniformização dos indivíduos: as pessoas são todas submetidas às mesmas exigências sociais, às

⁸⁶ É bem verdade que, nos termos de sua formulação original, Berlin critica veementemente a liberdade positiva, atribuindo clara primazia à liberdade negativa, a qual seria a “verdadeira” liberdade. Segundo ele, a liberdade em sua acepção positiva abriria espaço para o autoritarismo, na medida em que suporia uma ideia de razão abstrata, que determine aquilo que as pessoas devem ou não fazer de suas vidas; algo assim tão transcendental ficaria suscetível, segundo o autor, a apropriações autoritárias por entidades abstratas, como um Estado ou uma classe. “Pluralism, with the measure of ‘negative’ liberty that it entails, seems to me a truer and more humane ideal than the goals of those who seek in the great disciplined, authoritarian structures the ideal of ‘positive’ self-mastery by classes, or peoples, or the whole mankind”. (BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: _____. **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969. P. 171). Não obstante, acolhe-se aqui integralmente a interpretação de Pianovski Ruzyk, segundo a qual a liberdade positiva permanece importante como forma da realização da dignidade enquanto autonomia da pessoa concreta, sem que haja aí uma vinculação necessária com ideais abstratos e unitários de uma “razão transcendental”. “A proteção da liberdade vivida como autodeterminação, como decisão da própria pessoa sobre os rumos do seu agir e do trajeto de sua história pessoal é corolário do reconhecimento da pessoa em sua dignidade, sem que, para tanto, seja necessário recorrer a abstrações que desloquem o lugar do ‘eu mesmo’ (*self*) para uma senda alheia à própria pessoa”. (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. P. 27).

⁸⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Liberdade. In: _____. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 139.

mesmas técnicas de publicidade de massa e, portanto, o papel da liberdade negativa reduz-se ao simples “acesso generalizado a escolhas que não estão ao alcance de todos”⁸⁸.

É nesse contexto que emerge, a partir do século XX, o intervencionismo do Estado nas relações contratuais. Geralmente essa intervenção ocorre (ou ao menos é o que se espera) em favor da parte hipossuficiente nas contratações, ou seja, em prol da proteção do consumidor frente a potenciais abusos dos fornecedores. Efetivamente, a concentração do poder econômico nas mãos das empresas apresenta o potencial de suprimir a vontade dos consumidores⁸⁹, através da imposição de contratações iníquas.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, passou-se a incluir entre os deveres do Poder Público o agir positivo no sentido de proteger a parte fraca na contratação. Isso é feito, especialmente, mediante a ingerência estatal no conteúdo dos contratos, por meio da força normativa da ordem jurídica, instituindo-se cláusulas padronizadas de observância obrigatória nas avenças, ou declarando nulas as cláusulas presumivelmente lesivas aos interesses do contratante vulnerável – é o advento do chamado “dirigismo contratual”⁹⁰.

Em termos de liberdade, novamente visualiza-se, aqui, uma possível perda de liberdade positiva, posto que não mais cabe às partes estabelecer os termos de suas obrigações, mas sim ao Estado. A vontade das partes - fonte de possíveis abusos do forte em relação ao fraco - é substituída pela vontade do Estado, pautada em critérios normativos reputados mais adequados à proteção do hipossuficiente. Esse fenômeno, assim como seus impactos para a noção de liberdade contratual, foi muito bem sintetizado por Eros Grau na seguinte passagem:

Logo que se verificou que, na composição de interesses que o contato instrumenta, quando uma das partes padroniza o contrato, é capaz de impor à outra condições e cláusulas que comprometem a própria essência da liberdade de contratar. Passou o Estado, então, não apenas a regular a

⁸⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Liberdade. In: _____. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 140.

⁸⁹ LAFER, Celso. **Ensaio sobre liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 2011. P. 126.

⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista da Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 13, n. 15-16, pp. 89-105, 1974. P. 94.

capacidade de padronização dos contratos pela parte hipossuficiente, mas também a substituir a adesão de uma das partes ao contrato pela adesão de ambas as partes a padrões dele, que fixou. Aí o surgimento de contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal, no que a relativização do princípio da liberdade de contratar, enquanto liberdade de configuração interna dos contratos⁹¹.

Diante desse cenário, Ferraz Junior assevera que o aumento extraordinário da atuação interventiva do Estado nos contratos, numa sociedade já massificada e uniformizada, traz como consequência a transformação das pessoas (consumidores) de sujeitos, livres para disciplinar suas próprias vidas, em objetos, simples receptores de uma regulação que lhes é externa. Nas palavras do autor:

(...) ainda que juridicamente continuemos a tratar as partes como sujeitos, na verdade, elas tornam-se objetos e, ao se tornarem objetos, são, de fato, tratadas como tais. (...) [A] presença do poder público se torna grandiloquente. Ao se tornar grandiloquente na verdade perverte-se o sentido do sujeito, que se torna objeto, que tem que ser então previamente predeterminado na manifestação da sua suposta vontade livre. Ela ainda está presente ali, em todos os pressupostos jurídicos, mas na verdade vem minada.⁹²

Seja como for, é certo que a presença do Estado no mercado de consumo está aí para ficar, sendo hoje parte relevante da política econômica não só do Brasil, mas de todos os países capitalistas. O mesmo se aplica para a intervenção estatal nos contratos, umas das principais técnicas pelas quais o Poder Público busca conter os efeitos negativos que as forças econômicas podem causar aos consumidores. No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei. n.º 8.078/90) representa o mais proeminente diploma legislativo de dirigismo contratual nas relações de consumo⁹³. Isso fica bastante evidente, por exemplo, com o rol de

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 94.

⁹² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Liberdade. In: _____. **Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 141. Em sentido semelhante, afirma Eros Grau: “A liberdade contratual, que se decompõe em liberdade de contratar ou de abster-se de contratar e em liberdade de configuração interna dos contratos, sofre limitações ponderabilíssimas, em ambos esses aspectos. Às normas jurídicas de cunho meramente dispositivo, do Estado Liberal – apenas excepcionadas por uma ou outra disposição de ordem pública – sucede modernamente um conjunto de outras, impositivas, a definirem ora formas e fórmulas contratuais necessárias, ora a obrigação de contratar ou de não contratar”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Pp. 92-93.

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 222.

cláusulas abusivas definidos no artigo 51 da lei – dentre as quais está a cláusula de “arbitragem compulsória”, dispositivo que será objeto de análise mais detida, logo adiante.

Numa síntese da exposição feita até aqui, pode-se afirmar que, segundo o pensamento dos autores analisados, a chamada crise da liberdade contratual se desdobra em dois momentos sucessivos: primeiro, ela decorre da própria massificação da produção, da uniformização dos contratos e da prevalência do poder econômico das empresas, que reduz a autonomia das pessoas contratantes; num segundo momento, ela é reforçada pela substituição da vontade das partes pela do Estado, que passa a definir conteúdos contratuais, no intuito de conter os potenciais abusos no mercado de consumo.

3.3 POSSIBILIDADES PARA A ARBITRAGEM DE CONSUMO A PARTIR DA DIMENSÃO DA LIBERDADE COMO EFETIVIDADE

Seria possível, então, compatibilizar a arbitragem com os conflitos de consumo? Poderiam as disputas decorrentes dessas relações, marcadas pela crise da ideia de liberdade, serem resolvidas por um método alternativo cujo princípio basilar é, justamente, a liberdade? Mais do que isso, como observa Antonio Junqueira de Azevedo, em artigo dedicado ao conflito entre as normas da Lei de Arbitragem e do Código de Defesa do Consumidor, haveria

(...) um conflito de ‘filosofia’ entre duas leis vigentes: a do Código de Defesa do Consumidor, que é lei protetiva, própria do Estado atuante (...) e a da Lei de Arbitragem, própria do Estado reduzido, cujo artigo 3º faculta às partes interessadas dispensar o Judiciário e submeter seus litígios a juízo arbitral (...). Uma lei proíbe o que a outra favorece⁹⁴.

Tal questionamento nos leva para além da dicotomia clássica entre liberdade positiva e negativa. Antes de responder a essas perguntas, é preciso trazer a tona uma categorização diferente das dimensões da liberdade, mais profunda e, talvez, mais decisiva. Estamos nos referindo à distinção entre liberdade formal e liberdade

⁹⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 91, pp. 265-275, 1996. P. 266.

substancial, ou, se preferir, entre liberdade como abstração e liberdade como efetividade⁹⁵.

Tratamos brevemente da dimensão formal da liberdade (e de suas limitações) ao fazer a crítica à arbitragem de consumo nos Estados Unidos; retomemos aquela ideia agora. Trata-se do perfil da liberdade que é assegurado formalmente pelo Direito, ou seja, da dimensão do agir livre passível de exercício por todos sem qualquer interferência estatal. Segundo Pianovski Ruzyk, não leva em consideração, a liberdade formal, “os limites ou condicionamentos concretos, nem tampouco, condições objetivas de exercício [da liberdade]”⁹⁶. No mesmo sentido, em interessante explicação a partir da teoria dos conjuntos, Ricardo Marcondes Martins afirma que a liberdade em termos formais compreende o conjunto das condutas tidas como facultativas pelo direito, vale dizer, aquelas que não são consideradas nem proibidas nem obrigatórias, dentro do conjunto maior de todas as condutas concretamente possíveis de serem praticadas pelo o indivíduo⁹⁷.

O contraponto da liberdade formal é o que se tem chamado de liberdade efetiva, ou substancial. A principal formulação desse perfil da liberdade foi empreendida por Amartya Sen, economista agraciado com o prêmio Nobel em 1998. Segundo essa abordagem, a noção de liberdade abrange o conjunto capacitatório para que as pessoas desfrutem das possibilidades concretas de realizar aquilo que valorizam⁹⁸. Refere-se, pois, às “oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais”⁹⁹. O conjunto capacitatório de uma pessoa, por sua vez, consiste nas alternativas reais que ela detém para fazer as coisas que

⁹⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. Pp. 56-78.

⁹⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. P. 56.

⁹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015. P. 134.

⁹⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. P. 33.

⁹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. P. 32.

tem razão para valorizar¹⁰⁰. Alguém será mais livre em termos substanciais quanto maior for seu conjunto capacitatório, ou seja, quanto mais possibilidades concretas tiver para realizar o que valoriza, depois de tudo ter sido considerado (renda, condições pessoais, posição social, grau de instrução, e assim por diante).

Fica evidente que a liberdade efetiva é mais ampla do que a simples liberdade formal. Na feliz síntese de Ricardo Marcondes Martins, “ela [a liberdade efetiva] leva em consideração não apenas a ausência de coerção ou impedimento de fazer algo, mas a possibilidade real de fazê-lo”.¹⁰¹ Significa dizer que, conforme observa Pianovski Ruzyk, “alguém pode ter formalmente assegurado um amplíssimo espaço de liberdade negativa [e formal], mas ter um gravíssimo déficit de liberdade se não tiver um considerável conjunto capacitatório”.¹⁰²

Feita esta breve exposição da liberdade como efetividade, é possível reavaliar a chamada crise da liberdade contratual, especialmente no que diz respeito à intervenção do Estado nos contratos.

Como visto, os autores que tratam do declínio da liberdade contratual tendem a focalizar apenas na dicotomia liberdade positiva/negativa e, por esse motivo, concluem que a ingerência do poder estatal nos pactos representa uma inevitável restrição da liberdade (ainda que essa restrição seja justificável com base em outros valores). Do ponto de vista descritivo (plano do ser) tal diagnóstico mostra-se bastante adequado. Contudo, o enfoque na liberdade efetiva ou substancial permite uma interpretação diferenciada do papel das restrições estatais à liberdade contratual, interpretação essa, ao nosso ver, mais construtiva e que pode ser muito útil para análise propositiva da arbitragem nas relações de consumo (plano do dever ser).

O argumento aqui é, em essência, o seguinte: quando o Estado restringe a liberdade dos contratantes, impondo certas cláusulas como obrigatórias ou declarado nulas cláusulas potencialmente arbitrárias, essa restrição recai sobre a dimensão formal da liberdade – diminui-se a esfera abstrata de liberdade dos

¹⁰⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. P. 105.

¹⁰¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015. P. 135.

¹⁰² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. P. 58.

sujeitos (criam-se proibições e obrigações jurídicas). Deve-se buscar, assim, a melhor justificativa para tais restrições à luz da liberdade como efetividade. Em outras palavras: a restrição, pelo Estado, de liberdades formais pode ser justificada quando visa a assegurar a liberdade substancial dos contratantes – liberdade para concretamente realizar finalidades valiosas -, especialmente da parte vulnerável ou hipossuficiente, como é o caso nas relações de consumo¹⁰³.

Essas considerações de ordem filosófica permitem, enfim, o enfrentamento adequado do tema central da arbitragem consumerista: a aparente proibição da arbitragem constante no artigo 51, inciso VI, do CDC. Haveria nesse dispositivo, realmente, uma vedação absoluta da via arbitral como método de resolução de conflitos de consumo? De que maneira o ideal de liberdade enunciado acima pode auxiliar nessa tarefa interpretativa?

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques sustenta que a proibição da cláusula compromissória nos contratos de consumo representaria a total impossibilidade da arbitragem nas lides de consumo. Argumenta, ainda, que “melhor seria a doutrina e a jurisprudência concluir pela inaplicabilidade da Lei 9.307/96 às relações de consumo em contratos de adesão”, pois a via arbitral seria um meio de “retirar a proteção estatal hoje concedida ao consumidor”.¹⁰⁴

Não tem sido esse, porém, o entendimento corrente na literatura sobre a questão. A maioria dos autores posiciona-se pela convivência harmônica entre as disposições do CDC e da Lei de Arbitragem¹⁰⁵, o que conduz à possibilidade do

¹⁰³ Eros Grau, ao tratar da defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional, destaca (art. 174, inc. V da Constituição), destaca a função promocional do Estado o sentido de efetivar os direitos dos consumidores, dentre os quais pode-se incluir a liberdade. Diz o autor: “a sua promoção a de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e de medidas dotadas de caráter interventivo”, de modo a justificar “a reivindicação pela realização de políticas públicas” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 250).

¹⁰⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 891.

¹⁰⁵ Confira-se, por todos: BARALDI, Eliana. Arbitragem nas relações de consumo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 20, pp. 253-268, jan./mar. 2009; COUTINHO, Renato Fernandes. Cláusulas arbitrais em contratos de adesão. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 08, n. 32, pp. 94-99, jan./abr. 2012; GARDENAL, Juliana Cristina. Arbitragem: aplicação às relações de consumo. **Revista USCS**, São Caetano do Sul, v. 11, n. 19, pp. 159-179, jul./dez. 2010; FERREIRA, Marcus Vinicius Vita. Da validade da convenção arbitral em contratos de adesão decorrentes de relação de consumo e a recente jurisprudência do STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 37, pp. 503-515, abr./jun. 2013; SCALETSKY, Fernanda. Arbitragem e “Parte Fraca”: a questão das relações de consumo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 11, n. 41, pp. 68-99, jan./abr. 2014; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Cláusula compromissória,

processo arbitral ser instaurado em certas circunstâncias. Sem a pretensão de analisar todos os textos escritos sobre o tema— o que seria maçante — vale expor alguns dos principais argumentos que embasam esse entendimento.

Segundo Nancy Andrighi, o CDC, ao reputar abusiva a cláusula contratual que estipula a “arbitragem compulsória”, não vedou por completo a via arbitral nas relações de consumo. Vedou apenas a estipulação de cláusula compromissória nos contratos de consumo, como forma de evitar abusos no momento da contratação. Mas nada impede que, depois de ocorrido um conflito, consumidor e fornecedor definam, de comum acordo, que a disputa seja resolvida por arbitragem¹⁰⁶. O processualista Cândido Dinamarco compactua com essa argumentação¹⁰⁷.

Na mesma linha, José Roberto de Castro Neves entende que a arbitragem numa lide de consumo é possível, tanto por meio de cláusula compromissória quanto de compromisso arbitral. Na hipótese de cláusula compromissória, sustenta que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com a Lei de Arbitragem oferece os instrumentos jurídicos para evitar abusos pelos fornecedores. Isso porque a cláusula arbitral só terá eficácia perante o consumidor se este tomar a iniciativa de instaurar a arbitragem ou concordar expressamente com sua instituição, seguindo a formalidade estabelecida no art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem (que trata da cláusula compromissória dos contratos de adesão)¹⁰⁸.

Finalmente, para Luis Fernando Guerrero, não se pode incorrer em abstrações que afirmariam que nenhum conflito de consumo seria arbitrável. Em que pese reconheça a necessidade de proteção do consumidor contra práticas abusivas de fornecedores, diante de sua natural vulnerabilidade no mercado, o autor sustenta que a matéria deve ser examinada caso a caso. Deve-se “analisar se o consumidor

contratos de adesão e relações de consumo no Brasil. Revista Brasileira de Arbitragem, Curitiba, v. 01, n. 04, pp. 07-31, set./dez. 2004.

¹⁰⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta, **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 09, pp. 13-21, abr./jun. 2006.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 84.

¹⁰⁸ NEVES, José Roberto de Castro. Arbitragem nas Relações de Consumo – uma nova esperança. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

teve liberdade de consciência e de ação e se desejou, efetivamente, realizar uma arbitragem”¹⁰⁹.

Diante dos posicionamentos expostos, tem-se que a interpretação mais adequada da vedação contida no art. 51, inc. VI, do CDC é, apenas, impedir a imposição unilateral, pelos fornecedores, de um processo arbitral por meio de cláusulas compromissórias inseridas nos contratos com os consumidores. Evita-se com isso que um consumidor se vincule a um processo arbitral sem que tenha conscientemente manifestado sua vontade, ou seja, sem que sua aderência tenha sido efetivamente livre.

Assim, fica absolutamente inviabilizada, no Brasil a estratégia que tem sido atualmente adotada pelas empresas norte-americanas, que descrevemos no início do capítulo. Nesse caso, por certo, os erros da experiência estrangeira podem servir para nos mostrar nossas próprias práticas jurídicas, quanto às relações de consumo, sob uma luz mais adequada. O regime jurídico brasileiro acerca das cláusulas contratuais abusivas é, nesse sentido, mais protetivo ao consumidor do que aquele em vigor nos Estados Unidos.

Trata-se, portanto, de uma limitação à liberdade formal dos contratantes – proibição de impor previamente ao consumidor a vinculação à arbitragem – mas que é plenamente justificável em termos de liberdade substancial. Reconhece, a legislação consumerista, que diante da disparidade de poder entre os sujeitos das relações de consumo são necessárias medidas promocionais do Estado para assegurar um grau mínimo de igualdade entre eles. Logo, busca-se a liberdade substancial (ou, ao menos, o mais substancial possível), e não apenas formal, nas relações de consumo. Conforme assevera Pianovski Ruzyk, tratando exatamente do tema ora sob análise:

O foro de eleição ou a cláusula compromissória podem restringir concretamente as possibilidades de defesa dos direitos do consumidor, que, assim, pode ver eliminada a liberdade efetiva entre optar pela busca da jurisdição ou manter-se inerte ante a violação de seu direito. Com efeito, a busca pela satisfação forçada de um direito nesse âmbito não pode ser vista como um dever da parte, mas uma opção formalmente assegurada que

¹⁰⁹ GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2ª Ed. São Paulo, Atlas: 2014. P. 100.

poderia ser aniquilada em termos materiais conforme a prevalência ou não do foro de eleição ou da cláusula arbitral.¹¹⁰

Com isso fica afastado, pensa-se, o principal temor daqueles contrários à arbitragem de consumo. Igualmente afastado fica o conflito entre as “filosofias” supostamente antagônicas entre a liberdade que pauta o processo arbitral e o regime jurídico protetivo instituído pelo CDC.

Sustentar a compatibilidade entre o CDC e a Lei de Arbitragem não implica uma aceitação generalizada da via arbitral neste espaço – reconhece-se, ao contrário, que certos limites são necessários para a salvaguarda da liberdade substancial do consumidor.

E é justamente a afirmação da dimensão da liberdade como efetividade que conduz à conclusão de que, caso sejam atendidas as condições concretas que assegurem um agir livre, não há razão para proibir genericamente a arbitragem de consumo. Ao se deparar com exercícios de liberdade efetiva, a postura do Estado deve ser a de tornar as condutas juridicamente facultativas, jamais proibidas¹¹¹.

Por isso, a noção de vulnerabilidade de consumidor não pode ser compreendida de forma indistinta, generalizante. Pois nada impede, por exemplo, que o próprio consumidor tome a iniciativa de instaurar um processo arbitral contra o fornecedor, por sua livre escolha, com base em cláusula compromissória que fora inserida em seu contrato, possibilidade essa que foi até reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹². Ao condicionar a eficácia da cláusula compromissória inserida nos contratos de consumo à iniciativa do próprio consumidor, cria-se um mecanismo que prestigia a escolha dele, do consumidor, pelo processo arbitral, presumindo-se que há aí uma manifestação de liberdade efetiva, uma vez que já não se verifica nessa situação a imposição arditosa da arbitragem pelo fornecedor.

No mesmo sentido, é plenamente possível que seja celebrado um compromisso arbitral entre consumidor e fornecedor, após surgido um litígio

¹¹⁰ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s):** repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011. P. 228.

¹¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade.** São Paulo: Contracorrente, 2015. P. 136.

¹¹² Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado: STJ - REsp: 1169841 RJ 2009/0239399-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 14/11/2012.

concreto entre eles. Novamente aí, por estar ausente a imposição unilateral da arbitragem – como poderia ocorrer numa cláusula compromissória inserida sorrateiramente no contrato – a escolha do consumidor presume-se livre em termos substanciais e deve, por isso, ser favorecida pelo ordenamento jurídico.

É a dimensão da liberdade como efetividade, enfim, a que pode servir de bom norte para a aplicação da arbitragem nas relações de consumo. Com base nessa compreensão, evitam-se tanto distorções advindas da liberdade apenas formal (como a experiência norte-americana demonstra), mas, ao menos tempo, abre-se espaço para o reconhecimento de diferentes formas de um agir livre que pode sustentar a escolha pela via arbitral.

Assentadas essas premissas filosóficas, é possível proceder a uma avaliação crítica da tentativa de reforma da Lei de Arbitragem em matéria consumerista. Com a reforma, pretendeu-se incluir um § 3º no art. 4º da lei 9.306/96, cuja redação seria esta: “§ 3º Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.”

Porém, conforme adiantado no início do capítulo, o dispositivo foi vetado pela Presidência da República, por manifestação do Ministério da Justiça. As razões do veto presidencial foram as seguintes:

Da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgimento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor¹¹³.

Seriam as razões do veto adequadas à luz do critério da liberdade? É de se reconhecer, insista-se, que os temores manifestados nas razões não são ilusórios. Conforme visto a partir da experiência americana, admitir irrestritamente a arbitragem nas relações de consumo pode, efetivamente, representar prejuízos à defesa dos consumidores. Ocorre que, nem de longe, a proposta de alteração da Lei de Arbitragem traria o risco de tornar aquelas práticas viáveis no Brasil. Isso porque,

¹¹³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm> Acesso em 02/11/2016.

também analisamos isso, o ordenamento jurídico brasileiro já limita a eficácia da cláusula compromissória nos contratos de consumo – restringe-se a liberdade formal do fornecedor para garantir a liberdade efetiva do consumidor.

E a mudança legislativa manteria tal vedação intacta, conforme observa José Rogério Cruz e Tucci¹¹⁴. O § 3º, com a redação proposta, manteria a restrição de eficácia da cláusula, condicionando o processo arbitral à manifestação de vontade exclusiva do consumidor, por meio da instauração da arbitragem ou aceitação em dela participar. Não se vislumbra, aí, nenhum risco de imposição unilateral da via arbitral. Preserva-se, ao contrário, a autonomia do consumidor.

Com efeito, é criticável o veto presidencial à inserção do § 3º ao art. 4 da Lei de Arbitragem. Foi claramente baseado em concepções equivocadas sobre o instituto da arbitragem, além de ter desconsiderado por completo as verdadeiras questões que se colocam na arbitragem consumerista. As razões expostas não condizem com o verdadeiro teor da proposta de alteração legislativa. Não há que se falar em retrocesso, tampouco em “ofensa ao princípio norteador da proteção do consumidor”. Infelizmente, optou-se pela via fácil da negação pura e simples da arbitragem ao desafio de pensar com seriedade no aprimoramento de seu regime jurídico, a fim de incentivar uma via alternativa para a resolução de conflitos de consumo.

Fica claro, diante do exposto, que a Presidência falhou em perceber as implicações que um ideal de liberdade como efetividade pode trazer à arbitragem nos conflitos de consumo.

Enfim, neste capítulo nos esforçamos em demonstrar de que maneira a chamada crise da liberdade contratual nas sociedades contemporâneas não inviabiliza a arbitragem em matéria consumerista. Procuramos esboçar as bases filosóficas nas quais a prática arbitral para dirimir conflitos de consumo pode assentar-se: a liberdade como efetividade.

Mas há que se reconhecer que, embora importante, esse é apenas um ponto de partida. A arbitragem de conflitos de consumo é ainda pouco comum no Brasil. Por isso, daqui surgem diversos desafios de ordem prática para viabilizar concretamente o acesso à via arbitral pelos consumidores, no exercício de sua

¹¹⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Vetos inusitados conspiram contra o futuro promissor da arbitragem**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/paradoxo-corte-vetos-inusitados-conspiram-futuro-promissor-arbitragem>> Acesso em 05/11/2016.

liberdade substancial, como, por exemplo, a atuação de consumidores mediante entidades associativas numa arbitragem¹¹⁵, ou ainda, a criação de câmaras arbitrais especializadas em conflitos de consumo, nos moldes do que ocorre na Espanha e em Portugal¹¹⁶. Todas essas são medidas que, ao facilitar o acesso do consumidor à arbitragem, representam uma ampliação de seu conjunto capacitatório para escolher, dentre diferentes alternativas, qual aquela que reputa mais adequada para dirimir seus conflitos.

Vale lembrar que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (art. 4º, inc. V do CDC), dentre os quais é possível vislumbrar a arbitragem¹¹⁷. Para tanto, a criatividade será fundamental.

No capítulo seguinte, veremos se e em que medida a dimensão da liberdade enquanto efetividade pode auxiliar na aplicação da arbitragem a outro tipo de relações, talvez ainda mais controvertido: as relações de emprego.

¹¹⁵ PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. **Arbitragem coletiva no Brasil**: a atuação de entidades representativas (art. 5º, XXI, da Constituição Federal). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-03.pdf>> Acesso em 07/11/2015. P. 105. Ainda, em excelente trabalho dedicado exclusivamente ao tema da possibilidade de arbitragens coletivas à luz da ordem jurídica brasileira, ver MARIANI, Rômulo. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

¹¹⁶ ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 11, pp. 7-58, out./dez. 2006.

¹¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 52.

4 ARBITRAGEM NAS LIDES TRABALHISTAS: UMA QUESTÃO DE LIBERDADE (OU: NÃO FALEM MAIS EM INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS)

Nas lides individuais de trabalho o problema que se apresenta é semelhante ao das relações de consumo. Há dúvida sobre até que ponto seria legítima a opção pela via arbitral diante da disparidade de forças entre empregador e seus empregados. A submissão do empregado ao empregador ao longo da vigência do contrato de trabalho torna suspeita a escolha pela arbitragem enquanto manifestação de um consenso livre entre os litigantes.

O problema é que, novamente, nem sempre essas preocupações ficam explícitas nos debates. A tendência costuma ser focalizar excessivamente num problema sobre arbitrabilidade objetiva – que na verdade é um falso problema, como mostraremos em seguida - ao invés de refletir sobre aquilo que realmente importa: a liberdade. Por isso é comum, no estudo da arbitragem trabalhista, que se incorra em confusões, o que impede o desenvolvimento produtivo do tema.

Dada a semelhança, ao menos da perspectiva da liberdade, entre a arbitragem de consumo e a arbitragem trabalhista, muitas das reflexões do capítulo anterior serão aproveitadas agora, sob novo enfoque. Igualmente, as propostas de soluções, como se verá, são semelhantes, de modo que esses dois ramos do direito podem estabelecer um interessante diálogo quando o assunto é a resolução de disputas pela via arbitral.

4.1 A INADEQUAÇÃO DOS ARGUMENTOS SOBRE INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

Um dos principais argumentos utilizados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para sustentar a incompatibilidade da arbitragem com as lides trabalhistas gira em torno do conceito jurídico-positivo de arbitrabilidade objetiva. A lógica do raciocínio é bastante singela e direta. A Lei de Arbitragem estabelece, em seu artigo 1º, que podem ser resolvidos por arbitragem apenas os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O requisito da “disponibilidade”, por sua vez, costuma ser identificado nesta argumentação como sendo a possibilidade de renúncia ou transação do direito material em jogo pelo seu titular. Assim, segue o argumento, considerando que no Direito do Trabalho vigoram os princípios da

indisponibilidade e da *irrenunciabilidade* dos direitos trabalhistas (artigos 9º, 444 e 468 da Consolidação das Leis do Trabalho¹¹⁸), a conclusão aparentemente inarredável a que se chega é a da impossibilidade da arbitragem para dirimir as disputas decorrentes das relações de emprego.

Veja-se, por exemplo, a posição do Tribunal Superior do Trabalho, majoritariamente contrária à arbitragem em dissídios individuais de emprego. Sustenta o Tribunal, em reiteradas decisões, que “há incompatibilidade insanável da arbitragem com os princípios norteadores do Direito do Trabalho, especialmente os da irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos trabalhistas”¹¹⁹. Aliás, há notícias de que o TST, a pedido do Ministério Público do Trabalho em ações civis públicas, tem dirigido ordens a câmaras arbitrais proibindo-as de instaurar procedimentos relativos a disputas trabalhistas. É o que aconteceu, por exemplo, com a Câmara de Mediação de Arbitragem de Minas Gerais¹²⁰, com o Conselho Arbitral do Sudoeste da Bahia e a Justiça Arbitral de Vitória da Conquista e Região¹²¹. Observa-se, ainda, que as ordens impunham às câmaras a abstenção de conduzir processos arbitrais mesmo quando encerrado o vínculo de emprego entre os litigantes.

Na seara doutrinária, é representativa de tal posicionamento a seguinte passagem de Benedito Aparecido Tuponi Junior:

Sendo a Constituição o topo de todo o sistema jurídico, impende concluir que o movimento favorável à opção da arbitragem como método alternativo de solução é com ela incompatível e consequentemente com todo o ordenamento jurídico, por ferir o valor social do trabalho (art. 1º, IV/CF), ao depor contrariamente à vigência da indisponibilidade dos direitos

¹¹⁸ Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

¹¹⁹ Confira-se, por todos, o seguinte precedente: TST, Recurso de Revista n.º 1599/2005-022-02-00, Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, Publicado no DJe em 16/09/2009.

¹²⁰ Notícia disponível em: < http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-camara-de-mediacao-e-arbitragem-de-mg-nao-atue-em-conflitos-trabalhistas > Acesso em 13/10/2016.

¹²¹ Notícia disponível em: <<https://goo.gl/eXayNg>> Acesso em 13/10/2016.

trabalhistas, incidindo assim na mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade¹²².

Verifica-se, portanto, que o primeiro grande óbice à aplicação da arbitragem nos conflitos trabalhistas reside na questão da disponibilidade de direitos. Para superá-lo, é preciso aclarar o real significado do conceito de disponibilidade contido no artigo 1º da LArb como requisito de arbitrabilidade dos litígios.

Muito frequentemente confunde-se a “disponibilidade” referida na Lei de Arbitragem com os conceitos de transação, renúncia ou disposição advindos do direito material. E isso se constata não apenas nos debates em torno da arbitragem trabalhista, mas é também uma noção recorrente na própria literatura mais tradicional da arbitragem. Veja-se, por exemplo, a definição trazida por Carlos Alberto Carmona:

Diz-se que um direito é indisponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (...) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.¹²³

Porém, não se pode confundir a disponibilidade necessária a submissão de um conflito à arbitragem com a noção de disponibilidade própria do direito material. Trata-se de categorias independentes uma da outra. Nesse sentido, desde há muito já advertia Edoardo Ricci que “a liberdade, na qual a arbitragem acha seu fundamento, é a de escolher juiz privado; nem é possível unificar tal liberdade com o poder de dispor dos direitos materiais”¹²⁴. Desse modo, acrescenta o mestre italiano, “enquanto a liberdade de escolher juiz privado é de natureza processual, o poder de dispor dos direitos tem natureza material”¹²⁵.

¹²² TUPONI JUNIOR, Benedito Aparecido. A (in)arbitrabilidade dos dissídios individuais trabalhistas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 08, n. 18, pp. 39-59, mai./ago. 2008. P. 57.

¹²³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 38.

¹²⁴ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 61.

¹²⁵ RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira: oito anos de reflexão – questões polêmicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 63.

O autor português António Sampaio de Melo, na mesma linha de Ricci, demonstra como a assimilação entre a submissão de um litígio à arbitragem e o que ele denomina de negócios autocompositivos (renúncia, transação, desistência e confissão) está baseada em equívocos. Segundo o autor, não existe qualquer possibilidade de equiparação entre os referidos negócios – que recaem diretamente sobre o direito material – e o negócio jurídico que instaura a arbitragem: este diz respeito apenas ao modo de solução de conflitos entre as partes, não sobre a destinação a ser eventualmente conferida ao direito material. Seguindo esse raciocínio, tem-se que “nenhuma analogia se pode estabelecer entre a renúncia a um direito (ou a desistência dele em juízo) e a submissão a decisão por árbitros das controvérsias, actuais ou futuras, àquele respeitantes”.¹²⁶

Finalmente, em complemento ao raciocínio dos dois autores anteriores, Eduardo Talamini estabelece a distinção existente entre disponibilidade exigida pela Lei de Arbitragem e disponibilidade advinda do direito material. Num primeiro sentido, “indisponibilidade” refere-se à impossibilidade de renúncia a um direito material existente em favor do titular. Num segundo sentido, a “indisponibilidade” é concebida como “impossibilidade, que apenas se põe em determinadas e excepcionalíssimas hipóteses, de o sujeito, constatando que não detém razão, curvar-se à pretensão alheia”¹²⁷. São os casos, excepcionais no sistema, em que há *necessariedade de intervenção jurisdicional* para que ocorra a produção de efeitos jurídicos (por exemplo, a decretação de falência, a interdição, dentre outros).

Assim, ainda segundo Talamini, mostra-se relevante para a aferição da arbitrabilidade de um litígio apenas essa segunda acepção de disponibilidade. Vale dizer: caberá a arbitragem sempre que a matéria em disputa possa ser resolvida pelas próprias partes, sem a necessidade de uma solução adjudicatória pelo Poder Judiciário. Afinal de contas, “se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes,

¹²⁶ CAMELO, Antonio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 27, pp. 129-161, out./dez. 2010. P. 135.

¹²⁷ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: _____; JUSTEN, Monica Spezia (orgs.) **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 340.

não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo.”¹²⁸

Diante do exposto, fica evidente que toda a discussão em torno da eventual disponibilidade dos direitos trabalhistas – situada no plano do direito material – é irrelevante para o cabimento ou não da arbitragem em tais disputas. O que é preciso verificar, de fato, é a possibilidade de ajustes entabulados entre as próprias partes, empregado e empregador, colocarem termo aos conflitos trabalhistas. E é certo que tal prática é não só possível, como também absolutamente corriqueira. Basta observar o grande número de acordos celebrados nas audiências trabalhistas, todos os dias, algo que é inclusive incentivado pela Justiça do Trabalho¹²⁹. A própria CLT, em determinados dispositivos, estimula a conciliação entre as partes, ou seja, a obtenção de soluções sem a adjudicação do conflito pelo juiz estatal (artigos 764, 831 e 846)¹³⁰. Outro exemplo são as Comissões de Conciliação Prévia, o que reforça a possibilidade de resolução extrajudicial de conflitos trabalhistas.

Ora, é bem verdade que a legislação trabalhista é abertamente protetiva ao trabalhador, buscando assegurar-lhe condições de dignidade mínimas no trabalho, sendo este um princípio constitucional norteador da atividade do Estado nessa área. Assim, de fato existe certo grau de indisponibilidade dos direitos trabalhistas no plano material¹³¹. Mas este se aplica no momento da contratação, para evitar que o trabalhador renuncie aos direitos que lhe são conferidos pela lei diante da necessidade de aceitar o contrato de trabalho a qualquer custo, por pressões da mais variada ordem. Contudo, nada impede que, encerrado o vínculo de emprego, eventuais litígios sobre verbas trabalhistas pendentes sejam resolvidos consensualmente, mediante acordos.

¹²⁸ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: _____; JUSTEN, Monica Spezia (orgs.) **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P. 343.

¹²⁹ YOSHIDA, Marcio. A arbitrabilidade dos direitos trabalhistas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 00, n. 00, pp. 181-184, 2003. P. 181.

¹³⁰ Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.
Art. 831 - A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.
Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

¹³¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. Novos paradigmas e perspectivas para a arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho. In: CONPEDI/UNINOVE (org.) **Direito do trabalho**. Florianópolis: Funjab, 2014. Vol. II, pp. 307-328.

Assim, a lei não impõe nenhuma *necessariedade de intervenção judicial* (soluções adjudicatórias pelo poder estatal) para resolver conflitos nas relações de emprego. Na grande maioria dos litígios sobre matéria trabalhista atende-se, portanto, ao critério da disponibilidade exigido pela Lei de Arbitragem.

4.2 AINDA SOBRE A LIBERDADE COMO EFETIVIDADE: POSSIBILIDADES (E LIMITES) PARA A ARBITRAGEM TRABALHISTA

Mas se o problema não reside na arbitrabilidade objetiva, então do que se trata? Por que o Tribunal Superior do Trabalho, junto com parcela da doutrina, resiste à aplicação do processo arbitral nos conflitos de trabalho? Nesse momento há que se concordar com Stravos Brekoulakis quando observa que muitas das discussões sobre arbitrabilidade têm menos a ver com a natureza propriamente dita do direito material em jogo, e muito mais com as limitações decorrentes da arbitragem enquanto método *consensual* – vale dizer, fundado na liberdade - de resolução de disputas¹³².

Ao que parecer, o que o TST realmente busca evitar é que a arbitragem se desvirtue num mecanismo de fraude às leis trabalhistas, num estratagema para impor soluções unilaterais do empregador aos empregados. Bem vistas as coisas, o problema se revela, com efeito, como um problema de *liberdade*, na esteira do viemos insistindo desde o começo. Não é propriamente um problema de indisponibilidade de direitos trabalhistas, insista-se: essa é uma discussão que mais atrapalha do que auxilia no estudo da arbitragem laboral.

Realmente, é de se esperar que a arbitragem na área trabalhista esbarre em obstáculos referentes à liberdade. Afinal, as relações de emprego apresentam um grave déficit de liberdade de uma das partes – o empregado, tido como hipossuficiente – em relação à outra, o empregador. Daí porque, nos contratos de trabalho, aplica-se a mesma lógica dos contratos de consumo que indicamos antes: trata-se de contratações por adesão, na qual a parte forte, o empregador, impõe unilateralmente o conteúdo contratual à parte fraca, o empregado, cuja manifestação de vontade geralmente se limita a aderir ou não ao programa contratual preestabelecido.

¹³² BREKOULAKIS, Stravos. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. In: _____; MISTELLIS, Loukas A. **Arbitrability**: International and Comparative Perspectives. The Hague: Kluwer Law International, 2009. P. 19.

Da constatação da desigualdade nos contratos de trabalho advém a necessidade de intervenção do Estado. A relação entre patrão e empregado releva como fonte potencial de abusos, razão pela qual o Poder Público passa a assumir o dever de interferir nessas relações de modo a alcançar algum nível de equilíbrio entre as partes. Como assevera Paula Forgioni, “exige-se que os negócios jurídicos com empregados passem a obedecer princípios peculiares, que reconheçam e lidem com a hipossuficiência do trabalhador”¹³³. Uma das técnicas pelas quais isso é feito é a definição de conteúdos contratuais mínimos – garantia de direitos básicos da parte fraca, o trabalhador – mediante normas estatais, independentemente da vontade dos contratantes. Os princípios da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, impostos por lei, são talvez o exemplo mais eloquente deste fenômeno: a ordem jurídica veda a renúncia ou a disposição dos direitos materiais assegurados ao trabalhador, ainda que haja o seu consentimento.¹³⁴

Daí o surgimento histórico de um regime jurídico próprio para os contratos de trabalho, separado dos contratos civis e comerciais. Na síntese de Ricardo Luiz Lorenzetti:

O Direito do Trabalho é o caso mais claro de imposição estatutária de obrigações a um contrato. O paradigma foi o contrato de trabalho (...), mediante o qual entre empregados e empregadores não se assina absolutamente nada, e contudo, as obrigações se impõe porque o legislador entende que isso é o que teria feito um trabalhador em condições de igualdade, trata-se do princípio protetor.¹³⁵

Assim, também no direito do trabalho se constata um aparente conflito entre “filosofias”: de um lado, as normas protetivas do trabalhador e a atuação altamente

¹³³ FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 50.

¹³⁴ MARTINS, André Chateaubriand. A arbitragem nas relações de trabalho: proposta de tratamento legislativo. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 30.

¹³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. P. 548. A esse respeito, o autor trata da intervenção estatal como garantia ao consentimento pleno, no que chama de “ordem pública de proteção”. São características dessa ordem pública, segundo Lorenzetti: (i) a constatação de uma deficiência estrutural no mercado, buscando-se corrigi-la; (ii) o interesse pelas situações de poder entre os agentes privados; (iii) toma-se em consideração não um contratante isolado, mas uma classe deles (trabalhadores, consumidores); (iv) pretensão de assegurar igualdade de oportunidades, suprimindo distâncias socioeconômicas; e (v) a vocação de permanência (intervenção não conjuntural). (LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Pp. 546-549).

interventiva do Estado no sentido de sua promoção; de outro, a arbitragem, cuja concepção geral é justamente a resolução de conflitos na esfera privada, fora da esfera do poder estatal.

Porém, as reflexões que fizemos antes sobre a crise da liberdade contratual no direito do consumo revelam-se perfeitamente aplicáveis à esfera trabalhista: se o Estado intervém no conteúdo dos contratos, restringindo a liberdade das partes contratantes, há que se reconhecer que essa é uma limitação da liberdade em termos formais; ela se justifica na medida em que busca assegurar a liberdade substancial do contratante hipossuficiente, ou seja, as condições concretas para que o contratante vulnerável possa ter um agir livre. Nesse sentido, a melhor justificação da presença do Estado nas relações de emprego, segundo a liberdade, deve ser a de assegurar a liberdade enquanto efetividade, substancial. Novamente é Lorenzetti quem afirma: “na realidade não é [a proteção do trabalhador por normas cogentes] uma intervenção que distorce a autonomia, mas que a melhora, permitindo que os contratantes se expressem em pé de igualdade”¹³⁶; trata-se, enfim, “de ações positivas [pelo Estado] que consistem na remoção de obstáculos que impedem a liberdade”¹³⁷.

A hipossuficiência em relação ao empregador é o grande obstáculo ao exercício da liberdade efetiva do empregado. Ela decorre da posição de subordinação na qual o trabalhador se encontra, seja no momento de celebração do contrato, seja no curso da execução contratual. Essa é uma constatação trivial: ao trabalhador que não deseja se submeter ao poder de seu empregador, resta apenas assumir o risco de buscar um emprego que considere mais adequado, pois sempre haverá outro que poderá substituí-lo (massificação das relações). Significa dizer que, uma vez eliminada, ou, ao menos, mitigada essa subordinação, é possível vislumbrar situações de exercícios efetivos de liberdade por parte do trabalhador.

Isto posto, há que se reconhecer que, em termos de liberdade substancial, um tipo de convenção de arbitragem mostra-se mais adequado do que outro nos conflitos trabalhistas. De fato, a adoção de cláusula compromissória nos contratos de trabalho pode ser temerária, uma vez que a desigualdade entre as partes pode

¹³⁶ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. P. 549.

¹³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. P. 504.

fazer com que a adoção da via arbitral não decorra de uma escolha realmente livre de ambos os contratantes. Mas nada impede que, após o encerramento do contrato, as partes optem, no exercício de suas *liberdades legítimas*, pela solução arbitral. Há, inclusive, importante precedente do próprio TST nesse sentido¹³⁸.

É que, encerrado o vínculo empregatício, cessa também a relação de dependência e subordinação do trabalhador em face do empregador. Essas circunstâncias, como se viu, são as principais causas de déficit de liberdade efetiva do empregado nas suas relações laborais.

Trata-se aqui de reconhecer que, em que pese a presunção de hipossuficiência do trabalhador (na maioria das circunstâncias, correta), soluções generalizantes devem ser evitadas. Haverá situações nas quais a escolha pela arbitragem em matéria trabalhista refletirá um exercício efetivo de liberdade *substancial* – vale dizer, quando presente o conjunto de condições necessárias para que as pessoas possam efetivamente realizar aquilo que elas valorizam - e, como tal, deve ser reconhecida e tutelada pelo Estado.

Na mesma linha é a argumentação de André Vasconcelos Roque. Para esse autor, a proclamada indisponibilidade dos direitos trabalhistas não impede a submissão dessa espécie de litígio à arbitragem, pois é plenamente possível e corriqueira a solução extrajudicial de conflitos de trabalho, por meio de conciliação ou mediação. O autor reconhece, por outro lado, que seria temerária a ampla aceitação da via arbitral por meio de cláusula compromissória, dada a hipossuficiência do trabalhador no momento da celebração do contrato de trabalho.

¹³⁸ Na ocasião, o Ministro Relator asseverou, em linha muito semelhante à que ora se defende, que “diferentemente dessas situações contemporâneas à contratação do empregado e à vigência da pactuação, cabe destacar que, após a dissolução do contrato de trabalho, acha-se minimizada a sua vulnerabilidade oriunda da sua hipossuficiência econômico-financeira, na medida em que se esgarçam significativamente os laços de dependência e subordinação do trabalhador face àquele que o pretenda admitir ou que já o tenha admitido, cujos direitos trabalhistas, por conta da sua patrimonialidade, passam a ostentar relativa disponibilidade. Desse modo, não se depara, previamente, com nenhum óbice intransponível para que ex-empregado e ex-empregador possam eleger a via arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, provenientes do extinto contrato de trabalho, desde que essa opção seja manifestada em clima de ampla liberdade, reservado o acesso ao Judiciário para dirimir possível controvérsia sobre a higidez da manifestação volitiva do ex-trabalhador, na esteira do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição.” (TST, Recurso de Revista n.º 144300-80.2005.5.02.0040, Relator: Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma, Publicado no DJe em 15/12/2010).

Já a o compromisso arbitral seria método lícito de submeter um conflito à arbitragem, desde que observado o efetivo consensualismo que deve embasar o pacto¹³⁹.

De igual modo, após amplo exame da jurisprudencial laboral, o autor André Chateaubriand Martins constata que é inviável a inserção de cláusula compromissória em contratos de trabalho, diante da patente desigualdade entre as partes. Contudo, segue, não há óbice para que, depois de encerrado o vínculo de emprego, as partes celebrem compromisso arbitral para dirimir eventuais pendências trabalhistas¹⁴⁰. Entendimentos muito semelhantes são expostos por Pedro Batista Martins¹⁴¹, Leonardo de Faria Beraldo¹⁴² e Francisco José Cahali¹⁴³ em favor da arbitragem aplicada a conflitos individuais de emprego.

Em síntese, tem-se que a liberdade realmente proscreve a aplicação irrestrita da arbitragem nas relações de emprego, especialmente mediante cláusulas compromissórias. Haveria aí o risco, semelhante ao que se verifica nas relações de consumo, de a via arbitral ser imposta à parte fraca da contratação, a qual, em termos concretos, não dispõe da liberdade necessária para negociar os termos contratuais. Contudo, encerrada a relação de subordinação, não há óbice para a arbitragem. Daí porque o compromisso arbitral mostra-se como técnica mais adequada do ponto de vista da liberdade, pois é assinado após o encerramento do vínculo de emprego. Outra solução viável, aqui, seria condicionar a eficácia da cláusula compromissória à posterior manifestação de vontade do hipossuficiente, do mesmo modo que se propõe nas relações de consumo.

Diante do exposto, de que forma é possível avaliar o veto oposto à inserção do § 4º ao art. 4º da Lei de Arbitragem, à luz da liberdade substancial? Conforme antecipamos, o dispositivo pretendia inserir na LArb uma disciplina específica para

¹³⁹ ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas, **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 33, pp. 301-337, abr./jun. 2012.

¹⁴⁰ MARTINS, André Chateaubriand. A arbitragem nas relações de trabalho: proposta de tratamento legislativo. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 27.

¹⁴¹ MARTINS, Pedro A. Batista. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 31-34.

¹⁴² BERALDO, Leonardo Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. P. 92-95.

¹⁴³ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 425.

determinados contratos de trabalho, autorizando a inserção de cláusula compromissória nos contratos de diretores e administradores com poder de mando:

§ 4º Desde que o empregado ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória, que só terá eficácia se o empregado tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou se concordar expressamente com a sua instituição.

As razões do veto, baseadas em solicitação do Ministério do Trabalho e do Emprego, foram essas:

O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.¹⁴⁴

Mais uma vez, são criticáveis as razões de veto. Primeiro, porque não faz sentido dizer que o novo dispositivo estabeleceria distinções indesejadas entre empregados quando o próprio ordenamento juslaboralista já o faz. Os diretores estatutários e os administradores submetem-se a um regime contratual bastante específico, compatível com o grau de confiança desses cargos e com maior liberdade para negociar os termos das respectivas cláusulas. Nesse sentido, a Súmula 269 do TST dispõe que o empregado eleito para exercer tais cargos de confiança tem seu contrato de trabalho suspenso¹⁴⁵. A rigor, portanto, a autorização legislativa sequer seria necessária para viabilizar o uso do processo arbitral em conflitos envolvendo essa categoria de trabalhadores.

Segundo, porque também não se compreende como “a generalidade dos trabalhadores” poderia ver-se submetida à arbitragem compulsoriamente. O dispositivo era bastante claro ao prever a validade da cláusula compromissória apenas nos contratos dos diretores ou administradores, estando sua eficácia condicionada à iniciativa posterior do trabalhador. Afirmar que daí decorreria a

¹⁴⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm> Acesso em 14/10/2016.

¹⁴⁵ Dispõe a Súmula 269 do TST: “O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.

autorização irrestrita da cláusula arbitral nos contratos de trabalho é dar um salto interpretativo considerável.

A bem da verdade, talvez a proposta de alteração legislativa tenha dito menos do que poderia. É fácil compreender a justificativa que a levou a ser formulada da maneira que foi: buscou-se autorizar a arbitragem nas relações trabalhistas nas quais, presumivelmente, a marca da subordinação e dependência, característica da maioria das relações de emprego, não se faz tão presente. Sem tais obstáculos, estaria assegurada a liberdade efetiva do trabalhador de optar pela via arbitral para dirimir seus conflitos com o empregador. Por vezes, afirma-se também que os diretores ou administradores teriam “maior poder econômico e compreensão das cláusulas sugeridas pelo empregador”.¹⁴⁶

Apesar das intenções serem boas, é preciso tomar cuidado com este tipo de raciocínio. Realmente, pessoas com mais poder econômico, como tendem a ser os diretores ou administradores das empresas (ao menos em relação à massa de trabalhadores), possuem mais condições materiais para exercer suas liberdades em termos substanciais. O próprio Amartya Sen, na formulação original de sua teoria da liberdade, já ressaltava que a renda, a educação e a qualificação profissional podem ser importantes meios para ampliar as capacidades das pessoas, ou seja, para expandir as possibilidades concretas que elas têm para realizar o que valorizam¹⁴⁷.

Contudo, essas considerações não devem levar ao entendimento de que apenas o rico, o formalmente educado, possui condições de manifestar sua vontade livre. Não se deve incorrer no erro de pensar que a “vontade do rico” vale mais juridicamente do que a “vontade do pobre”¹⁴⁸. No caso das relações de trabalho, seria inadmissível autorizar a arbitragem apenas nos contratos de diretores e administradores sob o argumento de que tais agentes possuem mais poder econômico ou mais intelectualidade do que a média do trabalhador, sendo suas

¹⁴⁶ MARTINS, André Chateaubriand. A arbitragem nas relações de trabalho: proposta de tratamento legislativo. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015. P. 35.

¹⁴⁷ Segundo Amartya Sen: “Embora a prosperidade econômica ajude as pessoas a ter opções mais amplas e a levar uma vida mais gratificante, o mesmo se pode dizer sobre educação, melhores cuidados com a saúde, melhores serviços médicos e outros fatores que influenciam causalmente as liberdades efetivas que as pessoas realmente desfrutam. (SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. P. 375).

¹⁴⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015. P. 86.

decisões por isso mais dignas de respeito, como se tem afirmado algumas vezes. Para efeitos jurídicos a ênfase deve ser, aí sim, na ausência de subordinação que geralmente se constata nesses contratos. É esse o traço diferenciador que merece ser levado em conta pelo direito.

E é justamente por isso que se pode considerar que a proposta de mudança legislativa foi tímida e disse menos do que poderia. É que, se a ausência de subordinação é um bom critério para definir o cabimento da arbitragem – como forma de assegurar a liberdade efetiva do trabalhador ao escolher a via arbitral – então é certo que a arbitragem poderia ser autorizada não apenas nos contratos dos diretores ou administradores, mas nos contratos de trabalho em geral, *desde que encerrado o vínculo de emprego*. Isso porque, como visto, com o término do vínculo de emprego já não mais subsiste a subordinação do empregado em face de seu (ex)empregador. Há mais condições para que o trabalhador manifeste livremente sua vontade e opte pela arbitragem. É exatamente essa a proposta que indicamos anteriormente, ao defender a utilização do compromisso arbitral após o encerramento dos contratos de trabalho para dirimir eventuais litígios pendentes, com base na doutrina arbitral majoritária.

Em síntese, em termos de liberdade, o veto presidencial é passível de críticas, mas a proposta legislativa, também. Agora, deve-se esperar que a jurisprudência do TST modifique seu entendimento majoritário e siga seus próprios precedentes favoráveis à arbitragem trabalhista, passando a autorizá-la após o encerramento dos vínculos de emprego. Essa é a medida que melhor assegura a escolha pela arbitragem enquanto manifestação da liberdade efetiva das partes envolvidas, especialmente do trabalhador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se trata de concluir enumerando os vários temas abordados. Estes já foram devidamente lançados ao longo do trabalho, e sua repetição nesse momento seria de todo cansativa. Resta, portanto, enfatizar uma vez mais a ordem geral de ideias que norteou as reflexões empreendidas.

A pesquisa revelou que muitas das discussões contemporâneas decorrentes da expansão da prática arbitral dizem respeito, no fundo, a diferentes dimensões da *liberdade*. Debates em torno de problemas aparentemente técnico-jurídicos como, por exemplo, “extensão subjetiva da cláusula compromissória”, “arbitrabilidade” e “indisponibilidade de direitos” podem ser mais bem enfrentados por meio de uma perspectiva centrada nas múltiplas facetas da liberdade.

Desse modo, encarar o fundamento da arbitragem como a liberdade concreta dos indivíduos de verem seus litígios resolvidos por vias outras que não as do poder do Estado pode ter consequências práticas relevantes. Os debates em torno da arbitrabilidade de conflitos de consumo e lides individuais trabalhistas são exemplos claros dessa constatação. A arbitragem no direito societário, por sua vez, revelou que o princípio de liberdade não pode ser desconsiderado, por mais que boas razões de ordem pragmática pareçam exigir o contrário. E todas essas são reflexões valiosas não apenas para a arbitragem, mas para o Direito como um todo: dizem respeito a questões bastante profundas e difíceis, que remetem ao próprio significado do que é ser uma sociedade verdadeiramente livre.

Assim, o que se buscou demonstrar por meio do exame dos temas escolhidos é que há uma base filosófica consistente para algo que muitos tendem a expressar de modo implícito ou intuitivo: pode haver, sim, espaço para a expansão da arbitragem no Brasil para além das relações estritamente comerciais. E mais do que isso, há boas razões tanto instrumentais - vantagens pragmáticas da arbitragem em relação à jurisdição estatal - quanto constitutivas - promoção de exercícios de liberdade - para que se buscar esse desiderato.

Mas tal processo deve ser pautado pela preservação das diferentes dimensões da liberdade – ou, se preferir, liberdades, no plural, de todos os envolvidos. Só assim se preserva a legitimidade dessa ferramenta de solução de disputas que vem, cada vez mais, conquistando seu espaço na efetivação do acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta, **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 09, pp. 13-21, abr./jun. 2006.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, n. 91, pp. 265-275, 1996.
- BARALDI, Eliana. Arbitragem nas relações de consumo. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 20, pp. 253-268, jan./mar. 2009.
- BERALDO, Leonardo Faria. **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.
- BERLIN, Isaiah. Two concepts of liberty. In: _____. **Four essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969
- BINNIE, Patrícia. Arbitragem no Direito Societário: Reflexões sobre a Eficácia Subjetiva da Cláusula Compromissória Inserida em Contrato e Estatuto Sociais. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 10, n. 38, pp. 46-64, out./dez. 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Recurso especial n.º 1169841-RJ. Recorrente: CZ6 Empreendimentos Comerciais Ltda. e Outros. Recorrido: Davidson Roberto De Faria Meira Júnior. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 14 de novembro 2012.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Terceira Turma). Recurso de Revista n.º 1599/2005-022-02-00. Recorrente: Comercial Eletrônica Unitrotec Ltda. Recorrido: Do Sung Joo. Brasília, 16 de setembro de 2009.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Quarta Turma). Recurso de Revista n.º 144300-80.2005.5.02.0040. Recorrente: Norf Esportes Bar e Restaurante Ltda. Recorrido: Joaquim Espínola. Brasília, 15 de dezembro de 2010.
- BREKOULAKIS, Stravos. On arbitrability: persisting misconceptions and new areas of concern. In: _____. MISTELLIS, Loukas A. **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. The Hague: Kluwer Law International, 2009
- BURCH, Thomas. Necessity never made a good bargain: when consumer arbitration agreements prohibit a class relief. **Fla. St. U. L. Rev.** v. 31. 2003-2004. P. 1005-1040.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Os efeitos processuais da inclusão de cláusula compromissória nos estatutos sociais das companhias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 07, n. 28, pp. 30-40, out./dez. 2011.

CARAMELO, Antonio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 27, pp. 129-161, out./dez. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** – um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Seminário da International Bar Association** – Celebrando a Carta Magna e o Estado Democrático de Direito. 2015. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/palestra-modesto-carvalhosa-acesso.pdf>> Acesso em 12/10/2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista da Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 13, n. 15-16, pp. 89-105, 1974.

COUTINHO, Renato Fernandes. Cláusulas arbitrais em contratos de adesão. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 08, n. 32, pp. 94-99, jan./abr. 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Vetos inusitados conspiram contra o futuro promissor da arbitragem**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/paradoxo-corte-vetos-inusitados-conspiram-futuro-promissor-arbitragem>> Acesso em 05/11/2016.

CUKIER, Daniel. A arbitragem aplicada ao direito societário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 41, pp. 225-241, abr./jun. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. Direito e Liberdade. In: _____. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Marcus Vinicius Vita. Da validade da convenção arbitral em contratos de adesão decorrentes de relação de consumo e a recente jurisprudência do STJ. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 37, pp. 503-515, abr./jun. 2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANZONI, Diego. **Arbitragem societária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Trad. Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

GARDENAL, Juliana Cristina. Arbitragem: aplicação às relações de consumo. **Revista USCS**, São Caetano do Sul, v. 11, n. 19, pp. 159-179, jul./dez. 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HAND, Learned. **The Spirit of Liberty**. Disponível em: <<http://www.providenceforum.org/spiritoflibertyspeech>> Acesso em 13/03/2016.

HAYEK, Friedrich A. **Os fundamentos da liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Ítalo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.

LAFER, Celso. **Ensaios sobre liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e Direito do Consumo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 0, n. 00, pp. 185-193, 2003.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. A cláusula compromissória estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 22, pp. 11-32, jul/set 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARIANI, Rômulo. **Arbitragens coletivas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Arbitragem no Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. **Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 31-34.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, André Chateaubriand. A arbitragem nas relações de trabalho: proposta de tratamento legislativo. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015. P. 27.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, João Ozório de. **Empresas forçam arbitragem para acabar com ações de classe nos EUA**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-02/empresas-forcam-arbitragem-acabar-acoes-coletivas-eua>>. Acesso em 28/09/2016.

MOREIRA, Daniela Bessone Barbosa. A Convenção Arbitral em Estatutos e Contratos Sociais. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (org.) **Arbitragem Interna e Internacional** (questões de doutrina e da prática). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, José Roberto de Castro. Arbitragem nas Relações de Consumo – uma nova esperança. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação**: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

PEREIRA, Cesar; QUINTÃO, Luísa. **Arbitragem coletiva no Brasil**: a atuação de entidades representativas (art. 5º, XXI, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150911-03.pdf>> Acesso em 10/10/2016.

PRADO, Viviane Muller. Por que proteger os acionistas minoritários? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Pensar o Brasil**: problemas nacionais à luz do direito. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANZOLIN, Ricardo. **Controle judicial da arbitragem**. Rio de Janeiro: GZ Editora: 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RICCI, Edoardo Flavio. **Lei de Arbitragem Brasileira**: oito anos de reflexão – questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Novos paradigmas e perspectivas para a arbitragem de dissídios individuais no Direito do Trabalho. In: CONPEDI/UNINOVE (org.) **Direito do trabalho**. Florianópolis: Funjab, 2014.

ROQUE, André Vasconcelos. A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas, **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 33, pp. 301-337, abr./jun. 2012.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais de direito civil e liberdade(s)**: repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

SCALETSKY, Fernanda. Arbitragem e “Parte Fraca”: a questão das relações de consumo. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 11, n. 41, pp. 68-99, jan./abr. 2014.

SEGALL, Pedro. Da vinculação dos sócios à cláusula arbitral estatutária. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 31, pp. 355-369, out./dez. 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STONE, Katherine V.W.; COLVIN, Alexander J. S. **The arbitration epidemic**: Mandatory arbitration deprives workers and consumers of their rights. Disponível em <<http://www.epi.org/publication/the-arbitration-epidemic/>> Acesso em 29/09/2016.

SUSTEIN, Cass S.; THALES, Richard H. Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, **Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In:_____; JUSTEN, Monica Spezia (orgs.) **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 903, pp. 9-25, jan/2011.

TUPONI JUNIOR, Benedito Aparecido. A (in)arbitrabilidade dos dissídios individuais trabalhistas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 08, n. 18, pp. 39-59, mai./ago. 2008.

VALENTI, Joe. **The case against mandatory consumer arbitration clauses**. Disponível em: <<https://www.americanprogress.org/issues/economy/reports/2016/08/02/142095/the-case-against-mandatory-consumer-arbitration-clauses/>> Acesso em 28/09/2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, v. 01, n. 04, pp. 07-31, set./dez. 2004.

VERÇOSA, Haroldo. Aspectos da arbitragem no direito societário. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, n. 06, pp. 251-259, nov./dez. 2014.

VIEIRA, Maíra de Melo. Vinculação de todos os sócios à cláusula compromissória estatutária aprovada por maioria: comentários à AP 0126050-67.2006.8.26.0000 do TJSP. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 33, pp. 377-385, abr./jun. 2012.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no Direito Societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

WALD, Arnoldo. A arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (i). **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 12, pp. 22-28, jan/mar 2007.

WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). **Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo: Atlas, 2015.

YOSHIDA, Marcio. A arbitrabilidade dos direitos trabalhistas. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 00, n. 00, pp. 181-184, 2003.

ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 11, pp. 7-58, out./dez. 2006.