

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
BACHARELADO EM DIREITO

CAMILA QUINALIA BISO

Arbitragem em Contratos Internacionais

Validade da cláusula arbitral nos Termos de Serviço de Aplicativos de Celular

Uberlândia

2019

CAMILA QUINALIA BISO

Arbitragem em Contratos Internacionais

Validade da cláusula arbitral nos Termos de Serviço de Aplicativos de Celular

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Gonçalves Paluma Rocha

Uberlândia

2019

CAMILA QUINALIA BISO

Arbitragem em Contratos Internacionais

Validade da cláusula arbitral nos Termos de Serviço de Aplicativos de Celular

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Uberlândia, 13 de dezembro de 2019.

Professor Doutor Thiago Gonçalves Paluma Rocha
UFU/MG (Orientador)

Professora
UFU/MG (Examinador)

Professor
UFU/MG (Examinador)

Dedico esta monografia à minha querida avó Laide Zaneli Quinalia (*in memoriam*), uma pessoa incrível e batalhadora, cuja presença e ensinamentos foram essenciais na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a toda a minha família, que mesmo estando longe me apoiaram cada um da sua forma mais especial, com um destaque para minha mãe Izildinha, que fez de tudo para tornar os momentos difíceis mais brandos.

Só tenho a agradecer às minhas amigas, Bianca, Fernanda e Nayandra. Obrigado pelos inúmeros conselhos, frases de motivação e puxões de orelha. As risadas, que vocês compartilharam comigo nessa etapa tão desafiadora da vida acadêmica, também fizeram toda a diferença

Sou grata a todos os professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente ao Thiago Paluma, responsável pela orientação do meu projeto. Obrigado por esclarecer tantas dúvidas e ser tão atencioso e paciente.

Por fim, a todas pessoas, servidores e colegas discentes que durante essa minha trajetória acadêmica contribuíram que contribuíram direta e indiretamente para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A arbitragem é uma forma de soluções de conflito que pode ser utilizada em diversas situações, porém existe pela lei brasileira matérias e situações que impedem o uso da via arbitral, pergunta-se é possível a arbitragem conforme presente nos Termos de Serviço de aplicativos para celular. Assim, será aprofundado o entendimento da criação da Lei de Arbitragem no Brasil para entender o momento de sua origem e com qual intenção foi elaborada, compreendendo desta maneira quais são as matérias que esta lei considera como não arbitráveis. Também foi realizada, uma comparação entre essa proibição a certas matérias a serem resolvidas na via arbitral conforme a lei brasileira e a lei de países estrangeiros pois os Termos de Serviço são um exemplo de contrato internacional. Após essa análise, foi aprofundado sobre como classificar os Termos de Serviço seguindo as regras para contrato na doutrina nacional, concluindo-se que se trata de um contrato de adesão em uma relação de consumo. Desta forma, a cláusula arbitral como colocada nos contratos usados de exemplo é nula conforme o disposto pelo Código de Defesa do Consumidor, mas essa nulidade não impede o uso da via arbitral, caso, após a existência do conflito as partes realizem compromisso arbitral, renunciando assim a solução pelo judiciário estatal e escolhendo a solução da via arbitral.

Palavras-chave: Aplicativo de Celular. Arbitragem. Contrato Internacional. Matérias Arbitráveis. Termos de Serviço.

ABSTRACT

Arbitration is a form of dispute settlement that can be used in a variety of situations, but there are matters and situations under Brazilian law that prevent the use of arbitration, and, a query is if arbitration is possible as per the Mobile App Terms of Service. Thus, the creation of the Arbitration Law in Brazil will be studied with the goal to understand the moment of its creation and what was the intent of the lawmakers when doing so, comprehending in that way what are the matters that this law considers as non-arbitrable. A comparison was also made between this prohibition on certain matters to be resolved by arbitration under Brazilian law and the law of foreign countries seeing that the Terms of Service are an example of an international contract. After this analysis, it was examined how to classify the Terms of Service, following the Brazilian law and doctrines about contracts, concluding that it deals with a Adhesion contract in a consumer relationship. consequently, the arbitration clause as set out in the example contracts used is void as provided by the Brazilian Consumer Protection Code, but such invalidity does not preclude the use of the arbitration, if after the occurrence of conflict, the parties to make an arbitral commitment, therefore waiving a settlement by the state judiciary and choosing a settlement by the arbitration court.

Keywords: Smartphone App. Arbitration. International Contract. Arbitrable Matters. Terms of Use.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
EUA	Estados Unidos da América
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
LAV	Lei de Arbitragem Voluntária
STF	Supremo Tribunal Federal
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
UNICITRAL	United Nations Commission on International Trade Law

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO	11
2.1	<i>ARBITRAGEM</i>	11
2.2	<i>HISTÓRICO DA ARBITRAGEM</i>	12
2.3	<i>LEI DA ARBITRAGEM E INSPIRAÇÃO NA LEI MODELO UNCITRAL</i>	13
2.4	<i>MOMENTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA LEI</i>	14
2.5	<i>QUESTIONAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ÉPOCA</i>	15
2.6	<i>MATÉRIAS ARBITRÁVEIS</i>	18
2.6.1	<i>CAPACIDADE</i>	18
2.6.2	<i>DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS</i>	19
2.6.3	<i>ARBITRABILIDADE E MATÉRIAS ESPECÍFICAS</i>	20
2.6.4	<i>MATÉRIAS ARBITRÁVEIS NO EXTERIOR</i>	22
2.7	<i>PRINCIPAIS PROCEDIMENTOS DE ARBITRAGEM</i>	24
3	TERMOS DE SERVIÇO DOS APLICATIVOS	29
3.1	<i>CONTRATO</i>	29
3.1.1	<i>OBJETO DO CONTRATO</i>	29
3.1.2	<i>CONTRATOS DE ADESÃO</i>	30
3.2	<i>CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO</i>	31
3.3	<i>CLÁUSULA DE ARBITRAGEM</i>	33
3.3.1	<i>EXEMPLOS DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS</i>	35
3.3.1.1	Spotify	35
3.3.1.2	Snapchat	37
3.3.1.3	Pinterest	38
3.3.2	<i>CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA</i>	40
3.4	<i>POSSIBILIDADE DA VIA ARBITRAL</i>	42
3.5	<i>PAISES EM QUE A CLÁUSULA ARBITRAL É PERMITIDA</i>	44
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma das formas extrajudiciais de solução de conflitos, eleita pela vontade das partes em substituição à jurisdição estatal, e, trata-se de uma escolha válida e recomendada em muitas situações, sendo possível essa escolha para contratos realizados com partes de países diferentes, que no momento do pacto já escolheriam as leis a serem aplicadas e provavelmente, qual câmara arbitral seria utilizada.

Porém, há limitações ao que pode ser arbitrado conforme a legislação brasileira, pois o legislador entende que certas matérias precisam da proteção Estatal e não poderiam ser de todo disponíveis pelos indivíduos. Desta forma, serão analisados, especificamente, os contratos realizados para o uso de aplicativos de celular, pois são contratos internacionais que são amplamente realizados pelos cidadãos brasileiros.

A relação entre a arbitragem, as matérias arbitráveis conforme o ordenamento jurídico brasileiro e contratos internacionais pode levar a cláusulas arbitrais que não sejam válidas. Assim, este estudo tem como objetivo verificar se a ordem jurídica brasileira invalida a disposição sobre arbitragem em contratos internacionais realizados por cidadãos brasileiros em que a matéria não seja considerada arbitrável pelas leis pátrias. E, caso sendo este item nulo, a justificativa para essa nulidade e se haveria alguma forma, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, que estes conflitos sejam resolvidos na via arbitral.

Para esta pesquisa foi utilizado o método exploratório, por se tratar de um método com pouca estrutura, portanto flexível, se adequando assim, a necessidade deste projeto em que o objetivo é responder uma pergunta e, se tratando de uma matéria da área de direito, uma ciência social aplicada, as respostas nunca são invariáveis, tendo várias possibilidades que devem ser levadas em conta.

Não há neste projeto um sujeito ou grupo extremamente específico, sendo sua única delimitação a esfera dos cidadãos brasileiros, capazes para realização de negócios jurídicos. Já que como previamente mencionado, os contratos internacionais que infringem as matérias arbitráveis brasileiras são comuns e realizados por quase todas as pessoas que possuem um *smartphone*.

A fonte utilizada foi a análise de documentos, mais especificamente, artigos online sobre o tema, artigos em revistas relacionadas aos temas pesquisados, doutrinas sobre arbitragem e as matérias passíveis de serem arbitráveis, leis brasileiras e internacionais, além da jurisprudência nacional.

Este tema foi escolhido por se tratar de algo que à primeira vista é distante da realidade do dia-a-dia da maioria das pessoas, porém não é esta a realidade, pois mesmo que a arbitragem seja desconhecida por muitos ela está cada vez mais presente por se tratar de forma de resolução de conflitos que é altamente indicada para várias situações em detrimento do judiciário Estatal.

Considerando que a arbitragem está abundantemente presente no cotidiano e que muitas vezes contratos, também conhecidos como Termos de Serviço, são assinados sem a devida atenção na leitura destes para a compreensão total do que está sendo concordado, ou mesmo, a situação em que há concordância total entre as partes sobre o conteúdo pactuado e sobre a inclusão de uma cláusula compromissória, mas desconhecimento sobre o fato que há limitações sobre o que pode ser arbitrado.

É necessário pensar que o crescimento da utilização da arbitragem, tanto no âmbito nacional quanto internacional, esbarra em situações incompatíveis com o seu uso, como demonstrado nessa pesquisa, em que se demonstra a incompatibilidade por conflito com temas considerados não arbitráveis pelo Direito brasileiro, ou seja, que viola a disposição do art. 1º da Lei 9.307/96.

Assim, este trabalho explora a arbitragem e as regras para aplicação no país, além do possível conflito de normas sobre quais são as matérias passíveis de solução por arbitragem, e, se a proibição da cláusula arbitral nos Termos de Uso relativos a aplicativos de celular, significa a proibição pela resolução do conflito por arbitragem ou se existe alguma forma de adequar a situação para que a via arbitral se torne uma forma possível para a resolução do conflito.

2 ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 ARBITRAGEM

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos extrajudicial, já que a solução do litígio não é dada pelo judiciário, mas sim por um árbitro. Os componentes necessários para que exista a arbitragem são as partes, que se utilizam da sua autonomia da vontade para escolher o método de solução de conflitos que será utilizado para solucionar seu litígio, seja este já existente ou a possibilidade de um conflito futuro, também se necessita do árbitro, que é o responsável por analisar o exposto em relação ao conflito e, conforme, seus conhecimentos e sua convicção decidir qual a solução para o mesmo.

Além disso, em relação a forma em que a arbitragem é administrada existem duas possibilidades: a arbitragem institucional, que no momento de escolha pela realização da arbitragem as partes também escolhem uma entidade especializada que se responsabiliza por todo o procedimento formal, como por exemplo, quais as regras procedimentais serão utilizadas e quem será o árbitro daquela disputa. A segunda forma seria a arbitragem *ad hoc*, em que as partes são as responsáveis por todo o procedimento, escolha de como será realizado o processo, quem será o árbitro, dentre outras questões.

Portanto, a arbitragem, descrita de uma maneira sucinta é um método de heterocomposição de conflitos, em que a solução final é dada por um ou mais árbitros – terceiros imparciais, que são escolhidos pelas partes envolvidas no conflito. Assim, a arbitragem atualmente, é um negócio jurídico em que as partes abrem mão da jurisdição estatal e concordam pela resolução arbitral.

Uma outra definição do conceito de arbitragem segundo, Scavone Junior (2018, p.19) é “A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, [...] juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida. ”

Assim, com essas definições fica claro que a arbitragem tem como características principais: o árbitro, como a pessoa que produz a decisão final do

conflito, e a escolha pelas partes por esse método de solução ao invés de recorrerem a jurisdição estatal comum.

2.2 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM

É necessário explanar um pouco sobre o histórico da arbitragem, já que essa forma de resolução de conflitos não é tão conhecida pelo público em geral.

Como método de heterocomposição, conforme Dolinger, (2005, p. 25 apud SCAVONE JUNIOR, 2018, p.18) “[...] a arbitragem já estava presente entre os hebreus na antiguidade, descrita no pentateuco que relata conflitos decididos por árbitros, a exemplo daquele entre Jacó e Labão.” Também esteve presente no Direito Romano, como uma forma de voluntaria e facultativa para resolução de conflitos.

No Direito Brasileiro, no Código Civil de 1916, a arbitragem encontrava-se descrita no Capítulo X - Do compromisso, arts. 1037 a 1048. No Código de Processo Civil de 1973, exigia que o “laudo arbitral” (correspondente atualmente a sentença arbitral) fosse homologado por sentença judicial, dessa forma o processo de arbitragem era demorado, pois todos os recursos inerentes ao judiciário podiam ser utilizados.

Apenas com a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que no Brasil foi criado uma lei específica e voltada exclusivamente para a regulação da arbitragem no país, conhecida como a Lei da Arbitragem, eliminou a necessidade de homologação judicial das decisões arbitrais, conforme o artigo a seguir “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. ”, trazendo uma maior rapidez e agilidade ao processo arbitral. No atual Código de Processo Civil (CPC/2015), em seu art. 515, VIII, a sentença arbitral constitui um Título Executivo Judicial, da mesma forma que qualquer sentença tomada por um juiz togado.

A referida lei trouxe como inovação, além da já mencionada no parágrafo acima, a cláusula compromissória, que é o nome dado à disposição no contrato que especifica que conflitos provenientes do mesmo serão obrigatoriamente resolvidos por arbitragem. Ou seja, com essa inovação as partes que concordarem com essa disposição, não poderão, a menos que os requisitos dela sejam violados, se recusar a utilizar a via arbitral para a solução da lide, estando assim, impedidos de procurar a via judicial (CAHALI, 2015).

Outra modificação na esfera jurídica brasileira que fortaleceu o desenvolvimento da arbitragem no país foi a ratificação da convenção de Nova Iorque de 1958 pelo Brasil em 2002, que criou um parâmetro internacional, de qual seria o sistema internacionalmente aplicado, para o reconhecimento e execução dos laudos arbitrais (CASELLA, 2011).

Essas mudanças, bem como a extinção do processo sem resolução de mérito, caso a existência de convenção arbitral fosse trazida pelo réu, na preliminar de contestação (CPC, arts. 485, VII, e 337, X), a competência do árbitro para decidir se o contrato que contém a convenção, ou a própria convenção em si é nula (arts. 8º e 20 da Lei de Arbitragem) fortaleceram o instituto da arbitragem no Brasil, que assim passou a ser mais utilizado.

2.3 LEI DA ARBITRAGEM E INSPIRAÇÃO NA LEI MODELO UNCITRAL

Após a metade do século XX os países do mundo passaram a ter relações de comércio entre si com maior frequência e volume, sendo que com um maior número de relações comerciais internacionais o uso da arbitragem como forma de solução de conflitos advindos de tais contratos também aumentou. Porém, as leis que regulavam o instituto da arbitragem eram muito diversificadas e distintas entre si em relação a arbitragem e seus procedimentos.

Considerando esses fatores, representantes de 58 países e 18 organizações internacionais, formaram um comitê, no início dos anos 80, presidido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*), se reuniram e discutiram os termos do que seria a lei modelo sobre arbitragem.

A lei modelo da UNICITRAL não tem como objetivo legislar nem criar uma convenção internacional sobre a matéria, mas sim trazer uma certa compatibilização entre leis de cada Estado, que por suas diferenças impediam o uso de forma plena da arbitragem internacional.

Assim, foi criada a Resolução nº. 40/72, de 11.12.1985, que foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que contém o texto da lei modelo. Com tal avanço, houve uma certa uniformização da matéria relativa a arbitragem internacional, e diversos Estados para regularem a arbitragem nacional usam o texto da lei modelo ou se baseiam no texto da lei modelo com alterações para que enquadre no sistema

jurídico interno de cada país. Logo, a lei modelo afeta a regulamentação não só da arbitragem internacional, mas da arbitragem nacional de diversos países também, seja com maior ou menor escopo.

No Brasil, a Lei Modelo, com texto da UNCITRAL, não foi adotada por completo, porém a legislação brasileira é fortemente baseada nesta Lei, mas é importante que as partes que forem se submeter a arbitragem nacional prestem a devida atenção nas diferenças entre a lei modelo e a lei brasileira para que não haja uma invalidação/anulação da arbitragem realizada por infringir a legislação nacional. Um exemplo que poderia causar problemas com a validade do laudo arbitral é caso este não tivesse a fundamentação, que é exigida pela lei nacional e dispensada conforme a Lei Modelo.

2.4 *MOMENTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA LEI*

A lei nº 9.307, conhecida como a Lei de Arbitragem, foi homologada em de 23 de setembro de 1996, durante este período, ao olhar para as relações econômicas que estavam sendo desenvolvidas e ampliadas, percebe-se que a Organização Mundial do Comércio, estava sendo criada.

O Brasil, no período após a segunda guerra mundial, por ser parte das forças Aliadas, participou de algumas das convenções, tratados que estavam acontecendo naquele tempo, assim foi fundador do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, em inglês *General Agreement on Tariffs and Trade*) desde 30 de julho 1948 ¹

Em 1986 aconteceu o que é conhecido como a Rodada Uruguai, sendo que nesta rodada de negociações foram incluídos outros temas para serem discutidos pelos membros, dos quais um era a agricultura. A Rodada Uruguai, terminou com a criação da Organização Mundial do Comercio em 1º de janeiro de 1995, a mesma data que o Brasil passou a ser membro.

Considerando a criação de uma nova organização internacional, e que na pauta de tal organização estava a agricultura, uma das formas de comércio que mais movimentava a economia brasileira, na época o país tinha um grande interesse em se tornar mais atrativo para o comercio internacional. Assim, uma das formas que foi

¹ Informações retiradas da página oficial sobre o Brasil no site da Organização Mundial do Comercio.

encontrada para estimular os contratos entre empresas nacionais e internacionais com sede no país foi a criação da Lei de Arbitragem, em 1996.

Tal lei, permite uma outra forma de resolução de conflitos, muito usada por empresas, por ser reconhecidamente mais veloz que o judiciário comum, e sendo que a lei brasileira de arbitragem tem fortes raízes na lei modelo UNCITRAL, o procedimento usado também já seria conhecido por empresas estrangeiras, fazendo que estas tornassem mais confortáveis em investir e, caso ocorressem litígios teriam a tranquilidade que estes seriam resolvidos por arbitragem, uma forma de resolução de conflitos já conhecida, sendo que no Brasil a sentença arbitral tem a força equivalente a uma sentença judicial.

2.5 QUESTIONAMENTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ÉPOCA

Após a promulgação da lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a doutrina e jurisprudência começaram a ter diversos questionamentos em relação a arbitragem nacional, por se tratar de uma forma de resolução de conflitos diferente da jurisdição estatal comumente utilizada, com procedimentos e regras próprias. Isto posto, uma das controvérsias que foi suscitada em relação a arbitragem foi se essa seria constitucional considerando o ordenamento jurídico brasileiro.

Esse questionamento nasceu, pois, como regra geral tem-se que a jurisdição apenas poderia ser exercida pelo Estado, através das diferentes Justiças organizadas no país: Justiça Federal, Justiça Estadual, Justiça do Trabalho, dentre outras. Nessas organizações estatais os Juízes seriam os responsáveis por analisar o processo, decidi-lo e, assim, colocar fim ao conflito entre as partes.

Parte da doutrina entendia que a jurisdição seria um monopólio estatal, através de uma análise do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional do Poder Judiciário (SCAVONE JUNIOR, 2018), com base na análise do art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]. (BRASIL, 1988).

Considerando o princípio anteriormente mencionado o problema trazido pela Lei da Arbitragem seria que essa infringiria este, pois estaria dificultando ou até mesmo impedindo o acesso ao que o Judiciário brasileiro. Considerando assim, que conforme a interpretação dessa corrente doutrinaria seria uma clara violação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois a lei 9.307/96 trouxe como uma de suas novidades a possibilidade de pactuar a arbitragem em contratos para possíveis conflitos futuros e, também, trouxe a desnecessidade da homologação da sentença arbitral nacional pelo Poder Judiciário.

A desnecessidade da homologação da sentença arbitral nacional, levantou questionamentos de inconstitucionalidade não apenas por 'retirar' um conflito da possível apreciação do judiciário, mas também por que não era compatível com o que estava prescrito no artigo 1.045 do Código Civil de 1916, que estava vigente a época desta controvérsia.

Outra parte da doutrina não via a validade do questionamento da possível inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, já que entendia que as partes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, tem a total liberdade para contratar, considerando o princípio constitucional da autonomia da vontade, também presente no ordenamento jurídico pátrio. Assim, seria possível que as partes, escolhessem que a solução de seu conflito fosse dada por um árbitro, seguindo a nova lei, ao invés de submeter o conflito para o Judiciário Estatal.

Conforme esta visão doutrinária,

[...] não se exclui do Poder judiciário a lesão de a direito das partes, pois se a convenção arbitral, ou mesmo a sentença proferida na arbitragem, contiver vícios indicados na Lei, caberá ação própria de invalidação, ou mesmo em defesa da execução[...]. Ou seja, verificada a violação ao direito, cabe o exame da questão pelo Judiciário. (CAHALI, 2015, p. 122).

Assim, esta corrente de doutrinadores argumentava que não haveria violação do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois seria uma escolha livre realizada pelas partes pela solução pela via arbitral. Também traziam como argumento, que em caso de algum tipo de violação da Lei regulamentadora, as partes teriam o direito de recorrer ao judiciário, apenas inviabilizando este de rever matéria já resolvida pelo árbitro por uma mera insatisfação da parte com a sentença arbitral ou como uma forma de protelar o final do 'processo'.

Isto posto, com a existência destes conflitos doutrinários, a questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, o responsável por interpretar os dispositivos constitucionais e realizar o controle de constitucionalidade, em um incidente durante o processo para homologar uma sentença arbitral estrangeira, proveniente da Espanha, com o nº SE 5.206/ES, pois neste processo foi provocado para decidir se a Lei 9.037/96 seria constitucional ou se violaria o acesso à justiça previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.

A decisão tomada por maioria pelo STF, em 12 de dezembro de 2001, foi de que a Lei de Arbitragem e seus institutos são constitucionais. Nesta decisão, o Ministro Carlos Velloso afirmou conforme Scavone Junior (2018, p. 33) “[...] o inciso XXXV (do art. 5º da CF) representa um direito à ação, e não um dever”.

Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que seria possível a vigência da lei, pois, considerando o já mencionado princípio da autonomia da vontade, a via arbitral ficaria disponível para aqueles que desejassem usá-la para quando assim seja permitido conforme a matéria litigada.

Desta forma, apenas conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, que permitem a realização de transação seriam passíveis de serem resolvidos por arbitragem, e esta escolha seria feita pelas partes, que realizam uma forma de transação, não para solucionar diretamente o conflito, mas sobre qual será sua forma de solução, selecionando assim a via arbitral.

A decisão tomada pelo STF segue em sua integralidade:

Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O

Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral.

SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206) (BRASIL, 2001, grifos do autor).

Conforme exposto no parágrafo acima, na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do juízo arbitral, houveram Ministros que discordaram de sua constitucionalidade, em situações que a manifestação preferencial pela via arbitral fosse anterior ao conflito, sendo que para esses Ministros não haveria que se falar em inconstitucionalidade quando a decisão pela via arbitral fosse feita durante o tempo da existência da lide.

Isto posto, fica claro que o posicionamento destes Ministros não era pela total inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, ou que todo conflito submetido conforme esta deveria poder ser revisto pelo Judiciário Estatal, uma interpretação relativa ao motivo da possível inconstitucionalidade um pouco diferente da visão doutrinária anteriormente mencionada, mostrando uma maior aceitação, ainda que não uma aceitação total, da via arbitral como uma possibilidade para solucionar certos conflitos e lides.

Frisando que, a visão da maioria dos Ministros do STF, que é a aplicada na atualidade é a da total constitucionalidade da Lei 9.037/96 e seus dispositivos e previsões, possibilitando assim que a via arbitral seja usada para solução de lides nacionalmente, permitindo que essa via seja escolhida durante a já existência do conflito ou pactuada como futura forma de solução em contratos, caso haja algum conflito proveniente deste.

2.6 *MATÉRIAS ARBITRÁVEIS*

2.6.1 CAPACIDADE

Neste momento será aprofundado em relação as matérias que são passíveis de arbitragem conforme o ordenamento jurídico brasileiro, mas antes disso é importante separar quem, conforme a lei brasileira pode utilizar a via arbitral. Segundo a Lei 9.307/96 (Lei de arbitragem) em seu art.1º “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”.

De acordo com Scavone Junior (2018, p. 28) isto significa que:

[...] basta que a pessoa tenha personalidade jurídica para que possa se submeter à arbitragem. [...] isto porque estamos no campo da capacidade de gozo dos direitos (capacidade de direito) e não do seu exercício pessoal (capacidade de fato), que depende da inexistência de incapacidades absolutas ou relativas, tal qual delineadas no Código Civil. O que se quer afirmar, diferentemente do que pensam alguns autores, é que as pessoas podem ser representadas, assistidas ou podem estar abarcadas pela concessão de tomada de decisão apoiada (art. 1.783-A do CC) na convenção de arbitragem, desde que respeitados os limites decorrentes da matéria, que deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Considerando a posição do autor referido no parágrafo acima, esta parece ser a mais sensata a ser aplicada, mesmo que haja uma visão oposta, como o próprio autor mencionou. Já que, pessoas relativamente ou absolutamente capazes participam de diversos contratos, como os de compra e venda na cantina da escola, por exemplo, e são representados ou assistidos em outros contratos, sendo que para a arbitragem ser possível, o contrato que recai sobre os bens não pode extrapolar o limite dos atos de mera administração (SCAVONE JUNIOR, 2018).

2.6.2 DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

Na lei da arbitragem já está expresso de forma específica que um dos limites para o uso da via arbitral no Brasil será a sua utilização para resolução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Por esse motivo, neste momento, será de forma breve, explanado sobre o que são os direitos patrimoniais conforme a doutrina pátria.

Deste modo, os direitos, se divididos conforme seu aspecto patrimonial, tem as categorias de direitos não patrimoniais e direitos patrimoniais, categoria que tem as subdivisões de direitos patrimoniais disponíveis e direitos patrimoniais indisponíveis. Os direitos não patrimoniais, segundo Scavone Junior (2018, p. 29) “ são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à imagem, ao nome e ao estado das pessoas, como, por exemplo, a capacidade, a filiação e o poder familiar.”.

Para que uso da arbitragem seja possível, os direitos que estão sendo julgados devem se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, o que significa que estes direitos são passíveis de alienação e transação, sendo assim todos os litígios que lidam com essa categoria de direitos podem ser resolvidos na via arbitral.

Porém, há alguns doutrinadores que colocam como uma possibilidade em relação aos direitos patrimoniais indisponíveis sejam resolvidos na via arbitral, em situações específicas, como, por exemplo, os direitos da personalidade, que não podem ser transacionados. Contudo, se decido pelo Judiciário que este direito foi ofendido, gera a parte que sofreu a ofensa o direito a receber uma reparação na forma de danos morais, as partes podem fazer um compromisso arbitral para que o valor da reparação a ser paga pela ofensa, já judicialmente sentenciada, seja decidido na via arbitral. (SCAVONE JUNIOR, 2018)

Em relação a direitos indisponíveis, estes são completamente incompatíveis com a solução por arbitragem. Caso este tipo de direito ocorra na via arbitral, de forma incidental, não significa que todo o processo arbitral perderá sua validade imediatamente, isso será uma questão prejudicial, não podendo o árbitro decidir sobre, sendo capaz apenas de suspender a arbitragem para a solução da questão prejudicial no judiciário.

Assim, é responsabilidade de qualquer uma das partes provocar o judiciário para que este se pronuncie em relação a questão prejudicial. Após o julgamento pelo juiz, independente do que for decido, a arbitragem deixará de ser suspensa. Isto pois, caso a questão prejudicial seja julgada como inexistente, haja uma sentença arbitral em relação ao conflito que iniciou o procedimento arbitral, ou, no caso de a questão prejudicial ser julgada como existente, e, portanto, convertendo o conflito em incompatível com a solução arbitral, por se tratar de direito indisponível, nesta situação, o arbitro extinguirá a arbitragem através de sentença terminativa. . (SCAVONE JUNIOR, 2018)

2.6.3 ARBITRABILIDADE E MATÉRIAS ESPECIFICAS

No direito brasileiro, além da limitação colocada pela lei da arbitragem em seu art. 1º, colocando a arbitragem, como regra geral, apenas para os direitos patrimoniais disponíveis, há ainda algumas matérias, que tiveram controvérsias sobre a possibilidade da solução via arbitral ser utilizada, mesmo que algumas dessas matérias se enquadrem como direito patrimoniais disponíveis.

Uma matéria em que houve discussão sobre a possibilidade do uso da arbitragem foi o direito consumerista. A discussão existe, pois, é entendido pela doutrina que há uma vulnerabilidade inerente ao consumidor, sendo que essa

vulnerabilidade é até reconhecida pela lei, tendo esse tipo de relação um código que considerando essa vulnerabilidade criou leis mais específicas para reger situações comuns vividas pelo consumidor, como a compra e venda, realização contratos, responsabilidade civil. Nesta área do direito, na atualidade se entende que a arbitragem como regra seria nula, porém alguns doutrinadores como Scavone Junior (2018, p. 37) entendem que:

[...] se o consumidor estiver assistido juridicamente e ainda assim firmar a cláusula arbitral, notadamente em documento apartado, sem descartar a hipótese da cláusula no próprio contrato, respeitando os requisitos do art. 4º da Lei de Arbitragem, não haverá vulnerabilidade jurídica e, nessa medida, imposição que tornaria a cláusula nula.

Semelhantemente, seria possível do uso da arbitragem em relações de consumo se essa fosse decidida como forma de solução após a existência do litígio, firmando as partes – consumidor e fornecedor – um compromisso arbitral. Isto seria válido pois nesta situação se entende que o consumidor, o vulnerável nesta relação, ciente do litígio, entende como melhor forma de solução a via arbitral, utilizando seu poder de contratar.

Outra matéria em que houve discussões sobre a validade da cláusula arbitral foi em relação aos contratos de adesão. De maneira resumida é possível afirmar que nos contratos de adesão, mesmo que tratem de relações consumeristas, o compromisso arbitral, em que as partes escolhem o uso desta via depois que o conflito já existe, é possível. Já nos contratos de adesão, a cláusula arbitral é possível, desde que esta disposição esteja escrita no corpo do acordo, com destaque e com assinatura própria para este item.

Isto não se aplica nos contratos de adesão nas relações de consumo, pois conforme o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) em seu art. 51, VII “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Assim, fica claro que há uma proibição legal para o uso da cláusula arbitral nos contratos de adesão nas relações de consumo, porém o compromisso arbitral é possível pois é derivado do princípio constitucional da autonomia da vontade, não sendo algo imposto ao consumidor.

2.6.4 MATÉRIAS ARBITRÁVEIS NO EXTERIOR

Já foi explanado brevemente sobre os limites da arbitragem no Brasil, sendo que esses são definidos pela lei de arbitragem, doutrina e jurisprudência do país. Desta forma, é claro que cada país terá limites diferentes para possibilidade do uso da via arbitral, sendo que sem seguida será analisado de uma breve forma os limites da arbitragem na Espanha, Portugal e Estados Unidos da América.

A legislação Espanhola que regula a arbitragem no país é a Lei 60/2003, que coloca as matérias passíveis de arbitragem são aquelas as quais as partes têm o poder de dispor livremente, conforme o disposto pelo direito espanhol (CAZZARO ; PEREIRA, 2014). Na exposição de motivos da referida Lei assim se coloca para justificar a maneira genérica que se coloca as limitações a arbitragem:

No entanto, considera-se desnecessário que esta lei contenha qualquer forma de elencar, mesmo de maneira exemplificativa, de quais matérias não são de livre disposição. Basta estabelecer que a arbitrabilidade de uma disputa coincide com a disponibilidade de seu objeto para as partes. A princípio, as matérias disponíveis são arbitráveis. É concebível que, por razões de política jurídica, possa haver ou possa haver questões disponíveis para as partes e para as quais elas desejem excluir ou limitar sua natureza arbitrável. (ESPANHA, 2003, Tradução nossa)².

Importante frisar que o exposto acima trata-se da regra geral para limitações de matéria passíveis de solução por arbitragem, porém, há temas específicos que possuem legislação própria que regulam a arbitragem em relação a esses, usando a Lei de Arbitragem Espanhola como uma fonte subsidiária. Assim como no Brasil um dos assuntos com normas próprias para a arbitragem é o Direito Consumerista.

Em Portugal a via arbitral é dividida em duas, sendo uma conhecida como a arbitragem necessária, que é regulada pelo Código de Processo Civil português nos artigos 1082 e seguintes, essa forma de arbitragem é imposta por lei como a forma de solução a ser utilizada em certos litígios, sendo que atualmente é incomum. A segunda forma de arbitragem é conhecida como arbitragem voluntária.

² Texto em seu idioma original “*Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable.*”

Essa forma de arbitragem é regulada pela Lei 63/2011, conhecida como LAV – Lei da Arbitragem Voluntária – que em seu artigo 1º assim dispõe:

Artigo 1.º

Convenção de arbitragem

1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros.

2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.³ (PORTUGAL, 2011).

Consoante com o exposto até o momento é a percepção que no Brasil, Espanha e Portugal as matérias de direito sobre as quais são possíveis a arbitragem, são aquelas que tem a possibilidade do direito a ser discutido na via arbitral ser disposto pela pessoa, seja ela física ou jurídica.

Já, nos Estados Unidos da América – EUA – a lei de arbitragem aplicável a todo o país é a Lei Federal de Arbitragem (Federal Arbitration Act – FAA) que coloca assim em seu capítulo 1º, § 2, das disposições gerais:

§ 2. Validade, irrevocabilidade e aplicação dos acordos sobre arbitragem. Uma provisão por escrito em qualquer transação marítima ou contrato que comprove uma transação que envolva comércio que será resolvido por arbitragem a uma controvérsia decorrente de tal contrato ou transação, ou a recusa em executar a totalidade ou qualquer parte deste ou um acordo por escrito para submeter à arbitragem uma controvérsia existente decorrente de tal contrato, transação ou recusa será válido, irrevogável e exequível, salvo com base nas razões legais ou patrimoniais para a revogação de qualquer contrato⁴. (ESTADOS UNIDOS, 1947, Tradução nossa).

De acordo com o disposto na lei acima não há nenhuma proibição específica sobre quais os tipos de litígios podem ser resolvidos na via arbitral, colocando como requisitos para a arbitragem a existência de uma concordância na forma escrita e que se inclusa em contrato este seja valido.

Porém é necessário frisar que esta é uma lei federal, sendo que cada Estado dos EUA pode promulgar leis que regulem a arbitragem em seu território, colocando

³ Texto retirado da Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal e com a linguagem original.

⁴ Texto em seu idioma original “§ 2. *Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate* A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract”

suas limitações ou regras para o uso da via arbitral em situações de arbitragem nacional. Como um exemplo destas limitações estatais para a arbitragem doméstica o judiciário do estado da Califórnia, em algumas situações específicas de Direito Consumerista, tem se posicionado para que a arbitragem não seja possível.

Na arbitragem internacional os EUA são signatários da convenção de Nova Iorque de 1958, com a ressalva que esta se aplicaria apenas para litígios comerciais, e da convenção do Panamá de 1975. Assim, em caso de uma arbitragem internacional serão aplicadas as regras destas convenções, a Lei Federal de Arbitragem dos EUA, e as leis estatais, caso estas não entrem em conflito de normas com disposto na lei federal⁵.

2.7 PRINCIPAIS PROCEDIMENTOS DE ARBITRAGEM

O procedimento da arbitragem pode ser dividido em 3 fases, seriam essas de acordo com Francisco José Cahali (2015): Fase I – Instauração da arbitragem, uma fase pré-processual; Fase II – Organização da arbitragem, momento em que se estabelece o objeto do conflito; III – Desenvolvimento da arbitragem, etapa em que ocorre o desenvolvimento da arbitragem propriamente dito, com a prática de atos postulatórios, instrutórios e decisórios regidos sob a autoridade arbitral.

Outra forma de dividir em 3 fases o procedimento arbitral, seria conforme o entendimento de Martins (2006, p. 88 apud CAHALI, 2015, p. 237).

[...] a fase pré-arbitral se inicia com a assinatura da convenção de arbitragem, mas se mantém até o surgimento do conflito. Ela se prolonga até a aceitação da nomeação dos árbitros. [...] Na fase arbitral: instituída a arbitragem, é dos árbitros, e somente deles, a jurisdição para resolver a disputa definida no Termo de Arbitragem. O procedimento estabelecido pelas partes deverá ser seguido e a sentença pronunciada no prazo pré-fixado. Por fim, a fase pós-arbitral se verifica quando esgotada a jurisdição arbitral, com a prolação da sentença final e eventual decisão em sede de embargos arbitrais, cabe a parte não vitoriosa cumprir o julgado, exceto se a sentença for passível de ação de nulidade (anulabilidade) por infração a uma das hipóteses contempladas no art. 32 da Lei 9.037/1996.

A arbitragem, por sua própria natureza como uma forma alternativa de resolução de conflitos, tem um procedimento próprio e divergente do procedimento

⁵ Informações retiradas da página digital *Thomson Reuters: Practical Law* em que estão descritos como são os procedimentos arbitrais nos EUA, bem como respostas sobre as dúvidas mais comuns relativas a arbitragem naquele país.

judicial comum, porém, não é imune a algumas das regras impostas ao judiciário Estatal. A respeito disso assim se manifesta Cahali (2015, p. 231)

Uma das características [...] da arbitragem é exatamente a flexibilidade do procedimento. Há liberdade entre as partes em estabelecer as regras de desenvolvimento da arbitragem ou adotar aquelas estabelecidas por uma instituição arbitral, através de sua eleição para administrar o conflito. A meta é a sentença, com qualidade e rapidez. [...] Mas esta liberdade é vigiada, pois está presente na arbitragem o respeito ao princípio geral do devido processo legal, pelo qual, [...] impõe-se as regras de preservação do direito ao contraditório, igualdade, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Conforme exposto pelo doutrinador Cahali (2015, p. 231), na arbitragem o procedimento poderá ser determinado de duas formas diferentes: respeitando as normas de procedimento do órgão arbitral escolhido para realizar a arbitragem ou poderá ser determinado pelas partes. Em ambas as situações existem limites a determinação das regras procedimentais, que no Brasil estão definidos no art. 21, § 2º, da Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem):

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.(BRASIL, 1996).

Em relação ao procedimento da arbitragem este se inicia, e, com isso, interrompe a prescrição, conforme o disposto no art. 19 da Lei de Arbitragem, quando o árbitro, ou todos os árbitros, caso forem vários, aceitem a responsabilidade de atuarem no processo arbitral. A partir dessa anuência, se nada convencionado pelas partes, inicia-se também o prazo de seis meses para apresentação da sentença, especificado no art. 23 da Lei de Arbitragem.

O procedimento arbitral pode ser prejudicado em alguns cenários. Uma situação que seria danosa à arbitragem seria o impedimento ou suspeição dos árbitros, circunstância em que o motivo deve ser posterior a convenção de arbitragem, caso seja anterior será necessário provar o conhecimento apenas posteriormente a convenção e deverá ser levantado na primeira oportunidade para manifestação. Se o árbitro aceitar o motivo, ele se retira do processo e outro árbitro o substitui, ou caso

as a partes não aceitarem o novo árbitro o processo se extingue seguindo o disposto no nos incisos I e II do art. 12 da Lei de Arbitragem.

Outra situação que pode acontecer com o procedimento arbitral é que a convenção de arbitragem seja nula, relativa ou absolutamente. De acordo com, Scavone Junior (2018, p.171) caso se trate de nulidade absoluta, por ser matéria de ordem pública, não há necessidade de arguir sobre na primeira oportunidade. Também conforme o referido doutrinador não há exigência de alegar no primeiro momento a incompetência absoluta do árbitro em razão de a matéria que lhe é submetida versar sobre direitos indisponíveis, pois essa matéria é incompatível com o instituto da arbitragem conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem.

Todavia, caso a alegação seja de incompetência relativa do árbitro em razão da matéria, pois essa excede os limites da convenção de arbitragem, o art. 20 da Lei de Arbitragem preceitua que é necessária a manifestação na primeira oportunidade, caso não haja a manifestação a consequência será a presunção da aceitação pelas partes.

As decisões sobre as questões de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem devem respeitar o princípio *Kompetenz-Kompetenz* e, portanto, serem decididas pelo árbitro ou tribunal arbitral. Com o reconhecimento da existência de qualquer dos vícios mencionados acima, que levem a invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, as partes deverão buscar a tutela do Poder Judiciário para julgar seu litígio. Nesta situação a arbitragem seria extinta por sentença terminativa sem a resolução do conflito (CAHALI, 2015).

A data de aceitação do árbitro, tem outra razão para sua relevância pois segundo Cahali (2015, p. 242) é a partir dela que a jurisdição estatal é afastada, tendo assim o árbitro jurisdição para conceder medidas cautelares antecedentes ou medidas de urgência, caso essa atribuição não tenha sido excluída de seus poderes.

Conforme Scavone Junior (2018, p.197) o árbitro tem o poder de deferir todas as tutelas provisórias previstas no CPC, sejam elas de urgência, cautelares ou antecipadas. Sendo o pedido antecedente, ou seja, anterior a instalação da arbitragem,

[...]pode ser feito judicialmente (art. 22-A da LA), esclarecendo o requerente ao juiz togado, na petição, que, no trintídio, contado da efetivação da tutela de urgência (cautelar ou antecipada), o requerente providenciará o necessário para instalação da arbitragem sob pena de perder a eficácia da medida concedida (parágrafo único do art. 22-A da LA). Instalada a

arbitragem, caberá ao árbitro manter, revogar ou modificar a tutela provisória de urgência deferida pelo juiz togado [...] (SCAVONE JUNIOR, 2018, p.197)

No procedimento arbitral é possível que haja pedido contraposto, o que significa que o requerente faz um pedido ao requerido, e na peça de defesa o requerido faz um pedido ao requerente. Essa situação tem como limitações apenas em relação as matérias que estão descritas na convenção de arbitragem (SCAVONE JUNIOR, 2018).

Em relação as provas no procedimento arbitral de acordo com Scavone Junior (2018, p. 196) o árbitro tem como poder instrutório a possibilidade de determinar a realização de provas, mesmo que essas não tenham sido requeridas pelas partes. Na arbitragem são admitidos todos os meios de provas necessários, sejam formas típicas ou atípicas, tendo como exemplo o discovery (análise de documentos de negócio jurídico referi art. 464, § 3º, do CPC do pela parte contrária) ou o depoimento técnico de especialista, que não é perito, conforme o previsto no art. 464, § 3º, do CPC.

Também, em relação as provas, é possível a oitiva de testemunhas, presencialmente ou eletronicamente. Em relação a possibilidade da condução coercitiva de testemunhas Scavone Junior (2018, p. 196) assim se manifesta:

A condução coercitiva da testemunha que se nega a comparecer será requerida pela parte interessada e deferida pelo árbitro ao juiz que seria competente para julgar a causa, mediante carta arbitral distribuída nos termos dos arts. 237, 260 e 267 do CPC, acompanhada de cópia da convenção de arbitragem e de outros documentos que reputar necessários, além da justificativa, no requerimento, da ausência a par da intimação. O juiz não poderá ingressar no mérito e deve determinar o comparecimento da testemunha, analisando, apenas, os aspectos formais, seguindo o art. 455, §5º, do CPC. Não há necessidade de advogado para postular o pedido de oitiva coercitiva

Ademais, é admissível pelo árbitro pacto das partes sobre o ônus probatório (CPC, art. 373, § 3º) ou que ele aplique a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova (CPC, art. 373, § 1º). Importante mencionar que a confissão, segundo art. 22 §§ 1º e 2º da Lei de Arbitragem é mera admissão de um fato, e não implica em procedência do pedido, ademais, a ausência da parte não equivale a confissão ficta como acontece no processo judicial (arts. 139, VIII, e 389).

Por fim, em relação ao procedimento arbitral especifica-se a possibilidade de intervenção de terceiros. Conforme de Martins (2008, p. 303) o entendimento da doutrina em geral é que a intervenção de terceiro dependeria da concordância das

partes e do árbitro, tendo ele, porém, uma opinião diferente em relação a necessidade de autorização das partes, pois, por mais que a arbitragem venha de um contrato os seus efeitos, por ser o exercício da jurisdição pelo árbitro, serão sentidos no campo público do direito. Considerando o exposto e a função social do contrato, ele coloca que a intervenção de terceiros no processo arbitral seria válida, desde que para a participação destes seja demonstrado a existência de interesse legítimo no resultado da disputa.

Para Scavone Junior (2018, p. 199) a intervenção de terceiros com concordância expressa das partes só seria necessária para a assistência simples, colocando que nas outras hipóteses de intervenção, apenas seria essencial que o terceiro concordasse em participar da arbitragem, aquiescendo a se submeter à sentença arbitral através assinatura incidental de compromisso arbitral.

3 TERMOS DE SERVIÇO DOS APLICATIVOS

3.1 CONTRATO

O ordenamento jurídico pode ser dividido conforme a ideia de Fatos Jurídicos, que se fracionam em diversas categorias, sendo que o contrato é uma subcategoria de atos lícitos, que em si é uma subcategoria de Atos Jurídicos em sentido amplo. Assim, o contrato, é entendido como o nome dado aos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, o que significa que existem duas ou mais pessoas expressando sua vontade, conforme a lei, com o intuito de criar, modificar ou extinguir direitos.

Os contratos aqui examinados são conhecidos como Termos de Serviço ou Termos de Uso, tendo como vontades expressas a do criador do aplicativo para celular e do usuário do aplicativo, sendo seu objeto – o uso do aplicativo – lícito, possível e determinado, bem como não existindo forma específica para esse tipo de contrato na legislação brasileira.

3.1.1 OBJETO DO CONTRATO

O objeto do contrato tem como requisitos colocados pelo inciso II do art. 104 do Código Civil “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável”. Essas condições são explanadas por Gonçalves (2015, p. 364) como sendo objeto lícito aquele que atenta contra a lei, moral ou bons costumes, coloca que o objeto jurídico destes é sempre uma conduta humana: fazer, dar ou não fazer.

No tocante à possibilidade do objeto o doutrinador divide em duas situações: possibilidade física, que depende das leis naturais ou físicas e alcança a todos igualmente e a possibilidade jurídica, já que o ordenamento jurídico proíbe negócios jurídicos em relações a alguns bens específicos, como por exemplo a herança de pessoa viva (GONÇALVES, 2015).

Nos termos e condições dos aplicativos para celular, que são os contratos estudados por este trabalho, o objeto da relação é o aplicativo, sendo que o objeto jurídico é fornecedor do *software* para celular disponibilizar este de maneira contínua e funcional para que o consumidor possa fazer uso do mesmo.

Em relação ao quesito da possibilidade do objeto, não há motivo para se falar de impossibilidade física desde, sendo que qualquer pessoa com um *smartphone* compatível com o aplicativo pode utiliza-lo. Também não há impossibilidade jurídica de forma genérica em relação a criação ou venda de aplicativos para celular, e por tudo já exposto o objeto é determinado, sendo esse o aplicativo escolhido pelo usuário.

3.1.2 CONTRATOS DE ADESÃO

Contratos de adesão podem ser definidos como um negócio jurídico em que apenas uma das partes decide o conteúdo das disposições do que será pactuado, a outra parte deste negócio jurídico tem como opção apenas aceitar – ou não – o conjunto geral das cláusulas pré-estabelecidas. Barbosa Junior (2014, p. 3) assim identifica “O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja constituído por uma das partes eliminando a discussão que precede a formação dos contratos”.

Essa característica do contrato de adesão significa que há uma clara prevalência da vontade de uma das partes nesse tipo de acordo, a parte que elaborou as disposições contratuais, e, a outra parte, com a sua autonomia da vontade se expressando de forma mínima, apenas como consentimento ao bloco geral dos itens que formam o contrato.

Por esse motivo, da desigualdade das partes em expressar sua vontade na formação do contrato, há um tratamento jurídico diferente para contratos de adesão para que esse desequilíbrio entre as partes no momento inicial da disposição do que será pactuado não se perpetue por toda a duração do contrato. No Código Civil essas regras diferenciadas se encontram nos artigos 423 e 424, *in verbis*:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.
Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.(BRASIL, 2002).

Com essas características dos contratos de adesão esclarecidas não resta dúvida que os contratos discutidos nesse trabalho se tratam de contratos de adesão, pois contém seus principais requisitos: possuem cláusulas decididas apenas pelos

criadores dos aplicativos, sendo que os usuários têm apenas a opção de aceitar os “termos e condições” por completo ou não utilizarem aquele programa.

Figura 1 - Cadastro para uso do Aplicativo Snapchat

What's your name?

FIRST NAME

LAST NAME

By tapping Sign Up & Accept, you acknowledge that you have read the [Privacy Policy](#) and agree to the [Terms of Service](#).

Sign Up & Accept

Fonte: Snapchat [2019].

A figura acima demonstra claramente essa situação em que a única opção do usuário para poder utilizar o aplicativo é aceitar os termos e condições (*terms of service*) e a política de privacidade (*privacy policy*). O único botão mostrado na figura é o que demonstra o consentimento com contrato como ele é colocado pelo aplicativo, demonstrando assim para o usuário que este não tem grande poder de decisão - apenas deve apertar o botão e concordar, se este deseja fazer uso do aplicativo.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DO CONTRATO

Ao se considerar o contrato representado pelos Termos de Serviço para adequadamente verificar sua validade conforme o ordenamento jurídico brasileiro é necessário, além de especificar qual seu objeto e confirmar que se trata de um contrato de adesão, demonstrar que pertence ao direito consumerista, pois é um contrato que tem todas as características para ser regulamentado pelo Direito do Consumidor.

A doutrina brasileira costuma considerar como contrato de consumo aquele que regula uma relação de consumo, ou seja, uma relação jurídica que vincula de

algum modo um consumidor e um fornecedor, em que o objeto deste é o fornecimento de algum produto ou que seja realizada a prestação de algum serviço.

Conforme o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) define quem pode ser considerado como consumidor em seu art. 2º “ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. ”, e em seus art. 17 e 29 expande essa definição “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento ”; “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. ”

O referido diploma legal também estabelece a definição de fornecedor em seu artigo 3º:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

A doutrina nacional interpreta este artigo de forma a considerar que fornecedores são aqueles que com habitualidade, colocam produtos ou serviços, no mercado de consumo. Considerando essas definições fica evidente que o usuário se enquadra na definição de consumidor já que é quem adquiriu o aplicativo, sendo seu destinatário final. Já em relação ao criador do aplicativo, este se enquadra como fornecedor pois disponibiliza o aplicativo para qualquer pessoa interessada, demonstrando assim a habitualidade, o adquirir, seja através de pagamento monetário ou de forma “gratuita”, pois o criador usualmente insere anúncios que geram alguma renda.

Desta forma, para concluir que os termos e condições é um contrato que deve ser regido pelas normas específicas colocadas no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), apenas necessita demonstrar o porquê o objeto, o próprio aplicativo, é um produto, delimitado pelo §1º, art. 3º do CDC “§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, ou serviço, definido pelo §2º do mesmo artigo; “§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Portanto, o aplicativo para celular pode ser tanto um produto quanto serviço, apenas depende de qual sua função, como exemplo tem-se o WhatsApp, que seria considerado um serviço pois é um aplicativo que oferece uma forma de comunicação entre seus consumidores, como uma empresa de telefonia. Em contraposição existem aplicativos que são produtos como os diversos jogos disponíveis na *Apple Store* ou na *Play Store* que podem ser comparados com versões online de jogos de tabuleiro, sendo desta forma bens móveis e imateriais.

3.3 CLÁUSULA DE ARBITRAGEM

Os Termos de Serviço de aplicativos para celular contém diversas cláusulas que regulam a relação entre o fornecedor do aplicativo, como disposições sobre o funcionamento do aplicativo, possíveis regras relativas a sons e imagens com direitos autorais, a responsabilidade civil, o uso dos dados fornecidos pelo consumidor e quase sempre existe um item sobre possíveis disputas legais.

Sobre a resolução de controvérsias há sempre uma disposição contratual que regula como prosseguir, existem aplicativos que colocam que qualquer disputa legal será em foro específico. Nessa situação, alguns elegem foro no Brasil e outros elegem o foro em países estrangeiros - sendo muito comum como foro estrangeiros Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito Norte da Califórnia e tribunal estadual no condado de San Mateo, na Califórnia - e além de eleger o foro, é comum também que o nesses termos especifique-se que o direito aplicado será outro, que não o do Brasil, como exemplo o aplicativo WhatsApp coloca que a lei aplicável será a do Estado da Califórnia⁶.

Em contrapartida existem aplicativos que colocam em seus termos de uso que a resolução de controvérsias será realizada através da arbitragem, desta forma colocam no contrato uma cláusula arbitral. Esta disposição é usada tanto para fixar que será realizada como arbitragem nacional quanto como arbitragem internacional. Também em contratos que possuem um artigo sobre o uso da arbitragem alguns possuem artigo escolhendo qual será o direito aplicado e outro item para a escolha do foro.

⁶ Informações retiradas do site oficial do aplicativo WhatsApp, na parte sobre os Dados Jurídicos do WhatsApp

Conforme Scavone Junior (2018, p. 121) não existe incompatibilidade ou colisão entre a cláusula de eleição de foro e cláusula arbitral, pois há situações em que é necessária a atuação do judiciário estatal no âmbito da arbitragem, como por exemplo o art. 7º da Lei de Arbitragem:

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.(BRASIL, 1996).

Outras hipóteses em que é fundamental a atuação do judiciário para que a arbitragem ocorra da melhor maneira possível são: a execução da sentença arbitral; cláusula arbitral vazia; nulidade da cláusula arbitral ou da sentença arbitral e a execução de medidas coercitivas durante o procedimento arbitral, como a condução coercitiva de testemunhas (SCAVONE JUNIOR, 2018). Logo, está esclarecido o porquê dos termos de uso que colocam a arbitragem como forma de solução de controvérsias também colocarem em seu corpo um artigo sobre a eleição de foro.

É relevante que nos contratos de termos de uso a via arbitral é escolhida através da cláusula arbitral, também conhecida como cláusula compromissória. Isto significa que esta escolha pela arbitragem é realizada antes da existência que qualquer conflito, e tem caráter preventivo, pois as partes desde o início da relação contratual deixam previsto que se houver qualquer conflito esse será resolvido por meio da arbitragem, excluindo o poder judiciário estatal (CAHALI, 2005).

Como já mencionado anteriormente, como regra geral, para a validade da cláusula compromissória em contratos de adesão, como os termos de uso dos aplicativos, é necessário que esta seja escrita no contrato, com destaque específico para a disposição que faz o compromisso arbitral e com assinatura própria para este item.

Porém, nas relações de consumo, que como já exposto o desenvolvimento e uso dos aplicativos de celular se enquadram, a cláusula compromissória como forma de escolher a via arbitral é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) em seu art. 51, VII “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

3.3.1 EXEMPLOS DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS

3.3.1.1 Spotify

Um dos aplicativos que possui cláusula arbitral em seus termos de uso é o *Spotify*, um aplicativo que possibilita que seus usuários escutem músicas de diversos artistas, acompanhem *podcasts* e criem suas *playlists*, dentre outras funções. Por isso pode ser considerado como um aplicativo que proporciona um serviço, por se aproximar com o serviço prestado por empresas de radiocomunicação.

Em seus termos de uso está explícito que para pessoas residentes no Brasil a lei aplicável será a lei brasileira, que o foro escolhido é, exclusivamente, o da cidade de São Paulo, no Estado de São Paulo. Mas, após colocar essas disposições os termos de uso colocam que se for possível o uso da arbitragem, essa será a forma de solução de qualquer disputa entre as partes.

No contrato do aplicativo *Spotify* as cláusulas referentes a arbitragem são as seguintes:

24.3 ARBITRAGEM

Se você estiver localizado, baseado, possuir escritórios ou realizar negócios em uma jurisdição na qual esta Seção 24.3. é exequível, as disposições de arbitragem obrigatória a seguir se aplicam a você:

24.3.1 Resolução de disputas e arbitragem

Você e o Spotify concordam que qualquer disputa, reivindicação ou controvérsia entre você e o Spotify, decorrentes de conexão com ou relacionados de alguma forma aos Acordos, ou à sua relação com o Spotify, enquanto um usuário do Serviço (seja com base em contrato, delito, estatuto, fraude, deturpação ou qualquer outra teoria legal e independentemente das reivindicações surgirem durante ou após o encerramento dos Acordos) será determinada pela arbitragem individual obrigatória vinculativa. [...]

24.3.3 Regras de Arbitragem

Tanto você quanto nós podemos dar início ao processo de arbitragem. Qualquer arbitragem entre você e o Spotify será dirimida consoante as Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (a "CCI"), então em vigor (as "Regras da CCI"), por um ou mais árbitros designados, em conformidade com as Regras da CCI, conforme modificado por esses Acordos e será administrado pelo Tribunal Internacional de Arbitragem da CCI.

24.3.4 Momento de Apresentação

Qualquer arbitragem deve ser iniciada mediante a apresentação de uma demanda de arbitragem dentro de UM ANO (1) a contar da data em que a parte que realizar a apresentação tenha sabido ou deveria ter sabido do ato, omissão ou negligência que deu origem à demanda. Não haverá direito a qualquer recurso para reivindicações não confirmadas dentro desse período de tempo. Caso a lei aplicável proíba um prazo limite de um ano para realizar as reivindicações, toda reclamação deve ser realizada dentro do mais curto prazo permitido pela lei aplicável.

24.3.5 Notificação; Processo

A Parte que pretende buscar arbitragem deverá primeiro enviar uma notificação por escrito da disputa para a outra parte por correio registado ou Federal Express (assinatura necessária). Caso não tenhamos um endereço físico registado para você, a notificação deverá ser enviada por correio eletrónico ("Notificação"). O Endereço do Spotify para a entrega de Notificações é: [Spotify, Attn: General Counsel, 4 World Trade Center, 150 Greenwich Street, 62nd Floor, New York, New York 10007, USA]. A Notificação deve (1) descrever a natureza e a base da reivindicação ou disputa; e (2) estabelecer a tutela específica almejada ("Demanda"). Concordamos em envidar esforços de boa-fé para resolver a questão diretamente, mas caso não chegemos a um acordo para fazê-lo no prazo de 30 dias a contar do recebimento da Notificação, você ou o Spotify poderão dar início a um processo de arbitragem. Durante a arbitragem, o montante de qualquer oferta de acordo feita por você ou pelo Spotify não deve ser divulgado ao árbitro até que o árbitro profira sua decisão final e o valor a ser pago, se houver. Caso nossa disputa seja resolvida através de arbitragem em seu favor, o Spotify pagará a você (1) o montante concedido pelo árbitro, se for o caso, (2) o último montante oferecido pelo Spotify em acordo na disputa antes de o árbitro estabelecer o valor devido; ou (3) US\$ 1.000,00, o que for maior. Todos os documentos e informações divulgados no decurso da arbitragem devem ser mantidos confidenciais pelo destinatário e não poderão ser utilizados pelo destinatário para qualquer finalidade, exceto para fins de arbitragem ou de execução da decisão e do montante devido, e não devem ser divulgadas, exceto em confiança para pessoas que necessitem saber para tais fins ou conforme exigido pela lei aplicável. Exceto conforme necessário para executar a decisão do árbitro e o valor nela fixado, nem você nem o Spotify poderão fazer qualquer anúncio ou comentário público ou dar início a qualquer publicidade relativa à arbitragem, incluindo, sem caráter limitativo, o fato de que as partes estão em disputa, a existência de arbitragem, ou de qualquer decisão ou valor estipulado pelo árbitro a ser pago.⁷(SPOTIFY AB, 2019).

A cláusula compromissória deste contrato dentro dos termos de uso pode ser considerada como uma disposição para a realização da arbitragem nacionalmente. Esta conclusão pode ser alcançada ao perceber que a lei aplicável conforme o disposto no contrato é o sistema jurídico brasileiro, tendo também expresso no pacto que há exclusividade de foro, sendo esse foro exclusivo no Brasil. E, além desses fatores, no site do Tribunal Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, em relação ao local da realização da arbitragem está disposto que essa poderá ser realizada em qualquer lugar do mundo⁸.

Observando-se o exposto, e ainda ao colocar os fatores de custo, tempo, forma de execução da sentença arbitral entre arbitragens internacionais e nacionais, parece que o mais lógico é o entendimento que o contrato se refere a uma arbitragem realizada no Brasil, e, portanto, nacional.

⁷ Cláusulas retiradas do site oficial do aplicativo *Spotify* em que o contrato assinado por seus usuários está reproduzido.

⁸ Informações retiradas do site oficial da Câmara de Comércio Internacional (CCI) sobre seus procedimentos de arbitragem.

3.3.1.2 Snapchat

Outro aplicativo que possui uma cláusula arbitral em seus termos de uso é o *Snapchat*. Este aplicativo tem como foco principal fotos, permitindo que seus usuários tirem fotos com filtros diferentes, sendo que muitos dos filtros mudam diariamente, e compartilhem essa foto com outros usuários por um tempo limitado; tendo além dessas características a possibilidade de conversas particulares entre os usuários do aplicativo. Por esse motivo pode ser considerado como um aplicativo que proporciona um serviço, por se tratar de uma forma de rede social, que é fornecido por quem desenvolveu o aplicativo.

Nos Termos de Serviço está explícito que o uso da arbitragem, para aqueles que não residem nos Estados Unidos da América, será aplicado se o consumidor estiver utilizando o serviço em nome de uma pessoa jurídica, e não para uso pessoal. No contrato está que a lei aplicável serão as leis da Inglaterra e do País de Gales, já com a ressalva que se a lei do país não permitir que isso seja feito, a lei aplicável será a do próprio país.

Também informa o contrato do aplicativo que foro de eleição são tribunais da Inglaterra no Reino Unido, novamente com a ressalva que isso não se aplica caso a legislação do país de residência não permita. Porém, depois dessa ressalva não informa qual seria o foro a ser utilizado nessa situação.

O aplicativo *Snapchat* coloca em seus Termos de Serviço as seguintes cláusulas referentes a arbitragem:

17. Resolução de disputas e arbitragem

Se algum assunto o preocupar, vamos conversar sobre isso. Antes de mais nada, fale conosco e faremos o possível para resolver o problema.

Alguns de nossos Serviços podem incluir termos adicionais que contenham disposições para resolução de disputas específicas do Serviço em questão ou de seu local de residência.

Se você estiver usando os Serviços em nome de uma empresa (e não para uso pessoal), você e a Snap Group Limited concordam que, no âmbito permitido pela legislação, todas as reivindicações e disputas entre nós, decorrentes de ou relacionadas a estes Termos ou à utilização dos Serviços, serão resolvidas com base nas regras de arbitragem da LCIA (LCIA Arbitration Rules), que estão incorporadas como referência a esta cláusula. Haverá um árbitro (indicado pela LCIA) e a arbitragem será realizada em Londres, em inglês. Caso não concorde com esta cláusula, você não deve usar os Serviços.

18. Jurisdição exclusiva

À medida que as partes tenham permissão para, no âmbito destes Termos, iniciar uma disputa em um tribunal, você e a Snap Group Limited concordam que todas as reivindicações e disputas (contratuais ou não) decorrentes de ou relacionadas aos Termos ou ao uso dos Serviços deverão ser julgadas exclusivamente nos tribunais da Inglaterra no Reino Unido, exceto quando proibido pela legislação do país em que você reside. Você e a Snap Group Limited concordam em se submeter à jurisdição exclusiva desses tribunais.

19. Escolha de legislação

As leis da Inglaterra e do País de Gales regem estes Termos e quaisquer reivindicações e disputas (contratuais ou não) decorrentes de ou relacionadas a estes Termos ou seu assunto. Os tribunais em alguns países podem não aplicar as leis da Inglaterra e do País de Gales a algumas disputas relacionadas a estes Termos. Se você residir em um desses países, a legislação de seu país de origem pode se aplicar a essas disputas.⁹ (SNAP GROUP LIMITED, 2019)

Assim, verifica-se que a cláusula compromissória deste aplicativo trata-se de uma arbitragem internacional, pois está explícito no contrato que a arbitragem será realizada em Londres, cidade do Reino Unido. Essa situação é considerada como arbitragem internacional, pois o parágrafo único do artigo 34 da Lei 9.307/96 assim define o que é a sentença arbitral estrangeira, “Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.” e, portanto, proveniente de uma arbitragem internacional.

Relevante frisar que de acordo com a legislação e doutrina nacional o disposto no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 2º, em sua definição de consumidor também estão as pessoas jurídicas, desde que essas sejam o destinatário final do produto ou serviço. Desta maneira, mesmo que esta cláusula arbitral se refira que somente será utilizada em casos de pessoas usando o aplicativo em nome de uma pessoa jurídica, as regras especiais de proteção ao consumidor, ainda serão válidas nessa situação, pois se enquadra na definição, sendo o destinatário final do serviço prestado pelo aplicativo.

3.3.1.3 Pinterest

Por fim, o último aplicativo que será analisado, pois possui uma cláusula arbitral em seus Termos de Serviço é o *Pinterest*. A ideia deste aplicativo é que seus usuários criem espaços com fotos, imagens, ou links da internet relacionados entre si, ou relacionados ao interesse do usuário e compartilhem com os outros usuários do

⁹ Cláusulas retiradas do site oficial do aplicativo *SnapChat* em que o contrato assinado por seus usuários está reproduzido.

aplicativos esses itens ao postar no mural. Considerando essas características, pode ser considerado também como uma rede social, sendo assim trata-se de um serviço que é fornecido por quem desenvolveu o aplicativo, pois é um avanço das formas de comunicação que antes eram oferecidas apenas por fornecedores como as empresas de telefonia.

Nos Termos de Serviço está explícito que será realizada a resolução de conflitos por arbitragem, nos casos em que a empresa e o consumidor não conseguirem resolver o conflito entre si, e se não for possível que o conflito seja resolvido no tribunal de pequenas causas. A lei aplicável é a do Estado da Califórnia, nos EUA. O foro de eleição nos Termos de Uso, está como exclusivamente o Condado de São Francisco, Califórnia, ou o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Norte da Califórnia.

Nos Termos de Serviço do aplicativo *Pinterest* são as seguintes cláusulas as que se referem a arbitragem:

[...]Caso o Pinterest não tenha sido capaz de resolver a disputa com você informalmente, cada um de nós concorda em resolver qualquer reivindicação, disputa ou controvérsia (excluindo reivindicações por medidas cautelares ou outros auxílios equitativos) decorrente de, em conexão com ou relacionada a estes Termos por processo arbitral ou tribunal de pequenas causas (para as reivindicações que se qualifiquem).

[...] Você aceita que, ao concordar com estes Termos de Serviço, a Lei de Arbitragem Federal dos EUA regerá a interpretação e a aplicação desta disposição, e que você e o Pinterest renunciarão ao direito de julgamento pelo júri ou a participar de uma ação coletiva. O árbitro tem autoridade exclusiva para resolver qualquer disputa relacionada à interpretação, aplicabilidade ou exequibilidade deste acordo de processo arbitral. Esta disposição de arbitragem continuará em vigor após a rescisão deste Contrato e ao encerramento de sua conta do Pinterest.

Qualquer arbitragem será administrada pela American Arbitration Association ("AAA") sob as Regras de Arbitragem do Consumidor em vigor na ocasião para a AAA, exceto conforme previsto neste documento. [...] A menos que você e o Pinterest concordem em contrário, a arbitragem será conduzida na região em que você reside. [...]Independentemente da maneira como a arbitragem for conduzida, o árbitro emitirá uma decisão por escrito fundamentada, explicando as descobertas e conclusões essenciais sobre as quais a sentença se baseia, e qualquer julgamento sobre a sentença proferida pelo árbitro poderá ser registrada em qualquer tribunal de jurisdição competente. Nada nesta Seção impede que as partes procurem medida cautelar ou outro auxílio equitativo dos tribunais, inclusive para as questões relacionadas à segurança dos dados, propriedade intelectual ou acesso não autorizado ao Serviço. [...] NADA NESTES TERMOS DE SERVIÇO AFETARÁ QUALQUER DIREITO ESTATUTÁRIO NÃO DISPONÍVEL QUE SE APLICAR A VOCÊ. Caso qualquer reivindicação, disputa ou controvérsia envolvendo o Pinterest ou nosso Serviço não seja arbitrável sob as leis aplicáveis: você e o Pinterest concordam que qualquer reivindicação ou

disputa envolvendo o Pinterest será resolvida exclusivamente de acordo com a Seção 12 destes Termos¹⁰. (PINTEREST EUROPE, 2018, grifos do autor)

Em relação a cláusula compromissória no contrato deste aplicativo refere-se a uma arbitragem nacional, pois está explícito nos termos que foram pactuados que a arbitragem será realizada na região em que o consumidor reside. Portanto trata-se de um contrato internacional, já que envolve partes de países diferentes e sistemas jurídicos diversos, que coloca o item sobre a via arbitral, para a realização da arbitragem no país, ou seja, seguindo a lei brasileira.

3.3.2 CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA

Como já explanado os termos de uso dos aplicativos são contratos de adesão, e, esse tipo de contrato tem características próprias, que também já foram examinadas. Mas além disso, essa forma de contrato tem uma crítica comum, pois como apenas uma das partes tem o poder de criar os itens a serem acordados, infelizmente, pode existir uma exploração da parte que não participou da criação dos termos do negócio jurídico, criando dessa maneira cláusulas que são consideradas abusivas.

No tocante ao direito consumerista as cláusulas abusivas são definidas por Nunes Júnior, (2005, p. 148 apud LOVATO NETO, RENATO, 2013, p.14)

[...] as práticas abusivas exteriorizam condutas onde o fornecedor se privilegia de sua prepotência econômica sobre o consumidor, porque domina os meandros da produção, dos termos contratuais, da publicidade, da informação e de qualquer outro meio que o coloca em uma situação de controle sobre o contexto contratual, estando a prática abusiva calcada no abuso do poder econômico da parte mais forte da relação de consumo.

Em relação a cláusula abusiva em contratos de consumo é necessário colocar que o Código de Defesa do Consumidor em suas disposições usa uma visão objetiva em relação a abusividade contratual, sendo que esta pode ocorrer na fase pré contratual, quando ocorrem na fase de negociações, ajuste do que será acordado; na fase pós-contratual, ocorrem após a contratação ou durante a vigência do contrato, em que a abusividade está dentro do próprio contrato.

¹⁰ Cláusulas retiradas do site oficial do aplicativo *Pinterest* em que o contrato assinado por seus usuários está reproduzido.

Essa visão objetiva em relação a existência de disposições abusivas, que se baseia fortemente na boa-fé objetiva, implica em que não é necessário que haja malícia por parte do fornecedor, ou intenção de obter vantagem indevida, a simples existência de disposições que retirem o equilíbrio contratual já é o suficiente para caracterizar como uma cláusula abusiva. (LOVATO NETO, 2013).

Existe um rol, que não é exaustivo, no CDC em seu artigo 39 de exemplos de práticas que são consideradas abusivas, como condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (venda casada); enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto; prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (abusar de consumidores hipervulneráveis).

A existência de artigos abusivos em contratos é uma realidade infelizmente, e, por esse motivo Barbosa Junior (2013, p. 4) coloca que “esse é o momento de intervenção do Estado, por via legislativa, administrativa ou jurisprudencial, para proteger os consumidores, tornando nulas essas cláusulas dotadas de abusividade.”

Essa intervenção estatal está presente no Código de Defesa do consumidor que sua Seção II - Das Cláusulas Abusivas, no artigo 51, coloca que serão nulas de pleno direito cláusulas dessa natureza. Porém, destaca-se que o § 2º do mesmo artigo assim dispõe sobre como a nulidade da cláusula afeta o restante do contrato: “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”(BRASIL, 1990).

Após todo o exposto é possível perceber que todas as cláusulas de arbitragem postas nos Termos de Serviço dos aplicativos de celular devem ser entendidas como disposições abusivas, pois a legislação pátria determina que é abusiva a existência de um item que estabelece a arbitragem como a via de solução para litígios. Desta forma, essas cláusulas que colocam a arbitragem como forma de resolução dos conflitos provenientes da relação entre fornecedor e consumidor do aplicativo devem ser nulas de pleno direito.

Isto pois, nos referidos contratos a arbitragem foi colocada como forma compulsória de solução de conflitos, sendo que esses pactos – Termos de Serviço – se enquadram como acordos que regulam uma relação consumerista, e na situação de contratos de consumo está expressamente proibido a arbitragem como

compulsória de solução de conflitos, sendo, como já mencionado um exemplo de cláusulas nulas, por ser o que está disposto no inciso VI do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

3.4 POSSIBILIDADE DA VIA ARBITRAL

Consoante o exposto anteriormente, verifica-se que por se tratar de contrato de consumo, os termos de uso de aplicativos que contém uma cláusula arbitral tem essa disposição como nula, porém não há nulidade do restante dos termos que foram acordados. Desta forma, não há como dizer que seja possível a validade da cláusula compromissória existente nesses contratos.

Todavia, a cláusula compromissória não é a única forma que um conflito seja resolvido pela via arbitral. Sendo que esta forma de solução pode ser atingida através da cláusula compromissória, que conforme o disposto anteriormente é a situação em que as partes antes mesmo da existência de qualquer conflito já decidem que caso venha a existir algum litígio daquela relação a forma de resolução deste será a arbitragem.

É exatamente isto que é proibido pelo CDC. Isto pois, em um contrato de adesão na relação consumerista, o consumidor, parte vulnerável da relação de consumo e ainda mais vulnerável em um contrato de adesão, estaria compulsoriamente renunciando ao seu direito a um julgamento judiciário estatal – em que existem formas para facilitar o acesso à justiça, como por exemplo a possibilidade justiça gratuita – para utilizar da via arbitral.

Porém, existem doutrinadores que se inclinam na existência de exceções à regra que impede que, em contratos de consumo, seja colocada cláusula arbitral anteriormente a existência de conflitos, ou seja, há o entendimento que seria possível contratos consumeristas com cláusula compromissória. Um doutrinador que compactua com esta linha de pensamento é Scavone Junior (2018, p. 37) que como já mencionado entende que se a vulnerabilidade presumida do consumidor estiver superada, como na situação de assinar o contrato tendo assistência jurídica, com a cláusula arbitral em documento separado ou destacado, e deixar de expressar que não tem interesse na arbitragem, não haveria motivo para a nulidade da cláusula.

Isto pois, com a vulnerabilidade presumida do consumidor sendo superada o contrato poderia não mais ser regido pelas regras específicas para as relações de

consumo, que foram criadas para proteger o consumidor por este ser vulnerável, e poderia usar a regra geral a cláusula arbitral nos contratos regidos pelas regras do Código Civil.

Mas, existe outra maneira que um conflito seja resolvido através da arbitragem, quando as partes escolhem realizar um compromisso arbitral. Este é descrito como a convenção em que as partes escolhem a via arbitral como forma de solução de litígios, porém isto acontece após a existência do conflito. (CAHALI, 2015)

O referido doutrinador coloca que o compromisso arbitral pode ser realizado no judiciário, seguindo o art. 209 do CPC, que desta forma necessita da assinatura das partes e seus advogados, se este for firmado nessa situação o processo judicial é extinto sem resolução de mérito e os atos já praticados, como a produção de provas, poderão ser aproveitadas na arbitragem se assim o árbitro decidir (CAHALI, 2015).

As características indispensáveis do compromisso arbitral se encontram dispostas nos artigos 9º e 10 da Lei 9307/96, sendo que o artigo 11 da mesma lei dispõe outras informações que este poderá conter.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral. (BRASIL, 1996).

Em relação a esses requisitos Scavone Junior (2018, p.110) afirma que se as condições do artigo 10 da Lei de Arbitragem não estiverem presentes no documento em que realiza o compromisso arbitral, esse será nulo conforme os termos do artigo 104 do Código Civil, pois se tratam de pressupostos de validade, que além dos quesitos gerais de agente capaz e objeto lícito, possível, determinado ou determinável, nessa situação há a exigência da forma prescrita em lei.

Essa forma é prescrita pelo artigo mencionado, que inclusive, dispõe que ela é obrigatória, desta forma a única conclusão possível é que se os requisitos do artigo 10 da Lei 9307/96 não forem cumpridos o compromisso arbitral será nulo.

A saber, a explicação em relação ao compromisso arbitral é motivada pois essa forma de escolha da via arbitral não é proibida pelo ordenamento jurídico, como é o caso da cláusula compromissória. Desta forma seria possível que um conflito proveniente de contrato de consumo entre o fornecedor e o usuário de um aplicativo seja resolvido através da arbitragem.

A escolha pela via arbitral através da forma do compromisso arbitral não se enquadra na proibição do artigo 51, VII, pois esse dispõe especificamente que a proibição da arbitragem apenas se esta for colocada como forma de resolução de conflitos compulsoriamente. Como explanado o compromisso arbitral é apenas realizado quando o conflito já existe entre as partes, ou seja, nessa situação o consumidor poderia, se assim for a sua vontade, escolher que deseja que o conflito seja resolvido através de arbitragem.

3.5 *PAISES EM QUE A CLÁUSULA ARBITRAL É PERMITIDA*

O negócio jurídico conhecido como Termos de Serviço analisados são contratos internacionais, que são criados pelos fornecedores dos aplicativos já cientes que estes serão assinados por consumidores em diversos países, e, portanto, sujeitos a diversos sistemas jurídicos. Por esse motivo é improvável que estes Termos de Uso sejam capazes de ter todas as suas disposições consideradas válidas em todos esses sistemas jurídicos aos quais estarão sujeitas, sendo que a maioria já contém uma cláusula informando que a nulidade de algum de seus artigos não anula o contrato inteiro.

Assim, não se visualiza de pronto má-fé na existência da cláusula que coloca a arbitragem como a solução obrigatória para os conflitos provenientes do contrato relativo ao uso de aplicativo de celular, já que estes não são feitos conforme as regras do ordenamento jurídico brasileiro, logo são feitos conforme o que o ordenamento jurídico de onde são criados permite.

Além disso, relevante notar que o ordenamento jurídico nacional coloca como nula a cláusula arbitral nesta situação dos aplicativos de celular pois a situação se trata de relação de consumo, se o contrato fosse regido pelo Código Civil tal disposição seria possível com algumas modificações. No entanto, nem todos os países possuem regulação própria para as relações de consumo, ou mesmo que exista uma regulação do direito voltado ao consumidor não significa que as regras

para aplicação desse direito sejam iguais às do Brasil, nem que essas leis sobre o consumidor tenham a mesma proibição em relação a imposição de arbitragem que existe no ordenamento pátrio.

Por esse motivo, será analisado a seguir se a cláusula de arbitragem nos Termos de Serviço é válida conforme o ordenamento de alguns países, para que fique claro a diferença no tratamento da possibilidade da arbitragem conforme legislações estrangeiras.

A maior parte dos termos e serviços são feitos nos Estados Unidos da América, e por esse motivo seguem as normas legais deste país. Como já mencionado a lei geral sobre a arbitragem nos EUA não contém nenhum tipo de limitação de qual matéria pode ser solucionada através de um procedimento arbitral. A questão analisada não se refere apenas ao uso da arbitragem, mas o seu uso para conflitos provenientes do e questões relacionadas ao direito consumerista, de acordo com a classificação brasileira. É possível chegar à conclusão que a cláusula arbitral colocada nos Termos de Serviço seria amplamente possível conforme o ordenamento jurídico dos EUA.

Nos Estados Unidos o uso da via arbitral é mais difundido que no Brasil, e por este motivo existe uma estrutura maior para acomodar a quantidade de demandas, pois, como já exposto não há uma limitação federal para o que pode ser arbitrável. Em relação a essa liberdade sobre a via arbitral traz controvérsias, como coloca Soares (2016. p. 7):

A arbitragem nos Estados Unidos vem sendo muito criticada e desprestigiada em razão da funcionalização desse instrumento alternativo à solução de conflitos aos interesses econômicos das grandes empresas, especialmente no segmento de cartões de crédito, telecomunicações (celulares em maior número), pois, ao mesmo tempo que favorecem a cobrança de dívidas abusivas dos consumidores, blindam juridicamente as empresas, através de cláusulas arbitrais restritivas de direitos, minimizando suas responsabilidades nas hipóteses de inadequação e insegurança dos serviços.

Ademais, as instituições arbitrais que congregam um maior número de empresas prestadoras de serviços de massa têm fins lucrativos, comprometendo toda a ideia de neutralidade e isenção, o que influi diretamente no resultado das decisões em favor do fornecedor.

Para se ter uma ideia do abuso, transcreve-se um exemplo de cláusula de arbitragem que continha o seguinte texto inserido em formulário padrão entre a filial norte-americana de uma companhia estrangeira de telefonia móvel e todos os seus assinantes: "Um árbitro não pode conceder perdão (relief) em excesso ou perdão da dívida se isso for inconsistente com as regras deste contrato, não pode ordenar reunião de casos ou a arbitragem coletiva, ou determinar a perda de juros e lucros, não pode ordenar perdas e danos punitivos, incidentais ou futuros ou qualquer outro ressarcimento de danos, que não os danos diretos sofridos pela parte vencedora [...]."

Assim, existem críticas como a acima colocada, também existindo críticas em relação a parte dos artigos do contrato que colocam que o consumidor não poderá participar de nenhuma ação de classe (*class action*), que são processos em que vários autores entram contra o réu, geralmente pessoas afetadas por algo contra grandes empresas. Isto posto, existem decisões de algumas cortes dos EUA que interpretam a cláusula arbitral nos contratos de consumo como inválida em seu total ou em parte.

Além dessa movimentação jurisprudencial para oferecer maior proteção ao consumidor em relação a quais matérias relacionadas aos consumidores são passíveis de arbitragem, na via política existe o projeto de lei conhecido como *Arbitration Fairness Act*, para regular a cláusula compromissória em que há renúncia do direito à ação de classe em contratos com consumidores, empregados e franqueados.

Na Inglaterra, mesmo que o sistema do direito tenha fortes bases no *common law* existe legislação específica que regula a arbitragem, *Arbitration Act 1996*, e possui também lei especial para regulamentar a arbitragem em relações de consumo *Consumer Arbitration Agreements Act 1988*.

Essa lei coloca que como regra geral que consumidor não pode ser obrigado utilizar a via arbitral, colocando, porém, algumas exceções, como: se, após a existência do conflito o consumidor assinar algum documento demonstrando que concorda com a resolução na via arbitral, em situações que o judiciário decidir que a solução do conflito será por arbitragem, entre outras¹¹. Desta forma, como regra geral a cláusula arbitral existente nos Termos de Serviço referentes aos aplicativos de celular não seria válida, mas há exceções em que sua validade poderia ser reconhecida conforme o disposto na lei inglesa.

Por fim, será analisado o sistema jurídico da Espanha em relação a possibilidade da cláusula de arbitragem em relações de consumo. Este país também possui regras específicas para a arbitragem no direito consumerista, essa regulamentação existe na forma do Real Decreto 231/2008 (RDAC), que coloca em seu art. 1º “A arbitragem institucional de resolução extrajudicial de natureza vinculativa e executiva para ambas as partes, dos conflitos surgidos entre Consumidores ou

¹¹ Informações retiradas do texto da lei do Reino Unido Consumer Arbitration Agreements Act 1988

Usuários e empresas ou fornecedores em relação aos direitos legal ou contratualmente reconhecidos pelo consumidor. (tradução nossa) ¹²

A referida lei expressa também que há matérias que mesmo que provenientes de uma relação de consumo não poderão ser sujeitas a arbitragem, sendo algumas delas condutas com repercussão penal, lesão, morte. Desta forma, fica-se claro que conforme o sistema jurídico nacional da Espanha a cláusula arbitral presente nos Termos de Serviço dos aplicativos para celular seria válida, se o conflito que suscitasse o uso da arbitragem não se enquadre em uma de suas exceções.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como foco a possibilidade de arbitragem nos contratos de aplicativos para celular. Primeiramente, aprofundou-se sobre o qual é o conceito e

¹² Texto em seu idioma original “*El arbitraje institucional de resolución extrajudicial de carácter vinculante y ejecutivo para ambas as partes, de los conflictos surgidos entre Consumidores o Usuarios y las empresas o profesionales en relación con los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.*”

limites da arbitragem conforme a lei brasileira, explanando, também sobre a controvérsia ligada a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, que regula a arbitragem nacional no país.

Ao estudar a referida lei, doutrina e jurisprudência relativas a possibilidade de arbitragem, ficou claro que existem limitações postas pelo ordenamento jurídico brasileiro sobre quais conflitos referentes a certas matérias podem ou não ser passíveis de solução na via arbitral.

Como os negócios jurídicos estudados neste trabalho são classificados como contratos internacionais, além das regras para a arbitragem nacional de acordo com a lei brasileira, inclui-se também uma comparação com as leis de arbitragem nacional em outros países. Isto foi realizado com o intuito de demonstrar que as matérias arbitráveis e não arbitráveis não são as mesmas em todos os países, até existindo países, como os Estados Unidos da América, que como regra geral não tem limitações em relação a qual matéria pode ser arbitrável.

Estas diferenças entre os países sobre quais são as matérias que podem ser resolvidas na via arbitral existem não apenas pela diferença no sistema jurídico de cada um dos países estudados, mas também pela forma que cada um desses sistemas entende a arbitragem e qual deve ser sua função. Parece que o Brasil é dentre os países estudados o que possui uma relação frágil com a arbitragem, por ser um sistema de solução de conflitos que apenas há pouco tempo vem sendo utilizado, e por essa relativa novidade desse sistema ainda não existe um grande desenvolvimento ou confiança estatal na capacidade e funcionamento do sistema arbitral.

Seguindo os estudos relativos a arbitragem e suas minúcias, foi aprofundado o tópico relativo ao pacto realizado entre o usuário e criador de aplicativos para celular, nomeado de Termos de Serviço ou Termos de Uso. Em relação a este contrato aprofundou-se em qual seria seu objeto, e além disso, conclui-se que este tipo de contrato deveria ser classificado como contrato de adesão.

Outra classificação em que os Termos de Serviço possuem é que se trata de contrato de consumo, já que é possível classificar suas partes em consumidor e fornecedor. Dessa forma, verificou-se que a existência da cláusula de arbitragem como forma obrigatória de solução de futuros conflitos provenientes desse contrato, seria uma disposição abusiva por essa obrigatoriedade da arbitragem estar proibida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Mas, a arbitragem para solucionar conflitos em relação de consumo em si não é proibida, apenas sua obrigatoriedade, então conclui-se que a arbitragem sobre litígios vindos desses contratos seria possível, se, como regra geral, tratar-se de direitos arbitráveis, usando a forma do compromisso arbitral, em que as partes, diante da existência de um conflito, escolhem renunciar ao seu direito de buscar o Judiciário Estatal e concordam que o litígio será resolvido através de arbitragem.

Por fim, fez-se novamente uma comparação com legislações estrangeiras para se verificar a validade da cláusula arbitral em contratos de consumo, demonstrando assim, que os Termos de Serviço são contratos internacionais, que interagem com diversos sistemas jurídicos. Portanto não é válido visualizar a existência de uma disposição que pelo direito brasileiro é abusiva como existência de má-fé, considerando-se que seria inviável o fornecedor criar um contrato que não infringisse as regras de todos os ordenamentos jurídicos no qual o aplicativo será disponibilizado.

Dessa forma, demonstrou-se que as cláusulas de arbitragem existentes nos contratos vistos nesse trabalho, são nulas conforme a lei brasileira, porém válidas conforme o ordenamento de alguns países estrangeiros. Também, apenas pela invalidade deste item não significa a nulidade do contrato ou a impossibilidade de solução na via arbitral, desde que essa seja escolhida após o conflito seguindo as regras colocados para a criação de um compromisso arbitral.

REFERÊNCIAS

BARBOSA JUNIOR. Glauco Robson Alves. Contratos: contrato de adesão. **Revista Unar**, Araras, v. 8, n.1, p. 1-11, 2014. Disponível em: http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol8_n1_2014/contratodeadesao.pdf Acesso em: 1 nov. 2019.

BERMUNDES, Sergio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. *In*: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). **Arbitragem doméstica e**

internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azevedo Santos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 377 – 381.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF.: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF.: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23 out. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**, Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF.: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**, lei da arbitragem. Brasília, DF.: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 23 out. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Juízo arbitral:** constitucionalidade. Brasília, DF: STF, 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm#Ju%C3%ADzo%20Arbitral:%20Constitucionalidade>. Acesso em: 24 out. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem:** mediação, conciliação e arbitragem, resolução CNJ125/2010. 5. ed. revista e atualizada, de acordo com a Lei 13.140/2015 e novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Arbitragem:** resolução de litígios. São Paulo: CCI, 2019. Disponível em <http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/arbitragem/> Acesso em: 2 nov. 2019.

CASELLA, Paulo Borba. Ratificação pelo Brasil da convenção de Nova Iorque de 1958: internacionalização do direito e relações entre direito e relações entre direito internacional e direito interno. *In:* WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (coord.). **Arbitragem comercial internacional:** a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAZZARO, Kleber; PEREIRA, Jailson. O instituto da arbitragem no Brasil e na Espanha: comparações legislativas. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 28, n. 1, jan./jun. 2014. p. 49-72.

CHENG, Tai-Heng; PECK, Julia. Arbitration procedures and practice in the United States: overview. *In:* THOMSON REUTERS: **Practical Law**. Toronto, 2017. Disponível em: [https://content.next.westlaw.com/Document/l46606fd91c9011e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=\(sc.Default\)&transitionType=Default&firstPage=true&bhpc=1](https://content.next.westlaw.com/Document/l46606fd91c9011e38578f7ccc38dcbee/View/FullText.html?contextData=(sc.Default)&transitionType=Default&firstPage=true&bhpc=1). Acesso em: 30 out. 2019.

DANTAS, Antonio Iranildo. Breve relato cronológico da história da arbitragem no Brasil. *In: Jus*, 2019. [S.l. : s.n]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58974/breve-relato-cronologico-da-historia-da-arbitragem-no-brasil>. Acesso em: 20 out 2019.

ESPAÑA. **Ley de Arbitraje**. Madrid: Jefatura del Estado, 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646&p=20151006&tn=1>. Acesso em: 30 out. 2019.

ESPAÑA. **Real Decreto 231/2008**, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2008. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3527>. Acesso em: 5 nov. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1.

LOVATO NETO, Renato. Contratos de consumo no direito brasileiro: regras gerais, interpretação e abusividade. **Revista Eletrônica de Direito**, Porto, n.2, out., 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6558938>. Acesso em: 1 nov. 2019.

MARTINS, Pedro a. Baptista. Arbitragem, capacidade, consenso e intervenção de terceiros: uma sobrevista. *In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (coord.). Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azevedo Santos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 291 – 307.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMERCIO. **WTO**, Genebra, 2019. Pagina oficial do Brasil no site oficial da Organização Mundial do Comercio. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/brazil_e.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

PINTEREST EUROPE. **Termos de serviço**. [S.l.], 2018. Disponível em: <https://policy.pinterest.com/pt-br/terms-of-service> Acesso em: 31 out. 2019.

PORTUGAL. **Lei n.º 63/2011 de 14 de dezembro**. Aprova a lei da arbitragem voluntária. Lisboa. Assembleia da República, 2011. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized?print_preview=print-preview . Acesso em: 30 out. 2019.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SNAP GROUP LIMITED. **Termos de serviço da Snap Group Limited**. [S. l.], 2019. Disponível em <https://www.snap.com/pt-BR/terms#terms-row>. Acesso em: 31 out. 2019.

SOARES, Dennis Verbicaro. A arbitragem de consumo no direito comparado: um modelo possível para o Brasil. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 106. Julho - Agosto 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec

a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCons_n.106.16.PDF.
Acesso em: 27 out. 2019.

SPOTIFY AB. **Termos e condições de uso do Spotify**. [S./], 2019. Disponível em <https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#s24> Acesso em: 31 out. 2019.

UNITED KINGDOM. **Consumer Arbitration Agreements Act 1988**. An Act to extend to consumers' certain rights as regards agreements to refer future differences to arbitration and for purposes connected therewith. London. 1988. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/21/enacted>. Acesso em: 4 nov. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **Federal Arbitration Act**, Title 9: Arbitration. Washington, D.C. 1947. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2013-title9/pdf/USCODE-2013-title9.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. **S.630 - Arbitration Fairness for Consumers Act**, to amend the Consumer Financial Protection Act of 2010 with respect to arbitration. [2019?]. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/630/text>. Acesso em: 23 out. 2019.

WHATSAPP INC. **Dados Jurídicos do WhatsApp**. [S. /]. Disponível em https://www.whatsapp.com/legal/?lang=pt_br Acesso em: 31 out. 2019.

WYPYCH, Gustavo Henrique. Arbitragem Internacional: leis modelos da UNCITRAL e IA-A. **Revista brasileira de direito internacional**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 416 - 434 jul./dez. 2005. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/5320/4032> Acesso em: 30 out. 2019.