

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE ADESÃO – DA LEGALIDADE À SUA INAPLICABILIDADE

Ricardo Motta Vaz de Carvalho*

RESUMO

Quando o assunto é arbitragem em relações de consumo as discussões, no Brasil, abdicam da racionalidade e razoabilidade e resvalam para a passionalidade. São aqueles temas tabus, que precisam ser enfrentados e desmistificados. Não existe nenhuma proibição em solucionar controvérsias consumeristas por arbitragem. Ao contrário, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.079/90), textualmente incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo no art. 4º, V.

Todavia, a celeuma se instala quando se verifica que o legislador erigiu no rol das denominadas cláusulas abusivas as que "determinem a utilização compulsória da arbitragem" (art. 51, VII). Nos denominados contratos de adesão, aqueles em que as partes assinam sem poder negociar as cláusulas, a lei de arbitragem outorgou-lhes tratamento peculiar, ao estabelecer que a iniciativa à arbitragem, nestas condições, deve partir do consumidor, e não lhe pode ser imposta. Há certos formalismos que devem ser respeitados, tais como, a cláusula estar em negrito, com visto especialou em documento separado. São requisitos de proteção ao consumidor e não se prestam a abusos, tais como, exigir que o consumidor assine o contrato com a cláusula inserida ou não esclarecer a ele o que isso significa. Nestas situações a arbitragem somente terá força vinculante para o proponente (empresa) e não para o aderente (consumidor), que poderá, se quiser, dirigir-se ao Judiciário.

Mas à parte estas filigranas jurídicas, no momento atual, muito mais importante revela-se incentivar o uso dos sistemas extrajudiciários de solução de disputas e, para tanto, instituir órgãos sérios, idôneos e competentes para gerenciar processos e solucionar

* Bacharel em Direito e Administração de Empresas. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela EMATRA/RJ. Mestre em Direito e Economia. Doutorando em Direito Público. Professor Universitário e de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos. Professor de Pós-Graduação

conflitos envolvendo o fornecimento de bens e serviços aos consumidores. As referidas instituições poderiam atuar em conjunto com órgãos públicos (federal, estadual ou municipal) e entidades vinculadas aos dois lados envolvidos, empresas e consumidores e processar arbitragens gratuitas ou a custos ínfimos. As áreas mais convidativas, entre outras, seriam as dos serviços, seguros, bancários, aviação, comércio em geral, etc. Nenhum impedimento legal existe, basta ser pró-ativo e ter boa vontade!

PALAVRAS CHAVES: ARBITRAGEM; CONTRATOS DE ADESÃO; LEGALIDADE

ABSTRACT

When the matter is in arbitration relations, the consumption's discussions, in Brazil, drop of rationality and reasonableness and approach for passionability. Those taboos issues, which must be faced and translated. There is no ban on consumers resolve disputes by arbitration. In contrast, the Consumer Defense Code - CDC (Law n. 8.079/90), verbatim encourages the use of alternative mechanisms for resolving conflicts in the art of consumption. 4, V.

However, the problem installs when it appears that the legislature raised in the role of the so-called unfair terms that the "stipulating the use of compulsory arbitration" (Article 51, VII). In called contracts of adhesion, those in which the parties sign without power negotiate the terms, the law of arbitration awarded them special treatment, in establishing that the initiative to arbitration, in these circumstances, should from the consumer, and it can not be imposed. There are certain criteria that must be met, such as the clause be bold, with especial clause seen in a separate document. They are requirements for protecting consumer and do not lend themselves to abuse, such as requiring that consumers sign the contract with a clause inserted or not explain to him what that means. In these situations the arbitration only have binding force to the tenderer (company) and not adhering to the (consumer), which can, if you wish, go to the Judiciary.

But the part these legal Filigrees, when current, much more important it is encouraging the use of systems extra for solution of disputes and, therefore, establish bodies serious, competent and processes to manage and resolve conflicts involving the supply of goods

and consumer services. These institutions could act together with public agencies (federal, state and municipal) and entities linked to the two sides involved, businesses and consumers and process referrals free or little cost. The most inviting, among others, would be in services, insurance, banking, aviation, trade in general, etc.. No legal impediment exists, just be pro-active and have good will!

KEYWORDS : ARBITRATION ; CONSUMERS CONTRACTS ; LEGALITY

INTRODUÇÃO

Os contratos de adesão, instrumentos jurídicos que regulam as relações de massa na sociedade moderna, em que o adquirente ao assiná-los não pode opinar quanto ao seu conteúdo, merecem tratamento especial e proteção do legislador. Geralmente estes tipos de contratos estão vinculados às relações de consumo.

Essas peculiaridades foram notadas pelo legislador que, ao disciplinar a solução de controvérsias por arbitragem na Lei n. 9.307/96, dedicou tratamento especial à arbitragem nesses tipos de contratos. Estão previstas duas formas para operacionalizar a arbitragem no art. 4º e no §2º da referida Lei. A primeira estabelece que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente quiser e der início ao procedimento arbitral. Esta disposição, por razões óbvias, retira o efeito vinculante da cláusula compromissória em relação ao aderente, mas não quanto ao ofertante do serviço ou produto. Este tratamento é dispensado quando a cláusula compromissória está incluída no contrato como outra cláusula qualquer, geralmente escrito em letras pequenas e raramente lidas ou entendidas pelo aderente. Este simplesmente assina no campo determinado.

Situação totalmente diferente ocorrerá se ao estabelecer a previsão de arbitragem o aderente for inquirido se a aceita (é uma opção) e foi devidamente esclarecido sobre o que é a arbitragem. Preenchidos esses requisitos prévios de concordância espontânea, a cláusula pode ser firmada em instrumento separado ao contrato, ou nele incluído, mas em negrito e com a assinatura ou visto especial para essa cláusula. Neste caso a cláusula compromissória terá eficácia plena, vinculando tanto o aderente como o proponente.

Mas para que isto ocorra de modo tranqüilo e adequado, a cláusula compromissória deve conceder condições efetivas de operacionalidade, que seja fácil

instalar a arbitragem, preferencialmente valendo-se de instituição arbitral idônea, com sede no local onde reside o aderente e que não represente em custos financeiros para ele.

Vale notar que a arbitragem em relações de consumo encontra franca aplicação em muitos países e, desde as últimas duas décadas do século passado, iniciou-se uma verdadeira revolução silenciosa na área da Justiça em âmbito universal. Movimentos que propuseram a renovação e incentivo das novas formas de acesso à Justiça, o que passou a ser denominado pelo jurista Mauro Cappelletti¹ como “a terceira onda renovatória do direito”: os meios extrajudiciários de solução de disputas, nele incluídos a mediação, a conciliação e a arbitragem.

O legislador brasileiro, nesta linha renovatória, fez inserir no art. 4º, V do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que trata da política nacional de consumo, o fomento e incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos de consumo.

É importante sublinhar que os métodos extrajudiciários de solução de conflitos passam a ser uma opção a mais para a sociedade e, com isso, não se pretende excluir as importantes e boas iniciativas existentes, tais como, as atividades desenvolvidas pelos órgãos de defesa do consumidor e os juizados cíveis. O que se propugna é mais uma porta de acesso à Justiça.

Todavia, observa-se que existe no setor muita falta de informação, quando não, equívocos de interpretação, pois muitos entendem que a arbitragem é vedada na área de consumo por estar disposto no art. 51, VII do CDC, que são consideradas cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, dentre tantas outras as que “determinem a instituição compulsória da arbitragem.” Ora, este dispositivo, não obstante sua salutar finalidade protetora, não encontra ressonância no direito brasileiro da arbitragem, pois, como esclarecido, a arbitragem só pode ser voluntária, tanto na área de consumo, como nas contendas cíveis ou comerciais.

Mas o alento na área surge por iniciativa de importantes empresas que, conscientes de sua responsabilidade social e por agregar valor aos seus produtos, começaram a praticar a denominada “oferta de arbitragem”, tal como verificado no exterior. Nestes casos, ao exporem à venda determinados produtos, informa-se aos consumidores que na eventualidade de controvérsias estes poderão dirigir-se, se quiserem, a determinadas instituições arbitrais com as quais mantêm convênios, para

¹ Cappelletti, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988. P. 9.)

solucionar as divergências, ou valerem-se dos demais meios judiciais ou extrajudiciais existentes. Vislumbra-se futuro promissor em diversas áreas, tais como de seguros, do mercado de capitais, das sociedades anônimas, desportiva, da própria Administração Pública e serviços em geral, que demandam iniciativas tanto dos agentes públicos como privados.

As demandas devem ser referentes aos assuntos patrimoniais e não àquelas que têm conotações penais. A sociedade precisa ser convenientemente informada, a cláusula compromissória inserida no contrato ter redação simples e clara, que seja fácil de ser operacionalizada, que não induza em erro ou equívoco de entendimento por parte do aderente e que não seja imposta, mas sugerida.

DESENVOLVIMENTO

1. CONCEITUAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

O contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são determinadas, de forma unilateral, pelo fornecedor ou prestador de serviço, cabendo à outra parte (por exemplo, o consumidor) apenas consentir com os seus termos e, posteriormente, aderir a eles.

Esta modalidade de contrato é típica das sociedades de massa. O crescimento do consumo, com sua produção padronizada e seriada, a contratação em larga escala de operários e introdução de procedimentos automatizados na produção exigiu a disponibilização de contratos padronizados, com cláusulas prefixadas para administrar a distribuição e venda de produtos e serviços com ampla disseminação no mercado, principalmente, o consumidor.

Neste contrato, não existe plena autonomia de vontade do contratante, bem como na discussão do disposto nas suas cláusulas. Não ocorre acerto prévio entre as partes com relação ao seu conteúdo, que implique numa redação retratando o comum acordo. Não tem sentido referir-se a *pacta sunt servanda* nesta situação.

A inserção de cláusulas em tal contrato, não descaracteriza a sua designação original, independentemente dessa inserção advir ou não de uma negociação prévia. Deste modo, o contrato de adesão caracteriza-se pelo seu conteúdo e forma de estipulação.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90) aborda o tema no seu art. 54, o qual oferece salvaguardas como:

- (a) tornar nula a cláusula que possibilite o cancelamento unilateral do contrato pelo fornecedor;
- (b) respeito ao princípio da transparência na redação do contrato, evitando o uso de linguagem inacessível ou eminentemente técnica, a aplicação de termos ambíguos ou vagos e a presença de informações ilegíveis;
- (c) validade de cláusula rescisória, apenas se o consumidor puder optar pelo término ou continuação da relação contratual.
- (d) utilização, em destaque, de textos que restrinjam direitos do consumidor.

A Cláusula Compromissória é a convenção, facultada as partes envolvidas num contrato, pela qual elas se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam advir na execução deste contrato (art. 4º da Lei nº 9.307/96). Tal cláusula deve estar inserida, por escrito, no próprio contrato ou em documento, em separado, referenciado naquele (art. 4º , § 1º da Lei nº 9.307/96).

Adicionalmente a esta disposição, esta cláusula pode estar acompanhada de disposições atinentes às regras relativas a algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada neste tema. Quando se fizer necessário, a arbitragem será instituída e processada, em conformidade com as regras previamente estipuladas, em tal cláusula ou em documento apartado (art. 5º da Lei nº 9.307/96).

Pela sua autonomia com relação ao contrato que a insere, a nulidade de tal contrato não significa a nulidade da cláusula compromissória (art. 8º da Lei nº 9.307/96).

Na ausência de um acordo prévio sobre a institucionalização da arbitragem, a parte interessada indicará, perante a outra, o seu propósito de começá-la, por intermédio de algum meio de comunicação, que viabilize a comprovação de recebimento, estipulando, subseqüentemente, data e local para firmar o compromisso arbitral (art. 6º da Lei nº 9.307/96). Havendo resistência ou omissão da outra parte para tal propósito, a parte interessada poderá requerer a sua citação para a lavratura do compromisso em juízo (art. 7º da Lei nº 9.307/96). Adicionalmente, na omissão da cláusula compromissória em regar a nomeação de árbitros para a solução do litígio, tal atribuição será imputada ao juiz, após ouvidas as partes (art. 7º , § 4º da Lei nº 9.307/96).

Ao firmarem a cláusula compromissória, os contratantes tem em mente a possibilidade de surgir, futuramente, um litígio. Deliberam, então, sobre a forma como será solucionado (por exemplo, pela justiça comum ou por arbitramento). Ao ocorrer a hipótese que deu origem ao pacto e estando de acordo quanto à pessoa que irá atuar como árbitro no caso concreto, celebram o compromisso. Neste momento, tendo conhecimento da exata extensão e da natureza do conflito, terão condições de decidir sobre o direito aplicável e outros aspectos que devem ser incluídos neste compromisso.

O conteúdo do compromisso arbitral é descrito nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.307/96, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9º da Lei nº 9.307/96). É admissível a delegação de poderes a fim de que órgão arbitral ou entidade especializada indique o árbitro que irá dirimir o litígio.

1.1. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Decisão lapidar proferida pelo juiz paulista Alexandre Alves Lazzarini², confirmada e elogiada pelo Tribunal de Justiça, traz a lume importante questão que reforça e prestigia a arbitragem. No caso, tratava-se de contrato empresarial em que iniciada a arbitragem, consoante disposto na cláusula compromissória, uma parte ajuíza ação para considerar sem efeito a convenção de arbitragem. A sentença judicial foi certa ao analisar a questão à luz do princípio jurídico da boa-fé, que com o Novo Código Civil –NCC, penetra como seiva no caule das relações contratuais, conforme estabelecido em dois primorosos dispositivos, os artigos 113 e 422 do NCC, respectivamente, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração” e “os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

É cediço que o componente de eticidade sempre esteve presente em nosso direito civil, mesmo na ausência de normas expressas a regular as relações contratuais cíveis, o que só ocorreu com a vigência do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Todavia, a projeção ética outorgada pelo NCC exige, tanto no momento da estipulação do contrato, como durante sua execução, que as partes se conduzam segundo os ditames da probidade e da boa-fé.

² Sentença publicada na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 22: 430/433

Esta nova disposição representa sutil alteração de rumo, que deve orientar o intérprete e aplicador da norma legal no que concerne ao alcance e abrangência da cláusula compromissória. Não pode assistir razão àquele que aceita as estipulações contratuais e depois, quando não lhe convém ou interessa, nega a validade da cláusula compromissória. A cláusula geral da boa-fé impõe os deveres acessórios de conduta no cumprimento contratual, entre eles a lealdade e a confiança. “A boa-fé exige um comportamento honesto das partes. E mais do que isso, exige um comportamento que leve em consideração a pessoa do outro contratante. Esse elemento ético obriga as partes a agirem de modo colaborativo, unidas no intuito de dar ao contrato a sua verdadeira e completa eficácia.”³

Portanto, advirta-se, deixar de acatar cláusula compromissória regularmente pactuada pode, à luz dos deveres acessórios de conduta que defluem da cláusula geral da boa-fé, em especial a lealdade contratual, incidir em duplo ilícito (legal/contratual): violar a Lei de Arbitragem e o Código Civil, ensejando, além da instituição obrigatória da arbitragem (art. 41 da Lei n. 9.307/96), também a responsabilidade civil contratual, por acarretar tanto o dano material como o dano moral. A parte que inadimpliu o contrato pode ser obrigada a ressarcir os incômodos causados pela procrastinação da instauração da arbitragem. Ademais, as partes podem, ao redigir o contrato, estabelecer cláusula penal nesse sentido.

Assim, nesta linha da eticidade reforçada pelo NCC foi lapidar a decisão exarada pelo juiz paulista, que foi mais além, disse que houvera por parte da parte recalcitrante “reserva mental”, aquela vontade que o agente intencionalmente oculta. O jurista pátrio Vicente RÁO esclareceu que, “reserva mental é uma particular espécie de vontade não declarada, por não querer o agente declará-la. É uma vontade que o agente intencionalmente oculta, assim procedendo para sua declaração ser entendida pela outra parte, ou pelo destinatário (como seria pelo comum dos homens) tal qual exteriormente se apresenta, embora ele, declarante, vise a alcançar não os efeitos de sua declaração efetivamente produzida, mas os que possam resultar de sua reserva.”⁴

³ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, p. 102/3, 2003.

⁴ RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. São Paulo, Saraiva, 3.º ed., p. 210/1, 1981

Por derradeiro, não se pode deixar de enaltecer que a referida sentença reforça a esperança e certeza em se ter a arbitragem efetiva e corretamente incorporada ao dia-a-dia jurídico, para que possa cumprir seu mister coadjuvante na administração da Justiça.

1.2. A DISCUTIDA LIMITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA IMPOSTA PELA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, para muitos, equivale a subtrair da apreciação do Poder Judiciário uma quantidade significativa de demandas. Por exemplo, a maioria das relações de consumo é regulada por condições negociais, passíveis de serem estipuladas por meio de contratos de adesão, cujo conteúdo é estabelecido pelo fornecedor, muitas vezes, expressando o seu próprio interesse.

A situação é definida por ato de vontade de apenas um dos contratantes, a qual em nada se altera pelo fato do aderente concordar expressamente em documento anexo ou dar seu visto à cláusula compromissória. Imaginar o oposto, ou seja, o consumidor conseguir impor a sua vontade, sendo a outra parte, por exemplo, uma empresa com elevado poder econômico (e.g.: uma instituição bancária), constitui uma hipótese improvável.

A prevalecer a primeira situação, demandas verificadas em setores inteiros da economia passariam a ser decididas por particulares destituídos das garantias da magistratura, sem a possibilidade de recurso. Ademais, não é improvável que possa existir o comprometimento dos árbitros com os interesses das partes econômica e politicamente mais fortes nos litígios, já que por elas teriam sido indicados.

A possibilidade de institucionalização da hegemonia do poder econômico como resultado da faculdade instituída pela Lei nº 9.307/96, pode ser um preço excessiva elevado a pagar pela celeridade na solução dos conflitos. O bem jurídico sacrificado (isto é, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional) possui valor infinitamente superior ao aludida celeridade. A paz social resultante da atuação de árbitros impostos por quem detém o poder econômico ficaria comprometida, se comparada à que resulta da aplicação da justiça por juízes togados. Estes últimos, para assegurar sua isenção, dispõem das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade dos seus vencimentos, que são fixados por lei e pagos pelo Estado, não

sendo, hipoteticamente, escolhidos ou impostos, inapelavelmente, pela parte que tem interesse na solução.

A tentativa de revitalização do juízo arbitral empreendida pelo legislador contrariou, segundo boa parte da doutrina e da jurisprudência, outros importantes princípios constitucionais, como: o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa e o princípio do juiz natural, em prol de um processo de terceirização da justiça estatal.

2. DOS CONTRATOS DE ADESÃO

A modalidade de contrato abordada encontrou regulamentação pela primeira vez, no direito brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), que conceituou o contrato de adesão como sendo aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou alterar substancialmente seu conteúdo.

A disciplina assim estabelecida, por evidente analogia, aplica-se também às condições negociais gerais estabelecidas fora do âmbito do direito do consumidor. Portanto, a definição legal abrange tanto os contratos com o conteúdo pré-determinado pela administração pública, como é o caso dos de seguro, afetos à Superintendência dos Seguros Privados, como aqueles cujas cláusulas tenham sido estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor.

Está implícita na definição (sendo o traço comum entre os contratos cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela "autoridade competente" e os demais) a pré-formulação das cláusulas (vinculada a condições negociais gerais), com vistas à sua aplicação futura nas relações com uma coletividade indeterminada, sem qualquer ligação com uma relação jurídica concreta.

É precisamente essa característica que denota a superioridade negocial do fornecedor. A determinação prévia do conteúdo contratual serve não apenas para otimizar sua atividade econômica, no tocante à eliminação do tempo que seria gasto com negociações individuais, como também à configuração do regime que lhe é mais favorável. Disso deriva o que se poderia chamar de rigidez contratual, ou seja, a virtual imutabilidade do contrato na relação negocial concreta, pela sua natureza modelar.

É irrelevante, para a caracterização do tipo contratual, a autoria do seu texto, bastando que constitua a exteriorização da vontade do predisponente. Pouco importa que este tenha se servido de modelos elaborados por outros fornecedores ou por associações de classe.

Também podem ser enquadrados no conceito de contrato de adesão aqueles que tenham tido suas cláusulas estipuladas apenas pelo fornecedor, para o ato, tendo em vista um consumidor específico, uma vez que a lei, na segunda hipótese, contida no art. 54 do CDC, omite a presença da generalidade e abstração, que caracterizam as condições negociais gerais. É suficiente que sejam as cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Estão compreendidos na definição, sob o aspecto formal, tanto os contratos em que se utilizam formulários como aqueles datilografados, manuscritos ou impressos por qualquer outro meio, contanto que baseados, estes últimos, em modelos de uso corrente pelo predisponente ou pela categoria econômica da qual faz parte e apresentados para aceitação em bloco ou rejeição. Assim, o fato de serem utilizados formulários apenas fornece uma evidência mais segura de que o intérprete se encontra diante de um contrato de adesão, não constituindo requisito para que seja qualificado como tal.

2.1. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE CONSUMO

É crescente, nas legislações modernas, o reconhecimento de limitações à vontade das partes como fonte das obrigações. Essa tendência está radicada na visão do direito como instrumento para a promoção das relações interindividuais com base na solidariedade e cooperação mútua, princípios incompatíveis com condutas não eqüitativas.

Como causa desse fenômeno poderia ser apontada a necessidade de introduzir um contrapeso ao modelo contratual resultante da produção e das trocas econômicas massificadas. Nesse contexto, surgiu como técnica contratual predominante, a pré-formulação do conteúdo dos contratos, como forma de agilizar as transações econômicas, e até mesmo de viabilizá-las, uma vez que, na prática, a negociação individualizada simplesmente não seria possível nem produtiva na concepção comercial vigente.

Essa modalidade de contrato faculta à contraparte apenas a adesão ou a recusa de contratar. A opção pela primeira alternativa implica em aceitar um regime contratual, favorecendo apenas os interesses daquele que o disponibilizou. Nem sempre a opção pela recusa é viável, por outro lado, em virtude da necessidade da contraparte de adquirir o bem jurídico que é objeto do contrato; além disso, o aderente provavelmente se veria colocado diante de condições negociais similares, caso buscasse contratar com outra pessoa um bem análogo.

Deste modo, não é procedente falar em liberdade contratual ou, mais propriamente, em equivalência de poder de negociação. A par disso, a predisposição do conteúdo dos contratos tem como efeito, com a derrogação sistemática das regras de direito supletivas, a criação de uma ordem jurídica paralela à estatal, inteiramente desprovida da preocupação de conciliar os fins individuais e sociais.

Assim, não tardaram a surgir normas destinadas a coibir práticas abusivas, em geral, inseridas no âmbito da defesa do consumidor, geralmente antecedidas por um período de sedimentação jurisprudencial, durante o qual os tribunais buscaram apoio em princípios gerais do direito, tais como a boa-fé objetiva e a ordem pública.

2.2. INAPLICABILIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM AOS CONTRATOS DISCIPLINADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A princípio, seria o caso de se restringir ao exame aos contratos de adesão que não tenham por objeto a relação de consumo. Afinal, o CDC comina a pena de nulidade absoluta à cláusula que determine "a utilização compulsória de arbitragem" (art. 51, VII da Lei nº 8.078/90).

Cumulativamente, o projeto que originou à Lei nº 9.307/96 previa, expressamente, a revogação desse dispositivo legal, com a explícita intenção de generalizar a utilização da cláusula compromissória. Seria lícito imaginar, recorrendo à intenção da lei, que remanesceria a vedação contida no CDC.

Contudo, o fato é que o estatuto legal mais recente, da forma como foi redigido o §2º do art. 4º da Lei nº 9.307/96, não consagrou essa exceção, também aí se manifestando a intenção da lei. E como a contradição tem lugar entre duas leis especiais, não faltarão os que concluem que a mais recente derogou implicitamente a mais antiga. A estes se poderá objetar que a lei mais moderna, por abrir exceção ao

monopólio estatal da justiça, deve ser interpretada restritivamente, só se podendo admitir que derogou norma de ordem pública, contida em lei igualmente de ordem pública, se o tivesse feito expressamente, posição que é a mais correta.

Sendo possível que se travem infundáveis discussões sobre esta matéria, parece mais prudente, no exame subsequente, levar em conta a possibilidade de que venha a prevalecer a hipótese mais danosa.

Além disso, estende-se o regime legal atinente às cláusulas abusivas nos contratos de consumo, geralmente inseridas em contratos de adesão, aos pactos sujeitos à disciplina do direito comum, que nada dispõe sobre o emprego de condições negociais gerais. A diferença de regimes em situações análogas baseia-se numa lacuna de direito no tocante aos últimos, autorizando o emprego da analogia para o seu preenchimento. Não poderia ser de outra forma: situações ou relações da mesma espécie, ou com o mesmo significado, devem receber o mesmo tratamento legal, em atendimento ao princípio da não-contradição axiológica.

2.3. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE ADESÃO LIMITANDO OS PODERES DE PREDISPOSIÇÃO DO CONTEÚDO CONTRATUAL.

Para aqueles que entendem ser ilegal ou até mesmo inconstitucional a inclusão da cláusula compromissória em contratos de adesão, tal fato ocorreria por diversos motivos, tendo em vista certos requisitos formais necessários que pressupõem a concordância expressa do aderente, em documento apartado, ou se encontrando a convenção no corpo do contrato, desde que esteja em negrito, com o lançamento de visto ou assinatura especialmente para essa cláusula.(art. 4º, § 2º da Lei nº 9.307/96).

O legislador, estabelecendo essas condições, reconheceu que a concordância em submeter os litígios, que versem sobre direitos disponíveis à arbitragem de particulares, constitui uma limitação de direito, especificamente do direito de buscar a tutela do Poder Judiciário, daí resultando, já na partida, a inexistência do duplo grau de jurisdição (art. 18 da Lei nº 9.307/96).

Ademais, a leitura atenta da Lei nº 9.307/96 permite encontrar outras limitações importantes, tais como:

- (a) a recusa do árbitro, por impedimento ou suspeição, é julgada pelo próprio excepto (ou seja, indivíduo contra o qual se opõe exceção em juízo) (art. 15 da Lei nº 9.307/96). Desacolhida a exceção, somente poderá ser reexaminada se proposta a ação anulatória a que se refere o art. 33 da Lei nº 9.307/96, ou em embargos do devedor (art. 33, § 3º da Lei nº 9.307/96);
- (b) a possibilidade de julgamento por equidade (art. 2º, “caput” da Lei nº 9.307/96) ou de escolha do direito aplicável ao caso (art. 2º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.307/96), possibilitar-se-ia ao árbitro afastar a incidência de normas do direito positivo, excetuadas as de caráter imperativo, que, eventualmente, seriam mais favoráveis ao consumidor, em se tratando de relação de consumo, e mesmo quando não fosse este o caso;
- (c) o juízo arbitral é privado, embora a lei estabeleça que o árbitro, no exercício de suas funções, equipara-se ao funcionário público, para os efeitos da legislação penal (art. 17 da Lei nº 9.307/96). Isto significa que os serviços por ele prestados, da mesma forma que as despesas feitas com a instrução, deverão ser custeadas pelas partes. Com isso, subtrai-se-lhes, por exemplo, a possibilidade de verem a demanda apreciada nos Juizados Especiais Cíveis, instituídos pela Lei nº 9.099/95, cujo art. 54 institui a isenção de "custas, taxas ou despesas" em primeiro grau de jurisdição.

Tais conseqüências já não seriam desprezíveis na análise de contratos livremente negociados. A derrogação da competência judicial em contratos de adesão, somada à simultânea escolha do árbitro e de regras procedimentais, pode se tornar alarmante e, pelo grau de desequilíbrio entre as partes que institui, com todas as conseqüências daí decorrentes, autoriza o enquadramento da cláusula compromissória entre aquelas que "estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade" (art. 51, IV, do CDC).

Como abordado anteriormente, a característica essencial das condições negociais gerais é sua imodificabilidade. O aderente tem apenas duas opções: aceitá-las em bloco ou desistir da celebração do negócio jurídico. Não há a possibilidade de negociação. A notoriedade dessa situação chega ao ponto de fazer com que praticamente ninguém leia

na íntegra os contratos de adesão, pois seria inútil. Apenas, posteriormente, sobrevindo alguma vicissitude na relação negocial, as pessoas se dão conta da inequidade dos pactos que celebraram.

De qualquer forma, a adesão à cláusula compromissória, quando sequer existe a perspectiva de um litígio encontraria o aderente com uma disposição de espírito que não lhe permite medir, devidamente, as graves consequências dos seus atos. Isso só seria possível, se tivesse conhecimento do inteiro teor da Lei nº 9.307/96.

Suponha-se, porém, que haja plena consciência de que da sentença arbitral não caberá recurso; de que terá de concorrer para o custeio da instrução, quando poderia, por exemplo, apresentar sua pretensão perante os Juizados Cíveis Especiais, onde tal não ocorre; e de que a apreciação da demanda por um árbitro nomeado pela parte contrária não é exatamente uma garantia de imparcialidade. Ainda assim se curvará à imposição do predisponente das condições negociais gerais, pois será inútil pretender sua exclusão e, ademais, como é próprio da natureza humana, tenderá a ver como remota a possibilidade de um litígio.

Particularmente grave será o desequilíbrio entre as partes se, na cláusula compromissória, o estipulante já fizer a indicação de árbitro. A invalidade de tal convenção advém do conflito com o princípio basilar contido no art. 13, “caput”, da Lei nº 9.307/96: o árbitro deve gozar da confiança das partes. Inadmissível, por conseguinte, sua imposição por quem tem o poder de definir o conteúdo do contrato, sob pena de desatendimento do preceito contido na mencionada norma.

A indicação de árbitro na própria cláusula compromissória, por conseguinte, só é possível quando resultante de tratativas realizadas entre partes com igual poder de negociação, condição que não se verifica nos contratos que se aperfeiçoam pela adesão a condições negociais gerais.

Ademais, é evidente que os critérios utilizados nessa indicação nada terão a ver com o objetivo de assegurar a apreciação serena e imparcial da lide: a confiança do predisponente estará estribada ou na certeza de que seus interesses serão privilegiados, ou na razoável esperança de que isso ocorrerá por outro motivo: que futuro teria, neste novo nicho mercadológico que é o da arbitragem, o profissional que se mostrasse, sob a ótica do empresariado, demasiadamente imparcial. Até de forma inconsciente, o árbitro tenderia a ser parcial, como meio de assegurar a continuidade das indicações.

2.3.1 DA NULIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A desvantagem exagerada em que é colocado o aderente, como se demonstrou, traz como consequência a nulidade de pleno direito da cláusula compromissória, a teor do que dispõe o art. 51, caput, do CDC, analogicamente aplicável, aos contratos não sujeitos a este código.

Tratando-se de nulidade absoluta, pode o juiz decretá-la na primeira oportunidade em que dela tomar conhecimento, independentemente de provocação de qualquer das partes. Esta obrigação decorre das disposições contidas no art. 145, V, combinado com o art. 146, § único, do Código Civil.

O momento mais adequado para a declaração da nulidade da cláusula compromissória, seja pela inconstitucionalidade, seja pela abusividade, será a audiência prévia para tentativa de conciliação e lavratura do termo de compromisso arbitral a que se refere o art. 7º da Lei nº 9.307/96. A rigor, o primeiro momento seria quando do recebimento do pedido de designação de audiência. Contudo, é pouco razoável desperdiçar a oportunidade de tentar a conciliação.

Inexistindo a possibilidade de composição amigável e não tendo o aderente interesse na solução do litígio por arbitragem, cujas consequências deverão ser expostas previamente pelo juiz, deverá ser prolatada a decisão declaratória da invalidade do pacto em questão, seguida da extinção do processo.

2.4. A DOUTRINA CONTEMPORÂNEA ACERCA DA LEGALIDADE DA INCLUSÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Exatamente em matéria de proteção ao consumidor pode a arbitragem ser excelente canal de veiculação de descontentamentos e solução de problemas. Contudo, a lei brasileira em matéria de proteção ao consumidor cria algumas (todavia compreensíveis) restrições ao uso da arbitragem. Logicamente a lei 9307/96, ao regular a arbitrabilidade de direitos patrimoniais disponíveis instituiu a exigência de expressa concordância com a escolha da via arbitral para solução de controvérsias em contratos de adesão, ou seja, quem assina contrato padronizado impresso, sem poder negociar as condições deste, tem o direito de dizer expressamente se aceita ou não a arbitragem para dirimir qualquer controvérsia deste resultante. Nisso andou bem a lei brasileira.

Todavia, não se pode olvidar dos excelentes resultados que vem dando a experiência de uso da arbitragem na proteção dos consumidores na Argentina⁵. Os TAC, ou Tribunais de Arbitragem de Consumo, instalados na Argentina, em três meses, julgaram dezenas de casos, conforme dados da Subsecretaria do Comércio. A jurisdição do TAC somente se exerce mediante adesão voluntária, ou seja, as partes, previa e expressamente estipulam concordar com a jurisdição do TAC e igualmente acordam que tal decisão não comporta recurso, sendo final e executável prontamente. A apresentação de caso ao TAC é feita diretamente pelo consumidor, sem intermediação de advogados, obviando o óbice econômico normalmente representado pela necessidade de contratação de profissional jurídico.

Se a empresa não aderir ao TAC ou se recusar a comparecer, o consumidor pode levar sua denúncia aos órgãos da administração. Na Argentina, a Dirección Nacional do Comércio Interior, nos termos da Lei 24.240, que dispõe sobre a defesa do consumidor. No Brasil o sistema administrativo está estruturado e legalmente existe. Sua operação há de ser dimensionada. Os dois textos principais na matéria são o Decreto 861/93, que "dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC", na seqüência da Lei 8078/90 que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências".

Além e ao lado do aparato legal já existente, a proposta de utilização da arbitragem para a solução de controvérsias ligadas ao consumo pode ser alternativa eficiente para o consumidor brasileiro, a exemplo do que foi experimentado e deu resultados na Argentina.

CONCLUSÃO

É da tradição do povo brasileiro buscar jurisdição estatal e confiar à autoridade judiciária a distribuição da justiça. Por motivos culturais, demoramos a nos acostumar com a idéia de procurar a solução de nossas necessidades mais básicas e de nossos problemas sociais mais amplos - a saúde, a educação, o transporte, a telefonia, a energia, a previdência social - no seio da iniciativa privada.

Não almeja a arbitragem substituir a jurisdição normal, mas é um sucedâneo dela em certas áreas. A função judiciária brasileira, como em todo o mundo, está cada vez

⁵ NAVARRETE, Antonio Maria Lorca, "*La nueva ley de arbitraje española*", in Rev. Inf. Leg., Brasília, nº 104, p. 337-340

mais realçando problemas que já se revelaram como insolúveis. É extremamente morosa; a morosidade é característica intrínseca do Judiciário: sempre foi e será. Não se descobriu em país algum, a cura desse mal e a tendência é a de que ele se agrave. A arbitragem, mesmo parcialmente, ameniza a morosidade crônica da justiça comum.

O problema da justiça não é uma questão que diga respeito apenas ao legislador, encarregado de reestruturar a ordem jurídica estabelecida, mas a toda a sociedade, que tem o dever de, juntamente com os poderes públicos, prestigiar os meios alternativos de resolução dos conflitos, como, a mediação e a arbitragem.

Por outro lado, há forte tendência jurisprudencial e doutrinária de se considerar a inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão a uma subtração da apreciação do Poder Judiciário uma quantidade significativa de demandas, pois a situação é definida por ato de vontade de apenas um dos contratantes, qualquer que seja a forma de anuência da outra parte. No contrato de adesão, não existe liberdade contratual e a predisposição do conteúdo dos contratos implica na derrogação das regras de direito supletivas e na criação de uma ordem jurídica paralela à estatal, desprovida do interesse de conciliar os fins individuais e sociais. Assim, uma quantidade significativa de demandas passariam a ser decididas por particulares, destituídos das garantias da magistratura, e sem a possibilidade de recurso. Isto implicaria na quebra do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em prol de uma hipotética celeridade do processo. Adicionalmente, o processo de terceirização da justiça estatal advindo com a introdução do juízo arbitral contraria outros princípios constitucionais, como: o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa e o do juiz natural.

A presença da cláusula compromissória, em contratos de adesão, com a concordância do aderente, constitui uma limitação no seu direito, quando este submete os seus litígios, que versem sobre direitos disponíveis à arbitragem de particulares, sem a possibilidade de recurso da sentença arbitral e tendo de concorrer para o custeio da instrução. Nesta situação, o desequilíbrio em prejuízo do aderente pode ser significativo, agravado pelo fato de que a nomeação de um árbitro pela parte contrária não é uma garantia de imparcialidade, pois, até mesmo de modo inconsciente, as decisões desse árbitro poderiam ser parciais, para garantir a continuidade da sua indicação.

Portanto, a aplicação da cláusula compromissória nos contratos de adesão se mostra extremamente penalizante a parte hipossuficiente de tal contrato. É

desaconselhável, posto que esta não tem, em geral, os embasamentos técnico e jurídico necessários e suficientes para enfrentar, em igualdade de condições, o predisponente do contrato, num tribunal arbitral. Este predisponente possui, na maioria das vezes, um elevado poder econômico e suportes técnico e jurídico para suportar longas demandas, pois não deseja criar precedentes para o ressarcimento de consumidores, fato que terá impacto certo nos seus lucros.

Por outro lado, não há mais como negar que de fato, a arbitragem será a justiça do futuro. As câmaras de mediação e arbitragem registram aumento na procura de seus serviços em conflitos trabalhistas, principalmente, e reconhecem na área bom potencial de crescimento.

A agilidade da solução é uma das características da solução extrajudicial que atrai a simpatia de juristas e, mais recentemente, de magistrados. Além da informalidade, confidencialidade e atendimento especializado. Recentemente, fora constatado que, as empresas que optaram pelo uso da arbitragem para rescisões de contrato de trabalho de seus funcionários, por exemplo, sofreram uma queda considerável no número de reclamações trabalhistas. É vantagem para a empresa que, com rapidez, consegue por fim ao vínculo existente com seus funcionários e, é vantagem também ao empregado que, rapidamente consegue levantar os valores que tem a receber, não havendo aquela necessidade inconsciente de ambas as partes, de levar ao judiciário questões que, amigavelmente, poderiam ser resolvidas.

No universo jurídico-processual, as causas mais simples - em que são transigíveis os interesses em jogo - não devem ocupar os juízes togados, porquanto, para resolve-las, não são necessários conhecimentos especializados em direito, mas o "bom senso" e a "sensibilidade" que são próprios do juiz leigo, resultando daí ser a arbitragem o seu reduto natural.

A justiça pública deve cuidar apenas daqueles interesses que não possam ser satisfeitos pela justiça privada, como os ligados aos interesses públicos relevantes, aos direitos da personalidade, ao estado e a capacidade das pessoas, enfim, todos aqueles relativamente aos quais não admite a lei o poder de disposição das partes.

REFERÊNCIAS

1. ALVIM, José E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
2. BARACHO, José Alfredo do Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.
3. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.
4. BONILHA, Márcio Martins. “Do Efeito Vinculante da Cláusula Arbitral,” *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, nº 20, p. 107/110, mar./abr., 2004.
5. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
6. CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.
7. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2^a ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.
8. GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé**, São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, p. 102/3, 2003.
9. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 55.
10. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
11. NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
12. RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 3.º ed., p. 210/1, 1981
13. REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil**, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 7/13.
14. ROCHA, José Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50.
15. SOARES, Guido da Silva et al. **Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, In Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007
16. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 4^aed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109