

VALIDADE E EFICÁCIA DE CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS EM CONTRATOS DE ADESÃO

Carlos Miguel Araújo Hermano¹

RESUMO

A presente pesquisa busca aclarar acerca da dos requisitos de validade e eficácia da cláusula compromissória inserta em contratos de adesão, notadamente no que tange às relações consumeristas regidas pelo microssistema do direito do consumidor. É cediço que a vulnerabilidade do consumidor é situação fática que requer guarida especial do ordenamento nas relações jurídicas, devendo a arbitragem ser compatibilizada com o sistema normativo através do recorte das regras contidas no art. 4º, §§1 e 2º da LArb e art. 51, VII do CDC, através da oferta de arbitragem. Apresenta, por fim, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e as hipóteses para garantir a bilateralidade na disposição da cláusula compromissória.

Palavras-Chave: Arbitragem. Contrato de adesão. Cláusula compromissória. Oferta de arbitragem. Direito do consumidor.

Abstract

This research seeks to clarify about the validity and effectiveness requirements of the arbitration clause inserted in adhesion contracts, especially with regard to consumer relations governed by the consumer law microsystem. It is clear that the consumer's vulnerability is a factual situation that requires special protection of the legal order in legal relations, and the arbitration must be made compatible with the normative system by cutting the rules contained in art. 4, §§1 and 2º of LArb and art. 51, VII of the CDC, through the arbitration offer. Finally, it presents the position adopted by the Superior Tribunal de Justiça and the hypotheses to guarantee the bilateral nature in the provision of the arbitration clause.

Key words: Arbitration. Adhesion contract. Arbitration clause. Arbitration offer. Consumer law.

¹ Graduando no curso de Direito na Universidade Salvador - UNIFACS.

1 INTRODUÇÃO

Os contratos de adesão tornaram-se instrumentos jurídicos adequados a conferir a efetividade às empresas quando do atendimento de demandas do contratante, tendo em vista o curto período de tempo para estas realizarem os acordos e a necessidade de preservar a fluidez da atividade econômica.

Essa espécie de relação jurídica possui essencialmente três características intrínsecas: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez². A reunião dessas características atesta a concretização da autonomia privada exclusivamente no ato de firmar o contrato, visto que não é facultado ao aderente discordar parcial ou totalmente de uma cláusula em específico. Aceita-se o contrato elaborado pela parte, em tese, economicamente mais forte como um todo, ou não há negócio jurídico.

Noutro giro, dispare se revela a dinâmica jurídica estabelecida nos contratos paritários, vale destacar, é possível a discordância e alteração nas disposições e termos elencados no negócio jurídico, encerrando quaisquer divergências atinentes à liberdade de escolha e autonomia privada das partes.

Cumpre consignar, ainda, que a espécie de contrato objeto de análise existe em todo o âmbito das relações privadas, podendo envolver empresas ou particulares sem que estes se configurem como consumidores. Isto é, apesar de os contratos de consumo serem essencialmente contratos de adesão, não significa que apenas há consumidores estabelecendo esse vínculo contratual³.

²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1094.

³Nesse sentido, o Enunciado nº 171 do Conselho de Justiça Federal: “O contrato de adesão, mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil, não se confunde com o contrato de consumo.” Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/305>>. Acesso em: 17 mar. 2020.

Por outro lado, não podemos presumir uma assimetria nas relações privadas de cunho empresarial, atraindo a proteção estatal à parte mais frágil, como ocorre nas relações consumeristas, visto que o aderente tem o pleno poder de escolha quanto à pactuação com uma parte ou outra que lhe ofereça condições mais vantajosas, independente de ser realizada por um contrato de adesão.

Com isso, presumimos estar presente uma igualdade material entre as partes contratantes no caso de contratos de adesão empresariais, ambos interessados no contrato e no lucro advindo deste, prevalecendo os princípios da autonomia privada e da liberdade contratual.

Igualmente atenta à necessidade de fluidez das relações humanas, com vistas a conferir eficiência ao provimento jurisdicional instaurado em razão de eventual litígio, é facultado às partes contratantes renunciarem à jurisdição estatal e recorrer ao juízo arbitral, através, dentre outras formas, da inclusão da cláusula compromissória no negócio jurídico.

Inserida nessa lógica, discute-se se acerca da possibilidade de a arbitragem – meio alternativo de resolução de conflitos, em que as partes elegem um terceiro responsável por solucionar o conflito (o árbitro), de forma que o seu poder de decisão faz surgir um título executivo extrajudicial em favor de uma das partes – ser utilizada nos conflitos oriundos de negócio jurídico pactuado por adesão.

Acerca do tema, o art. 4º da Lei nº 9.307/1996, a Lei de Arbitragem (“LARb”), dispõe sobre a previsão da cláusula compromissória, devendo esta ser estipulada por escrito, inserta no próprio negócio jurídico ou em documento apartado que a ele se refira, conforme regra insculpida no §1º da norma supramencionada.

Especificamente no que tange aos contratos por adesão, objeto desta pesquisa, o §2º, do mesmo dispositivo legal, determina que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

No âmbito da Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), encontra-se a previsão expressa vedando a convenção de arbitragem – gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral – em caso de disposição compulsória estipulada por uma das partes, nos termos da norma contida no art. 51, VII do referido diploma.

Isto posto, em cotejo de ambas as normas supracitadas, a questão principal que se destaca é acerca da possibilidade de o contrato de adesão conter uma cláusula compromissória, tendo em vista a impossibilidade de negociação do contratante quanto ao seu conteúdo.

Situação ainda mais sensível quando enfrentamos a questão sob o viés do direito do consumidor, em que há uma disparidade de igualdade no embrião da relação jurídica, possibilitando o fornecedor estabelecer uma cláusula que obrigue o consumidor a renunciar a esfera judiciária pública, conjuntura que impõe validade e eficácia à cláusula compromissória.

Quer dizer, como podemos exprimir a vontade do contratante que precisa aceitar todos os termos do pacto, implicando numa renúncia ao direito de postulação na esfera pública? Nesses termos, a cláusula compromissória possui validade e eficácia possibilitando a exigência de cumprimento por ambas as partes, inclusive do redator das cláusulas, ora proponente, em detrimento do oblato?

A transparência – ou a ausência desta – das disposições que rechace o direito do contratante é matéria já há muito debatida nos tribunais pátrios, com foco nos casos de contratos sob a égide do direito consumerista, sendo a vulnerabilidade do consumidor presumida pelo Código de Direitos do Consumidor.

É possível identificar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais antagônicos, nos quais figurando de um lado a corrente em que defende que satisfeitos os requisitos do § 2º, do artigo 4º, da LArb, válida estaria a cláusula compromissória, os que advogam por um rigor, sendo necessário a análise do caso concreto e a liberdade do oblato na sua pactuação, e um posicionamento mais extremo que julga inaplicável a arbitragem nas relações consumeristas.

Sendo assim, esta pesquisa se reserva a elucidar questões que circundam o tema principal supraexposto, tendo como supedâneo a análise dogmática-normativa dos diplomas legais que disciplinam o tema, assim como o cotejo dos posicionamentos doutrinários e do atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da controvérsia.

2 CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS INSERTAS EM CONTRATOS DE ADESÃO

Ante a necessidade de compatibilizar os instrumentos jurídicos ao modelo negocial produto das trocas econômicas massificadas, surge o contrato de adesão, comportando a formulação prévia do conteúdo do negócio como forma de agilizar e viabilizar o tráfico econômico⁴.

A liberdade contratual plena, nesse contexto, foi comprometida⁵, conferindo espaço para o exercício de uma liberdade contratual a partir de uma nova concepção: exerce a sua liberdade contratual o aderente que escolhe a sua pactuação, independente das cláusulas inseridas no negócio jurídico.

Trata-se de um sinal da reconformação que alcançou institutos jurídicos clássicos pertencentes ao direito contratual, oriunda de uma imprescindível adequação sistêmica em razão do surgimento dos princípios sociais contratuais, resguardando a igualdade e o equilíbrio contratual nas relações negociais privadas.

Assim, o aderente possui a liberdade de firmar o contrato, anuindo com as disposições que estão nele inseridas através das cláusulas. A cláusula compromissória é norma apta a produzir efeitos próprios desde logo⁶, capaz de fazer surgir o procedimento arbitral independentemente da existência de compromisso arbitral.

⁴ ETCHEVERRY, Carlos Alberto. **A nova Lei de Arbitragem e os contratos de adesão**. Revista de Direito do Consumidor, n. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 51-60.

⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil**, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 4, São Paulo: coeditora IOB e CBAr, 2004. pp. 7- 31.

⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e o Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 100.

Acerca do tema, faz-se mister pontuar que a vigência da Lei nº 9.307/96 concedeu força vinculante à cláusula compromissória⁷, findando grande obstáculo à sua operacionalização no ordenamento pátrio, uma vez que antes do advento desse diploma normativo, a corrente dominante na doutrina entendia como sendo um pacto preliminar, somente conferindo a aludida força vinculante ao compromisso arbitral⁸.

Sistematicamente, não alheio ao intenso debate doutrinário acerca do tema⁹, a cláusula compromissória deve ser compreendida como um negócio jurídico processual¹⁰, que produz tanto efeitos jurídicos negativo, quanto positivo. Como efeito negativo se extrai a renúncia à jurisdição estatal, ao passo que o efeito positivo produzido consiste na atribuição de jurisdição ao árbitro ou ao tribunal arbitral¹¹.

Ademais, quanto à forma da cláusula compromissória, versa a LArb, em seu art. 4º, §1º, que deve ser estipulada de forma escrita, sendo este o único requisito específico para a sua concretização, para além dos requisitos gerais impostos pelo ordenamento jurídico para a totalidade das relações contratuais de direito privado.

Por outro lado, em se tratando de cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, há regra mais específica em que o legislador exige que o aderente expresse sua anuência de forma incontestável e destacada quanto à cláusula compromissória. É o que determina o art. 4º, §2º da LArb, *in verbis*:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. [...] § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a

⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 128.

⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e o Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 100.

⁹ Há quem entenda que a referida cláusula possui natureza de negócio jurídico material autônomo, podendo produzir efeitos processuais em caso do surgimento do conflito, como é o caso de Giovanni Nanni. Assim como há a corrente, capitaneada por Francisco Cahali, que concebe como negócio jurídico de direito material e condiciona o caráter processual a eventuais estipulações a respeito de prazos, práticas de atos e intimações. Contudo, o posicionamento que nos parece mais adequado quanto ao sistema normativo pátrio e ao qual nos afiliamos, é de que a cláusula compromissória possui natureza de negócio jurídico processual, como leciona Carlos Alberto Carmona.

¹⁰CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e o Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 100.

¹¹CARMONA, *op. cit.*, p. 102.

iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.¹²

Carlos Alberto Carmona, ao lecionar acerca do instituto, pontua que a razão de ser, ou *ratio essendi*, da norma contida no texto legal ao exigir supramencionado requisito emerge da indispensável proteção ao contratante na hipótese em que o peticitante impõe o cumprimento de eventual cláusula compromissória somente por estar inserida em um contrato de adesão¹³.

Com a devida vênia, discordamos quanto a esta conclusão. Isso porque, as premissas de que todo contrato de adesão é injusto, assim como a de que todo contrato de adesão possui natureza consumerista desaguam na falsa conclusão de o aderente é sempre uma parte vulnerável¹⁴.

Em uma relação empresarial não há uma presumida posição desvantajosa que germine uma necessária proteção da legislação, visto que tratadas conforme os costumes comerciais e entre pessoas jurídicas dotadas de autonomia e liberdade.

Ao partir da premissa de que todo contrato de adesão é desequilibrado, estar-se-ia negando a real conjuntura das relações empresariais travadas na contemporaneidade e conferindo proteção exacerbada a pessoas jurídicas que não a necessitam. Trata-se, portanto, de uma intervenção estatal – através da legislação – que se revela desarrazoada neste contexto.

Para ilustrar, tenha uma relação contratual em que pessoas jurídicas estipulam os planos coletivos para seus funcionários. É cediço que algumas pessoas jurídicas contratantes ostentam posição econômica superior a seguradora, não sendo parte vulnerável da relação jurídica.

Em arremate, a vulnerabilidade do aderente somente deve ser institucionalmente presumida em caso de contratos de adesão celebrados sob a

¹²BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de arbitragem**. Vade Mecum Saraiva. 19. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1685-1688.

¹³CARMONA, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão: contratos de adesão de consumo, contratos de adesão civis, contratos de adesão empresariais**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 64.

égide do sistema normativo do direito do consumidor¹⁵, tema que passaremos a tratar em momento oportuno.

Destarte, a *ratio essendi* da norma deve ser inteligida como um anteparo ao consumidor – esta sim persona legítima a se valer da proteção do Estado – em caso de polícitante que, ao se valer de sua posição de poder, tenta impor cláusula compromissória à parte que tem a sua liberdade contratual totalmente mitigada.

Ao se analisar as especificidades da cláusula compromissória é possível traçar três regramentos distintos¹⁶: (a) regra geral em que impõe a observância da arbitragem quando produzidos os efeitos da cláusula; (b) regra específica atinente aos contratos de adesão empresariais, que contém a eficácia da cláusula compromissória; e (c) regra mais específica relativa aos contratos derivados de relação de consumo, devendo a cláusula compromissória observar as normas emanadas do microssistema que regem a relação jurídica.

Esclarecidos os nuances normativos acerca do regramento da matéria sob o prisma geral e quanto aos contratos de adesão genéricos, cumpre desenredar acerca das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão de natureza consumerista, tendo em vista o microssistema jurídico que rege a matéria.

2.1 ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE ADESÃO REGIDOS PELO MICROSSISTEMA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A concepção de microssistemas jurídicos no ordenamento representa avanço notável à proteção das minorias, visto que se pauta em valores sociais plurais existentes na sociedade¹⁷. Assim, revela-se como técnica legislativa indispensável para que o Estado intervenha nas relações privadas de forma razoável e propicie o tratamento igualitário entre as partes¹⁸.

¹⁵RODOVALHO, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta**. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, 2006. p. 13-21.

¹⁷RIBEIRO, Bruno Servello. **A nova era dos microssistemas jurídicos**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-103/a-nova-era-dos-microssistemas-juridicos/>> Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁸RIBEIRO, *op. cit.*

Contudo, apesar de suas regras e princípios próprios, não se pode assentir que tais microssistemas sejam desconectados e autônomos em relação ao sistema jurídico geral existente, ao pretexto de uma proteção das minorias e oferta de isonomia real aos consumidores.

Com vistas a esses anseios normativos, inaugura-se o microssistema do Código de Defesa do Consumidor, a partir da Lei nº 8.078/90, o qual reflete uma técnica legislativa destinada a disciplinar os problemas intrínsecos à relação jurídica consumerista¹⁹.

Entre os pilares estruturais do CDC, destaca-se a famigerada vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, emanada principalmente do inciso I do art. 4º do CDC. A concepção de vulnerabilidade perpassa pela situação de debilidade do consumidor perante o fornecedor na relação jurídica²⁰, atraindo para si o amparo legislativo de forma enérgica a fim de reduzir ou dirimir essa desigualdade de estado.

Imperioso pontuar que a vulnerabilidade do consumidor deve ser entendida em regime de presunção relativa, podendo ser ilidida quando a análise concreta deste revelar não merecedor da benesse normativa conferida pelo sistema. Para isso, examina-se as suas características, o seu conhecimento acerca do objeto negociado e as circunstâncias da contratação.²¹

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem entendido de modo a flexibilizar a presunção de vulnerabilidade do consumidor, como, por exemplo, os julgados sobre responsabilidade por prejuízos em fundos de investimento em que não atribui a proteção específica do microssistema do direito do consumidor em razão das características do investidor, apesar da incidência do CDC.²²

¹⁹NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. São Paulo: Juspodivm, 12. ed., 2017. p. 41

²⁰ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. **Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo**. Scientia Iuris: Londrina, vol. 21, n. 1, 2017. p.155-188.

²¹FILHO, Augusto Barbosa Santos. **Análise econômica da arbitragem em relações de consumo**. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. p. 37.

²²Por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.214.318-RJ**. Brasília, 12 jul. 2012. Lex: jurisprudência do STJ.

Nessa senda, a norma jurídica, ao dispor sobre arbitragem em contratos de adesão, intenta adequar os contratos de consumo ao mandamento contido no art. 4º, inciso V do CDC, incontestável incentivo aos mecanismos alternativos de solução de conflitos²³.

Acerca da possibilidade de utilização da arbitragem em conflitos oriundos de relação de consumo, Antônio Junqueira Azevedo elucida que os diplomas normativos que regem o instituto da arbitragem e a proteção dos consumidores são diplomas colidentes, mas que mantêm coerência legal interna, sendo ônus do intérprete harmonizá-los²⁴.

O exame do tema proposto leva a crer, à *prima facie*, que a arbitragem é instituto adequado apenas em grandes contratos comerciais firmados por partes em pé de igualdade econômica, não sendo recomendável nas relações de consumo²⁵, contudo uma análise mais cuidadosa revela o contrário.

O aparente antagonismo reside principalmente no cotejo de duas normas: as contidas no art. 4º, §2º, da LArb e no art. 51, VII, do CDC²⁶. Com o objetivo de concretizar a igualdade contratual da relação de consumo consubstanciada no contrato de adesão, o CDC determinou como abusiva a cláusula compromissória que determinem a utilização compulsória da arbitragem, determinando sua nulidade de pleno direito.

Assim, há quem defenda ser a arbitragem incompatível com a natureza do contrato adesivo (até mesmo genérico), ante a inexistência do elemento volitivo do oblato²⁷. Trata-se de linha protetiva do consumidor, visto que a compulsoriedade é presumida pelo desequilíbrio da relação jurídica estabelecida entre as partes, sendo

²³LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e Direito do Consumo**. Revista Brasileira de Arbitragem, Curitiba, v. 0, n, 00, 2003, p. 185-193, p. 187.

²⁴AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A arbitragem e o direito do consumidor**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 91, 1996. p. 267.

²⁵MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 890.

²⁶Art. 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; ²⁷STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: Editora LTr, 1998. p. 51.

insuficiente a assinatura do oblato no instrumento para que prevaleça a inequívoca certeza da sua anuência quanto à cláusula compromissória²⁸.

A mesma linha entende que a existência de uma política de criação de mecanismos alternativos para resolução de conflitos consumeristas (art. 4º, VI do CDC) não autoriza a instauração do juízo arbitral. Isto porque, o objeto da norma é incentivar o fornecedor que amplia o acesso ao consumidor de meios alternativos aptos a dirimirem eventuais lesões aos seus direitos, a exemplo da criação de ouvidorias e SACs, não servindo especificamente a arbitragem.²⁹

Ademais, parte doutrina também pretende solucionar o aparente conflito dessas normas através de técnicas tradicionais de resolução de antinomias jurídicas. Desse modo, vale-se do critério cronológico³⁰ para defender a revogação da norma protetiva do CDC e prevalência da LArb, possibilitando a utilização da arbitragem nas relações consumeristas.³¹

Há também parcela que se vale do critério da especialidade³² para – ao considerar o CDC como legislação especial – estabelecer como âmbito de alcance da LArb contratos de adesão que não envolvam relações consumeristas.³³

Em verdade, todo esse imbróglio jurídico reflete uma preocupação situada em outro plano contido no exame da possibilidade de instauração da arbitragem nas relações de consumo, uma preocupação concernente a embates entre distintas dimensões da concepção de liberdade³⁴.

²⁸FILOMENO, José Geraldo Brito. **Conflitos de consumo e juízo arbitral**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, 1997. p. 1132.

²⁹SOARES, Fábio Costa. **Arbitragem e Tutela do Consumidor**, Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, nº 34, 2006, pp. 269-271.

³⁰Critério de resolução extraído do §1º do artigo 2º da LICC: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.

³¹LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e Direito do Consumo**. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 0, São Paulo, 2003. p. 185-193.

³²Critério de resolução extraído do princípio da especialidade e representado pelo brocardo jurídico segundo o qual: “*lex posterior generalis non derogat priori specialis*”, não implicando em revogação de qualquer norma.

³³ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta**. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, 2006. p. 13-21.

³⁴SILVA, Luiz Augusto da. **Arbitragem e liberdade: reflexões para a expansão da prática arbitral no Brasil**. Monografia (Graduação). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 33.

O questionamento que paira surge da incerteza de legitimidade da escolha do consumidor em eleger a arbitragem como meio alternativo de resolução do conflito por meio do contrato de adesão. O fantasma da imposição unilateral do fornecedor em detrimento dos direitos do consumidor, amedronta o legislador e os intérpretes da norma.

A preocupação não é de toda infundada, principalmente quando se observa a experiência norte-americana, notadamente um modelo excessivamente permissivo³⁵ que resultou na inexistência de disciplina protetiva com relação à arbitragem no que tange os contratos de adesão consumeristas.³⁶

Entretanto, não se pode olvidar que o ordenamento brasileiro, ao contrário do estadunidense, possui um arcabouço denso de normas destinadas à proteção do direito do consumidor, representado por um microssistema jurídico.

Permanecendo o direito do consumidor resguardado em tese, cabe ao intérprete adequar, através da hermenêutica jurídica, a norma instituidora da arbitragem com o aludido microssistema para que seja preservada a coesão sistemática e possibilitada a concretização da arbitragem.

Por conseguinte, apesar do debate doutrinário, é estreme de dúvidas que é possível a utilização do juízo arbitral para resolver demandas oriundas da relação consumerista. É descabida qualquer conjectura que certifique em tese a impossibilidade de qualquer conflito de consumo seja arbitrável³⁷, dado que o ordenamento repugna apenas a “arbitragem compulsória”³⁸, sendo imprescindível uma análise casuística.

O exame concreto de cada caso também é indispensável para verificar a vulnerabilidade do oblato na relação jurídica, em um contexto de contrato de adesão

³⁵RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão: contratos de adesão de consumo, contratos de adesão civis, contratos de adesão empresariais**. São Paulo: Almedina, 2016.

³⁶RODOVALHO, *op. cit.*

³⁷NEVES, José Roberto de Castro. **Arbitragem nas Relações de Consumo: uma nova esperança**. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (orgs.). *Arbitragem e Mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁸ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Brasília, ano 3, n. 9, 2006. p. 13-21.

genérico, visto que não pode ser presumida a ausência de vontade e conseqüente impossibilidade de arbitralidade como pontuado alhures.

Aclarada a possibilidade de utilização da arbitragem nas relações consumeristas, cumpre esclarecer acerca da possibilidade de inserção da cláusula compromissória em contratos de adesão regidos pela égide do direito do consumidor.

De início, consigna-se que não há qualquer conflito normativo entre o art. 4º, §2º da LArb e art. 51, VII do CDC. Isso porque, ao dispor acerca da necessidade de destaque expresso e assinatura individualizada para essa cláusula compromissória, a norma busca alcançar apenas os contratos de adesão consumeristas, dada a sua presunção de desigualdade de estado, como exposto alhures.

A específica guarida da legislação quanto à paridade de estado apenas se justifica quando se trata de relação jurídica presumidamente desigual, como ocorre nas relações consumeristas. Quando se tratar de relação jurídica em que há igualdade material das partes, apenas é exigido o requisito de forma, contido no art. 4º, §1º da LArb, qual seja a escrita.

O que se pretende estabelecer é que as normas previstas na LArb e examinadas anteriormente possuem aplicabilidade e objetivos diferentes. Enquanto que a forma escrita deve ser assegurada a qualquer cláusula compromissória inseridas em contratos de adesão, a necessidade de destaque e visto individual são requisitos apenas para as relações jurídicas regidas pelo CDC.

Essa concepção culmina na inexistência de revogação das normas em comento e sim na necessária adequação interpretativa do disposto na Lei de Arbitragem com o microsistema de direito do consumo, assegurando proteção a quem de fato necessite.

A interpretação mais razoável da vedação prescrita pelo art. 51, VII do CDC é, apenas, obstar a imposição unilateral de um processo arbitral por meio de cláusulas

compromissórias aos consumidores.³⁹ A norma pretende evitar que o consumidor seja obrigado a enfrentar um processo arbitral sem que tenha conscientemente concordado e não proibir qualquer arbitragem de consumo abstratamente.

Não há obstáculo principiológico para que as lides de consumo se valham da arbitragem para a sua resolução, visto que são fundadas em direito patrimonial disponível.⁴⁰ Entretanto, não se pode olvidar para a possibilidade de a arbitragem de consumo fecundar uma abusividade em sua instauração.⁴¹

Defender a compatibilidade entre os institutos não significa aceitar a utilização da arbitragem de forma genérica nas relações consumeristas, mas sim de que para a sua concretização é necessário atender a determinados limites impostos pelo sistema normativo atinentes à própria relação jurídica.⁴²

Nesse sentido, a regularidade da escolha da arbitragem nas relações de consumo, depende de uma comprovação efetiva de que não se trata de imposição prévia e unilateral do policitante, assim como da existência da capacidade do consumidor de discernir acerca de sua adoção.

Como forma de expurgar eventual abusividade da utilização do processo arbitral e concretização da norma protetiva insculpida no art. 51, VII do CDC, deve ser feita uma análise quanto aos planos da validade e da eficácia das cláusulas compromissórias insertas nos contratos de adesão genéricos e consumeristas.

2.2 VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE ADESÃO

O controle de regularidade de um negócio jurídico é realizado, primordialmente, pelo ordenamento, através do exame dos planos jurídicos que o dissecam. Determinado negócio jurídico apenas produz efeitos jurídicos se existir, possuir validade e ser dotado de eficácia jurídica.

³⁹SILVA, Luiz Augusto da. **Arbitragem e liberdade: reflexões para a expansão da prática arbitral no Brasil**. Monografia (Graduação). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 48.

⁴⁰FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. **A cláusula compromissória nos contratos de adesão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor**. In: Temas de Arbitragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 2-16.

⁴¹FICHTNER; MONTEIRO, *op. cit.*, p. 22.

⁴²SILVA, *op. cit.*, p. 49.

No ordenamento pátrio, observa-se como requisitos básicos de validade de todos os negócios jurídicos aqueles enumerados pelo art. 104 do Código Civil. Ocorre que, a cláusula compromissória inserida nos contratos de adesão necessita do preenchimento de requisitos outros para ser considerada válida.

De um modo geral, como pontuado alhures, a cláusula compromissória invariavelmente necessita ser estipulada por escrito no próprio contrato ou em documento apartado que a ela se refira, conforme o art. 4º, §1º da LArb.

Ora, por se tratar de negócio jurídico processual, é possível a sua invalidação por motivos outros que não a sua forma de disposição. Assim, é necessário atentar-se também ao art. 166 do Código Civil, o qual elenca as hipóteses de nulidade de um negócio jurídico, não estando a cláusula compromissória isenta quanto à sua observância.

Cumpra pontuar que, independente de se tratar de cláusula compromissória cheia ou vazia, desnecessária a observância dos requisitos previstos no art. 10 da LArb.⁴³

No que tange os contratos de adesão genéricos, em que esteja presente uma igualdade formal e material das partes, basta que a aludida cláusula cumpra os supracitados requisitos para que se torne apta à verificação de sua eficácia; quer dizer, sua aptidão de processar eventual litígio pela via arbitral.

Em razão do recorte normativo estabelecido em outro tópico, a análise da eficácia da cláusula compromissória inserida em contrato de adesão genérico é concretizada somente com o preenchimento desses requisitos. É capaz de produzir seus efeitos jurídicos negativo e positivo a cláusula estipulada por escrito nos contratos de adesão genéricos.

Por outro lado, mais sensível é a matéria relacionada aos contratos de adesão consumeristas. É cediço que, além da observância dos dispositivos supracitados,

⁴³SCALETSCY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de; SERPA, Pedro Ricardo. **Existência, validade e eficácia da convenção arbitral**. Revista de Direito Empresarial, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 321-351.

quais sejam, arts. 104 e 166, ambos do Código Civil, e art. 4º, §1º da LArb, para que a cláusula seja válida é necessário que não se trate de “arbitragem compulsória”.

A vedação contida no art. 51, VII do CDC, situa-se no plano da validade do negócio jurídico processual, importando em sua nulidade de pleno direito. É requisito que prejudica a produção de efeitos, visto que, via de regra, a invalidade do negócio jurídico importa na sustação da sua eficácia jurídica.

Como frisado, nem toda arbitragem consumerista fundamentada por cláusula contida em contrato de adesão é compulsória. Não é uma questão que deve ser resolvida aprioristicamente.⁴⁴ Para que seja considerada uma arbitragem compulsória, é imperioso que seja imposta de forma unilateral pelo peticitante.

O que difere a bilateralidade da unilateralidade viciosa – esta permanentemente combatida pelo sistema normativo – é a inquirição, no caso concreto, da presença ou não da inferioridade técnica ou econômica do consumidor em relação à outra parte capaz de desaguar em eventual ônus descabido àquele.

Como leciona Nelson Nery, o microsistema do consumidor possui regra sistêmica segundo a qual a unilateralidade contratual na relação jurídica de consumo não pode prejudicar o consumidor⁴⁵, sendo a descaracterização da compulsoriedade da cláusula arbitral alcançada se constatada a bilateralidade.

A adoção prévia e unilateral da arbitragem em contrato de adesão consumerista é abusivo. No entanto, é possível que, quando instaurado o conflito, havendo consenso entre o consumidor e o fornecedor, seja deflagrado o procedimento arbitral.⁴⁶

Como forma de se alcançar a bilateralidade na escolha do juízo arbitral é adequada a concepção do instituto, nessa dinâmica em análise, como uma “oferta de arbitragem” do fornecedor ao consumidor.

⁴⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil**, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 4, São Paulo: coeditora IOB e CBAr, 2004. pp. 7- 31.

⁴⁵ NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 511.

⁴⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta**. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, 2006. p. 13-21.

O sistema da oferta de arbitragem permite que, após instaurado o litígio o aderente possa fazer uma escolha: dirigir-se ao judiciário ou recorrer ao juízo arbitral para a resolução do conflito. Dessa forma, se preserva o comando contido no texto do art. 4.º, §2º, da Lei 9.307/1996.⁴⁷

Trata-se de concepção que resguarda a validade da norma instituidora da arbitragem, uma vez que retira-lhe eventual abusividade quando da ratificação livre e espontânea da escolha da via arbitral pelo oblato.

Destarte, cumpre salientar que o descumprimento do disposto no art. 4º, § 2º da LArb, torna a cláusula compromissória ineficaz para a produção dos efeitos jurídicos e resguarda a competência da jurisdição estatal.⁴⁸ Trata-se, portanto, de implicação quanto ao plano de eficácia da norma.

Acerca do tema, de grande valia é o recurso especial 1.189.050/SP⁴⁹, precedente do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria foi do Ministro Luis Felipe Salomão, no qual considerou válida a arbitragem em relações de consumo seria considerada válida se: (i) houve condições de equilíbrio apresentadas pelo consumidor no momento da pactuação; (ii) houve iniciativa de instauração da arbitragem pelo próprio oblato; ou (iii) presente a concordância expressa deste, em caso de iniciativa do fornecedor.

Inicialmente, como já pontuado na presente pesquisa, se no momento da pactuação do contrato de adesão houver equilíbrio entre as partes, sendo ela consumidor ou não, inexistente a necessidade de proteção especial do ordenamento, prevalecendo a força obrigatória da cláusula compromissória como determina a regra geral.

Quando a arbitragem é instaurada por iniciativa do consumidor, importa em reconhecer a validade e a eficácia da cláusula compromissória. Nesse caso,

⁴⁷ LEMES, Selma Farias Ferreira. **Arbitragem e Seguro**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 56 - 69.

⁴⁸ GABARDO, Rodrigo Araujo. **Análise pelo Poder Judiciário dos Efeitos da Cláusula Compromissória Inserida em Contrato de Adesão – Artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem**. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 6, n. 22, 2009. p. 159-175.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.189.050/SP**. Brasília, 01 mar. 2016.

pressupõe-se que o sujeito vulnerável da relação ao optar por resolver a lide na via arbitral exerce a sua autonomia negocial plena.⁵⁰

Em última análise, é eficaz e válida a cláusula compromissória se o processo arbitral se instaure por iniciativa do fornecedor e o oblato aceite expressamente o seu processamento. Ao aceitar o contrato de adesão, a capacidade negocial do consumidor é presumidamente limitada, contudo, ao concordar com o processamento, o consumidor atesta a bilateralidade da cláusula e a aperfeiçoa.

Por fim, considerando todas as hipóteses elencadas pelo Superior Tribunal de Justiça, é cediço que a instauração da arbitragem pelo consumidor possui força vinculante em relação ao fornecedor, mas a recíproca não é verdadeira, uma vez que o consumidor, quando vulnerável, necessita de uma forma de ratificação da cláusula compromissória.

Analisados os nuances, conclui-se que a validade e eficácia da cláusula compromissória possui diferentes parâmetros a depender da relação jurídica consubstanciada no contrato de adesão.

Relativamente ao contrato de adesão genérico, a despeito dos requisitos gerais contidos no Código Civil, para que uma cláusula compromissória seja dotada de validade e eficácia, indispensável a observância quanto a forma escrita, conforme impõe o art. 4º, §1º da LArb.

Por outro lado, em se tratando de contrato de adesão consumerista, em razão da observância das normas emanadas do microsistema do direito do consumidor, a cláusula somente terá validade e eficácia se, além de escrita e com a assinatura específica, for pactuada em regime de bilateralidade, como se observada nas hipóteses acima.

3 CONCLUSÃO

⁵⁰ FILHO, Augusto Barbosa Santos. **Análise econômica da arbitragem em relações de consumo**. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. p. 37.

Por tudo que foi dito, é palpável a existência de três regramentos distintos para a exigibilidade da cláusula compromissória: (a) observância da arbitragem quando produzidos os efeitos da cláusula; (b) regra específica atinente aos contratos de adesão empresariais ou genéricos; e (c) regra mais específica relativa aos contratos derivados de relação de consumo.

A deflagração do procedimento arbitral sob o fundamento de cláusula compromissória inserida em contrato de adesão é plenamente possível. Isso porque, sob o prisma da liberdade e igualdade contratual, o contrato de adesão não é presumidamente desequilibrado, sendo a cláusula compromissória expressão da vontade bilateral dos contratantes.

Entretanto, para que produza seus efeitos negativo e positivo, a cláusula deve ser dotada de validade e eficácia, somente conferidas quando da observação do determinado pelo ordenamento vigente, tanto o art. 104 do Código Civil e art. 4º, §1º da LArb.

Noutro giro, é cediço que a concretização da arbitragem de consumo, assim como a sua instauração em razão de cláusula compromissória inserida em contrato de adesão consumerista, dota de cautela em razão da vigência do microsistema de direito do consumidor.

Sendo assim, para que o consumidor se valha do juízo arbitral para a resolução de conflitos oriundos de contrato de adesão é necessário que esteja presente a bilateralidade na sua escolha, em razão da vedação à arbitragem compulsória do art. 51, VII do CDC.

Não obstante, a bilateralidade pode ser verificada quando, além do preenchimento dos requisitos de forma pela cláusula compromissória, em respeito ao art. 4º, §2º da LArb, a instauração se dê nas seguintes hipóteses: (i) igualdade material e formal entre as partes no momento da pactuação; (ii) quando a iniciativa da instauração da arbitragem for do próprio oblato; ou (iii) presente a concordância expressa deste, em caso de iniciativa do polícitante.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Elizabeth de Almeida. **Arbitragem de consumo no direito brasileiro**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2014.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta**. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, 2006. p. 13-21.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **A arbitragem e o direito do consumidor**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 91, 1996. p. 267.
- BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de proteção e defesa do consumidor**. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Lei de arbitragem**. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Vade Mecum Saraiva. p. 153- 287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e o Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- ETCHEVERRY, Carlos Alberto. **A nova Lei de Arbitragem e os contratos de adesão**. Revista de Direito do Consumidor, n. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 51-60.
- FICHTNER, José Antônio; MONTEIRO, André Luís. **A cláusula compromissória nos contratos de adesão submetidos ao Código de Defesa do Consumidor**. In: Temas de Arbitragem, Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 2-16.
- FILHO, Augusto Barbosa Santos. **Análise econômica da arbitragem em relações de consumo**. Monografia (Graduação). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Conflitos de consumo e juízo arbitral**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 21, 1997.
- GABARDO, Rodrigo Araujo. **Análise pelo Poder Judiciário dos Efeitos da Cláusula Compromissória Inserida em Contrato de Adesão – Artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem**. São Paulo: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 6, n. 22, 2009. p. 159-175.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil: volume único**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

_____. **Arbitragem e Seguro**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 56 - 69.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

NERY JR., Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: da proteção contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. São Paulo: Juspodivm, 12. ed., 2017.

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

RIBEIRO, Bruno Servello. **A nova era dos microssistemas jurídicos**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-103/a-nova-era-dos-microssistema-s-juridicos/>> Acesso em: 27 abr. 2020.

RODOVALHO, Thiago. **Cláusula arbitral nos contratos de adesão: contratos de adesão de consumo, contratos de adesão civis, contratos de adesão empresariais**. São Paulo: Almedina, 2016.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BIZELLI, Rafael Ferreira, FÉLIX, Vinícius Cesar. **Vulnerabilidade e hipossuficiência no contrato existencial de consumo**. Scientia Iuris: Londrina, vol. 21, n. 1, 2017. p.155-188.

SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky; AZEVEDO, Marcelo Cândido de; SERPA, Pedro Ricardo. **Existência, validade e eficácia da convenção arbitral**. Revista de Direito Empresarial vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 321-351.

SILVA, Luiz Augusto da. **Arbitragem e liberdade: reflexões para a expansão da prática arbitral no Brasil**. Monografia (Graduação). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SOARES, Fábio Costa. **Arbitragem e Tutela do Consumidor**, Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, nº 34, 2006, pp. 269-271.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: Editora LTr, 1998.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Cláusula compromissória, contratos de adesão e relações de consumo no Brasil**, Revista Brasileira de Arbitragem, n. 4, São Paulo: coeditora IOB e CBAr, 2004. pp. 7- 31.