

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA CONTRATAÇÃO POR ADESÃO: PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

Marcel Moraes Mota*

Resumo: Este trabalho procura investigar a cláusula compromissória na contratação por adesão à luz dos Direitos português e brasileiro. Podemos identificar dois interesses em jogo. Por um lado, a mitigação das exigências legais torna mais fácil difundir a arbitragem como modo privado e jurisdicional de resolver disputas. Por outro lado, a formalidade legal, assim como o dever de informação, pode evitar que as partes entrem em uma convenção arbitral sem a devida ponderação, o que desempenha um importante papel na proteção da parte com menos poder de barganha. No Direito brasileiro, há requisitos formais adicionais para celebrar uma cláusula compromissória relacionada a contrato de adesão. Além disso, verificamos proteção diferenciada concedida ao consumidor aderente, nos termos do inciso VII do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor. À luz do sistema português, não há forma legal especial para as cláusulas compromissórias incluídas nas cláusulas contratuais gerais. No Direito português, o aderente é protegido, em linhas gerais, pela imposição de deveres de comunicação e informação ao utilizador de cláusulas contratuais gerais. Parece-nos que o sistema brasileiro permite, de forma mais rápida e segura, a identificação da nulidade de cláusula compromissória na contratação por adesão.

* Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil, Hermenêutica Jurídica e Conceitos Jurídicos Fundamentais do Centro Universitário Farias Brito. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela UFC. Advogado.

Palavras-Chave: Cláusula compromissória; Contrato de adesão; Cláusulas contratuais gerais; Direito português; Direito brasileiro.

Abstract: This paper seeks to investigate the arbitration clause in contracting by adhesion in the light of Portuguese and Brazilian legal systems. We may identify two concerns at stake. On the one hand, the mitigation of legal requirements makes it easier to spread arbitration as a private and jurisdictional way of solving disputes. On the other hand, the legal formality, as well as the duty of information, may prevent parties from entering in an arbitration agreement without proper thinking, which plays an important role to protect the party with less bargaining power. In Brazilian Law, there are additional formal requirements to solemnize an arbitration clause related to contract of adhesion. In addition, we verified differentiated protection granted to the adherent consumer, pursuant to item VII of article 51 of the Consumer Protection Code. In the light of the Portuguese system, there is no special legal form for the arbitration clauses included in the general contractual clauses. In Portuguese Law, the adherent is protected, in general, by the imposition of communication and information duties to the user of general contractual clauses. It seems to us that the Brazilian system allows, in a faster and safer way, the identification of the nullity of the arbitration clause in contracting by adhesion.

Keywords: Arbitration clause; Contract of adhesion; General contractual clauses; Portuguese Law; Brazilian Law.

INTRODUÇÃO



presente artigo tem o escopo de examinar o regime da cláusula compromissória na contratação por adesão, em uma perspectiva de comparação dos Direitos português e brasileiro.

Interessa-nos, particularmente, investigar de que modo deve ser elaborada uma cláusula arbitral válida e eficaz, sob o prisma jurídico luso-brasileiro, no caso dos contratos de adesão, bem como das cláusulas contratuais gerais.

Podemos identificar interesses contrapostos em jogo. De um lado, a proteção do aderente impõe o estabelecimento legal de cautelas, que podem consistir em formalidades, ou em imposição de deveres de informação. Por outro, a atenuação de exigências legais favorece a difusão da arbitragem como forma privada de resolução das controvérsias.

O problema tem inegável importância prática, já que a existência de cláusula compromissória válida e eficaz tem o condão de atribuir competência ao tribunal arbitral, o que exclui a competência dos órgãos judiciais. Ademais, a contratação por adesão, que atinge o cotidiano de milhões de pessoas, evidencia a dimensão social da indagação proposta.

No plano teórico, a comparação dos Direitos amplia os horizontes da experiência jurídica, o que pode contribuir na construção de novas soluções interpretativas e legais para questões jurídicas decorrentes do tema em discussão.¹

Tencionamos, inicialmente, apresentar uma noção sobre a arbitragem voluntária, examinaremos seu lugar jurídico, bem como sua adequação como modalidade de solução de conflitos.

Em seguida, procederemos ao estudo da convenção de arbitragem, oportunidade em que cuidaremos de sua natureza, de suas modalidades e de seus efeitos.

Uma vez esclarecidos os fundamentos da arbitragem e da convenção arbitral, teremos melhores condições de aprofundar a

¹ Sobre as funções do Direito comparado, v. VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. I. p. 20-30.

investigação da cláusula compromissória na contratação por adesão, tendo em conta os sistemas brasileiro e portugueses.

No final, exporemos, em caráter resumido, os resultados obtidos.

1. ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA: NOÇÃO, LUGAR JURÍDICO E ADEQUAÇÃO

Por exigência de clareza conceitual, que compõe a dimensão analítica da dogmática jurídica, apresentaremos uma noção de arbitragem voluntária.

Depois, convém abordar o lugar jurídico da instituição arbitral, por meio da discussão entre as teorias privatística e processualística.

Em seguida, poderemos firmar posição crítica quanto à chamada alternatividade do meio arbitral.

A arbitragem voluntária consiste em modo extrajudiciário, com caráter de heterocomposição, fundado em acordo das partes, de resolução de controvérsias.²

Trata-se de modo extrajudiciário, porque decorre em tribunais privados. As partes podem nomear um ou mais árbitros, a fim de que se decida a questão sobre a qual paira a divergência. Assim, os julgadores são agentes privados, cujo poder de decidir deriva da autonomia privada das partes

² Na síntese de CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem*: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2016. p. 16, “Arbitragem é a situação jurídica decorrente da remissão, pelas partes, da composição de um litígio, para decisão de terceiros”. Para BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de arbitragem*. 2. ed. 2013b. p. 34, na definição de arbitragem, “melhor seria utilizar, em lugar de *litígio*, a expressão *controvérsia*”, para abranger hipóteses, v.g., de integração e atualização dos contratos. Apesar da observação, em atenção à letra da lei portuguesa, define a arbitragem como “*um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos pela convenção das partes*” (p. 33). Itálicos no original. Sobre o artigo 1º, nº 1, da Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa (Lei nº 63 de 2011), v. OLIVEIRA, Mário Esteves de (Coord.). *Lei da arbitragem voluntária: comentada*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 39 e ss.

Arbitragem necessária, por sua vez, é aquela legalmente imposta como modo de composição de litígios, restringindo-se o acesso à justiça estatal.³

Na arbitragem, observa-se a heterocomposição, modalidade heterônoma de resolução de conflitos, precisamente porque o deslinde da controvérsia é confiado ao árbitro, ou aos árbitros, que devem ser independentes e imparciais.⁴ A decisão, portanto, é estabelecida por terceiro, que deve manter-se equidistante em relação às partes.

Do ponto de vista ontológico, o ato decisório do árbitro tem as mesmas características da decisão do agente público investido no exercício do ofício judicial. A função decisória desempenhada é substancialmente a mesma. Ocorre que o árbitro recebe o poder de decidir das partes, já o juiz público é magistrado, deve decidir, nas democracias constitucionais, em nome do povo, que é o titular da soberania.⁵

Questões que não admitem autocomposição extrapolam o âmbito da autonomia privada, logo as partes, de forma válida, não podem convencionar, sem expressa autorização legal, que um terceiro delas conheça e, posteriormente, profira decisão juridicamente relevante.⁶ É o que ocorre, por exemplo, na discussão sobre alimentos devidos aos filhos menores.

³ CORDEIRO, António Menezes. ob. cit. 2016. p. 19.

⁴ Conforme esclarece SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução das controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 86, “(..) a arbitrabilidade de um conflito, ou seja, a submissão de um litígio a uma decisão heterónoma (...)”. Na doutrina brasileira, v. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. I. p. 169.

⁵ Convém mencionar que, nos termos do artigo 18 da Lei 9.307/96 (Lei brasileira), o árbitro é juiz de fato e de direito.

⁶ SILVA, Paula Costa e. ob. cit. 2009. p. 87, pondera que a “inadmissibilidade de celebração de negócios processuais com eficácia autocompositiva substantiva não implica uma inadmissibilidade de afectação da jurisdição a árbitros”. Acolhemos a observação, ressaltando que, não sendo permitida autocomposição, deve haver autorização legal para que os árbitros decidam, tendo em vista a insuficiência, no caso, da autonomia privada.

Como exemplos de controvérsias que podem ser afetadas aos tribunais arbitrais, podemos mencionar disputas entre sociedades empresárias, conflitos do mercado de capitais, questões de consumo, desde que todas elas digam respeito a interesses que admitam autocomposição.

O acordo das partes, sobre que se funda a competência do tribunal arbitral, é a convenção de arbitragem. O acordo pode ser posterior à controvérsia, nessa hipótese o acordo assume a forma de compromisso arbitral. Já a convenção relativa a futura e eventual disputa tem a forma de cláusula compromissória.

Convém observar que o reconhecimento da lei é importante para atribuir à decisão final do árbitro a qualidade de sentença, de título executivo, bem como, não havendo impugnação, a autoridade de caso julgado, ou coisa julgada.

Há diversas concepções sobre a natureza jurídica da arbitragem.⁷ Interessa-nos, neste estudo, começar pelo cotejo entre as teorias privatística e processualística da instituição arbitral, com o fim de elucidar a modalidade voluntária.

Conforme a doutrina privatística, a arbitragem ocupa o mesmo lugar jurídico do contrato. Seria, então, um negócio jurídico, como decorrência da manifestação da autonomia privada das partes.⁸

Nessa perspectiva, a atividade desempenhada pelos árbitros não teria relevância processual, como também não seria jurisdicional.

A teoria privatística promove a confusão da fonte da arbitragem com seu lugar jurídico. Realmente, a arbitragem voluntária decorre de ato negocial privado, mas disso não decorre que ela própria seja instituição de caráter puramente contratual.

⁷ Por exemplo, v. BARROCAS, Manuel Pereira. ob. cit., 2013b. p. 44-47.

⁸ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 26, “Segundo a teoria privatística (...) o instituto arbitral é completamente desprovido de conteúdo jurisdicional”. Traduzimos. No original: “*Secondo la teoria privatistica (...) l'istituto arbitrale è del tutto sprovvisto di contenuto giurisdizionale*”.

Trata-se, ademais, de teoria claramente superada nas ordens jurídicas que facultam a execução de decisão arbitral final, que é qualificada como sentença.⁹

Para a corrente processualística, ao contrário do que supõe a visão privatística, a arbitragem tem lugar jurídico processual.¹⁰

O processo é uma realidade dinâmica, tem caráter de fato jurídico, compreende uma sequência ordenada, um procedimento, que se compõe de atos e fatos processuais tendentes ao resultado final, que deve ser a solução da controvérsia.¹¹

Ora, o conceito de processo ajusta-se perfeitamente ao fato jurídico arbitral. Perante os tribunais arbitrais, deve desenvolver-se a marcha procedimental, marcada pelo contraditório, rumo à decisão final do árbitro.

Nas democracias constitucionais, em atenção à garantia fundamental do processo equitativo, ou do devido processo legal, as leis devem impor o respeito aos princípios da igualdade e do contraditório.¹²

A visão processualística, se bem cuidamos, tem o mérito de evidenciar que a arbitragem é um modo processual privado de resolução de controvérsias.

Resta saber se a arbitragem, além de processual, ostenta lugar jurídico jurisdicional sob o prisma funcional. Indagamos, portanto, se a atividade desempenhada pelos árbitros é função jurisdicional.

⁹ Ver, por exemplo, artigo 18 da Lei brasileira e artigo 47º da Lei n.º 63/2011 (Lei portuguesa).

¹⁰ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. ob. cit. p. 27-28.

¹¹ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 123, “O processo pertence à categoria do acto-procedimento”.

¹² Ver, por exemplo, artigo 30º da Lei portuguesa. Como destaca FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997. p. 51, “A imposição do contraditório confirma (...) que o *iter* de atividade, em que a arbitragem consiste, é um processo”. Traduzimos. No original: “*La imposizione del contraddittorio conferma (...) che l'iter di attività, in che l'arbitrato consiste, è un processo*”.

O processo arbitral, como vimos, tem caráter privado. Diferencia-se, portanto, do processo público, que corre perante os tribunais do estado, que são órgãos de soberania.

Não nos parece correto, por conseguinte, afirmar que os árbitros exercem a jurisdição pública, que é incumbência típica dos órgãos do Poder Judiciário.¹³

Mas o conceito de jurisdição, no perfil funcional, além da jurisdição pública, típica função do estado moderno, pode compreender uma jurisdição privada?

O cerne da jurisdição, ou *jurisdictio*, é dizer o Direito. Ressalvados os casos em que as partes conferem a atribuição de decidir conforme a equidade, os árbitros decidem quem tem razão de acordo com o Direito, dizem o Direito, logo exercem função jurisdicional.

Como ressalta PEDRO GONÇALVES, os árbitros desempenham “uma função jurisdicional de gênese e natureza privada”¹⁴. A origem é privada, porque a arbitragem voluntária deriva de uma convenção arbitral. O caráter da atividade é privado, porque os tribunais arbitrais são privados, os árbitros são agentes privados.

Para SCHWAB e WALTER, a arbitragem é “não apenas uma instituição jurídico-material, mas também processual-jurisdicional”¹⁵.

¹³ Nesse sentido, v. FAZZALARI, Elio. ob. cit. p. 52, “A arbitragem ritual é, e continua, um processo de natureza privada, e não se inclui no âmbito da justiça estatal”. Traduzimos. No original: “*L’arbitrato rituale è, e rimane, un processo di natura privata, e non reentra nell’ambito della giustizia statale*”.

¹⁴ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 569.

¹⁵ SCHWAB, Karl Heinz; WALTER, Gerhard. *Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar*. 6. ed. München: Beck, 2000. p. 1. Traduzimos. No original: “*nicht nur eine materielle rechtliche, sondern eine prozessual-jurisdiktionelle Institution*”. Sobre o caráter jurisdicional da arbitragem, v. LIONNET, Klaus. *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit: systematische Darstellung der privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit für die Praxis der Parteien*. 2. ed. Stuttgart: Boorberg, 2001. p. 42

Ora, o referido entendimento põe em relevo as dimensões material e processual da arbitragem, o que indica uma visão mista do fenômeno arbitral, que nos parece superior à simples contraposição entre teorias centradas ora no aspecto substancial, ora no aspecto processual.

Voltemos, então, à distinção entre magistrados e árbitros. Em formulação sintética, JARROSSON esclarece que “o juiz tem a *jurisdictio* e o *imperium*, o árbitro somente tem *jurisdictio*”¹⁶.

Entendemos que a afirmação acima deve ser relativizada. Não nos parece correto afirmar que, em termos absolutos, o árbitro não tem *imperium*. Afigura-se-nos apropriado afirmar que os poderes conferidos aos juízes estatais são mais amplos do que aqueles dos árbitros, que são juízes privados. A diferença é de grau e depende do momento histórico, do Direito posto.

Com efeito, a convenção arbitral não tem aptidão de conferir aos árbitros poderes de autoridade. A autonomia privada não pode atribuir ao árbitro algo de que as próprias não dispõem. Todavia, a lei, respeitados os limites da ordem jurídica constitucional, poderá fazê-lo.¹⁷ Assim, por exemplo, por força de lei, provimentos arbitrais podem ser qualificados como sentenças com autoridade de caso julgado, que é precisamente o caso dos sistemas português e brasileiro.

Dessa forma, podemos conceber um conceito superior de jurisdição, que compreende: a) jurisdição pública; b) jurisdição privada.¹⁸ Distingue-se a jurisdição pública da privada, v.g., nos

¹⁶ JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris: LGDJ, 1987. p. 372. Traduzimos. No original: “*Le juge a la jurisdictio et l'imperium, l'arbitre ne dispose que de la jurisdictio*”.

¹⁷ CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001. pp. 95-103, questiona a afirmação de que os árbitros são desprovidos de imperium. Em síntese, discutem-se três argumentos: a) caso julgado de decisões arbitrais; b) definição de *imperium*; c) evidências empíricas de limitado controle dos juízes sobre os provimentos arbitrais.

¹⁸ Em sentido semelhante, v. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. ob. cit. p. 563. Interessante notar que, na experiência judiciária do Superior Tribunal de Justiça, a expressão “jurisdição privada” foi acolhida em voto-vista, que saiu vencedor, da lavra do Min. Marco Aurélio Bellizze, no julgamento do REsp 1.550.260-RS, o qual se realizou em 12.12.2017. O inteiro teor dos julgamentos do Superior Tribunal

aspectos subjetivo e material.

Do ponto de vista subjetivo, a jurisdição pública é exercida tipicamente por autoridades judiciárias. Já a jurisdição privada, contexto no qual se insere a arbitragem, é desempenhada por agentes privados.

Sob o prisma material, a diferenciação reside nos poderes atribuídos ao julgador. Os poderes conferidos aos magistrados, como dissemos, são mais amplos do que aqueles destinados aos árbitros. A delimitação precisa depende do exame de cada sistema jurídico. Em linhas gerais, podemos dizer que a intervenção no âmbito dos direitos fundamentais das partes depende de provimento judicial.¹⁹

Aos magistrados são atribuídos mais poderes do que aos árbitros, justamente porque são autoridades investidas em uma função pública, que deve ser exercida em nome do titular da soberania.

Em face do exposto, podemos afirmar que a arbitragem tem lugar jurídico privado, processual e jurisdicional. É um modo privado, processual e jurisdicional de resolução de controvérsias.

Deveras, um breve olhar sobre a história revela que a instituição da arbitragem é mais antiga do que a jurisdição dos estados modernos.²⁰ Pensamos que o argumento histórico corrobora o entendimento de que a arbitragem não deve ser enquadrada no fenômeno jurisdicional público.

É importante compreender a arbitragem como forma própria de justiça, de caráter privado, ancorada na liberdade

de Justiça citados neste trabalho pode ser consultado em www.stj.jus.br. REsp indica recurso especial.

¹⁹ Por exemplo, v. o nº 2 do artigo 34º da Constituição da República Portuguesa de 1976, que trata do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio.

²⁰ Sobre a arbitragem, v. FAZZALARI, Elio. ob. cit. p. 3, “Tal fenômeno se evidencia, na história como no presente, também antes e a prescindir da correlação com as leis de um Estado”. Traduzimos. No original: “*Tale fenomeno si evidenzia, nella storia come nel presente, anche prima ed a prescindere dal collegamento con le leggi di uno Stato*”.

individual.

Dessa maneira, podemos avançar na comparação com a jurisdição pública, a fim de identificar a melhor maneira, em cada caso, de realização da justiça.

Enfrentemos, nesta oportunidade, o problema da caracterização da instituição arbitral como modo alternativo de resolução das controvérsias.

De fato, é bastante difundida a expressão “meios alternativos” de solução de litígios.²¹ Mas o que justifica o termo “alternativo”?

Os meios extrajudiciários de solução de controvérsias, entre os quais se inclui a arbitragem, são apresentados como alternativas diante do modelo de justiça do estado. Revela, portanto, a expressão acima aludida uma preferência valorativa pela administração da justiça pelo Poder Judiciário.

Não nos parece correto defender, aprioristicamente, que a justiça estatal é modelo preferencial diante da justiça privada.

A experiência jurídica tem revelado, pelo menos em alguns sistemas, a crescente preferência por meios extrajudiciais. De que modo que haveria autêntica transformação no modelo de justiça.

Conforme leciona PAULA COSTA E SILVA, o direito de acesso à justiça passou “a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”²².

Ademais, a apontada alternatividade obscurece a possível relação de complementaridade entre os meios extrajudiciais e judicial de resolução de disputas. Por exemplo, são cabíveis técnicas de mediação e conciliação tanto em tribunais arbitrais, como em tribunais estatais.²³

²¹ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 15, “Os meios de resolução alternativa de litígios, tradução livre da designação inglesa *alternative dispute resolution* (ADR), podem definir-se como o conjunto de resolução de conflitos alternativos aos meios judiciais”.

²² SILVA, Paula Costa e. ob. cit. 2009. p. 19.

²³ *Ibidem*, p. 35.

O termo “alternativo” também pode indicar uma solução contingente diante da crise das instituições públicas de justiça, que são dispendiosas e, por vezes, morosas.

Ocorre que os chamados meios alternativos de resolução de controvérsias devem ser utilizados em razão de seus próprios méritos, não como saídas diante dos problemas da estrutura judiciária.²⁴

Acolhemos, portanto, o ponto de vista segundo o qual devemos afastar-nos da expressão “meios alternativos”.²⁵

Quanto à arbitragem voluntária, cabe destacar suas vantagens diante do sistema público jurisdicional.

Desde logo, avulta a possibilidade de as partes escolherem a composição do tribunal arbitral que terá a competência de resolver a controvérsia. Dessa maneira, podem ser indicadas pessoas com mais conhecimentos especializados e experiência na matéria.²⁶

Outras vantagens podem residir na escolha de um processo sigiloso, o que é relevante, por exemplo, do ponto de vista empresarial. Ademais, há fundada expectativa de que as soluções alcançadas por tribunais arbitrais sejam mais expeditas. Outrossim, questões plurilocalizadas podem encontrar na arbitragem forma mais segura de resolução da controvérsia.²⁷

A arbitragem, é certo, possui algumas desvantagens. Como os árbitros não estão investidos em poderes na mesma extensão dos que são atribuídos aos magistrados, não convém

²⁴ *Ibidem*, p. 36.

²⁵ *Ibidem*, p. 37.

²⁶ WALTON, Anthony; VITORIA, Mary. *Russell on the law of arbitration*. 20. ed. London: Stevens & Sons, 1982. p. 1, referindo-se à arbitragem voluntária, afirma: “A essência do tipo de arbitragem pela qual este livro se interessa é que alguma disputa é atribuída pelas partes à decisão por um tribunal de sua própria escolha, em vez de um tribunal judicial”. Traduzimos. No original: “*The essence of the sort of arbitration with which this book is concerned, is that some dispute is referred by the parties for settlement to a tribunal of their own choosing, instead of to a court*”.

²⁷ Para um resumo das vantagens da arbitragem, v. CORDEIRO, António Menezes. ob. cit. 2016. p. 63.

submeter aos tribunais arbitrais questões cujo deslinde dependam, acentuadamente, de poderes de autoridade, ou que exijam pronta coerção.²⁸

Dessa forma, convém ponderar as vantagens e desvantagens da arbitragem, a fim de determinar se se trata do melhor meio, ou meio mais adequado, de resolução da controvérsia.

Em síntese, podemos afirmar que a arbitragem voluntária é modo privado, processual e jurisdicional de solução de controvérsias, cuja adequação ao caso deve ser medida a partir da consideração das características do conflito, bem como das preferências manifestadas pelas partes.

2. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: NATUREZA JURÍDICA, EFEITOS E MODALIDADES.

A convenção de arbitragem é o acordo pelo qual as partes resolvem submeter controvérsias atuais ou eventuais a julgamento de tribunal arbitral.²⁹

Como destaca RAUL VENTURA, “a essência desta reside na manifestação de vontade de cometer à decisão de árbitros a solução de um litígio entre as partes da convenção”³⁰.

Discute-se a natureza jurídica da convenção de arbitragem. Consideremos, neste estudo, duas posições: a) negócio substantivo; b) negócio jurídico processual.³¹

Conforme SCHÜTZE, o ser da convenção de arbitragem reveste-se de dupla funcionalidade.³² Essa afirmação supõe que

²⁸ *Ibidem*, p. 64.

²⁹ Ver, por exemplo, PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 64, nº 1/2, p. 125-200, nov. 2004. p. 126, GOUVEIA, Mariana França. ob. cit., p. 107.

³⁰ VENTURA, Raul. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46, [s/n], 223p, set. 1986. p. 292-293.

³¹ Ver, por exemplo, BARROCAS, Manuel Pereira. ob. cit., 2013b. p. 144.

³² SCHÜTZE, Rolf A. *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*. 6. ed. München: Beck, 2016. p. 67, “A dupla funcionalidade determina o ser da convenção arbitral”.

a convenção arbitral ostenta funções material e processual.

A função material reside no caráter convencional, no acordo de vontades das partes. Já a função processual recai na escolha do meio arbitral de resolução da controvérsia.³³

Ainda segundo SCHÜTZE, a convenção de arbitragem não consiste em puro contrato processual (*Prozessvertrag*), porque a declaração negocial não é feita ao tribunal, mas à outra parte. E não se trata de negócio puramente substantivo, porque implica efeitos de ordem processual.³⁴

Classificamos a convenção arbitral como negócio jurídico processual, porque se trata de ato jurídico voluntário que estabelece, no plano processual, consequências jurídicas decorrentes de manifestação da autonomia privada.³⁵

O caráter negocial decorre da manifestação do acordo de vontades, que convergem para a eleição da instituição arbitral como modo extrajudicial de resolução de controvérsias presentes ou eventuais.

Na seara processual, verifica-se, em razão da convenção de arbitragem, o efeito de atribuição de competência ao tribunal arbitral. Caracteriza-se, portanto, a convenção arbitral como negócio jurídico contratual sobre competência, ou

Traduzimos. No original: “*Die Doppelfunktionalität bestimmt das Wesen der Schiedsvereinbarung*”.

³³ De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “Da definição do instituto, exsurge o caráter híbrido da convenção de arbitragem, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário” (REsp 606.345, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17.05.2007). Parece-nos que, tanto no Direito brasileiro como no Direito português, a convenção de arbitragem não pressupõe a eleição de árbitro, mas a submissão da controvérsia, presente ou eventual, ao juízo arbitral. Ver artigo 10, II, da Lei brasileira e artigo 10º, nº 1, da Lei portuguesa.

³⁴ SCHÜTZE, Rolf A. ob. cit., p. 67.

³⁵ No mesmo sentido, por exemplo, v. GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

Kompetenzvertrag.³⁶

Conforme MENEZES CORDEIRO, são também efeitos processuais possíveis da convenção de arbitragem: a) estabelecimento do regulamento processual aplicável; b) definição do regime dos recursos.³⁷

As hipóteses acima delineadas, notando-se que a segunda pode estar inserida na primeira, evidenciam a convenção de arbitragem como negócio jurídico processual.

Distinguem-se os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem.

De acordo com o primeiro, respeitados os pressupostos legais e voluntários, atribui-se competência ao tribunal arbitral para a resolução da questão. Trata-se de efeito primordial da convenção de arbitragem.³⁸

Em razão da convenção arbitral, confere-se à parte o direito potestativo de submeter a controvérsia ao julgamento de tribunal arbitral.³⁹ Verifica-se situação jurídica ativa absoluta, cujo exercício independe da colaboração da contraparte, que está em situação jurídica passiva de sujeição.⁴⁰

Como consequência ou reflexo do efeito positivo, emerge o efeito negativo, que exclui a competência dos tribunais

³⁶ Conforme WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. p. 556, os contratos sobre competência têm por objeto “a modificação da ordem jurisdicional preestabelecida legalmente”. Traduzimos. No original: “*die Modifikation der gesetzlich vorgezeichneten Zuständigkeitsordnung*”. Itálico invertido, para manter o destaque original.

³⁷ CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2016. p. 87.

³⁸ JOLIDON, Pierre. *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*. Berne: Staempfli, 1984. p. 136, “O efeito específico primeiro e principal da convenção de arbitragem é de fundar (...) a competência do tribunal arbitral para resolver o litígio em questão. Traduzimos. No original: “*L'effet spécifique premier et principal de la convention d'arbitrage est de fonder (...) la compétence du tribunal arbitral pour trancher le litige en question*”.

³⁹ VENTURA, Raul. ob. cit., p. 301.

⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I. p. 917.

do estado.⁴¹ Os limites da retirada de competência dos órgãos judiciários são estabelecidos a partir de uma convenção de arbitragem válida e eficaz.⁴²

Examinando-se a Lei portuguesa, constata-se que a atribuição de competência jurisdicional ao tribunal arbitral, por meio de convenção de arbitragem, está prevista no artigo 1º. Do efeito negativo trata o nº 1 do artigo 5º.⁴³ A exceção dilatória de preterição do tribunal arbitral, no Código de Processo Civil português, é contemplada pelo artigo 578º. O acolhimento da aludida exceção conduz à absolvição da instância.

A leitura da Lei brasileira, por sua vez, permite afirmar que o efeito positivo da convenção de arbitragem decorre do artigo 3º.⁴⁴ Como efeito reflexo do positivo, verifica-se também o negativo, para o qual não se engendrou disposição normativa expressa na mencionada Lei. Prevê-se a alegação de convenção de arbitragem no inciso X do artigo 337 do Código de Processo Civil brasileiro.⁴⁵ O reconhecimento judicial da preliminar de

⁴¹ JOLIDON, Pierre. ob. cit., p. 136, “Secundariamente, como consequência do efeito positivo criando a competência do tribunal arbitral, a convenção de arbitragem (mesmo se ela não o enuncie) exclui a jurisdição ordinária e torna, por conseguinte, <<incompetentes>> os tribunais estatais”. Traduzimos. No original: “*Secondairement, comme conséquence de l’effet positif créant la compétence du tribunal arbitral, la convention d’arbitrage (même si elle ne l’énonce pas) exclut la juridiction ordinaire et rend dès lors <<incompétents>> les tribunaux étatiques*”. Sobre o efeito reflexo, v. VENTURA, Raul. ob. cit., p. 379.

⁴² Ver GUERRERO, Luís Fernando. ob. cit., p. 127.

⁴³ Sobre os efeitos positivo e negativo da convenção de arbitragem na Lei portuguesa, ver VICENTE, Dário Moura (Coord.). *Lei da arbitragem voluntária anotada*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 38, CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2016. p. 120, BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013a. p. 46-47.

⁴⁴ Sobre o artigo 3º da Lei brasileira, v. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 87-95.

⁴⁵ BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de arbitragem no novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 285-286, “A preliminar de arbitragem no CPC de 2015, com efeito, tornou-se um gênero, de que espécies a preliminar de convenção arbitral e a preliminar de que já há decisão do árbitro (...) sobre sua própria competência”.

arbitragem implica a extinção do processo sem resolução do mérito na forma do inciso VII do artigo 485.

Verificam-se, portanto, em ambos os sistemas, instrumentos processuais destinados a assegurar a eficácia jurídica da convenção de arbitragem, mediante provocação da parte interessada.

No sistema português, observam-se duas modalidades de convenção de arbitragem: a) compromisso arbitral; b) cláusula compromissória.

De acordo com o nº 3 do artigo 1º da Lei portuguesa, a convenção arbitral “pode ter por objecto um litígio actual, ainda que afecto a um tribunal do estado (compromisso arbitral), ou litígios eventuais emergentes de determinada relação jurídica contratual ou extracontratual (cláusula compromissória)”.

Dessa maneira, adota-se o critério da atualidade da controvérsia para a diferenciação.⁴⁶ O compromisso arbitral é firmado quanto a controvérsias presentes, já deflagradas. Por sua vez, a cláusula compromissória alude a futuras e eventuais controvérsias entre as partes. Em ambos os casos, os litígios podem ser provenientes de relações jurídicas contratuais ou extracontratuais.

O sistema dual figura no artigo 7º(1) da Lei Modelo sobre arbitragem comercial internacional da Comissão das Nações Unidas sobre Direito Comercial Internacional (doravante “Lei Modelo”)⁴⁷.

A Lei brasileira perfilha a distinção entre compromisso arbitral e cláusula compromissória, conforme deflui dos artigos

⁴⁶ Tipicamente, considera-se presente o litígio a partir do momento em que as condutas das partes revelam desacordo sobre a situação jurídica substancial. Não é necessário, portanto, que tenha sido proposta ação. Nesse sentido, v. VENTURA, Raul. ob. cit., p. 293.

⁴⁷ Referimo-nos, neste estudo, à opção 1 do artigo 7º da Lei Modelo.

3º, 4º e 9º.⁴⁸ Segue, assim, o modelo dualista.⁴⁹

Com efeito, dispõe o artigo 3º que as partes podem submeter litígios ao juízo arbitral, por meio de convenção arbitral, “assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Consoante o artigo 4º, a cláusula compromissória é definida como “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”.

Constata-se, então, uma diferença em relação à Lei portuguesa. No Direito brasileiro, a cláusula compromissória é restrita a eventuais controvérsias de origem contratual.

Além disso, no sistema jurídico brasileiro, diferenciam-se os efeitos de cláusula compromissória, conforme seja cheia, ou vazia.⁵⁰

Registre-se que a previsão legal da cláusula compromissória foi objeto de controle incidental de constitucionalidade

⁴⁸ Sobre a diferença entre cláusula arbitral e compromisso arbitral no Direito brasileiro, v., por exemplo, GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 42 e ss.

⁴⁹ Na *Zivilprozessordnung* alemã (doravante “Lei alemã”), encontra-se a diferenciação entre compromisso arbitral (*Schiedsabrede*) e cláusula compromissória (*Schiedsklausel*) no § 1029(2). Igualmente, no *Code de Procédure Civile* (doravante “Lei francesa”), segundo o artigo 1442, observa-se a distinção das espécies compromisso (*compromis*) e cláusula compromissória (*clause compromissoire*). No *Codice di Procedura Civile* (doravante “Lei italiana”), o compromisso (*compromesso*) está previsto no artigo 807, já a cláusula compromissória (*clausula compromissoria*) é regulado no artigo 808.

⁵⁰ Cláusula compromissória cheia é a que contém todos os elementos necessários, de acordo com a Lei brasileira, para a instituição do juízo arbitral. Por sua vez, a cláusula vazia é a incompleta, de modo que não permite, nos termos da mencionada Lei, a pronta instauração do juízo arbitral. Vejam-se os artigos 6º e 7º da Lei brasileira. A respeito, v. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 161 ss. No Direito português, como esclarece BARROCAS, Manuel Pereira. ob. cit., 2003b. p. 169, “(...) a aceitação pelas partes de uma cláusula compromissória é suficiente, por si só, para permitir a futura realização de uma arbitragem, dispensando a sua posterior confirmação por um compromisso arbitral ou qualquer outro ato”. Trata-se, a nosso ver, de solução superior à da Lei brasileira. Na mesma linha, v. *ibidem*, p. 169, nota 28.

perante o Supremo Tribunal Federal⁵¹, o qual, por maioria de 7x4, a considerou compatível com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, fundamentado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁵²

Conforme dispõe o artigo 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”. Não se verifica, assim, a limitação aos litígios de natureza contratual.

Convergem, portanto, os sistemas português e brasileiro no que diz respeito ao reconhecimento de duas espécies de convenção arbitral.

3. O REGIME DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NA CONTRATAÇÃO POR ADESÃO NO BRASIL E EM PORTUGAL.

Consideremos o regime da convenção de arbitragem na contratação por adesão, que abrange os institutos do contrato de adesão e das cláusulas contratuais gerais. Convém examinar se a lei, no Brasil e em Portugal, impõe requisitos formais especiais à feitura de cláusula compromissória, por ocasião da referida técnica de formação dos contratos.

Iniciemos pelo Direito brasileiro, que incorpora a terminologia “contrato de adesão”⁵³.

⁵¹ A questão foi discutida em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, então da competência do STF, precisamente nos autos de SE 5.206 AgR/ES, relatos pelo Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12.12.2001.

⁵² Sobre a constitucionalidade da Lei brasileira, v. FERRAZ NETO, Jorge. *Curso prático de arbitragem e processo arbitral*. Fortaleza: ABC, 2008. p. 35-38. Como esclarece ROCHA, José de Albuquerque. 4. ed. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 111, “A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória”.

⁵³ Cláusulas gerais e contratos de adesão são figuras próximas, mas não são idênticas. Os contratos são negócios jurídicos, já as cláusulas gerais integram o conteúdo dos

De acordo com o §2º do artigo 4º da Lei brasileira,

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Afigura-se-nos que o disposto, cuja redação recebe merecidas críticas⁵⁴, trata da validade e da eficácia da cláusula compromissória. O descumprimento da forma prescrita em lei conduz à nulidade, conforme dispõe o inciso IV do artigo 166 do Código Civil brasileiro. Já a eficácia da cláusula compromissória diz respeito à produção de seus efeitos.⁵⁵

Se o aderente toma a iniciativa de instituir a arbitragem, a cláusula compromissória será eficaz, já que não se verifica, à partida, qualquer ameaça à sua liberdade. Situação diversa se apresenta quando a arbitragem é proposta por quem elabora o contrato de adesão. Neste caso, cumpre examinar as condições em que a cláusula arbitral será reputada eficaz.

Para que a cláusula compromissória em contrato de adesão seja válida, há de ser formulada por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

contratos que se formam por adesão. Nesse sentido, v. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. 4. ed. 2014. v. II. p. 358.

⁵⁴ Nesse sentido, v. ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*: Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. 2. ed. atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 69, CARMONA, Carlos Alberto. ob. cit., 2004. p. 107-108.

⁵⁵ Sobre a distinção entre invalidade e ineficácia, v. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23 ss., TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: parte geral e obrigações (arts. 1º a 420). 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I. p. 216 ss., FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. I. p. 596 ss, TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 346-350.

Contratos de adesão são aqueles cujas cláusulas são estabelecidas unilateralmente por uma parte, de modo que resta à outra, chamada aderente, a possibilidade de aceitá-las em bloco, sem alterações substanciais, ou de não celebrar contrato. Opõem-se aos contratos paritários, cujas cláusulas resultam do acordo de vontades entre partes que se situam em igualdade de condições.⁵⁶

Exemplos comuns de contratos de adesão podem ser encontrados nas relações de consumo. Com efeito, os consumidores, tipicamente, não negociam contratos em pé de igualdade com os fornecedores de produtos e serviços, de modo que a liberdade contratual resta mitigada.⁵⁷ Como exemplo de contrato de adesão não consumerista, podemos mencionar o contrato empresarial de franquia.

Tendo em vista que o aderente ocupa, tipicamente, a posição mais fraca na relação jurídica obrigacional, a Lei brasileira impõe cautelas adicionais de natureza formal para a estipulação de cláusula compromissória, que já mencionamos anteriormente.

Logo surge a indagação relativa ao momento em que o aderente deve prestar o seu consentimento por escrito, nos termos do §2º do artigo 4º, para que a cláusula arbitral, respeitados os demais pressupostos legais, seja reputada válida e eficaz. Basta que seja manifestado por ocasião da celebração do contrato de adesão? Ou o consentimento deve ser ratificado quando do surgimento da controvérsia?

No julgamento do REsp 1.189.050⁵⁸, o Superior Tribunal de Justiça discutiu precisamente a possibilidade de cláusula

⁵⁶ Nesse sentido, v. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III. p. 44-45.

⁵⁷ Conforme o artigo 54 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), “Contrato de adesão é 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 modificar substancialmente seu conteúdo”.

⁵⁸ REsp 1.189.050, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 01.03.2016. Na mesma linha, v. REsp 1.169.841, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 06.11.2012.

compromissória em contrato de adesão consumerista, tendo em vista o inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do consumidor⁵⁹.

Destacamos a seguinte passagem da ementa:

Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se (*sic*) que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade.

Desse modo, é perfeitamente possível estipular, validamente, cláusula compromissória em contrato de adesão consumerista, desde que cumprida a forma legal especial do §2º do artigo 4º da Lei brasileira.

Enfrentando a questão, o relator sustenta que:

só haverá falar em eficácia da cláusula compromissória já prevista em contrato de adesão se o oblato/consumidor vier a tomar a iniciativa do procedimento arbitral, ou se vier a ratificar posteriormente a sua instituição, no momento do litígio em concreto, confirmando a intenção da eleição de outrora.⁶⁰

Portanto, levando em consideração os termos do voto exarado, pensamos que a manifestação do consentimento do aderente consumidor, nos moldes do aludido §2º do artigo 4º, deve ocorrer também no momento da eclosão do conflito de interesses, como condição de eficácia da convenção arbitral.

Constatamos, na orientação defendida pelo relator, claro intuito protetivo em relação ao consumidor que se encontra na posição de aderente, em consonância com o princípio constitucional de defesa do consumidor.⁶¹

⁵⁹ Segundo o artigo 51, *caput*, “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:”. Consoante o inciso VII: “determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

⁶⁰ Rel. Min. Luís Felipe Salomão, p. 14. Inteiro teor do acórdão disponível em www.stj.jus.br.

⁶¹ Entende o relator ainda que a vulnerabilidade do consumidor deve ser examinada caso a caso, a fim de avaliar se se justifica a proteção concedida pela lei. Assim, o fornecedor afasta a nulidade da cláusula arbitral em contrato de adesão consumerista

Realmente, não parece ser suficiente para a efetiva defesa do consumidor o cumprimento de forma legal especial no momento da conclusão do contrato. A manifestação do consentimento, quando do surgimento do litígio, assegura a voluntariedade da eleição da arbitragem. Se o aderente ocupa posição mais fraca na relação jurídica, o aderente consumidor está em situação duplamente fragilizada, razão pela qual merece ser acolhida, em nosso entendimento, a interpretação do relator.

Distinguimos, então, dois regimes de manifestação do consentimento quanto à cláusula compromissória nos contratos de adesão: a) do mero aderente; b) do aderente consumidor.

No caso do mero aderente, basta que o consentimento seja prestado no momento da realização do contrato, observada a forma legal especial. Não se exige posterior ratificação como requisito de eficácia.

Na hipótese do aderente consumidor, a forma legal especial deve ser observada no momento da celebração da cláusula compromissória. Ademais, há o requisito de eficácia, que pode ser cumprido, alternativamente: a) mediante a iniciativa do aderente consumidor quanto à instituição da arbitragem; b) por meio de ratificação do aderente consumidor à cláusula compromissória, quando a iniciativa de instituição da arbitragem for da contraparte.

Dessa maneira, no caso de contrato de adesão consumerista, ainda que tenha sido elaborada cláusula compromissória de acordo com a forma legal especial, a propositura de ação pelo consumidor perante o Poder Judiciário, para discutir matéria

se provar: a) não impôs a utilização compulsória da arbitragem; ou b) ausência de vulnerabilidade que justifique a proteção conferida ao consumidor, v. *ibidem*. Com a devida vênia, não acolhemos o entendimento de que a vulnerabilidade do consumidor deve ser aferida de modo casuístico. Para além da insegurança jurídica dessa orientação, avulta o desrespeito ao disposto no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o “reconhecimento da *vulnerabilidade* do consumidor no mercado de consumo”. Itálico nosso. Se é consumidor, é vulnerável. A noção que admite avaliação casuística, se bem cuidamos, é a hipossuficiência.

abrangida pela cláusula arbitral, implica a ineficácia da referida convenção de arbitragem, de modo que o juízo arbitral é incompetente para dirimir o conflito.⁶²

Ressaltamos que o descumprimento das formalidades legais do §2º do artigo 4º da Lei brasileira implica invalidade da convenção de arbitragem. Trata-se de exemplo de cláusula compromissória “patológica”.

Em outro julgado⁶³, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a invalidade de cláusula arbitral em contrato de franquia, por descumprimento do disposto no §2º do artigo 4º da Lei brasileira. Vejamos trecho da ementa:

3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96.

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral⁶⁴ “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

Como consequência da invalidade da cláusula compromissória, restabeleceu-se decisão interlocutória que afirmara a competência do Poder Judiciário para resolver o litígio.

Há, portanto, forma legal especial na Lei brasileira para a estipulação de cláusula arbitral nos contratos de adesão, que se justifica pela fragilidade da posição do aderente.

A Lei portuguesa, por sua vez, não estabelece requisitos de forma especiais para a convenção de arbitragem na hipótese de cláusulas contratuais gerais. Incidem, portanto, as disposições já indicadas do artigo 2º, atinentes à forma escrita da convenção arbitral.

⁶² Nesse sentido, v. REsp 1.753.041, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18.09.2018, cujo resultado é semelhante ao julgamento do REsp 1.189.050.

⁶³ REsp 1.602.076, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2016.

⁶⁴ A leitura do inteiro teor do acórdão revela caso de cláusula arbitral patológica, porque contida em contrato de adesão sem as formalidades impostas pelo §2º do artigo 4º da Lei brasileira. No trecho citado, portanto, *compromisso arbitral* foi utilizado, impropriamente, como sinônimo de *convenção de arbitragem*.

Indagamos, então, como o Direito português tutela o aderente diante da inserção de cláusula compromissória no bojo das cláusulas contratuais gerais.

Identificam-se dois níveis de proteção do aderente. Em primeiro lugar, impõem-se ao utilizador das cláusulas contratuais gerais deveres de comunicação e de informação, para que o aderente, com a devida clareza, compreenda as consequências jurídicas do negócio entabulado. Em segundo lugar, vigoram regras proibitivas sobre cláusulas abusivas.

O regime das cláusulas contratuais gerais (doravante “ccg”), em Portugal, é definido pelo Decreto-Lei 446/85 (doravante “LCCG”). Verifica-se que os deveres de informação e comunicação são impostos pelos artigos 5º e 6º. Já as ccg proibidas seguem o disposto nos artigos 15º e seguintes.

Caso ccg não tenham sido comunicadas ao aderente, considerar-se-ão excluídas do contrato singular, conforme dispõe a alínea a) do artigo 8º da LCCG. Impõe-se o mesmo efeito na hipótese de violação ao dever de informação, de modo que não seja de esperar o conhecimento efetivo delas pelo aderente, segundo prescreve a alínea b) do mesmo dispositivo.

Por conseguinte, caso seja incluída nas ccg cláusula compromissória não comunicada, ou informada de modo inadequado, considerar-se-á excluída.

Precisamente sobre essa matéria decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra⁶⁵, em julgamento de recurso contra o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.⁶⁶

Conforme a recorrente, a recorrida inseriu nas ccg cláusula arbitral, que não foi devidamente comunicada. Por essa razão, deveria ser excluída.

Cabia à recorrida, nos termos do nº 3 do artigo 1º da LCCG, o ônus de provar que a cláusula compromissória resultou de negociação prévia entre as partes, o que não ficou

⁶⁵ RCb, Rel. Des. Alberto Augusto Vicente Ruço, julgado em 19.06.2013.

⁶⁶ Ver o comentário de CORDEIRO, António Menezes. ob. cit., 2014. p. 435-436.

demonstrado nos autos.⁶⁷

A RCb deu provimento ao recurso, de sorte que foi negado o reconhecimento das referidas sentenças arbitrais, em virtude do disposto na alínea a) do Artigo V(1) da Convenção de Nova Iorque.⁶⁸

Consideramos a decisão acertada. O caso evidencia a insuficiência da forma legal geral da convenção de arbitragem, a forma escrita, para a proteção do aderente. Decisivo para a procedência do recurso foi o regime das ccg, com suas regras que impõem a quem delas se utiliza os deveres de comunicação, informação, bem como o acima aludido ônus processual.

O texto da LCCG refere-se à arbitragem na alínea h) do artigo 21º, segundo a qual, nas relações com consumidores finais, são cláusulas absolutamente proibidas aquelas que “Excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”.

Entendemos que o texto normativo transcrito acima não impede que controvérsias consumeristas sejam submetidas ao julgamento de tribunal arbitral.⁶⁹ São proibidas apenas arbitragens que não respeitem garantias procedimentais legalmente estabelecidas.

Como preceitua o artigo 30º da Lei portuguesa, o processo arbitral deve sempre observar os princípios fundamentais

⁶⁷ A respeito, extrai-se do sumário de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “I - As cláusulas inseridas em contratos individualizados, incluída a cláusula compromissória, estão sujeitas ao regime das cláusulas contratuais gerais que consta do DL n.º 446/85, de 25-10, cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar”, v. STJ, Rel. Cons. Salazar Casanova, julgado em 09.07.2015.

⁶⁸ Sobre a invalidade da convenção de arbitragem como fundamento de recusa ao reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, v. CAMELO, António Sampaio. *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras*: perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de arbitragem voluntária. Coimbra: Almedina, 2016. p. 145-154.

⁶⁹ No mesmo sentido, v. VICENTE, Dário Moura. *Direito internacional privado*: ensaios. Coimbra: Almedina, 2005. v. II. p. 381.

da igualdade e do contraditório⁷⁰, normas que asseguram garantias básicas do processo equitativo, sobre o qual dispõe o n.º 4 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”). Em todo processo arbitral, portanto, cada parte deve ter iguais oportunidades processuais de ser ouvida. Dessa maneira, afasta-se a incompatibilidade com o disposto na parte final da alínea h) do artigo 21.º da LCCG.

E qual deve ser o efeito da inclusão de cláusulas arbitrais válidas em contratos consumeristas de adesão?

Segundo DÁRIO MOURA VICENTE, as referidas cláusulas devem ser interpretadas “no sentido de que conferem ao tribunal arbitral uma *competência concorrente* com a dos tribunais judiciais”⁷¹, partindo-se da premissa de que a inclusão de cláusulas compromissórias em contratos consumeristas de adesão não deve acarretar a exclusão ou limitação do acesso dos consumidores aos tribunais do estado. Protege-se, dessa forma, o aderente consumidor, conferindo-lhe a oportunidade de escolher entre as jurisdições do tribunal arbitral e do tribunal estadual.

O Supremo Tribunal de Justiça teve oportunidade de julgar recurso de revista que ventilava a incidência da alínea h) do artigo 21.º da LCCG.⁷²

Do acórdão destacamos o seguinte trecho:

No regime das ccg estabelecido por tal normativo, deparam-se nos disposições relativas a cláusulas absoluta e relativamente proibidas, mas a todas elas escapa a convenção do tribunal arbitral.

Pelo contrário, insere-se na liberdade contratual aberta logo pelo artigo 209.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

A própria previsão da Constituição da República Portuguesa no que respeita à existência de tribunais arbitrais só se

⁷⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. ob. cit., 2013a. p. 118-120, refere-se aos princípios da participação do demandado no processo, da igualdade das partes, da plena defesa e do contraditório.

⁷¹ VICENTE, Dário Moura. ob. cit., 2005, p. 381. Itálico no original.

⁷² STJ, Rel. Cons. João Bernardo, julgado em 28.05.2015.

compreende se se considerar que não se viola o princípio do acesso ao direito assegurado no seu artigo 20.º, se se cometer a resolução de conflitos a estes.⁷³

Com efeito, o tribunal arbitral tem assento constitucional, como revela o nº 2 do artigo 209º da CRP. Ademais, a jurisdição arbitral, baseada em convenção de arbitragem válida e eficaz, não implica qualquer ofensa ao direito de acesso ao Direito traçado pelo artigo 20º da CRP. Os deveres de informação e comunicação impostos ao utilizador de cláusulas gerais contribuem para a proteção também do aderente consumidor.

Questionamos, porém, se dessas afirmações decorre a exclusão da competência concorrente dos tribunais judiciais, tendo em vista a primeira parte da alínea h) do artigo 21º da LCCG.

O Supremo Tribunal de Justiça julgou o recurso de revista improcedente, reafirmando o entendimento, baseado no nº 1 do artigo 5º da Lei portuguesa, de que, havendo convenção de arbitragem oportunamente alegada, somente nos casos em que, manifestamente, é nula, ineficaz ou inexecutável, deve o tribunal julgar improcedente a exceção de preterição do tribunal arbitral.

Indagamos, então, se a cláusula compromissória inserida em contrato consumerista de adesão deve ser considerada eficaz, caso o consumidor busque, em tribunal judiciário, o acolhimento de sua pretensão.

Parece-nos que a resposta é negativa. Caso o utilizador das cláusulas contratuais gerais tenha cumprido adequadamente seus deveres de comunicação e informação, ter-se-á formado convenção de arbitragem válida. A eficácia, todavia, depende da conduta processual do aderente consumidor, quando do surgimento do conflito. Deve ser preservada a oportunidade de escolha entre as jurisdições arbitral e estadual.

Suponhamos, por exemplo, que o aderente consumidor deduza pretensão perante o tribunal judicial e que nenhuma

⁷³ Inteiro teor do acórdão disponível em: www.dgsi.pt.

conduta tenha sido praticada em relação à arbitragem. Nessa hipótese, teremos convenção de arbitragem ineficaz.

Acolhemos, portanto, a interpretação que atribui competência concorrente aos tribunais judiciais e arbitrais na hipótese de cláusula compromissória inserida em contrato consumerista de adesão.

Por conseguinte, identificamos, no Direito português, dois regimes de proteção do aderente no que tange às cláusulas compromissórias: a) mero aderente, b) aderente consumidor.

No primeiro caso, a proteção ocorre, em linhas gerais, pela imposição de deveres de comunicação e informação ao utilizador das cláusulas gerais, bem como pela vedação de cláusulas abusivas. No segundo caso, além da proteção conferida ao mero aderente, o consumidor, em entendimento que sufragamos, deve ter a faculdade de escolher entre os tribunais arbitral e estadual, que possuem competências concorrentes.

Não há, como dissemos, no sistema português, forma legal especial para a cláusula arbitral incluída em contratos de adesão.

Caso fosse adotada por meio de reforma legislativa, consideramos que o sistema realizaria, de forma mais eficiente, a função acautelatória da forma, chamando a atenção do aderente, especificamente, para as consequências jurídicas da convenção arbitral. Ademais, do ponto de vista probatório, seria mais simples identificar uma cláusula compromissória inválida no contrato de adesão.

CONCLUSÃO

Verificamos que a arbitragem voluntária é modalidade heterônoma de solução dos conflitos, privada, processual e jurisdicional.

Por sua vez, a convenção de arbitragem tem natureza de negócio jurídico processual sobre competência. Pressupõe

manifestação da autonomia privada e acarreta efeitos jurídicos positivo e negativo no âmbito processual.

Nos Direitos português e brasileiro, há duas modalidades de convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

No Direito brasileiro, há forma legal especial para a celebração de cláusulas arbitrais nos contratos de adesão. Verificamos, ademais, proteção diferenciada conferida ao consumidor aderente, por força do inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor.

À luz do sistema português, não há forma legal especial para as cláusulas compromissórias incluídas nas ccg. O aderente é protegido, em linhas gerais, pela imposição de deveres de comunicação e informação ao utilizador de ccg. Em benefício do aderente consumidor, entendemos que se confere opção de propor demanda perante tribunais arbitrais ou estatais, aos quais se atribuem competências concorrentes, para dirimir questões oriundas do contrato.

Afigura-se-nos preferível a técnica brasileira quanto à forma da cláusula arbitral na contratação por adesão, por tornar mais rápida e segura a identificação da nulidade da convenção arbitral.



REFERÊNCIAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à lei de arbitragem: Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. 2. ed. atual. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o

- Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de arbitragem comentada*. Coimbra: Almedina, 2013a.
. *Manual de arbitragem*. 2. ed. 2013b.
- BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de arbitragem no novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 6. ed. São Paulo: RT, 2017.
- CARAMELO, António Sampaio. *O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras: perante a Convenção de Nova Iorque e a Lei de arbitragem voluntária*. Coimbra: Almedina, 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2016.
. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.
. *Tratado de direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014. v. II.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. I.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. I.
- FAZZALARI, Elio. *L'arbitrato*. Torino: UTET, 1997.
- FERRAZ NETO, Jorge. *Curso prático de arbitragem e processo*

- arbitral*. Fortaleza: ABC, 2008.
- GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale. *Manual de arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JARROSSON, Charles. *La notion d'arbitrage*. Paris: LGDJ, 1987.
- JOLIDON, Pierre. *Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage*. Berne: Staempfli, 1984.
- LIONNET, Klaus. *Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit: systematische Darstellung der privaten Handelsschiedsgerichtbarkeit für die Praxis der Parteien*. 2. ed. Stuttgart: Boorberg, 2001.
- OLIVEIRA, Mário Esteves de (Coord.). *Lei da arbitragem voluntária: comentada*. Coimbra: Almedina, 2014.
- PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 64, nº 1/2, p. 125-200, nov. 2004.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. III.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002.
- SCHÜTZE, Rolf A. *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*. 6. ed. München: Beck, 2016.
- SCHWAB, Karl Heinz; WALTER, Gerhard.

- Schiedsgerichtsbarkeit*: Kommentar. 6. ed. München: Beck, 2000.
- SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução das controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- . *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações (arts. 1º a 420)*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. I.
- VENTURA, Raul. Convenção de arbitragem. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 46, [s/n], 223p, set. 1986.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016. v. I.
- . *Direito internacional privado: ensaios*. Coimbra: Almedina, 2005. v. II.
- . *Lei da arbitragem voluntária anotada*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WALTON, Anthony; VITORIA, Mary. *Russell on the law of arbitration*. 20. ed. London: Stevens & Sons, 1982.