



Fernando Rabello

SOBRE LUZES E SOMBRAS: arbitragem

110

LIGHTS AND SHADOWS OF ARBITRATION

José Augusto Fontoura Costa

RESUMO

Analisa a relação entre a arbitragem e a jurisdição e descreve-a como dicotômica e gradualista, destacando as semelhanças entre os meios privados e públicos de solução de controvérsias. Reflete sobre as restrições da Lei n. 9.307/96 e do Código de Defesa do Consumidor, à luz de uma interpretação do Direito que garante aos mais frágeis maior grau de tutela estatal, ao mesmo tempo em que não tolhe a liberdade, geradora de maior eficiência econômica.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; arbitragem; cláusula arbitral compulsória; proteção do consumidor; contrato de adesão; Lei n. 9.307/96.

ABSTRACT

The author assesses the relationship between arbitration and jurisdiction, which in his opinion is divided and gradual, highlighting the similarities between public and private means of dispute resolution.

He discusses the restrictions set forth in Law No. 9,307/96 and in the Consumer Rights Legislation, in the light of a legal interpretation that ensures a higher standard of state protection to the most socially fragile groups, without obstructing economic freedom, which is a condition for greater efficiency.

KEYWORDS

Law Theory; arbitration; compulsory arbitral clause; consumer protection; adhesion contract; Law No. 9,307/96.

*Ebony and ivory live together
in perfect harmony
Side by side on my piano
keyboard, oh lord, why don't we?*
(Paul McCartney)

1 INTRODUÇÃO

Desde que a Lei n. 9.307/96 voltou os olhos de considerável parcela dos juristas sobre as formas alternativas de solução de controvérsias, estas têm-se constituído não apenas nos campos de cooperação e tensão entre partes que, por alguma razão, divergem sobre a melhor maneira de manter o curso de suas relações ou, se for o caso, rompê-las da maneira mais justa e menos prejudicial para os envolvidos.

Por um lado, a falta de uma cultura arbitral consolidada à época da edição da lei – o que se alterou significativamente nos últimos anos – foi o mais nutritivo dos alimentos da desconfiança sobre juízos de cortes privadas (BARRAL, 2000), a qual se mantém, em alguns âmbitos, até o presente. Por outro, os potenciais das formas alternativas de solução de controvérsias, por serem mais eficientes em muitos casos, vêm-se revelando uma alternativa importante para facilitar tanto a recomposição de relações, quanto a solução técnica e equilibrada de questões complexas.

Neste breve ensaio, aponta-se para o conflito de concepções entre a visão mais difundida de que os juízos arbitrais, privados, se contrapõem aos tipicamente jurisdicionais (públicos), possibilitando existirem o empresário mal intencionado quanto aos holofotes do Estado e a menos destacada percepção gradualista – conforme a qual a maior proximidade entre as partes e os tomadores de decisão torna mais provável a descoberta de soluções satisfatórias e eficientes.

Para tanto, analisam-se as duas concepções – oposição privado/público e gradiente crescente da intervenção de um terceiro na solução de uma controvérsia – com o objetivo de lançar alguma luz sobre a questão e destacar que,

muitas vezes, os claros e escuros do fazer jurídico dependem mais da compreensão do sentido das normas, em face de circunstâncias concretas, do que de uma empedernida interpretação literal da lei.

Optou-se, como estudo de caso, pela análise teleológica das normas da Lei n. 9.307/96 referentes aos contratos de adesão e as do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que tratam da abusividade da inclusão de cláusulas arbitrais compulsórias, incluindo o estudo da jurisprudência dos tribunais superiores, que ajudam a esclarecer a compreensão da matéria.

2 O JUIZ E O NÃO JUIZ

Em abril de 2008, em Montreal, Jan Paulsson, um dos mais conhecidos e atuantes árbitros internacionais, apresentou a aula *International Arbitration is Not Arbitration*, como palestrante da John E.C. Brierley Memorial Lecture, na Faculdade de Direito da McGill University, em que abordou a razão por que a arbitragem internacional não é arbitragem.

[...] é extremamente comum a afirmação de que a arbitragem apresenta algumas vantagens particularmente no sentido de que seria mais célere, mais sigilosa, mais especializada e menos custosa.

Lembrando o argumento de que um cavalo marinho não é, propriamente, um cavalo, mas um peixe, iniciou uma interessante exposição a respeito das idiosincrasias e necessidades de operações privadas internacionais e, em particular, do uso da arbitragem como única possibilidade para os casos com elevada densidade de aspectos internacionais.

Sob a luz de sua exposição encontram-se, certamente, as concepções de contratos que se vinculam diretamente ao Direito Internacional, conforme a formulação teórica de Prosper Weil (1969), ou não se vinculam a Direito positivo algum, nascendo da própria vontade dos contratantes: os contratos sem lei de Pierre Mayer (1989) e, no âmbito especí-

fico dos acordos entre particulares e Estados, a figura dos acordos assemelhados aos de Direito Internacional Público¹, de Alfred Verdross (1957/8).

Sem embargo, mesmo que aceitemos, com Hermes Marcelo Huck (1989) e Bruno Oppetit (2006), entre outros, o fato de que, mesmo nas hipóteses mais extremas, sempre resta a eventual necessidade de buscar execução em sistemas jurídicos estatais, é preciso ressaltar que, do ponto de vista pragmático, a busca de soluções extremamente especializadas pode implicar a arbitragem internacional como sendo a única aceitável para muitos e variados casos.

Retomando a argumentação de Paulsson, entretanto, a ideia de que a arbitragem internacional não é arbitragem, mas algum outro bicho, estrutura-se em torno da contraposição entre arbitragem e jurisdição.

Com efeito, grande parte do discurso jurídico sobre a arbitragem pauta-se pela existência de uma oposição entre juízos privados (arbitragem) e juízos pú-

blicos (atividade do judiciário). Apenas para mencionar um exemplo, é extremamente comum a afirmação de que a arbitragem apresenta algumas vantagens particularmente no sentido de que seria mais célere, mais sigilosa, mais especializada e menos custosa. Ora, não é nem preciso dizer que estas seriam referentes à adjudicação.

Em um âmbito mais profundo, é difundida a percepção de que a busca de soluções não estatais para controvérsias funciona como um meio de elidir a aplicação do Direito pelos órgãos públicos competentes (OPPETIT, 2006). Daí, inclusive, resultou a discussão brasileira sobre se o princípio conforme o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a um direito pode

ser subtraída da apreciação pelo Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) não obstará a oposição de exceção fundada na existência de cláusula arbitral. É importante rememorar, porém, que pouco mais de cinco anos depois da entrada em vigor da lei, no processo de homologação de sentença estrangeira SE 5205 (julgamento de 12 de dezembro de 2001), o STF esclareceu não haver incompatibilidade entre a escolha da via arbitral e a Constituição.

É de se ressaltar, não obstante, que uma perspectiva que considera a essência do Direito como emanção resultante da soberania estatal favorece a desconfiança dos mais diversos tipos de operadores em relação a soluções desvinculadas do controle imediato das instituições públicas internas. A própria tripartição e complementaridade entre os Poderes, vistas como um dos pilares da democracia, eiva de desconfiança a opção por privatizar a justiça. Muitas vezes, cria-se a impressão de que a arbitragem é uma simples rota de fuga do controle do Estado e da aplicação do direito pelos órgãos verdadeiramente legítimos.

[...] a Análise Econômica do Direito destaca a importância da abertura de espaços em que as partes possam expressar seus interesses como pressuposto da maior eficiência econômica possível.

Desta mesma perspectiva, a arbitragem tende a ser vista como excepcional em relação ao que seria normal, a submissão ao Judiciário. Em outros termos, até mesmo em função da CF, art. 5º, XXXV, o âmbito da jurisdição estatal pode ser definido como dominante, dependendo a aceitação da arbitragem de autorização legal explícita. Isto induz a uma interpretação restritiva dos âmbitos de arbitrabilidade.

Resta, portanto, estabelecida uma relação que se traduz nos termos juiz/não juiz. Trata-se de uma classificação em que o polo forte – o Judiciário –contrapõe-se a um universo residual. É este o papel que resta aos árbitros encenarem, não apenas longe do poscênio, mas meramente como histriões ou cabotinos, dedicados a entreter a plateia entre um ato e outro. Não deixa de haver certa ironia no fato de que o enredo da comédia de erros encenada também foi escrito pelos que, buscando alardear as vantagens da arbitragem, não só reforçam o discurso da dicotomia, mas criam um distanciamento brechtiano que revela, dialeticamente, o caráter falsificador das afirmações propagandísticas de que a arbitragem é essencialmente vantajosa...

Assim, a perspectiva ideológica que parte da observação do mundo, a partir de um Estado que ordena, regula e protege, fomenta a desconfiança tanto a respeito da capacidade de os agentes privados gerirem seus próprios interesses da maneira mais conveniente, quanto da lisura e capacidade técnica dos árbitros, e alimenta-se dos próprios elixires vendidos pelos saltimbancos.

De modo similar, o discurso pró-arbitragem que se apoia em uma noção naturalística de autonomia da vontade e ressalta o papel do Estado como um interventor ilegítimo nos assuntos privados – criando uma dicotomia com polos invertidos que, ao final de uma cena tragicômica – torna ainda mais aguda a percepção dicotômica, delineando uma trama em que a arbitragem e a jurisdição apenas têm a perder.

Decerto, há casos e situações em que é bastante evidente a inconveniência de afastar a tutela estatal mediante a atividade judicante. Não obstante, é equivocado considerar que a arbitragem deva ser excepcional e os seus âmbitos de cobertura nanicos. É neste sentido que uma outra maneira de observar o instituto pode ajudar a superar esquemas mentais que, apesar de didáticos, não são necessariamente os mais acurados.

3 DIE BREMER STADTMUSIKANTEN

Qualquer criança (pelo menos na cidade hanseática livre de Bremen) conhece a história do burro, cachorro, gato e galo que, abandonados por seus donos, resolvem ser saltimbancos na cidade grande e, pressentindo que algo de estranho se passava em uma casa ao longo do caminho, sobem uns sobre os outros para, em seguida, espantar os ladrões que haviam invadido uma casa. Há diversos valores reforçados pela fábula, mas a ênfase inevitável fica para a cooperação funcional como sustentáculo da vida comunitária. Aqui, também, é importante o caráter de graduação – do maior para o menor – que, associando às diversas capacidades, fez soar a música, que, por menos harmônica que possa haver parecido, mostrou-se útil.

É possível, para nosso *Märchen* arbitral, imaginar negociação, conciliação, mediação e arbitragem como instâncias cooperativas e complementares, na busca de esforços para reduzir, na maior medida e pelo menor custo possível, conflitos e controvérsias que surgem, inexoravelmente, no dia a dia.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito destaca a importância da abertura de espaços em que as partes possam expressar seus interesses como pressuposto da maior eficiência econômica possível. Richard Posner (1992), por exemplo, indica as vantagens das soluções negociadas, nas quais ambas as partes saem, de algum modo, satisfeitas, ao passo que posturas pautadas pelo *fiat justitiae perit mundus* são passíveis de tornar ambos os contendores menos satisfeitos do que antes. Decerto, os debates que, na audiência judicial, promovem o acordo como solução preferencial seguem, exatamente, a mesma lógica.

Tendo como pressuposto que ninguém aceita uma solução que não lhe pareça razoável, é também importante ressaltar que, enquanto as partes conseguem negociar e chegar a uma solução concertada é, poder-se-ia dizer, menos difícil reconstituir suas relações sociais e econômicas, o que resulta em benefícios gerais.

Os sujeitos de uma controvérsia, porém, podem experimentar situações em que já não é possível negociar. Isto pode ocorrer por duas razões, isoladas ou associadas, que impedem o curso normal de uma negociação. Em primeiro lugar, na hipótese de as zonas de soluções aceitáveis de cada um não se intersectarem. Em segundo, é possível, em tese, que as partes obtivessem soluções mutuamente aceitáveis, tendo sofrido contudo, desgastes de relacionamento que ultrapassam, de longe, o estreito âmbito do objeto da controvérsia. É o caso, alegórico, das separações de casais, em que o passivo emocional ultrapassa as fronteiras da razoabilidade econômica. Para qualquer das situações, faz-se necessária a intervenção de um terceiro.

Remeter, de imediato, a questão ao Judiciário pode implicar custos e desgastes em detrimento dos interesses de ambas as partes. Entram no palco, neste momento, os prestadores de bons ofícios, conciliação e mediação. Estes terceiros, apesar de

não terem o condão de impor uma solução, facilitam a reaproximação e sugerem alternativas.

Gestos e palavras podem, mesmo entre os mais tarimbados comerciantes, levar a situações em que o acirramento dos ânimos torna a negociação disfuncional. O prestador de bons ofícios, então, pode atuar como uma nova personagem que, ao intervir nas relações entre as partes, faz com que estas se reaproximem e, chamadas à razão, voltem a negociar.

Errado, porém, seria pensar que o terceiro não pode ter uma posição mais ativa. Na mediação, destarte, incrementa-se o papel deste, que passa, com seu conhecimento técnico e jurídico, a auxiliar as partes, esclarecendo pontos complexos e delicados. No entanto, não propõe uma solução final. É importante, aqui, ressaltar que o mediador não tem apenas o papel de reduzir o universo de possibilidades de soluções, mas deve, na maior medida possível, procurar fazer com que as partes antevejam oportunidades e situações que não haveriam divisado sem sua intervenção.

Levar aos contendores novas sugestões, porém, é tido mais claramente como um componente da atividade do conciliador. Embora sua diferenciação em relação ao mediador seja muito tênue, seguindo Bruno Oppetit (2006), este se caracteriza por oferecer uma solução final, a qual pode ser, ou não, aceita pelas partes. Se é certo que as circunstâncias em que se dão a mediação e a conciliação podem variar sobremaneira e que uma distinção categórica apenas possa ser traçada mediante a obrigação do terceiro de finalizar sua tarefa com um relatório propositivo de um resultado, quando nenhuma delas é suficiente, é necessário recorrer a um terceiro, que possa decidir a questão de modo vinculante para as partes.

Inicia-se, então, a parte do trajeto em que passa a ser relevante a distinção entre arbitragem e adjudicação. Aqui, as vantagens de cada uma devem ser cuidadosamente cotejadas, considerando, dentre as mais diversas variáveis, os custos envolvidos. Além daquelas tradicionalmente apontadas, pode-se agregar o fato da maior flexibilidade do procedimento, já que, na arbitragem, este pode ser objeto de uma alfaiataria jurídica instituidora de elementos que não dizem respeito às preocupações e objetivos do

legislador. Entram, também, no cálculo, a possibilidade de escolher entre arbitragem de direito e *ex aequo et bono*, que privilegia a justiça sobre o próprio Direito; pode-se ainda privilegiar necessidades referentes a prazos ou a fatores técnicos. Não obstante, quando o sistema jurídico interno favorece a execução de sentenças judiciais, quando há questões delicadas do ponto de vista da ordem pública ou não existe uma cultura arbitral assentada, a opção pelo Judiciário pode ser, sim, a mais racional em termos econômicos. Por outro lado, características como a falta de estabilidade profissional dos árbitros ou o menor controle sobre suas atividades podem, decerto, representar riscos (HARTEN, 2007), mas os contextos em que isso ocorre são reduzidos e, sempre que as partes tenham condições de avaliá-los e optar pelo Judiciário, podem revelar opções conscientes e razoáveis, as quais não deveriam ser obstadas.

Neste diapasão, a arbitragem já se aproxima muito mais da adjudicação, não só pela obrigatoriedade da decisão tomada por um terceiro, mas pelo próprio fato de que os aspectos técnicos cedem lugar aos jurídicos, sendo claramente predominante a opção por tribunais que congregam juristas, advogados ou acadêmicos do Direito. Esta observação, sobretudo quando a arbitragem é de direito, ressalta a proximidade, não o distanciamento, entre adjudicação e arbitragem.

A dicotomia juiz/árbitro é bastante mitigada na medida em que se esclarece que são, em face da prática social, muito mais semelhantes do que contrastantes.

Amor pela arte, portanto, não é a única razão que leva a retomar os saltimbancos de Bremen como alegoria da cooperação funcional, como cimento de relações comunitárias e sociais sólidas. A abertura de oportunidades e a compreensão das possíveis vantagens, em face das questões concretas e não como um dado absoluto, têm, sem dúvida, apoio na visão que considera a arbitragem uma alternativa no crescendo que se inicia na negociação e chega, quando preciso for, ao Judiciário.

A dicotomia juiz/árbitro é bastante mitigada na medida em que se esclarece que são, em face da prática social, muito mais semelhantes do que contrastantes.

Curiosamente, a perspectiva gradualista das formas alternativas de solução de controvérsias parece ter o condão de inverter a lógica do juiz/não juiz, pois demonstra, com base na prática social, que as opções estritamente jurisdicionais apenas lançam uma sombra do Direito, a qual corresponde, muitas vezes, na melhor alternativa não negociada (COSTA, 2007; MNOOKIN; KORNHAUSER, 1979; RUBIN, 1995). Há verdade nesta percepção, que tende a ser maximizadora da eficiência econômica, sem ser, necessariamente, contrária aos interesses do Estado.

Cabe, no entanto, esclarecer que há âmbitos, sim, que, em razão de questões de ordem pública envolvidas, não se podem furtar ao escrutínio do Judiciário. Isto não significa, necessariamente, todos os campos da atividade estatal, mas aqueles em que existe alguma ameaça efetiva ao amálgama social e à justiça.

4 PONDO O BURRO NA SOMBRA...

O primeiro bicho do *Märchen* mencionado acima é um burro, que extenuado depois de anos de trabalho duro e sob o risco de se ver abandonado pelo dono, resolve ir para Bremen, onde viveria como músico de rua. Na tradição germânica, como na da quase totalidade das demais culturas, este nobre animal é lembrado por sua força, trabalho duro e, decerto, a teimosia que, em português,

derivou para a falta de visão ou estultice. Colocar o burro na sombra é uma expressão que se refere, como sabido, à garantia da sobrevivência material – mais ou menos abastada, não importa – sem necessidade de trabalhar. Aqui, como se verá, significa dar mais ou menos conforto ao animal que, mediante seu labor, é garantia da existência material.

Na descrição gradualista do tópico anterior, pretendeu-se, sem sacrificar a imaginação do leitor, que o galo corresponde ao Judiciário, pois ocupa a hierarquia mais elevada, tanto em termos de abrangência amplíssima de sua atuação, já que pode divisar o mundo (e os ladrões) desde uma perspectiva privile-

giada, pois Poder do Estado, quanto na medida em que, pelo distanciamento exigido dos magistrados – se não neutros, pelo menos imparciais – é também o que vê o chão mais de longe.

O burro, limitado pelas agruras do trabalho e impulsionado pelo sonho de sucesso, é o que dá início a todo o movimento que culmina no sucesso do conhecido quarteto. Neste sentido, caracteriza a negociação, que busca ser pragmática, informal e expedita, bem como as bases e fundamentos socioeconômicos do Direito. É sobre ele que, em qualquer das duas acepções, o Direito lança sua sombra, traçando os limites das condutas lícitas e ilícitas.

A própria cooperação funcional imanente ao conto, depende da articulação de todos. Neste sentido muito específico, portanto, pôr o burro na sombra não significa a busca do *dulce far niente*, mas o das limitações impostas ao comportamento pelo Direito, inclusive com o fito de não dar espaço à super-exploração do trabalho e da boa fé. A sombra, então, representa o conforto da justa proteção, não o da preguiça...

[...] tanto na Lei n. 9.307/96, quanto no CDC há normas, de incontestável importância, as quais restringem a possibilidade de instituição da arbitragem.

É, portanto, bastante delicada a ampliação dos âmbitos de arbitrabilidade àqueles campos do Direito em que atua o princípio da hipossuficiência, como o Direito do Trabalho, o Direito da Criança e do Adolescente e o Direito do Consumidor. Considerando que não é objetivo deste artigo esgotar as interpretações sobre todos os campos, mas instigar a reflexão a respeito das relações entre a arbitragem e o exercício da jurisdição, concentrar-se-á, à guisa de estudo de caso, nas restrições referentes aos contratos de adesão e aos contratos de consumo.

A regra básica, quando não há ameaça aos hipossuficientes, é, no Direito brasileiro, o art. 1º da Lei n. 9.307/96, o qual institui: *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

O legislador, portanto, identificou o grupo dos direitos subjetivos dos quais as partes podem dispor e, ademais, têm caráter econômico, como o universo de posições jurídicas que podem ser submetidas à arbitragem e, ainda assim, gerar os efeitos que prevê a lei, como o cumprimento específico da cláusula arbitral e o caráter de título judicial das sentenças arbitrais. A arbitrabilidade se afirma, portanto, como uma consequência da autonomia da vontade, protegida e limitada pelo Direito (COSTA; TUSA, 1997). Mais do que isso, quando referente a direitos patrimoniais disponíveis, o afastamento da arbitragem deve ser excepcional e motivado.

Não obstante, tanto na Lei n. 9.307/96, quanto no CDC há normas, de incontestável importância, as quais restringem a possibilidade de instituição da arbitragem.

Em primeiro lugar, está a regra sobre a cláusula arbitral nos contratos de adesão, a qual vem expressa na Lei n. 9.307: *Art. 4º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral [...]*

§ 2º 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.

Um primeiro olhar parece encontrar uma solução pouco eficiente: como saber se a proposta da arbitragem veio, realmente, do aderente? Por outro lado, a simples remissão a um documento anexo ou a reserva de um campo especial de assinatura em texto negrito não parecem ser suficientes para afastar as relações de poder, as quais uma substancial parcela da doutrina pátria considera típica da relação entre o poderoso redator dos contratos e o débil aderente.

Nem sempre é assim. Nem todos os contratos de adesão ocorrem entre partes desiguais. Em um contrato de fornecimento entre uma grande empresa multinacional produtora de alimentos e uma grande rede de supermercados é difícil identificar qual é a parte mais fraca. Entretanto, os supermercados e distribuidoras, não raro, utilizam-se de contratos de adesão ou, no mínimo, *standard terms*, que é um instrumento necessário para a administração de fluxos e para o fornecimento. Embora possam existir algumas cláusulas negociadas, raramente o contrato é integral ou significativamente *tailor made*.

Aqui, a regra da adesão específica à arbitragem, mediante assinatura específica para a cláusula arbitral, ou sua formulação em instrumento anexo, cumpre extremamente bem sua função.

Mesmo em contratos de adesão em que há certa assimetria, como os de franquia, sobretudo na modalidade *fast format*, o profissionalismo dos envolvidos não permite pressupor a açodada leitura dos termos e a assinatura desavisada de uma cláusula arbitral. Nestes casos, não obstante, cabe a discussão sobre os termos econômicos do contrato, se poderiam variar, incrementando, por exemplo, o valor dos *fees* a serem pagos, sempre que não se opte pela arbitragem. Na opinião deste autor, não deveria, *a priori*, ser vedada a variação dos valores em função da adesão ou não à cláusula. Ora, se a longo prazo e no agregado, a utilização da arbitragem comprovadamente leva, em circunstâncias concretas, a menores custos para o franqueador, a proibição da variação dos termos econômicos, em função da adesão ou não à cláusula, leva a uma elevação dos custos de administração (maior dimensão do departamento jurídico, adoção de procedimentos internos diversificados e outras formas de redução de ganhos de escala), bem como à injusta situação em que os aderentes arcam com os custos adicionados pelos não aderentes, já que o incremento dos custos globais seria, irremediavelmente, rateado entre todos os franqueados.

Vale a pena observar que os custos adicionais para a recusa da arbitragem serviriam como um incentivo à padronização de procedimentos e, por conseguinte, à maior eficiência administrativa. Ademais, seria pouco razoável imaginar que as variações econômicas seriam maculadas por um elemento punitivo, uma vez que o franqueador tem sempre interesse em fechar o negócio e não seria racional arriscar a expansão de sua rede, talvez em favor da concorrente, pelo simples apego às técnicas não jurisdicionais de solução de controvérsias.

Nestas duas hipóteses, os animais de carga e tiro, saudáveis, podem trabalhar sob o sol...

Quando, porém, o legislador adverte que as cláusulas de-

vem aparecer em destaque, nota-se que objetivou um âmbito dos contratos de adesão em que operações de menor monta e elevada frequência levam a que os aderentes estejam menos atentos ao conteúdo do contrato. Estes, em geral, são contratos de consumo, mas nem sempre: em relações de fornecimento de mercadorias para pequenos estabelecimentos por grandes distribuidoras, por exemplo, as quais são um exemplo significativo do caso em que a necessidade de informar e alertar sobre a arbitragem se mostra muito importante.

Para estes casos, há dúvidas de que a simples existência dos destaques em negrito e campos especiais para as assinaturas sejam suficientes, considerando uma sociedade em que a arbitragem ainda não se encontra amplamente disseminada e tendo em vista que os próprios sujeitos, muitas vezes, não conseguem compreender o significado e o sentido da cláusula. Aqui, deve-se ser cuidadoso ao interpretar teleologicamente a lei, sob os riscos de causar insolação

Por outro lado, o guarda-sol estendido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) parece ser demasiadamente amplo, como se pode observar em seu art. 51: *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem.*

Entretanto, pode ser que a sombra que projeta não seja tão ampla como se possa imaginar à primeira vista e, com o passar das horas, modifique sua posição. Antes de tudo, a regra ora analisada apenas se refere a uma modalidade das convenções arbitrais, a cláusula, deixando incólumes os compromissos arbitrais. Ou seja, desde que a arbitragem seja instituída já em face da controvérsia concreta e, evidentemente, siga os critérios de arbitralidade dos direitos sob sua cobertura, o meio alternativo pode ser utilizado. Está longe o CDC, portanto, de vedar, mesmo antes da vigência da Lei n. 9.307/96, a arbitragem em matéria de consumo.

Neste sentido, equivocou-se o acórdão e a ementa da Apelação Cível 660756 – SP (Processo 1999.61.00.046276-4) de 7 de agosto de 2006, ao afirmar que: *O acesso do consumidor mutuário ao judiciário é, portanto, verdadeiro princípio, reforçado no art. 51, inc. VII, que esta-*

belece, a nulidade absoluta de cláusula contratual que determine a utilização compulsória de arbitragem. Evidente que seu sentido é o de impedir a estipulação de qualquer cláusula contratual que subtraia do Poder Judiciário questões atinentes às relações de consumo.

O que não está isento do crivo dos órgãos jurisdicionais estatais são as questões de ordem pública, não todo e qualquer juízo arbitral. Seria, aliás, de obscurantista injustiça negar ao consumidor, convencido de eventuais vantagens, *in casu*, das formas alternativas de solução de controvérsias, adotar, de comum acordo com o fornecedor, solução alternativa à jurisdição. Igualmente pouco iluminados os olhos que divisam, nas relações de consumo, a posição do usuário final dos bens e serviços como o hipossuficiente da relação, como se uma poderosíssima multinacional não pudesse contratar um *buffet* de bairro para sua confraternização de final de ano... Reservadas ao juiz estão, decerto, as questões de ordem pública, mas não as patrimoniais disponíveis.

Além disso, apenas são vedadas as cláusulas que impliquem a utilização compulsória da arbitragem e, neste ponto, cabe um esclarecimento: quando se editou o CDC, o dever jurídico determinado nestas disposições contratuais não era tido como objeto de execução específica, mas como uma obrigação de fazer, a qual se resolvia em perdas e danos. Apenas a partir de setembro de 1996 foi instituído o procedimento de execução específica da cláusula arbitral, bem como a sua oponibilidade como exceção ao acionamento dos meios jurisdicionais². O conteúdo jurídico específico do caráter compulsório, portanto, modificou-se no curso da vigência do CDC.

A sociedade e os valores de justiça não têm nada a ganhar com interpretações que se esquecem das finalidades do Direito e se encastelam em posturas meramente exegéticas, obliterada a visão do intérprete por um excessivo formalismo.

O sentido original da compulsoriedade, portanto, não pode ser avaliado sob a ótica do Direito superveniente. Trata-se, ao que parece, de referência à estrutura formal da cláusula, mais do que de seu efeito no sentido de afastar o Judiciário. Desde logo, portanto, se questiona se o tema pode ser reco-

locado em termos da transparência e consentimento informado, que a Lei n. 9.307/96 tratou de resolver mediante a técnica da escrita destacada, com campo específico para a assinatura e, alternativamente, da redação de documento anexo que preveja a arbitragem.

Com efeito, se nem todo contrato de adesão é de consumo, a inversa é também verdadeira. Cabe, então, apelar para o espírito de ambos os instrumentos legais para compreender que, com efeito, o que se quer evitar é a abusividade erosiva dos direitos do hipossuficiente, que não deve ser tomada como pressuposta, mas analisada em face das circunstâncias.

A ementa do REsp 819519/PE, julgado em 9 de outubro de 2007, parece acenar no sentido contrário, trazendo interpretação diversa da aqui defendida, pois declara que *é nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor*. Não obstante, a razão alegada para o afastamento da compulsoriedade do juízo arbitral corrobora a hipótese aqui apresentada, pois afirma que o fornecedor *impôs como condição para celebração do contrato, a aceitação dessa cláusula compromissória, não houve liberdade de opção em relação a ela*. Nesse sentido, reforça-se a hipótese de que a abusividade não pode ser pressuposta, tanto nos contratos de adesão, tanto nos contratos de consumo.

Há, com efeito, grande risco em centralizar o facho luminoso sobre a ementa, sem visualizar, detidamente, todo o ambiente. O cuidadoso escrutínio do caso, seja pelos árbitros, seja pelos juizes, deve ser o fundamento para decidir sobre a eficácia de cláusula arbitral, mesmo nos

contratos de consumo. É isso o que defluiu do espírito da lei, interpretada, conforme o próprio art. 5º da LICC, buscando atender aos fins sociais e ao bem comum.

Ora, se o CDC tem a clara oportunidade de proteger o consumidor fragilizado em face da sociedade de massas e, quando a relação de consumo concreta

se afasta de situações de hipossuficiência ou é consubstanciada a partir de contratos livremente negociados, o rigor de seus dispositivos deve ser mitigado. A sociedade e os valores de justiça não têm nada a ganhar com interpretações que se esquecem das finalidades do Direito e se encastelam em posturas meramente exegéticas, obliterada a visão do intérprete por um excessivo formalismo.

Por seu turno, a Lei n. 9.307/96 surge, sobretudo, para revigorar a arbitragem no Brasil, o que decorre da consciência do legislador de que, sob certas condições, esta forma de solução de controvérsias pode produzir vantagens para as partes. Para tanto, esteia-se na autonomia da vontade, mas indica que a ordem pública lança, sim, suas sombras sobre o âmbito dos conflitos arbitráveis em vários dispositivos, como a própria norma de seu art. 1º e a do art. 4º, § 2º.

Por conseguinte, a cláusula arbitral compulsória em contratos de consumo pode, sim, produzir efeitos, desde que não seja resultado de imposição do mais forte sobre o mais fraco, afastando este da proteção judicial. A solução da cláusula em destaque ou em instrumento apartado pode, sim, ser aceitável em várias relações de consumo. Evidentemente, não é o que se dá em face da típica situação do consumidor, que não tem, de fato, qualquer opção. O núcleo duro das cláusulas incluídas em contratos de adesão para o consumo em massa deve, pelo entendimento do legislador, estar sob a proteção do guarda-sol jurisdicional. Entretanto, nem nessas hipóteses se afasta totalmente a arbitragem, que pode ser instituída mediante compromisso.

Não há de se falar, portanto, em conflito entre a regra sobre contratos de adesão da Lei n. 9.307 e o art. 51, VII, do CDC. Em primeiro lugar, o objeto destas disposições é distinto, pois, como já se viu, há contratos de consumo *tailor made* e contratos de adesão nos quais não há usuário final. Por outro lado, mesmo no âmbito em que as normas se intersectam – relações de consumo constituídas a partir de contratos de adesão – não faz sentido colocar a questão em termos de antinomia a ser resolvida mediante critérios de *lex specialis* e *lex posterior*: trata-se simplesmente de, observadas as circunstâncias concretas, buscar o resultado mais justo e consistente com os objetivos do Direito e do bem social. Em outras palavras, não é possível traçar, logicamente, uma solução teórica para todos os casos que se encontram no universo coberto por ambos os dispositivos e, para usar uma formulação doutrinária *en vogue*, devem sopesar os princípios (ALEXY, 2002; DWORKIN, 2002) para encontrar a solução no caso. Sempre, porém, o hipossuficiente estará posto à sombra do Direito, evitando que adoça por insolação devida a um excesso das luzes da autonomia da vontade.

5 EBONY AND IVORY

Em março de 1982, na forma de um manifesto musical contra o racismo, Paul McCartney e Steve Wonder lançaram a canção que ocupou o primeiro lugar em diversas listas de sucessos, a qual parte da necessidade de utilizar tanto as teclas pretas (ébanho) e brancas (marfim) para alcançar a maior harmonia possível.

Em analogia evidente, árbitros e juízes devem atuar buscando a maior cooperação possível, para que possam cada qual com seus atributos, auxiliar na construção de um sistema jurídico que admite a arbitragem como parte de sua estrutura e é responsável pelo aporte de benefícios.

As harmonias que Johannes Kepler buscou nas estrelas e planetas, porém, não podem ser pressupostas na vida social, mas construídas mediante interações contínuas e, às vezes, conflituosas. Vencer o preconceito contra a atividade arbitral é, neste particular sentido, uma tarefa que envolve muitos atores sociais, mas, principalmente, árbitros e juízes. No Brasil, já não se observa o árbitro com tanta desconfiança quanto há alguns anos, e isto é, sim, resultado tanto da árdua luta por conquistar a confiança dos usuários do instituto, quanto dos membros do Judiciário. Por outro lado, contou-se, depois de um breve período de aversão, com a abertura dos juízes a novas possibilidades.

Uma considerável parcela do labor de interpretação e aplicação do Direito depende, decerto, das concepções que os tomadores de decisões trazem inscritas em sua experiência individual e jurídica. Tanto sua concepção de mundo, quanto sua vivência prática terminam por construir os contextos subjetivo e objetivo onde se realizam, efetivamente, as decisões (COSTA, 2000). Deste modo, o resultado da aplicação em face do caso concreto, considerando, por exemplo, a questão da compatibilização dos dispositivos do CDC e da Lei n. 9.307/96 depende sobremaneira de como se percebe a figura arquetípica do árbitro.

Na medida em que a concepção dicotômica da arbitragem como contraposta à jurisdição perde seu vigor e a percepção de que a solução de controvérsias pode tomar diversas formas e que, na verdade, arbitragem e jurisdição não são rivais, mas amplamente complementares.

NOTAS

- 1 Optou-se, aqui, pela tradução da expressão “acordos assemelhados aos de Direito Internacional Público” em razão da expressão alemã *Quasi-völkerrechtliche Verträge*, normalmente traduzida para o inglês como “*quasi-international agreements*”. Em português, “acordos quase-internacionais” não têm um sentido claro. Interessante observar, no entanto, que a própria expressão consagrada em inglês deixa de lado um elemento importante: uma vez que a ênfase no Direito Internacional Público (*Völkerrecht*) é perdida.
- 2 O STJ, no REsp 238174, decidiu que a Lei n. 9.307/96, independentemente de seu caráter processual ou não, é impedida de atingir, retroativamente, os atos jurídicos perfeitos, como os contratos celebrados antes de 23 de setembro de 1996, mantendo-se o caráter de obrigação de fazer dos deveres instituídos por cláusula arbitral. No REsp 653733, no entanto, o voto da Min. Nancy Andriighi parece corroborar a tese da decisão de primeira instância de que, por seu caráter processual, a Lei n. 9.307/96 seria, neste particular, imediatamente aplicável. Neste julgamento, em que pesem os votos-vista dos Min. Ari Pargendler e Carlos A. M. Direito no sentido de que o tema deveria ser abordado, o julgamento não é conclusivo neste particular.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- BARRAL, Welber de O. *A arbitragem e seus mitos*. Florianópolis: OAB/SC, 2000.
- COSTA, José A. F. *Normas de direito internacional: a aplicação uniforme do direito uniforme*. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. Antinomias jurídicas. *Revista da Universidade de Guarulhos*, Guarulhos, SP, v.1, p. 79 – 85, 2001.
- _____. Prefácio: observações a guisa de prefácio sobre negócios internacionais, contratos e nova lex mercatoria. In: MARTINS, Eliane M. O. *Curso de direito marítimo*, São Paulo: Manole, 2007. v. 2. Disponível em <http://www.manole.com.br/livros_ler.php?destino=arquivo_ler&detalhe=prefacio&id=1823>. Acesso em: 16 mar. 2009.
- _____; TUSA, Gabrielle. Expectativas e âmbito de aplicabilidade da nova Lei de Arbitragem In: CASELLA, Paulo B. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. 1 e 2 ed. São Paulo: LTr, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HARTEN, Gus van. *Investment treaty arbitration and public law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

HUCK, Hermes Marcelo. *Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional*. São Paulo: Aquarela, 1989.

MAYER, Pierre. *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*. French: Académie de Droit International de la Haye, 1989. (Recueil des Cours. Collected Courses, 217).

MNOOKIN, R. H. Y KORNHAUSER, L. (1979). Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce. 88 *Yale Law Journal*. 950.

OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis, 2006.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. Boston : Little Brown, 1992.

RUBIN, E. (1995). The nonjudicial life of contract: beyond the shadow of law, In: *Northwestern University Law Review*, n. 90, 1995.

VERDROSS, A. The status of foreign private interests stemming from economic development agreements with arbitration clauses, In: *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Viena, 1958-9.

WEIL, Prosper. *Problèmes relatifs aus contrats passés entre un état et um particulier*. French: Académie de Droit International de la Haye, 1969. (Recueil des Cours. Collected Courses, 128).

Artigo recebido em 27/3/2009.

Artigo aprovado em 12/9/2009.