

A Arbitragem como Meio de Solução de Controvérsias

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.
Membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual.
Doutor em Direito e Advogado.

SUMÁRIO:[1. A crise da tutela jurisdicional em nossos tempos](#);[2. O incremento da litigiosidade](#);[3. Formas alternativas de solução de conflitos](#);[4. A arbitragem](#);[5. A história da arbitragem no direito brasileiro](#);[6. A arbitragem segundo a Lei nº 9.307, de 23.09.1996](#);[7. Natureza jurídica do novo juízo arbitral brasileiro](#);[8. O problema da constitucionalidade da Lei nº 9.307](#);[9. A arbitragem e os contratos pelo Código de Defesa do Consumidor](#);[10. Conclusões](#).

1. A crise da tutela jurisdicional em nossos tempos

O século mais dinâmico e revolucionário de toda a história da humanidade foi, inegavelmente, o que ora se encerra. Em curtíssimo espaço de tempo, ocorreram duas grandes guerras mundiais e os países passaram por gigantescas ondas de liberalismo e autoritarismo político. A democracia, em meio a todas essas intempéries, tem conquistado terreno e hoje parece ter firmado supremacia e estabilidade no mundo ocidental.

A ordem jurídica, como não poderia deixar de ser, reflete as turbulências e os novos rumos da organização social inovada. E aqui várias forças se fazem presentes com enorme influência, dentre as quais a formação dos direitos difusos e coletivos, o incremento à cidadania e, conseqüentemente, a garantia crescente do devido processo legal voltada, sobretudo, para o rumo da efetividade do processo. Quanto mais se consolida a idéia do Estado Democrático de Direito mais se manifesta a consciência de que o centro nervoso do sistema se fixa na tutela jurisdicional, onde a cidadania se alicerça para construir a sociedade solidária, livre, justa e respeitada.

Numa conjuntura como esta em que o indivíduo, sem anular-se, cede terreno ao coletivo e social, o processo, obviamente, não pode ser visto como simples ritual formalístico da atividade forense. Sua função, além de jurídica, é também política e social, pois é por seus caminhos que se logra atingir, com efetividade, o predomínio da moderna ordem das garantias fundamentais. Dele se espera não apenas a fria aplicação da lei, mas a melhor e mais justa realização do plano das liberdades traçado pela Carta Magna. Torna-se pequena a tradicional denominação de *devido processo legal* que aos poucos se vai substituindo pelo *justo processo da lei*.

Os procedimentos da justiça rapidamente entram em decadência e descompasso frente à realidade política e social contemporânea. Uma verdadeira subversão teve de ser implantada nos rumos da ciência processual e do direito positivo formal. O que realmente mudou o enfoque do labor doutrinário e legislativo foi a tomada de consciência de que o processo não poderia mais se contentar com uma autonomia científica limitada à pesquisa e conceituação de suas figuras jurídicas fundamentais. O que o Século XX reclamava eram resultados práticos, individuais e coletivos, que dessem à função jurisdicional do Estado uma presença efetiva de idealizador e realizador prático da justiça. O processo tinha que ser não apenas científico, mas eficiente e justo. Tinha que se apresentar perante a sociedade como instrumento ágil e confiável de eliminação de litígios, apto a proporcionar resposta concreta, caracterizada, a um só tempo, pela fidelidade à vontade da lei e pela preocupação de adaptá-la aos valores e aspirações em confronto dentro do conflito jurídico.

O processo, na consciência da comunidade social, e na convicção dos juristas do final de nosso século, tem de ser um sistema comprometido com o justo, no exato sentido que a sociedade empresta a essa idéia. O Século XX se encerra, portanto, convencido de ter imposto ao direito processual os rumos da instrumentalidade, mas não apenas a ser simples realizador da vontade concreta da lei. O processo que lega ao novo milênio é o da *efetividade*, no qual não se cinge o Judiciário a dar aos litigantes uma solução conforme a lei vigente, mas a que tenha como compromisso maior o de alcançar e pronunciar, no menor tempo possível, e com o mínimo sacrifício econômico, a melhor composição do litígio: a *justa composição*. A garantia do devido *processo legal*, herdada dos séculos anteriores, tornou-se em nosso tempo a garantia do *processo justo*.

Somente com esse remédio de *efetividade* plena da ordem jurídica, em todos os seus modernos anseios, é que se pode compreender a tutela jurisdicional desenvolvida hodiernamente por meio de processo.

2. O Incremento da litigiosidade

Enquanto a declaração dos direitos fundamentais era retórica e apenas remotamente influía na elaboração das leis, a disposição para a invocação da tutela jurisdicional mantinha-se débil e era refreada pela complexidade e altos custos do processo clássico. A partir, porém, da conscientização social em torno da cidadania e da concepção de seus vínculos com a garantia de efetivo acesso à Justiça, que cada vez mais abria suas portas aos titulares de direitos subjetivos ofendidos ou ameaçados, as queixas da coletividade se voltaram contra a baixa e insatisfatória qualidade prática dos serviços jurisdicionais. Constatou-se a real impotência de tais serviços para proporcionar a resposta cívica e eficaz a que o Estado Democrático de Direito se comprometera. Isto porque a sociedade "aprendeu a demandar" e passou a fazê-lo num ritmo sempre crescente e muito superior à capacidade de vasão dos organismos jurisdicionais.

Registra ROGER PERROT esse fenômeno de nosso século como duplamente significativo: de um lado ocorreu um gigantesco e inusitado "aumento de massa litigiosa", gerada pela democratização crescente e efetiva do acesso de todos à Justiça, tanto de forma individual como coletiva. De outro lado, a qualidade das demandas alterou, passando a versar sobre pretensões cuja solução se caracteriza, cada vez mais, pela urgência e rapidez. ¹

Na mesma linha de preocupação WOLFGANG HEYDE aponta como o problema mais sério e crítico da Justiça de nossos tempos o da sobrecarga dos tribunais. O volume de processos, em todos os quadrantes da jurisdição, cresce incessantemente. Há uma verdadeira euforia no ânimo de demandar na sociedade contemporânea. O Estado, porém, mesmo num país rico e avançado tecnologicamente como a Alemanha, luta com dificuldades financeiras para ampliar seus quadros judiciais e tampouco é de admitir-se "uma expansão indefinida do número de juízes". ²

A crescente emancipação da cidadania tem gerado a tendência geral de cada vez mais se usar as vias processuais para a solução dos litígios, notando-se uma disposição de amplas camadas da população a não mais se resignar diante da injustiça e a exigir sempre a proteção dos tribunais. Fala-se, mesmo, numa síndrome de litigiosidade, para a qual concorre, também, a redução, na sociedade contemporânea, da "capacidade de dialogar". Nem se pode ignorar a pesada carga que, nesse incremento das tarefas judiciais, exerce o próprio Estado por meio de seu volumoso atrito com os cidadãos.

Observa-se, na Alemanha, um esforço legislativo intenso para introduzir modificações no direito processual, visando a simplificação dos procedimentos e a maior rapidez de solução dos litígios, dentro do que permite cada tipo de processo.

Mas, independentemente desses esforços de renovação legislativa, o que mais tem impressionado a doutrina processual alemã é a tese de que se deve impulsionar a reflexão sobre a grande crise da jurisdição. *"En este sentido, se há pasado hoy a debatir más intensamente las causas y las formas de sobrecarga de los tribunales, las posibilidades de descongestionar el interior de los tribunales y, sobre todo, las posibilidades alternativas de solución de conflictos."* ³

Também na Alemanha, tal como entre nós, se reclama dos operadores do direito processual uma maior preocupação com os problemas sociológicos, para tentar "dar resposta à generalizada insatisfação ou desconfiança frente à Justiça". Nem sempre se pode esperar da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos. Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso. ⁴

De igual forma, ROGER PERROT observa que as últimas reformas do processo civil francês perseguem uma fluidez maior para os meios de buscar a composição dos litígios, valendo-se, para tanto, de "soluções alternativas", como as da "conciliação" e da "mediação". "Através da conciliação e da mediação" - destaca PERROT -, "vê-se aparecer uma sorte de justiça consensual. Neste instante, ela goza de todos os favores do legislador francês, que nela enxerga um meio de aliviar os tribunais e de tornar mais humana a Justiça. A preocupação é louvável; liga-se à idéia de que, neste fim de Século XX, o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina *Justiça de proximidade*".

3. Formas alternativas de solução de conflitos

A prestação jurisdicional nunca foi o único meio de compor litígios. Sempre se conheceram outras formas alternativas ao lado do processo judicial, como a autocomposição, a autotutela e o recurso à intermediação de terceiros, o que nos permite visualizar pelo menos três modalidades principais de composição de litígios: ⁵

- a) a *mediação*, em que se usa a intermediação de um agente não para ditar e impor a solução autoritária do conflito, mas para conduzir negocialmente os litigantes a reduzirem suas divergências e a encontrarem, por eles mesmos, um ponto de entendimento (uma autocomposição, portanto);
- b) a *sentença judicial*, prolatada por magistrado integrante dos organismos especializados da Justiça estatal (forma de *heterocomposição jurisdicional* ou *oficial*); e
- c) a *arbitragem*, que proporciona a sentença arbitral oriunda de órgão particular, mas que, por convenção das partes, atua com imparcialidade e com observância de um procedimento equivalente ao da Justiça oficial.

4. A arbitragem

A *mediação* e a *arbitragem*, nos tempos atuais, representam duas grandes formas alternativas de solução de conflitos, com larga aceitação no direito comparado, embora ainda permaneçam muito pouco difundidas e utilizadas no Brasil, onde costumes arraigados teimam em vetar qualquer tentativa de abalar ou reduzir o monopólio estatal da jurisdição.

A experiência dos povos europeus e principalmente dos anglo-saxões tem prestigiado tanto a mediação como a arbitragem, sendo esta, principalmente, vista como instrumento de excepcional importância na perseguição das metas de aprimoramento da pacificação dos conflitos patrimoniais visadas pela moderna ciência jurídica.

Como ressalta JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, doutrinador que entre nós tem se dedicado com afinco ao tema, a arbitragem proporciona facilidades incomuns aos litigantes como segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia na eliminação de divergências, tanto no plano nacional como no internacional. ⁶ Isto tem conduzido os empresários, principalmente os grandes, a optarem pela denominada "jurisdição privada", mediante cláusulas introduzidas em seus contratos com o propósito de evitar a Justiça estatal e obter a composição dos litígios derivados das relações contratuais por uma via mais expedita, mais técnica e mais confiável.

As vantagens do juízo arbitral são assim demonstradas:

"Para atingir um patamar de diferenciação entre a jurisdição pública e privada, os mecanismos utilizados no juízo arbitral são, na grande maioria, ontologicamente distintos daqueles tradicionais, a começar pela livre escolha conferida às partes na indicação dos seus 'juízes particulares', os quais não necessitam de formação jurídica para a composição da lide, com possibilidade de serem autorizados a decidir tão-somente por equidade, em processo, via de regra, mais simplificado em relação ao ordinário." ⁷

A um tempo, a arbitragem permite a libertação dos formalismos do processo judicial e garante o recurso a elementos técnicos mais adequados do que aqueles que a justiça oficial impõe, contra a vontade e a confiança dos jurisdicionados.

Assim, embora o juízo arbitral se preste à solução de conflitos de diversas naturezas, seu prestígio e preferência, nos países onde já se acha mais difundido, se dá entre os empresários, em suas relações mercantis, de maneira mais notória nas internacionais, onde se exigem dos julgadores conhecimentos técnicos mais sofisticados e de que, como é óbvio, não dispõem os juízes nacionais comuns.

As razões de sucesso do juízo arbitral, nessa ordem de idéias, não residem na preocupação de desafogar o Poder Judiciário da sobrecarga que o avassala não só entre nós, mas no mundo contemporâneo em geral. O que realmente justifica o novo instrumento processual é sua importância representada pela opção gerada aos jurisdicionados de buscarem solução para seus conflitos por mecanismos diferentes dos tradicionais. Seu objetivo, tampouco, é de substituir a jurisdição estatal ou de concorrer com ela, "mas apenas o de servir como mecanismo opcional hábil voltado à resolução dos grandes conflitos, sobretudo de natureza comercial interna ou internacional". ⁸ Se, no entanto, a existência da arbitragem não concorre, por si só, para o descongestionamento da Justiça estatal, serve, pelo menos, como caminho propício a liberar certos litigantes dos percalços e ineficiências que os serviços forenses oferecem aos que deles dependem.

É bom lembrar que o mundo desse final de milênio se tornou comercialmente um palco dominado pelas relações internacionais. Esse globalismo ignora as fronteiras estatais, ao mesmo tempo que não proporciona aos contratantes internacionais um sistema judiciário com jurisdição igualmente internacional. Essa novel conjuntura valoriza, sem dúvida, o uso da arbitragem, já que o vácuo de tribunais multinacionais tem de ser de alguma forma preenchido. E o juízo arbitral negocialmente estabelecido pode perfeitamente conferir aos contratantes confiança no organismo adequadamente concebido para contornar os conflitos comerciais.

5. A história da arbitragem no direito brasileiro

O juízo arbitral nunca foi estranho ao direito positivo brasileiro, pois era previsto e admitido desde as épocas de colônia, e no Império chegou até mesmo a ser declarado obrigatório para certas causas comerciais (Código Comercial, arts. 294 e 348; Reg. 737, art. 411). Logo, porém, tais dispositivos seriam revogados (Lei nº 1.350, de 14.09.1866). ⁹ O instituto, todavia, não foi banido de nosso ordenamento jurídico, já que continuou figurando no Código Civil e nos Códigos de Processo Civil. O que se eliminou foi apenas a sua obrigatoriedade.

Duas restrições do direito brasileiro tradicional concorreram para que o juízo arbitral nunca saísse da letra da lei e não entrasse nos hábitos dos litigantes: a primeira delas era a exigência de que o laudo arbitral, para adquirir eficácia, dependesse de homologação judicial; e a segunda, a de não se reconhecer à *cláusula compromissória* inserida num contrato a força de conduzir forçosamente ao juízo arbitral. Essa cláusula era tratada como simples promessa de contratar, cuja inobservância não autorizava execução específica e se resolvia em perdas e danos, caso a parte, após o surgimento do litígio, não se dispusesse a firmar o contrato definitivo, que era o "compromisso arbitral". ¹⁰

Descumprida a obrigação de formalizar o "compromisso arbitral", portanto, não cabia ao juiz suprir a declaração de vontade sonogada, de sorte que a falta do "compromisso" se tornava barreira intransponível para o acesso ao procedimento arbitral. ¹¹

Sem que a cláusula negocial, anterior ao litígio, tivesse força de conduzir ao juízo arbitral, tornava-se evidente que, após os ânimos exaltados pelo conflito, não se encontrava mais clima para negociar e pactuar o "compromisso arbitral". Além disso, o procedimento imposto pelo CPC para que o laudo arbitral se submetesse à indispensável homologação judicial, se apresentava como um sistema pesado, burocrático, sem agilidade, não adequado a dar vivacidade ao instituto, de modo que não era surpresa sua impotência para conseguir despertá-lo da letra fria em que sempre se manteve. ¹²

Daí porque a arbitragem não foi mais do que letra morta no direito positivo brasileiro, até data recente.

6. A arbitragem segundo a lei nº 9.307, de 23.09.1996

Após longo debate no Congresso Nacional e sob incentivo e aplausos do empresariado, surgiu, finalmente, a Lei nº 9.307, de 23.09.1996, que superou os velhos entraves de nosso direito positivo à efetiva implantação da arbitragem. O quadro normativo foi, então, substancialmente alterado, graças à adoção de regras inspiradas em esmero científico, afinadas com os modelos mais aperfeiçoados da técnica contemporânea fornecida pelo direito comparado. ¹³

Para que essa forma alternativa de composição de conflitos possa lograr a aceitação de seus destinatários, a nova lei adotou providências tendentes a imprimir-lhe o máximo de *celeridade*, quanto ao procedimento, e de *eficácia*, quanto aos resultados práticos.

As duas maiores inovações foram, sem dúvida, a eliminação da homologação judicial, transformando o pronunciamento arbitral numa verdadeira e completa *sentença*; e a força cogente da cláusula arbitral, que não mais poderá ser frustrada pela unilateral resistência de um dos contratantes ao aperfeiçoamento do definitivo *compromisso arbitral*.

A Lei nº 9.307, em situações dessa natureza, confere ao contratante que queira fazer prevalecer a *cláusula arbitral* (isto é, a cláusula inserida no contrato pela qual os contraentes se obrigaram a observar a arbitragem como forma de solucionar as eventuais divergências surgidas na execução das obrigações contratuais) um remédio judicial tendente a substituir por uma sentença o contrato definitivo (isto é, o *compromisso arbitral*). O mecanismo é o mesmo utilizado pelo Código de Processo Civil para a execução das promessas em geral de contratar. A sentença produz os efeitos do contrato definitivo, para todos os fins de direito (CPC, art. 639).

Está, dessa forma, no art. 7º da Lei nº 9.307, a mais importante inovação: à parte cabe o direito de forçar a observância da *cláusula arbitral* e ao juiz incumbe, primeiro, conciliar os contratantes tentando levá-los a negociar os termos do compromisso (§ 2º). E, enfim, frustrada a tentativa de conciliação, o juiz mesmo disporá, em sentença, sobre o conteúdo do compromisso, respeitadas, como é lógico, as disposições da cláusula compromissória (§ 3º).

A Lei nº 9.307, sob o rótulo geral de "convenção de arbitragem", mantém a distinção entre *cláusula compromissória* (ou "cláusula arbitral") e *compromisso* (ou "compromisso arbitral"). A cláusula compromissória é definida pelo art. 4º 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". Já o compromisso arbitral vem a ser "a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas" (art. 9º). Porque o compromisso final é indispensável, mas independe do consenso das partes, prevê a lei, expressamente, a possibilidade do compromisso tanto *judicial* como *extrajudicial*, assim como sua substituição por sentença de execução de obrigação de contratar (arts. 9º e 7º, § 7º).

Em suma, as partes podem estabelecer o *compromisso arbitral*, após a eclosão do litígio, mesmo sem que o contrato gerador da controvérsia contivesse *cláusula compromissória*. Mas, ainda que exista tal cláusula, ela, por si só, não é suficiente para instalar o juízo arbitral. Haverá, sempre, necessidade do *compromisso*, no qual se definirão o objeto e as regras do procedimento extrajudicial. A grande novidade da Lei nº 9.307 é que esse compromisso pode ser substituído por uma sentença judicial, se as partes não chegarem a ele pela via consensual. Essa perspectiva de ser a implantação do processo arbitral por decisão judicial estimula, por sua vez, as próprias partes a consumarem o compromisso pelo consenso, evitando, em última análise, indesejável intromissão do juiz togado na desavença instalada na execução do contrato.

7. Natureza jurídica do novo juízo arbitral brasileiro

Antiga é a polêmica em torno da natureza jurídica da arbitragem, dividindo-se a doutrina em duas correntes principais e antagônicas: a que lhe atribui o caráter privatístico ou contratual, similar ao da transação; e a que a trata como instituto publicístico ou processual, equiparável, portanto, à jurisdição estatal. Essa divergência se deve muito ao sistema de direito positivo de cada país. Assim, entre nós, antes da Lei nº 9.307, predominava a tese contratualista, porque a força final de sentença alcançada pelo laudo arbitral somente era obtida por meio da homologação judicial. O atributo da coisa julgada decorria do ato judicial homologatório e não propriamente do decisório dos árbitros.

O novo sistema implantado entre nós rompeu completamente com o antigo regime do Código Civil e do Código de Processo Civil, conferindo ao decisório arbitral o *nomen iuris* de sentença e a força de coisa julgada bem como de título executivo judicial sem qualquer interferência da justiça oficial (art. 31). Além disso, a Lei nº 9.307 declara, expressamente, que o árbitro, no exercício de suas funções, equipara-se aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal (art. 17), e que, para os fins processuais, é ele "juiz de fato e de direito", pelo que sua sentença "não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário" (art. 18).

Fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. ¹⁴ O que fez, pois, a Lei nº 9.307 foi instituir terminantemente "a *jurisdicionalização da arbitragem* no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza *jurisdicional contratual* decorrente do seu caráter volitivo privado". ¹⁵

A opção terminológica do legislador brasileiro teve a intenção certamente de ressaltar "a equiparação entre os efeitos dos dois atos (o da arbitragem e o do Judiciário), levando em consideração sobretudo a atribuição imediata à decisão arbitral de uma eficácia equiparável à do pronunciamento do juiz, independentemente de homologação". ¹⁶

8. O problema da constitucionalidade da lei nº 9.307

Tão logo se editou a nova lei brasileira de arbitragem, surgiram vozes censurando-a como ofensiva à garantia constitucional de inafastabilidade de qualquer litígio da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inc. XXXV), e, portanto, como incompatível com a garantia do juiz natural.

Deve-se ressaltar, porém, que o juízo arbitral não é imposto pela lei, mas fruto de livre convenção entre as partes contratantes, que somente poderão convencená-lo a respeito de litígios referentes a "direitos patrimoniais disponíveis" e desde que envolvam apenas pessoas maiores e "capazes" (Lei nº 9.307, art. 1º).

Como, a respeito de tais bens litigiosos, os respectivos titulares têm ampla e irrestrita disponibilidade, não se entrevê obstáculo sério a que disponham também dos meios tradicionais de sua tutela. A arbitragem, nessa ordem, é meio alternativo de composição de conflito acerca de bens disponíveis, como são outros meios não judiciais, a teor da mediação, da transação e da conciliação. Atua, portanto, num terreno de relações jurídicas em que a liberdade ou a autonomia de vontade se revela soberana. Na verdade, sem embargo da força jurisdicional de que se reveste a sentença arbitral, a natureza do fato gerador da arbitragem é a de um contrato, ou de um "negócio jurídico bilateral", cuja matriz nem mesmo se situa no plano do direito processual, mas se radica no direito material. ¹⁷

Nem tampouco se pode pretender a inconstitucionalidade da arbitragem a pretexto de implicar total exclusão da tutela jurisdicional estatal. É que a atividade desenvolvida no juízo arbitral não escapa ao controle de legalidade a cargo do Judiciário. Com efeito, o art. 33 da Lei nº 9.307 garante à parte prejudicada por vícios do procedimento da arbitragem o direito de promover ação de anulação da sentença arbitral. Igual pretensão poderá ser manifestada, também, em embargos à execução (art. 33, § 3º), sendo de notar que a execução forçada jamais será promovida no âmbito do juízo arbitral e terá sempre curso na Justiça estatal (art. 31 da Lei nº 9.307, c/c o art. 584, III, do CPC).

Da mesma forma, as medidas liminares coercitivas, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, não cabem aos árbitros, mas aos juízes regulares do Poder Judiciário (art. 22, § 4º).

A própria controvérsia acerca da imposição do cumprimento da cláusula arbitral e da definição dos termos do compromisso, quando faltar consenso entre as partes, será dirimida pelo Poder Judiciário (art. 7º).

Enfim, quando a arbitragem se der por organismo estrangeiro, a sentença somente será admitida à execução no Brasil depois de submeter-se à homologação pelo Supremo Tribunal Federal (CPC, arts. 483 e 484; Lei nº 9.307, arts. 34 e 35).

Dessa maneira, fácil é concluir que o juízo arbitral não desenvolve atividade fora do controle e fiscalização do Poder Judiciário. Ao contrário, o modelo legal assegura a presença da Justiça estatal sempre que a parte se sentir vítima de lesão ou ilegalidade. ¹⁸

9. A arbitragem e os contratos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor

O art. 51, VII, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor) considera intolerável nas relações de consumo a pactuação de cláusula contratual que imponha às partes a sujeição obrigatória ao juízo arbitral. A cláusula compromissória em ditos contratos é legalmente vista como abusiva e, em proteção do consumidor, recebe a sanção de *nulidade de pleno direito* .

Quando se discutia o projeto da lei de arbitragem no Congresso Nacional, nele constava a revogação do art. 51, VII, do CDC. No texto, porém, que se transformou em lei, o propósito original não prevaleceu. Em seu lugar se inseriu apenas autorização para que a cláusula arbitral figurasse nos contratos de adesão, com algumas cautelas especiais, destinadas a esclarecer e proteger a parte mais fraca do ajuste, ou seja, o contratante-aderente (Lei nº 9.307, art. 4º, § 2º).

Com isto, à primeira vista, chegou-se a admitir que o CDC teria sido completamente alterado no tocante à convivência com o juízo arbitral. ¹⁹

Vozes abalizadas da doutrina, todavia, se ergueram em defesa do texto do CDC, entendendo subsistente, mesmo após a inovação legislativa do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem. É que o dispositivo em questão não faz nenhuma alusão direta às relações de consumo e abre oportunidade genérica ao cabimento da cláusula arbitral apenas nos contratos de adesão. Ora, contrato de adesão não é sinônimo de contrato de consumo e, como advertem NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY há até mesmo contratos de consumo "que não são celebrados sob a forma de contratos de adesão", os quais só por isto já "estariam fora do regulamento da Lei de Arbitragem". ²⁰

Esse posicionamento mereceu apoio de CARREIRA ALVIM. ²¹

Para BARBOSA MOREIRA, é certo que prevalece a restrição do CDC, de maneira que "no campo das relações de consumo nenhum dos contratantes poderá, por isso, invocar eficazmente a cláusula compromissória para constranger a contraparte a celebrar o compromisso, nem valer-se da ação tendente a *suprir ope iudicis* sua celebração (art. 7º)". ²²

Ressalva, porém, que a proibição da cláusula compromissória pelo CDC não equivale a um banimento completo do juízo arbitral do âmbito das relações de consumo. O que não tolera a lei protetiva do consumidor é a cláusula que adrede o obrigue a só discutir seus direitos por meio do mecanismo da arbitragem. Nada impede, segundo BARBOSA MOREIRA, que após o advento da lide, consumidor e fornecedor acordem em submetê-la à arbitragem e, à vista disso, ajustem livremente um *compromisso*. É que, existindo ou não a cláusula compromissória, no contrato, sempre será possível a pactuação do compromisso. "A nulidade daquela cláusula, então, não contamina o compromisso voluntariamente celebrado." ²³ Não há razão, para BARBOSA MOREIRA, para acolher-se a opinião radical daqueles que simplesmente subtraem, por completo, do juízo arbitral, as questões concernentes às relações de consumo, como se dá com ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. ²⁴

Enfim, os direitos indisponíveis estão totalmente fora da competência dos juízos arbitrais, enquanto as questões de consumo sofrem restrições: não podem ser objeto de cláusula válida de natureza compromissória, mas eventualmente podem ser tratadas em compromisso arbitral voluntário, após a eclosão do litígio, segundo a ressalva de BARBOSA MOREIRA.

Diante da polêmica, pensamos que a solução ou, pelo menos, a mais aceitável, é a de que realmente a Lei de Arbitragem, que não é geral e sim especial, deve prevalecer sobre o Código do Consumidor, também especial, no tocante aos casos em que se restringe o cabimento da cláusula compromissória. Entretanto, isso não quer dizer que seria sempre válida e eficaz a cláusula da espécie inserida em contratos genuinamente de consumo. O sistema de proteção do consumidor, como um todo, haverá sempre de ser invocado e, se no caso concreto a cláusula se mostrar abusiva e prejudicial ao hipossuficiente, mesmo com as cautelas do art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.307, a regra que predominará será a de repressão aos abusos praticados nas relações de consumo. Há que se observar, na espécie, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade a fim de harmonizar a convivência dos dois microssistemas. É o que recomenda, com acerto, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR. ²⁵

10. Conclusões

A arbitragem, tal como a concebeu a Lei nº 9.307, figura com inegável destaque entre os modernos e acatados meios alternativos de composição de litígios. O legislador pátrio não agiu revolucionariamente diante da marcha da ciência jurídica e, muito pelo contrário, se manteve fiel aos anseios do empresariado e à experiência do direito comparado, adotando padrões vivenciados e prestigiados nos países mais civilizados do mundo atual.

A nova lei não teve, obviamente, o fantasioso propósito de descobrir um remédio milagroso, uma panacéia, para os males da Justiça, hoje sabidamente envolvida numa gigantesca crise de impotência de dar vazão ao furor cívico com que a tutela jurisdicional tem sido demandada nos últimos tempos. Uma grande e significativa parte dos litígios, principalmente, no âmbito dos negócios internacionais e até mesmo nas relações nacionais entre grandes empresários teve, inquestionavelmente, aberto o acesso a um novo caminho técnico e eficaz para sua melhor composição. Para essas grandes causas, onde a informalidade, a celeridade e o sigilo da solução das divergências e a complexidade dos próprios conflitos reclamam outras instituições diferentes do processo jurisdicional, a arbitragem se revela como expediente técnico, adequado e confiável, segundo a experiência dos povos mais avançados de nosso tempo.

Como destaca ARTHUR FLIEGER, citado por SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, "a arbitragem tem mérito de permitir confiar litígios técnicos complicados ao julgamento de peritos competentes, em vez de a magistrados que confiam cegamente no julgamento de peritos designados por eles". ²⁶

É certo que - na advertência de BARBOSA MOREIRA - não existem, nem podem existir, receitas miraculosas para resolver todos os problemas do acesso à Justiça. A Lei nº 9.307, entretanto, representa um grande progresso jurídico, que merece acolhida e aplausos. ²⁷

A arbitragem sistematizada pela Lei nº 9.307 faz parte do notável esforço legislativo brasileiro que nos últimos anos tem se caracterizado pela modernização dos métodos de composição de conflitos, sempre à procura de novos e múltiplos expedientes para aprimorar e multiplicar as técnicas de pacificação social, de modo a não deixar desamparados interesses de importantes segmentos sociais, aos quais o abrigo da Justiça tradicional não tem se mostrado adequado e satisfatório.

Ao inovar, com profundidade, o juízo arbitral, o legislador pátrio atendeu à advertência do Prof. CARLOS ALBERTO CARMONA, de que, evidentemente, "o Brasil não pode ficar alheio aos ventos que sopram em outros países". ²⁸

O Brasil, em suma, ao aperfeiçoar a jurisdição privada, filia-se à tendência universal da busca de soluções menos ortodoxas para a resolução dos conflitos, porém sempre sintonizada no mesmo escopo que impulsiona a Justiça estatal moderna, qual seja o de perseguir a pacificação social dentro do equacionamento valorizado pela ciência processual desse fim de milênio a partir dos valores fundamentais de segurança, celeridade e justiça das decisões. ²⁹

A Lei nº 9.307, inegavelmente, visa cumprir a missão, que hoje se encarece ao direito processual, de ampliar os meios e caminhos do acesso satisfatório à justiça, por intermédio de tutelas diferenciadas que permitam a melhor e mais efetiva adequação da ação de direito material à ação do direito processual. ³⁰

