

A LEGITIMIDADE DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS DE ADESÃO REGULADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Cácio Oliveira Manoel

Acadêmico do 9º período do curso de Direito - UFRN

Stepherson Douglas dos Santos

Acadêmico do 6º período do curso de Direito - UFRN

1. Introdução

A modernidade das relações contratuais aponta para a formação de novos paradigmas que possam nortear o comportamento dos sujeitos envolvidos no contrato, bem como o arcabouço jurídico possível de ser utilizado na solução de conflitos.

A doutrina tradicional prescreve a máxima insculpida pelo Direito Romano da *Pacta Sunt Servanda*, na qual o contrato será elemento principal na determinação da responsabilidade dos contratantes, bem como a partir dele a norma aplicável ao caso *in concreto* será determinada. Neste modelo, o princípio da autonomia da vontade reveste-se de um caráter extremado, valorizando o poder de contratar atribuído a cada indivíduo, pois, em resumo, cada um sabe o que é melhor para si mesmo, não celebrando um contrato que venha a lhe trazer prejuízos.

Evidente que no seu nascedouro, a *Pacta Sunt Servanda* e a autonomia da vontade tinham um papel social importante na garantia do modelo econômico romano, haja vista a intensificação do comércio e o número limitado de pessoas com legitimidade para contratar, o que gerava uma certa paridade entre os contratantes, podendo até encontrar respaldo a fundamentação ideológica.

Com o aumento do alcance das relações jurídicas, já na Idade Moderna, os instrumentos ideológicos romanos adotaram uma tônica mais utilitarista, na qual os contratantes com maior poder econômico e político tinham maior poder de decisão na formulação dos contratos, entretanto, àqueles que não tinham o mesmo poder eram submetidos às regras “impostas” pelo *Pacta Sunt Servanda*.

Ainda neste período, as relações contratuais tinham um caráter comercial, no qual as relações contratuais de cunho civil ainda não tinham uma expressão relevante. As empresas dominavam as relações jurídico-contratuais e o pensamento jurídico da época voltava suas atenções ao tema.

Na sociedade contemporânea, vemos que essa relação tende a se equivaler, pois as relações entre as pessoas físicas entre si e com as empre-

sas tornaram-se cada vez mais evidentes, o que pugnou por um disciplinamento jurídico próprio.

A necessidade de se proteger a parte mais frágil da relação contratual foi um desafio da ciência jurídica que necessitou construir toda uma sistemática própria para alcançar os objetivos colimados.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor¹ (CDC) é um microssistema jurídico próprio criado sob uma hermenêutica de cunho protetivo e preventivo na defesa do consumidor de produtos e serviços contra ilegalidades, abusividades ou mesmo falhas eventuais ou pré-existentes nos contratos formulados.

O reflexo mais evidente do poder conferido às empresas está no uso corrente do contrato de adesão, o qual mereceu tratamento específico no que tange às relações consumeristas, exatamente para possibilitar o equilíbrio das partes na relação contratual.

O instituto da arbitragem é conhecido pela sociedade humana como um meio autônomo para solução de conflitos, no qual estão presentes os mesmos princípios dos contratos em geral da teoria tradicional, quais sejam a *Pacta Sunt Servanda* e a autonomia da vontade.

Nesse sentido, a possibilidade de solucionar os conflitos de forma célere sem a necessidade da intervenção estatal é uma alternativa para garantia do acesso à justiça.

Estes dois institutos sempre conviveram paralelos e autônomos, porém, no que tange o ordenamento jurídico nacional, a partir da Lei de Arbitragem² (LA), começou a existir um choque de princípios entre estes dois instrumentos jurídicos que demandam severas discussões e pesquisas científicas, qual seja: ao permissivo do art. 4º, § 2º, da LA para a instituição da cláusula compromissória nos contratos de adesão.

Como é liçãoomezinha no Direito brasileiro que a referida matéria é tratada especificamente no CDC, surge o conflito de saber da legitimidade do dispositivo da Lei n. 9.307/96 nas relações de consumo pátrias, sendo este o propósito do presente artigo.

2. A Arbitragem no Brasil e a Lei n. 9.307/96

Enquanto instrumento autônomo para a solução de conflitos, a arbitragem é amplamente conhecida pela humanidade sendo sempre uma alternativa a jurisdição estatal.

No contexto jurídico nacional, temos um campo normativo de difusão da arbitragem amplo, tendo como marco inicial a Constituição do Império de 1824, no qual previa-se a possibilidade de solução de conflitos entre na-

¹ Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

² Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

cionais e estrangeiros por via de juízes-árbitros.

O Código Comercial de 1850 também dispõe de forma expressa, em alguns de seus artigos, a possibilidade de utilização da arbitragem. Como exemplo, podemos citar o art. 95.

O Código Civil de 1916, hoje ainda em vigor, apresentava um capítulo exclusivo para regulamentar o assunto, o Capítulo X, o qual mais tarde foi revogado. Mais recentemente, a Lei dos Juizados Especiais³ tratou do referido assunto, em seu art. 24, que assim dispõe: "Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma presente nesta lei."

É fácil perceber que, de forma institucionalizada, a arbitragem, no Brasil, era relegada a determinados casos, não garantindo a amplitude inerente ao próprio instituto, pois a autonomia da vontade, em tese, é aplicável em qualquer caso em que o conflito verse sobre direito disponível.

Exatamente para garantir tal amplitude, que o legislador criou a LA, a qual instituiu e regulamentou todo o procedimento arbitral, delimitando a competência e as atribuições dos árbitros, bem como os limites de atuação da lei.

Doutrinadores do porte de Pedro A. Batista Martins (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 15), afirma que dois empecilhos básicos eram os responsáveis pelo entrave ao implemento da arbitragem no Brasil, quais sejam, a ineficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação judicial da decisão arbitral.

No primeiro caso, o desconhecimento jurídico da arbitragem e a inexistência de sanção àqueles que descumprissem a cláusula compromissória levou ao seu total descrédito.

Já no que diz respeito a homologação da decisão, há uma supressão da característica mais pragmática mais expressiva da arbitragem que é a celeridade, pois o instituto apresenta-se como alternativa à jurisdição estatal, não podendo, então, ter a mesma lentidão que aquela. Caso contrário, será fadado, lamentavelmente, ao descrédito.

A LA acabou por sanar tais defeitos existentes no antigo modelo ao garantir a eficácia da cláusula compromissória através do princípio da *Competez-competez*, segundo o qual o juiz tem legitimidade para decidir, bem como também por força dos arts. 1º, 3º, 7º e 41, da própria lei. Além disso, garantiu autonomia ao laudo arbitral, suprimindo a homologação pelo judiciário.

A arbitragem institucionalizada trouxe uma série de princípios que norteiam a sua aplicabilidade e que dão a tônica das relações a elas submetidas.

Os princípios norteadores da arbitragem, segundo Selma M. Ferreira Lemes (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 78-81), são o da autonomia da vontade, no qual as partes possuem total liberdade para es-

³ Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

colher ou não à instância arbitral. Evidente que a hermenêutica constitucional limitou o alcance deste princípio apenas aos conflitos oriundos de direitos patrimoniais disponíveis.

O princípio da boa-fé, como corolário do princípio da autonomia da vontade, determina que é defeso a uma das partes, após ter firmado o contrato e eleito espontaneamente a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido.

Consagra-se também o princípio da *Pacta Sunt Servanda*, segundo o qual os contratos devem ser cumpridos a medida em que foi instituída a convenção de arbitragem, sendo este princípio mais normativo que o da boa-fé.

Uma grande inovação trazida pela LA foi a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Nas palavras de Carmona (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 36),

Os doutrinadores brasileiros, ancorados na tradição francesa, não consideravam possível que a arbitragem tivesse início sem um compromisso arbitral, de tal sorte que se criou entre nós a forte impressão de que a cláusula somente seria um pré-contrato de compromisso (...).

Com a redação do art. 4º, *caput*, da LA, firmou-se um novo entendimento sobre a questão.

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Em sendo assim, conclui-se pela autonomia da cláusula compromissória em relação ao compromisso arbitral, podendo prescindir deste para efetivação da arbitragem.

A cláusula compromissória é prévia a existência de qualquer conflito, sendo uma promessa futura e compulsória de submeter possíveis conflitos à arbitragem. O compromisso arbitral é contemporâneo ao conflito, sem cunho contratual, sendo utilizado apenas para delimitar o campo de atuação da arbitragem.

A LA criou um novo espaço para o uso da arbitragem, ampliando seus horizontes e possibilitando a sua utilização em áreas até então impensadas pela doutrina, como por exemplo, os contratos de adesão.

O arcabouço principiológico da arbitragem favoreceu a esta inovação, considerando o fato que a cláusula compromissória é tida como um contrato autônomo. A consequência imediata foi o § 2º, do art. 4º, da LA, garantir a aplicabilidade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, o que vai de encontro ao que preconiza o CDC, como veremos a seguir.

3. Os Contratos de Adesão no Código de Defesa do Consumidor

3.1. O Código de Defesa do Consumidor

O direito contratual tem sofrido inúmeras transformações, nesses últimos tempos, fazendo surgir a necessidade de novas normas reguladoras de todas as relações de consumo, devido à grande modificação ocorrida na economia nacional, passando de agrícola para industrial e capitalista, gerando não só a concentração da riqueza, como também do poder. Foi dentro desse contexto que surgiu o CDC brasileiro, em 1990, com o intuito de regular as relações de consumo havidas no território nacional, colocando produtores ou comerciantes e consumidores em igualdade de condições dentro dessas relações, oferecendo uma maior proteção aos hipossuficientes, representados pelos consumidores, parte mais fraca da relação contratual de consumo, bem como oferecendo maiores garantias a estes na efetivação desses contratos.

Sendo um diploma atualizado e em sintonia com as tendências do direito comparado, o CDC brasileiro não se restringiu a abordar as figuras contratuais já insertas em nosso sistema legal, introduzindo-lhe novas figuras e inovando no tratamento das já existentes.

Dentre essas novas figuras inseridas em nosso sistema jurídico, pelo CDC, destaca-se o contrato de adesão, o qual é, hoje, regulado quase que exclusivamente, em nosso país, pelo CDC, sendo figura já contemplada no novo diploma civil a entrar em vigor em janeiro de 2003, figura esta que, apesar de relativamente nova na ordem jurídica brasileira, já suscitou inúmeras discussões dignas da análise dos nossos cientistas do direito.

3.2. Os contratos de adesão

Os contratos de adesão são regulados pelo CDC em seu art. 54, o qual traça os norteamentos básicos para sua aplicação, não só nas relações de consumo, como também em toda e qualquer relação contratual efetivada sob esta figura.

É justamente no artigo supracitado que encontramos a definição legal dos contratos de adesão, qual seja:

Art. 54. 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.

Comobem nos mostra Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2002, p. 61), o surgimento da expressão “contratos de adesão” é, geralmente, atribuída ao professor francês Raymond Salielles, em sua obra do início do século passado, tentando expressar através desta denominação os contratos nos quais predominavam apenas a vontade de uma das partes, a qual ditava sua lei. Como pode se depreender desse entendimento, os contratos de adesão muito se aproximariam de uma declaração unilateral de vontade.

Devido ao pensamento do ilustre professor francês, muito se discutiu acerca do caráter contratual ou não dos contratos de adesão, chegando a doutrina contemporânea a aceitá-lo como uma das muitas figuras contratuais existentes. Prova desse entendimento é a inclusão dessa nova figura contratual no novo Código Civil brasileiro.

Os contratos de adesão, como se verifica na sua definição legal, citada anteriormente, devem se apresentar como contratos que possam ser oferecidos a um número indeterminado de pessoas, em modelo uniforme, geralmente através de formulários impressos, faltando apenas o preenchimento dos dados referentes à identificação do contratante-aderente.

Dessa forma, vê-se que quem deseja contratar com empresas através dessa figura contratual, não terão a oportunidade de discutir acerca das condições essenciais do mesmo, visto que estas já foram previamente estabelecidas pela outra parte contratante.

Assim, pode-se afirmar que o hipossuficiente limita-se a aceitar em bloco as cláusulas que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela outra parte, assumindo um papel de simples aderente à vontade manifestada pela parte contrária no instrumento contratual de massa.

Por fim, vale ressaltar que a característica principal dos contratos de adesão, conforme a abordagem realizada é a falta de uma fase pré-negocial decisiva, ou seja, a ausência de um prévio debate acerca das cláusulas componentes do contrato.

Não obstante esse entendimento, quando analisado o CDC em sua totalidade vê-se que os contratos de adesão sofrem uma atenuação quanto a unilateralidade de sua formulação, uma vez que, por força do seu art. 51,

as cláusulas abusivas constantes em qualquer contrato de consumo são nulas de pleno direito. Há que se considerar, ainda, que o rol constante do referido art. 51, não é *numerus clausus*, podendo ser estendido de acordo com a evolução da hermenêutica consumerista.

4. Aplicabilidade da Lei de Arbitragem nas Relações Regidas pelo Código de Defesa do Consumidor

Duas correntes de pensamento se formam acerca da aplicabilidade do § 2º, do art. 4º, da LA, no que concerne às relações de consumo.

Em uma primeira corrente, temos que o dispositivo legal coaduna-se perfeitamente na sistemática da legislação consumerista, pois a determinação da convenção de arbitragem não é feita de maneira compulsória, mas sim, na consagração perfeita da autonomia da vontade, podendo apresentar-se, segundo Selma M. Ferreira Lemes (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 124-125), de duas formas possíveis: “cláusula compromissória sujeita à condição suspensiva e a cláusula arbitral com eficácia plena como documento anexo ou em negrito”.

Na primeira possibilidade, a cláusula somente surtirá efeitos diante da manifestação de vontade posterior do aderente, aceitando o procedimento arbitral. O efeito vinculante ocorrerá a partir desse momento. Assevera Selma M. Ferreira Lemes (MARTINS, LEMES e CARMONA, 1999, p. 125): “Vale dizer, a cláusula compromissória pactuada em contratos de adesão na modalidade de cláusula inserta em contrato, sem destaque, é obrigatória para o proponente, mas facultativa para o aderente”.

A segunda, retrata a possibilidade de eficácia plena à cláusula compromissória que deve ser incluída no contrato mediante prévia e consciente aceitação do consumidor. O aderente deverá mostrar o seu interesse no momento da assinatura do contrato, tomando ciência do que está firmando, atentando e chamando atenção por estar em documento anexo ou em negrito no final do contrato de consumo.

Segundo esta corrente, estaria revogado o art. 51, inciso VII, do CDC, pois uma lei é revogada quando lei posterior dá um tratamento diferente à mesma situação por ela tratada. Nesse contexto, estaria a LA em plena vigência e eficácia, podendo ser aplicada a cláusula compromissória aos contratos de adesão, mesmo aqueles disciplinados pelo CDC.

A segunda corrente acerca da temática posiciona-se contrária à aplicabilidade do § 2º, do art. 4º, da LA, por entender incabível a arbitragem compulsória nos contratos regidos pelo CDC, por força do inciso VII, do art. 51, desse diploma legal, que trata das cláusulas abusivas, *in verbis*:

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. (....)

Para os seguidores desta corrente, o princípio da autonomia da vontade, ensejador da arbitragem para o caso, é mitigado pelo princípio da proteção ao hipossuficiente, pois, em qualquer relação de consumo é presumida a condição de desvantagem a que o consumidor está submetido. No tocante aos contratos de adesão, essa lógica é mais evidente, posto que há uma flagrante estipulação das cláusulas contratuais, não podendo, então, se falar em autonomia da vontade nesses casos.

A conclusão é que a imposição da arbitragem é vedada taxativamente pelo CDC, para que os objetivos colimados por essa lei e pela Constituição Federal, Lei Maior de nosso país, sejam alcançados.

No que tange à alegação de revogação do inciso VII, do art. 51, Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2002, p. 546) assevera que

A posição do CDC como lei especial-subjetiva, lei posterior e hierarquicamente superior, como lei de ordem pública e complementar ao mandamento constitucional, assegurar a força necessária para que esta lei de função social possa cumprir sua finalidade renovadora.

Finaliza a autora (MARQUES, 2002, p. 547): “(...) a lei especial nova não revoga tacitamente a lei geral anterior, uma vez que o campo de aplicação da lei geral é naturalmente mais amplo e não coincidente com a lei especial nova”.

Desta forma, descabe a assertiva de que houve revogação do inciso VII, do art. 51, do CDC, pela LA, visto que esta trata do assunto relativo às relações de consumo de forma tangencial e circunstancial, não podendo revogar um dispositivo específico de uma lei que trata especificamente das relações consumeristas. sendo a mesma, ainda, oriunda de um permissivo constitucional, criado sob um ordenamento próprio e estruturado.

5. Considerações Finais

Com base em todo o exposto, cumpre-nos afirmar que a cláusula compromissória não pode ser incluída nos contratos referentes às relações

de consumo, visto que não há que se falar em revogação de uma lei específica, com embasamento em dispositivo constitucional, como assim o é o CDC, por lei, mesmo que posterior e especial, que trate de relações estranhas àquelas contidas no outro diploma anterior.

Isso pode ser reforçado, quando analisamos a situação de um caso concreto, no qual torna-se praticamente impossível se constatar a prevalência da autonomia da vontade, uma vez que os contratos de adesão são formulados por uma só parte, sem a possibilidade de discussão das cláusulas constantes no mesmo pelo contratante-aderente, visto que este adentra na relação contratual quando o contrato já está totalmente elaborado, restando a inclusão de sua identificação e confirmação de sua aderência à relação pré-estabelecida.

Vale, ainda, ressaltar que o CD foi elaborado de modo a proteger o consumidor, parte hipossuficiente da relação contratual consumerista, protegendo-o, muitas vezes, até dele próprio, visto que devido a situação de inferioridade em que se encontra, submete-se a certas situações nas quais não adentraria se estivesse em pé de igualdade com a outra parte contratante.

Não podemos aceitar que uma lei derogue um dispositivo criado para proteger a grande parte hipossuficiente da sociedade, apenas para aumentar o poder de barganha dos comerciantes e fornecedores, ou seja, que a justificativa para essa derrogação seja essa única e exclusivamente econômica, visto que estaria se ferindo de morte o diploma legal que protege os direitos do consumidor em nosso país, desprezando o interesse de toda a nossa Nação.

Dessa forma, quando nos deparamos com uma relação contratual consumerista, a qual seja estabelecida sob a figura do contrato de adesão, não podemos sequer imaginar que seja possível a inclusão em tal contrato de uma cláusula compromissória, vez que estaríamos desrespeitando a nossa Lei Maior, qual seja a Constituição Federal de 1988, uma vez que a defesa do consumidor, a parte frágil da relação consumerista, nela está insculpido, devendo ser observado e respeitado por todos nós cidadãos brasileiros.

6. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no código do consumidor. *Revista de direito do consumidor* 33.

BONATTO, Cláudio e MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor - cláusulas abusivas nas relações de consumo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor - o novo regime das relações contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990.

MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.