

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

YURI NATHAN DA COSTA LANNES

CARLOS EDUARDO DO NASCIMENTO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Yuri Nathan da Costa Lannes; Carlos Eduardo do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-592-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Esta questão suscitou intensos debates desde o início, com a abertura do evento no Complexo Pupileira, e no decorrer do evento com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que na Universidade ocorreram.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Civil Contemporâneo”, realizado no dia 15 de junho de 2018, que passaram previamente por dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito brasileiros, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem pelo Brasil, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes. Dentre as temáticas, questões atinentes: à poliafetividade, às relações familiares, à responsabilidade civil, à personalidade, aos direitos reais e à tutela indígena.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - PUC/Minas

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie

Prof. Dr. Carlos Eduardo do Nascimento - UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AUTONOMIA PRIVADA E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE ADESÃO

PRIVATE AUTONOMY AND ARBITRATION AGREEMENT ON ADHESION CONTRACTS

Rafael Carneiro d'Ávila Teixeira ¹

Resumo

O trabalho escorça a autonomia privada, a liberdade negocial e o consentimento no ordenamento brasileiro, bem como a evolução da arbitragem. A pesquisa, realizada sob o método jurídico-dogmático com aplicação do raciocínio hipotético-dedutivo, delinea a forma e função da convenção de arbitragem nas contratações massificadas. Busca-se evidenciar que a autonomia privada não existe num vácuo normativo, confirmando-se a hipótese de que a mitigação da liberdade negocial em contratos de adesão não importa, a priori, na invalidade do pacto arbitral, asserindo-se a viabilidade da convenção que condiciona sua eficácia a requisitos específicos que revestem de juridicidade o consentimento do aderente.

Palavras-chave: Autonomia privada, Convenção de arbitragem, Contratos de adesão, Liberdade negocial, Boa-fé objetiva

Abstract/Resumen/Résumé

The paper outlines private autonomy, protection of freedom of legal transactions and consent, as well as the evolution of arbitration in the legal system. The research applies the juridical-dogmatic method with hypothetical-deductive reasoning, tracing the form and function of arbitration agreements on mass legal transactions. We aim to show that private autonomy does not exist in a normative vacuum, confirming that the mitigation of consent on adhesion contracts does not imply, a priori, the invalidity of the arbitration agreement, asserting the viability of legal transactions that lawfully condition their efficacy to specific legal requirements of the adherent party's consent.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private autonomy, Arbitration agreement, Adhesion contracts, Freedom of legal transactions, Objective good faith

¹ Bacharel em Direito e mestrando em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem, embora jurisdição alternativa ao estado-juiz, possui a peculiar característica de poder ser instaurada através de negócio jurídico consensual. Disto decorre uma importância singular do elemento volitivo na formação da convenção de arbitragem, que por sua vez também atrai um tratamento diferenciado do ordenamento jurídico em relação aos seus efeitos, tendo em vista a tutela constitucional estendida ao direito de ação, à autonomia e à liberdade negocial.

Em decorrência disto, a autonomia privada dos contratantes de qualquer instrumento compromissório se desvela como um dos mais importantes fatores para a aferição da validade e modulação da eficácia da convenção arbitral. É dentro deste que contexto que o presente ensaio busca analisar as delimitações normativas do exercício da liberdade negocial dos contratantes do pacto arbitral por adesão.

O presente estudo tem como base a premissa de que a eventual redução qualitativa da liberdade negocial é casuística, e não importa numa mácula apriorística ao consentimento necessário ao pacto arbitral, isto é, a validade com eficácia condicionada do compromisso arbitral por adesão e da cláusula compromissória em contrato de adesão.

A pesquisa se vale do método jurídico-dogmático, com aplicação do raciocínio hipotético-dedutivo, utilizando-se das técnicas de documentação indireta na pesquisa bibliográfica. Para tanto, realiza-se um estudo sobre o conceito de autonomia no ordenamento brasileiro, e quais mandamentos devem orientar a sua interpretação nos pactos arbitrais. Noutra giro, traça-se um panorama geral da noção de pluralismo jurídico, que ratifica a arbitragem como lúdimo meio de solução de controvérsias nas relações ubíquas e massificadas da contemporaneidade, que esbarram numa jurisdição estatal assoberbada e ineficiente.

Por fim, apresenta-se os principais aspectos da convenção de arbitragem, bem como os posicionamentos acerca das situações contratuais em que se presume mitigação à liberdade negocial entre as partes. Objetiva-se evidenciar que a autonomia privada não existe num vácuo normativo, asserindo a viabilidade dos instrumentos compromissórios que condicionam sua eficácia a requisitos específicos que protegem o consentimento do aderente.

2 O OCASO DO VOLUNTARISMO NA FORMAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Tradicionalmente, o Direito Privado moderno (racionalista) considerava a autonomia juridicamente qualificada sob o império da vontade. Tratava-se de uma incorporação jurídica

de preceitos típicos da revolução liberal burguesa, que careciam de instrumentos para sua realização na ordem econômica.

O paradigma da autonomia enquanto vontade – ou vontade externada¹ – autossuficiente(s) para a formação dos negócios jurídicos floresceu no Brasil, assim, sob a égide do individualismo jurídico típico do movimento de codificação urdido pela Revolução Francesa (CAENEGEM, 1999, p. 161-162), a fim de servir aos interesses econômicos dominantes – como se observou particularmente no Brasil.

Neste sentido, o quadro socioeconômico subjacente à codificação de Clóvis Bevilácqua no início do século XX era, segundo Orlando Gomes (1958, p. 40), marcado “por uma estrutura agrária que mantinha no país o sistema colonial”, resumindo-se o contexto econômico nacional a exportar alimentos e matérias primas e importar fabricados, o qual traduzia seu poder na representatividade política de uma classe média rarefeita e subserviente aos interesses dominantes dos comerciantes e dos fazendeiros.

Entretanto, a crescente complexificação da sociedade evidenciou os problemas práticos cada vez mais recorrentes do individualismo jurídico exacerbado, viável apenas em abstrações controladas, sobretudo no contexto da luta pelo direito que desencadeou a regulamentação de diversas pautas sociais à margem do Código Civil de 1916 no Brasil (GOMES, op. cit., p. 53). Nos dizeres de Ana Prata (1982, p. 21): “só teoricamente se pôde afirmar que o querer humano é, por si só, idóneo para criar efeitos jurídicos, desde que domina uma concepção do direito reconduzível ao direito legislado”.

Asseriu-se, com razão, que apesar de a vontade constituir requisito para a existência do negócio jurídico, ela não é suficiente para perfazer sua validade, além dos outros fatores que influenciam a sua eficácia jurídica. Podemos dizer assim que a vontade constitui um elemento necessário, mas insuficiente – isto é, causa necessária mas não bastante por si (CROSBY, 1999, p. 57-59) – para a nomogênese negocial. Nesta seara é que deixou-se de considerar a liberdade negocial como autonomia da vontade, dando-se lugar ao conceito de autonomia privada, senão vejamos:

A teoria da autonomia privada demonstra que não existe uma ligação automática da vontade a um poder de gerar consequências jurídicas. A vontade não é o único fator determinante do negócio jurídico. O negócio jurídico nasce, na verdade, de uma manifestação ou declaração ou comportamento concludente disciplinado pelo ordenamento jurídico e que,

¹ A passagem da vontade em si para a declaração da vontade enquanto *locus* principal de interpretação do negócio jurídico representou apenas uma das iterações pelo qual o dogma da vontade se perpetuou.

por isso, deve obedecer a todos os pressupostos de validade que este exige. (BORGES, 2005, p. 73)

Destarte, o poder jurígeno privado de realizar determinado ato jurídico não é mais acompanhado da prerrogativa de preencher tal ato com qualquer conteúdo que se queira, tendo a noção de autonomia no Direito Privado ultrapassado a dimensão meramente voluntarista.

Já há muitas décadas civilistas atentavam-se para a influência do poder econômico dos contratantes na liberdade negocial, vaticinando que a absoluta autonomia da vontade dos contraentes em qualquer pacto poderia se transformar na “desgraça de um dos contratantes” (LOPES *apud* BAPTISTA, 2006, p. 135).

Estabelece-se, assim, que a liberdade contratual não é absoluta, sobretudo diante da ascensão da igualdade substancial como pilar do Estado Democrático de Direito e seus reflexos nas relações privadas, principalmente naquela em que a assimetria de poder é socialmente reconhecida.

3 O FATOR JURÍGENO DÚPLICE DA AUTONOMIA PRIVADA

O conceito de autonomia privada se insere dentro do contexto maior da liberdade jurídica, que se traduz na faculdade de atuar de forma meramente lícita, sem com isto derivar consequências de relevância jurídica ao ordenamento – também designada como “autonomia jurídica individual” (BORGES, 2005, p. 69).

Porém, ao reconhecer o ordenamento a relevância das ações particulares e, sobretudo, suas consequências, ingressamos no plano dos fatos jurídicos, mais especificamente no dos negócios jurídicos, nos quais a autonomia privada é a pedra angular. Não se trata, portanto, de qualificar juridicamente um dado natural (GALGANO *apud* PRATA, 1982, p. 184), mas do regulamento de ações intrincadas a feixes jurídicos diversos; assim é que Luigi Ferri (2001, p. 279) designa precisamente a autonomia privada como sinônimo de poder de disposição.

Trata-se, assim, de um conceito bem delimitado, um poder atribuído por dado ordenamento jurídico de regular suas próprias ações e as consequências jurídicas destas ações (BORGES, 2005, p. 69-70), determinando os efeitos de suas relações jurídicas, que passam a ser reconhecidas como relevantes e dignas de tutela pelo ordenamento. Em sentido complementar, o paradigma privatista-constitucional da doutrina portuguesa:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar sua actividade - designadamente, a sua actividade económica -, realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos. (PRATA, 1982, p. 13)

A autonomia privada possui, portanto, um fator jurígeno dúplice – tendo em vista o poder normativo concedido à liberdade negocial – consistente de um lado no âmbito particular da autodeterminação voluntarista pelos contratantes das vias de consecução de seus interesses, e de outro no âmbito público do reconhecimento da validade e eficácia dos instrumentos e interesses que se buscam atingir (BETTI *apud* BORGES, 2005, p. 74). Em detalhado escol sobre o tema, veja-se:

A autonomia privada, princípio fundamental do Direito das Obrigações, assegura os bens jurídicos da autodeterminação e da liberdade, de iniciativa económica, pelos quais reconhece a ordem jurídica a possibilidade de os particulares regularem os seus próprios interesses, tendo essa possibilidade como um valor juridicamente protegido. Os negócios jurídicos constituem a ferramenta por excelência da autonomia privada, o instrumento técnico pelo qual os particulares criam, modificam e extinguem relações jurídicas. O meio de exercício da autonomia privada é constituído pelas declarações negociais, que atuam numa dupla dimensão: como regulamento de autonomia dos privados, isto é, ato de determinação de deveres e também como ato de comunicação acerca da própria conduta, e como tal acontecimento ou fato gerador de expectativas legítimas socialmente averiguáveis. (MARTINS-COSTA, 2015, p. 230)

Nesta quadra, ela desponta como um dos princípios basilares do Direito Privado (BORGES, *op. cit.*, p. 70), eis que os negócios jurídicos são a expressão mais vívida da liberdade do cidadão no ordenamento jurídico, pois os atos realizados entre as zonas da ausência de proibição e/ou de determinação de conduta diversa – se considerarmos os clássicos modais deônticos normativos do proibido, permitido e obrigatório – têm sua relevância jurídica avaliada, reconhecida e tutelada (BETTI *apud* BORGES, *op. cit.*, p. 71).

4 A ARBITRAGEM NO BRASIL E A IDEIA DE PLURALISMO JURÍDICO

A grande maioria dos conflitos que assolam o Poder Judiciário brasileiro são de demandas pequenas e crônicas, derivadas de relações ubíquas e massificadas pela ordem

econômica². Neste cenário, diante de uma jurisdição estatal brasileira, cada vez mais combatida por excesso de demanda, falta de recursos e ineficiência de gestão, o procedimento arbitral vem ganhando força.

Isto decorre do fato de que a arbitragem, seja ela institucional ou *ad hoc*³, é essencialmente um método heterocompositivo de resolução de controvérsias que possui natureza jurisdicional (CARMONA, 2009, p. 15) e privilegia a autonomia das partes como um princípio norteador (CAHALI, 2012, p. 136-140), pois os interessados podem escolher o direito material e processual aplicável, podendo inclusive optar pela utilização da equidade, dos princípios gerais do direito e dos usos e costumes para solucionar o litígio, e até mesmo podendo criar normas específicas para tanto. Seu uso preza pelo sigilo, celeridade e eficiência em seus procedimentos, sem que (e talvez justamente por isso) seja necessário, *a priori*, provocar a jurisdição estatal.

Mas nem sempre foi assim. Quem olhasse para o Brasil no começo da década de 1990 não vislumbraria qualquer viabilidade na arbitragem, atolada em regulações que presumiam a má-fé pela opção de uma alternativa descentralizada e autônoma de solução de controvérsias.

Com efeito, o desprestígio da cláusula compromissória e a exigência de homologação judicial da sentença arbitral – então chamada de “laudo arbitral” – para que pudesse surtir os mesmos efeitos de sentença tornavam a arbitragem um expediente de segunda classe que contradizia, em seu procedimento, os próprios ideais de sua concepção (ANDRIGHI, 2006, p. 13).

Foi somente com o advento da Lei Federal nº 9.307/96 (CARMONA, 2009, p. 16-19) que o Brasil paulatinamente deixou de ser, conforme conhecidíssimas expressões do arbitralista René David, uma das “ilhas de resistência à arbitragem” para se tornar um “continente favorável à arbitragem”, reproduzida amiúde pela doutrina nacional (LEMES, 2003, p. 13).

Com efeito, não só o advento do “capital sem pátria” (CASTELLS, 2003, p. 51), como também o ceticismo quanto ao dirigismo estatal e o surgimento da ideia de pluralismo jurídico e modelos policêntricos de justiça contribuíram para o declínio do monopólio do

² Levantamento de 2015 da pesquisa Justiça em Números acusa que mais de um terço de todos os processos do país versa sobre questões trabalhistas, e o número de processos de relações de consumo já atingia 8,6% do acervo processual em andamento, vide o relatório disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em 05/04/2017.

³ Isto é, desenvolvida por instituições ou por árbitros indicados diretamente.

direito pelo Estado, e o surgimento daquilo que Antonio Junqueira de Azevedo (1996, p. 265-266) denominou de “quarta fase” do direito romano-germânico.

Ora, num mercado global – que tem como características a velocidade, a ubiquidade e a liberdade (JAYME, 2005, p. 22) – em que o chamado *soft law* ganha cada vez mais importância para a resolução de conflitos, o pluralismo jurídico haurido pela jurisdição arbitral se revela promissor (BLACKABY et al., 2015, passim), principalmente quando nos confrontamos com a quebra da hegemonia soberana do Estado na regulamentação de todas as forças que agem em seu território.

A importância da jurisdição arbitral em conflitos oriundos de contratações por adesão é, assim, potencializada, um destaque que se impõe no cerne de um novo paradigma assim delineado:

O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da modernidade. no novo modelo, ao invés de impor ou proibir condutas, o estado prefere negociar, induzir, incitar, comportamentos, tornando-se mais “suave” o seu direito (*soft law*). Fala-se em desregulamentação e deslegalização, partindo-se da premissa de que a intervenção normativa excessiva do estado é perturbadora da harmonia nos subsistemas sociais. Prefere-se auto-regulamentação e mercado à hetero-regulamentação estatal. na resolução de conflitos, avultam instrumentos substitutivos da Justiça, como a arbitragem e a mediação. (SARMENTO, 2010, p. 67-68)

Desta conclusão destacamos duas consequências importantes para a viabilidade do uso da arbitragem. Primeiramente, o conceito de arbitragem objetiva adotado pela *lex arbitri* brasileira é de que são passíveis de arbitragem todas as questões referentes aos direitos patrimoniais disponíveis (BLACKABY et al., 2015, p. 02-03 e p. 10), o que pode ser extraído inclusive do entendimento gizado na Convenção de Nova Iorque de 1958 – da qual o Brasil é oficialmente signatário desde 2002. Frise-se, ainda, que mesmo aqueles direitos indisponíveis podem ter uma dimensão patrimonial sujeita à jurisdição arbitral (MATTOS NETO, 2005, p. 160-163)

Noutro giro, a definição do lugar do procedimento arbitral ganhou atenção da legislação especial, que adotou como critério objetivo para diferenciar a sentença arbitral estrangeira da nacional justamente o lugar de proferimento da sentença, ainda que todo o procedimento tenha sido desenvolvido no exterior (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 22).

Assim é que os meios alternativos de solução de controvérsias fazem parte da chamada “terceira onda renovatória do Direito” tendente à ampliação do acesso à justiça

(CAPPELLETTI, 2014, p. 406), produtos que são do declínio da hegemonia do estado soberano e da racionalidade pós-moderna de desconstrução de dogmas procedimentalistas.

Nesta senda, consubstanciam-se como poderosos instrumentos para acomodação de tensões e valores na vida social dos negócios e instituições, sendo temerário dispensador o poder transformador deste ferramental e o seu crescente impacto na concretização da noção de justiça rápida, especializada e eficaz.

5 PRINCIPAIS ASPECTOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O juízo arbitral é acordado através da chamada convenção de arbitragem, que pode se materializar tanto na cláusula compromissória quanto no instrumento *per se* de compromisso arbitral, inobstante ambas as formas serem lícitas e de natureza contratual, aptas (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 35) a deflagrar o procedimento arbitral.

Em relação à convenção de arbitragem, constitui ponto fulcral a destacar que se trata de um contrato que subverte a concepção clássica de instrumento que converge interesses opostos, justamente por se tratar de um pacto cuja característica é a viabilização de interesses paralelos que caminham no mesmo sentido (ALVIM *apud* COSTA, 2006, p. 124) – o da resolução de controvérsias pela jurisdição arbitral.

Daí exsurge o papel fundamental que o elemento volitivo exerce não só na formação, mas na validade e eficácia da convenção de arbitragem, comungando a autonomia privada neste particular no princípio do consentimento para a instauração do juízo arbitral.

No compromisso, são elementos indispensáveis a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros ou a especificação da entidade que os indicará – órgão escolhido pelos interessados, que não precisa ser um necessariamente um órgão arbitral institucional (CARMONA, 2009, p. 21) –, a matéria que será objeto da arbitragem e o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Já a cláusula compromissória pode ser pactuada em aditivo, ou mesmo fora do instrumento contratual, através de registros escritos e mensagens (inclusive eletrônicas) que versem sobre determinada relação contratual – denotando a sua autonomia em relação ao contrato⁴.

Contudo, rechaçam-se as cláusulas compromissórias “vazias” (CARMONA, *op. cit.*, p. 17), que meramente preveem a instauração do juízo arbitral sem dispor do seu escopo e suas regras, ou pelo menos, da instituição que conduzirá o juízo arbitral – pois não é

⁴ A depender do caso concreto, pode-se ter um contrato viciado, mas com uma cláusula compromissória válida.

admissível uma renúncia geral à jurisdição estatal sem que pelo menos se discrimine especificamente a relação concreta que será submetida ao juízo arbitral (Ibid.).

A cláusula compromissória “vazia”, portanto, não possui eficácia alguma, seja no âmbito cível, empresarial, trabalhista ou das relações de consumo (COSTA, 2006, p. 137). Já a cláusula compromissória dita “cheia” é apta para neutralizar a jurisdição estatal e instituir a jurisdição arbitral em razão de sua autossuficiência em relação ao compromisso.

Nos casos de contratos de adesão, todavia, é necessário o cumprimento dos requisitos protetivos adicionais prescritos no art. 4º, parágrafo segundo da *lex arbitri*, que analisaremos mais detidamente adiante, ao tecermos considerações às situações contratuais em que o exercício da liberdade negocial é relativizado.

6 A RELATIVIDADE DA LIMITAÇÃO À LIBERDADE NEGOCIAL

A limitação qualitativa do exercício da liberdade negocial em condições de poder assimétricas pode criar embaraços à instauração do procedimento arbitral, sejam em contratações massificadas no âmbito civil, sejam em searas características pelo desnível de poder, como na relação de emprego, na relação *business-to-consumer*, ou até mesmo na relação entre acionistas de determinada sociedade⁵.

Porém a autonomia privada não é um conceito depreendido em um vácuo normativo, mas se relaciona de forma intrincada com os demais princípios e normas de textura aberta que informam o direito privado numa ótica constitucionalizada (BODIN DE MORAES, 2013, p. 06). No que tange à convenção de arbitragem, verifica-se que, em última análise, a sua validade e a repercussão de seus efeitos pode sofrer interferências de acordo com a tutela da autonomia neste âmbito negocial, que deve ser compreendida conjuntamente com os novos preceitos da função social do contrato e da boa-fé objetiva (BORGES, 2005, p. 75).

De um lado, a função social do contrato de arbitragem se desvela na primazia da liberdade dos contratantes de disporem da jurisdição estatal em favor de uma heterocomposição alternativa particular, o que se traduz numa tutela constitucional da autonomia privada à lume do princípio da isonomia.

Por outro viés, não podemos olvidar que a convenção de arbitragem, qualquer que seja a sua forma de instituição, para além de submeter as controvérsias açambarcadas pelo instrumento compromissório à jurisdição alternativa da arbitragem, gera expectativas

⁵ É interessante como se dá de forma variada a tutela da liberdade negocial das partes nos casos de cláusulas compromissórias estatutárias e através de acordos coletivos, porém uma análise específica de tais casos foge ao escopo deste trabalho.

legítimas, ligadas à prestação principal, dentre as quais destacamos o dever de informação que surge da boa-fé objetiva.

Se é certo que a convenção de arbitragem vincula os contratantes às disposições que conduzem à heterocomposição de controvérsias pelo juízo arbitral – para não se tornar letra morta tanto nos contratos de compromisso quanto nos pactos adjetos por cláusula compromissória –, é também verdadeiro que a força obrigatória da convenção não pode prescindir do consentimento dos contratantes (que possuem interesses paralelos, e não opostos, como já discutido *ut supra*). A validade de tal consentimento é que constitui o ponto nevrálgico nos contratos por adesão.

Não por outra razão é que a tutela da autonomia privada é hoje discutida sob a ótica de um direito privado que se submete à unidade hermenêutica constitucional, sendo a isonomia entre os contratantes uma normatividade perene na formação dos negócios jurídicos, para cuja consecução se prestam os mais diversos expedientes jurídicos que logram compensar a redução qualitativa nas liberdades exercidas por contratantes em posição de poder assimétrica.

Isto é fundamental para demarcar a aplicabilidade da convenção de arbitragem nos contratos de adesão e por adesão, bem assim nos instrumentos de deliberação coletiva que possuem força cogente – sem que com isto se vale em violação da autonomia dos contratantes, tendo em vista que, conforme já delineado alhures, a autonomia privada não se encerra apenas no elemento volitivo, que é necessário para sua consubstanciação, porém não basta por si.

7 A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM POR ADESÃO

Calha frisarmos que os contratos de adesão não constituem uma nova modalidade típica de contrato, com conteúdo jurídico específico, mas simplesmente de uma técnica de contratação diferenciada, em sintonia com as necessidades de mercados massificados, inviabilizados pela figura do contrato paritário. Tais contratos atraem, sem dúvida, uma cognição diferenciada na interpretação de suas cláusulas, que podem afetar sua eficácia, mas que de forma alguma interferem na materialidade do direito convencionado. (COSTA, 2006, p. 121).

O pacto arbitral e o seu conteúdo normativo típico não são afetados pela forma da contratação, desde que assegurada a validade do consentimento. Daí que não somente

cláusulas compromissórias (desde que “cheias”) possam figurar em um contrato adesão, mas também porque é possível firmar-se instrumento de compromisso arbitral por adesão.

Neste caso, contudo, entendemos serem cabíveis ao compromisso arbitral por adesão, as mesmas limitações impostas pela *lex arbitri* (art. 4º, parágrafo segundo) feitas à cláusula compromissória em contrato de adesão (realizado apenas em momento anterior ao litígio), para integração analógica do caso por força do argumento *a maiori ad minus*. Isto significa que a eficácia ficará condicionada à iniciativa do aderente de instituir a arbitragem, ou através da sua concordância expressa em documento anexo.

Ora, se não há dúvidas quanto a plena eficácia do instrumento compromissório por adesão em relação ao predisponente (que redigiu unilateralmente as próprias disposições)⁶, a eficácia de tal compromisso ou cláusula compromissória para o aderente, mesmo que condicionada aos requisitos protetivos da Lei de Arbitragem, é reiteradamente questionada, sob o argumento de que o aderente pode não ter o correto discernimento sobre o que está convencionando, em razão da sua hipossuficiência ante o predisponente (COSTA, 2006, p. 126).

A celeuma diz respeito à possibilidade de abuso por parte do predisponente que, em posição de vantagem, poderia, em tese, predar sobre sua hipossuficiência informacional ou sujeitar o aderente à sua vontade ilicitamente. Enquanto significativa parcela da doutrina arbitralista compreende que a *lex arbitri* é, no âmbito lógico-sistemático, totalmente compatível com a tutela constitucional da autonomia privada, condicionando adequadamente as convenções por adesão⁷; outra parcela, igualmente significativa, pugna que não seria possível a cláusula compromissória em contratos de adesão, sobretudo em relações em que se presume a inexistência de paridade⁸.

De fato, ambas as preocupações são, como sobredito, legítimas. Porém em sentido diverso da maioria da doutrina antagônica sobre o assunto, entendemos que dispensar aprioristicamente tal autorização expressa prescrita em lei como “inócua” não só é um exemplo de paternalismo jurídico exacerbado, como também se choca frontalmente com a noção de pluralismo jurídico que embala a arbitragem como um legítimo e eficaz meio alternativo de solução de controvérsias (CARMONA, 2009, p. 86).

⁶ É pacífico na doutrina arbitralista e na jurisprudência dos tribunais pátrios que o juízo arbitral convocado pelo aderente de um pacto deste jaez vincula totalmente o predisponente.

⁷ Dentro da qual destacamos Selma Ferreira Lemes (LEMES, 1999, p. 126-127) e Carlos Alberto Carmona (CARMONA, 2009, p. 51 et seq.).

⁸ Dentre os quais destacamos Antonio Junqueira de Azevedo (1996, p. 268), Luiz Scavone Junior (2014, p. 23-31) e Nancy Andrighi (2006, p. 16-17).

Nossa posição se calca no reconhecimento do dever anexo de informação inerente a toda contratação por adesão, encargo da boa-fé objetiva que recai sobre o predisponente, que deve desembaraçar-se além de qualquer dúvida razoável de que houve comunicação completa e a oportunidade de análise detida dos termos a serem aderidos pelo oblato na contratação.

Se não houve o cumprimento do dever de informação⁹ (que deverá ser comprovado perante o árbitro, ou o magistrado, diante da insurgência do aderente, pelo próprio predisponente, visto ser este ônus que lhe incumbe), logicamente estamos diante de situação que subtrai a validade do instrumento compromissório por adesão – mas tal situação não deve ser tomada como um *prius* na contratação, até porque constitui princípio geral do ordenamento brasileiro a presunção da boa-fé, devendo a má-fé sempre ser provada salvo presunção legal que inverta essa proposição.

Outrossim, seguimos o mesmo raciocínio em relação ao risco de vícios que infiltrem a formação do consentimento, o elemento volitivo do aderente¹⁰. Tais defeitos jamais podem ser tomados como um dado *a priori* da contratação. São causas de anulabilidade do negócio jurídico cuja comprovação recai, via de regra, sobre quem os alega (v.g., o aderente que se insurge contra a instauração do juízo arbitral mesmo após formalizar o compromisso com as garantias do art. 4º, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem); ainda que nos casos de ambiguidade do contrato se adote interpretação mais favorável ao aderente (por força do art. 423 do Código Civil ou do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo), ainda recai sobre si o *onus probandi*¹¹.

A doutrina antagônica neste aspecto peca por excesso de zelo, escorada em um preconceito infundado (e muitas vezes velado no senso comum teórico) de que a arbitragem em relações assimétricas é sinônimo automático de desvantagem para o oblato hipossuficiente, como se a jurisdição estatal fosse senão qualitativamente superior à jurisdição arbitral, pelo menos mais moralmente idônea.

O absurdo escancarado deste raciocínio é evidente, haja vista que o procedimento da arbitragem se destaca, justamente, pela sua eficiência e especialidade (SCAVONE JUNIOR, 2014, p. 19 et seq.), bem como por representar uma forma diferenciada de solução de

⁹ Já é prática cada vez mais comum, por exemplo, a de fornecedores que orientam por escrito o aderente a levar consigo uma cópia do contrato de adesão para submetê-lo à análise de um advogado de sua confiança, para maior conhecimento dos vínculos jurídicos.

¹⁰ Por óbvio, o mesmo se aplica às alegações de nulidade absoluta do compromisso.

¹¹ Ressalvados os casos de distribuição dinâmica do ônus da prova, ou inversão do *onus probandi*, ambos os quais não se aplicam automaticamente, mas dependem de cognição do árbitro ou magistrado.

controvérsias, característica do pluralismo jurídico que vem ganhando espaço diante de uma combalida e assoberbada jurisdição estatal hiper-centralizadora¹².

Admitir-se que mesmo após cumpridas as solenidades adicionais previstas pela *lex arbitri* o aderente de um instrumento compromissório pode simplesmente optar pela via judicial, desconstituindo a eficácia do pacto arbitral sem qualquer sustentáculo fático plausível para a recusa (que será, frise-se, analisada pelo árbitro ou juiz), é uma conduta que vai de encontro às legítimas expectativas criadas pela convenção de arbitragem, que em tal caso seria relegado à qualidade de *nudum pactum*, o que por princípio destruiria a confiança necessária para que a arbitragem desponte como meio eficaz também para solução de controvérsias em relações ubíquas e massificadas.

A mitigação da discutibilidade dos termos do contrato sem dúvida afeta qualitativamente a liberdade negocial, porém isto não necessariamente desnatura o consentimento. Consentimento este que, como vimos alhures, é apenas uma das facetas pela qual se sedimenta o exercício da liberdade negocial, entendida enquanto autonomia privada.

É precisamente neste sentido que Luigi Ferri (2001, p. 15) assinala que o problema da autonomia é antes de tudo um problema de limites, que se refletem necessariamente em normas jurídicas – a menos que se queira lograr uma equivalência da autonomia privada com outras expressões não jurídicas da liberdade.

Não há como a realidade social refletir as mudanças necessárias ao procedimento arbitral¹³ para o hipossuficiente, se a previsão de instauração do próprio juízo arbitral é sempre assumida como um malefício. A autonomia privada não deve ser utilizada sozinha, despida de qualquer sustentáculo que aponte mácula ao consentimento, como um argumento *prêt-à-porter* para obstaculizar a convenção de arbitragem nos contratos de adesão, sob pena de assim ser completamente descaracterizada a racionalidade das próprias instituições de direito privado.

¹² Em apertada síntese podemos destacar que no procedimento arbitral: (i) a especialização ínsita à possibilidade de nomeação de árbitros especialistas na matéria controvertida ou no objeto do contrato entre as partes, o que pode inclusive dispensar a necessidade de prova pericial (além disto, a possibilidade de testemunho de um *expert* diferencia a arbitragem do processo tradicional brasileiro); (ii) a celeridade do procedimento, desvinculado das vicissitudes burocráticas características do Estado brasileiro; (iii) a irrecorribilidade é o padrão, pois salvo pactuação em sentido contrário pelos contratantes, não há que se falar em recurso da sentença arbitral; (iv) a informalidade do procedimento arbitral, nos limites da *lex arbitri*, no que se refere à escolha dos árbitros e do direito material e processual que serão utilizados na solução do conflito; (v) a confidencialidade da arbitragem diante do dever de discricção do árbitro, e no próprio fato dos autos não serem públicos.

¹³ Nos referimos aqui à expansão de câmaras de arbitragem com isenção ou diferimento de custas para consumidores e trabalhadores, a proliferação de acordos coletivos de trabalho e de consumo em determinados setores econômicos prevendo a arbitragem com amplo e irrestrito acesso às partes hipossuficientes, etc. Exemplos abundam neste sentido, mas que ainda necessitem de avanço.

8 CONCLUSÃO

Dos estudos já demonstrados acima, ficou demonstrado que o ocaso do paradigma voluntarista na formação dos negócios jurídicos deu lugar a um conceito bem delimitado de autonomia, que possui um fator jurígeno duplo, concernente à autodisposição de atos e consequências jurídicas entre os particulares de um lado, e, por outro, da filtragem normativa feito pelo ordenamento jurídico a fim de reconhecer e tutelar tais disposições.

Outrossim, grassamos pela evolução da arbitragem no Brasil e analisamos o conceito de pluralismo jurídico numa sociedade globalizada e de mercados massificados, e como a arbitragem desponta como lúdima alternativa à solução de controvérsias hegemônica da jurisdição estatal para a pacificação social.

Concluimos, nesta quadra, que a tutela da autonomia na convenção de arbitragem em contratos de adesão não ocorre num vácuo normativo, devendo ser respeitados os demais preceitos que informam a formação dos negócios jurídicos e os vínculos obrigacionais adjacentes à prestação principal, pelo prelado da boa-fé objetiva – não havendo razão para se assumir como um *prius* no pacto arbitral por adesão a má-fé do predisponente.

Deste modo, nem sempre a relativização da autonomia em contratos de adesão irá impor a invalidade do negócio, sendo certo que o ordenamento jurídico autoriza situações em que a validade pode ser asserida com condição de eficácia, existentes em razão da mitigação da liberdade negocial, conforme se verifica dos requisitos do art. 4º, parágrafo segundo, da Lei de Arbitragem.

Asseriu-se, por fim, que o consentimento apenas uma das facetas da liberdade negocial, e que sua mitigação, casuística e balizada pelo ordenamento jurídico, não dá azo a qualquer interpretação – mesmo sob uma ótica de unidade hermenêutica-constitucional – que desconsidere aprioristicamente a convenção de arbitragem em contratos de adesão.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 9, abr./jun. 2006.

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

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Ensaio de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6. ed. Kluwer Law International: Oxford University Press, 2015.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 05 de março de 2016.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005.

CAENEGEM, Raoul Charles van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAHALI, José Francisco. **Curso de Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 41, abr./jun. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 3, n. 8, abr./jun. 2006.

CROSBY, Alfred W. **A mensuração da realidade: a quantificação e a sociedade ocidental 1250-1600**. Trad. Vera Ribeiro. São Paulo: Edunesp, 1999.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Comares, 2001.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro. **Publicações da Universidade da Bahia II – 8**. Bahia: Imprensa Vitória, 1958.

JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. In: ARAUJO, Nadia; MARQUES, Claudia Lima (Org.). **Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CONSULTOR JURÍDICO. **Justiça em números**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em 05/04/2017.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem e direito do consumo. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Curitiba: Síntese, 2003.

_____. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 122, abr. 2005.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.