

AS NORMAS RESTRITIVAS DE CLÁUSULA ARBITRAL E A PROTEÇÃO DO CONTRATANTE VULNERÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

THE RESTRICTIVE RULES OF THE ARBITRAL CLAUSE AND THE PROTECTION OF THE VULNERABLE CONTRACTOR IN BRAZILIAN LAW

LEONARDO DAVID QUINTANILHA DE OLIVEIRA

Mestrando em Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal).
Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.
leortoliveira@gmail.com

Recebido em: 22.11.2017
Aprovado em: 10.12.2018

ÁREAS DO DIREITO: Arbitragem; Consumidor

RESUMO: O presente artigo tem como escopo analisar as normas da legislação brasileira que restringem a viabilidade de inserção de cláusula arbitral em contratos celebrados por partes vulneráveis, em especial consumidores e aderentes. Expõem-se, de forma crítica, as orientações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da relação entre os artigos 4, § 2º, da Lei Geral de Arbitragem, e 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, bem como a interpretação excessivamente rígida dos mencionados dispositivos que pode conduzir a um excesso protetivo a quem não é vulnerável ou a uma carência de tutela a um celebrante débil. Para evitar tais resultados hermenêuticos patológicos, o trabalho apresenta elementos do sistema que vão além da mera qualificação formal do contratante.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Cláusula arbitral – Consumidor – Aderente – Vulnerável.

ABSTRACT: This paper presents a study on the rules in Brazilian legislation restricting the legal possibility to include arbitration clauses in contracts signed by weaker parties, particularly consumers. It critically exposes the case-law and legal writings on the association between article 4, paragraph 2, of the Brazilian Arbitration Act and article 51, VI, of the Brazilian Consumer Protection Code, as well as the rigid interpretation of the forementioned rules that may result in overprotecting a non-vulnerable person or neglecting a weaker party. In order to avoid such pathological hermeneutical results, this paper presents systemic elements that surpasses the mere formal qualifications of the adhering party.

KEYWORDS: Arbitration – Arbitration clauses – Consumer – Adhesion contract – Vulnerability.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Arbitragem no Brasil e a tutela de vulneráveis. 1.1. O ressurgimento da arbitragem no País e o prestígio à cláusula arbitral. 1.2. O sucesso relativo da arbitragem: timidez nas causas de massa. Restrições normativas como elemento inibitório. 1.3. Tratamento

restritivo de cláusula arbitral em contratos de adesão e em contratos de consumo. Semelhança no aspecto finalístico: proteção do contratante vulnerável. 2. Análise dos preceitos restritivos. 2.1. Art. 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor. 2.2. Art. 4º, § 2º, da Lei Geral de Arbitragem. 2.3. A convivência harmônica entre os preceitos da Lei de Arbitragem e do CDC. 3. Críticas à interpretação estática das regras de proteção: o excesso e a deficiência protetiva. 4. Elementos sistemáticos para o adequado endereçamento de proteção. 4.1. Interpretação funcionalizada. 4.2. Elasticidade do conceito de consumidor. 4.3. Papel da norma geral de vedação ao abuso de direito no controle das cláusulas compromissórias. Conclusões. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Concomitante ao amadurecimento da arbitragem privada nos países democráticos, não se ignorou a necessidade de previsão de freios legais à sua instauração vocacionados à tutela de contratantes vulneráveis (em especial, consumidores e aderentes).¹

A legislação brasileira segue essa tendência. Os respectivos dispositivos legais de sindicabilidade da cláusula arbitral (arts. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96 – Lei Brasileira

1. É, a título exemplificativo, o caso lusitano. Em que pese ao esforço político e legislativo para se ampliar o instituto em Portugal, não se olvidou a necessidade de vigilância sobre as cláusulas compromissórias abusivas das avenças entre presumidamente desiguais, mais precisamente, das cláusulas contratuais gerais (figura análoga aos contratos de adesão brasileiros). O Decreto-lei 446/85 as regulamenta. Para além do oblato, a tutela especial recai aos consumidores, quer em razão da sobreposição de qualificação do sujeito (consumidor também aderente) quer porque o diploma expressamente a eles alude, principalmente nas disposições contra cláusulas abusivas (PRATA. Ana. As cláusulas abusivas no direito português. *Revista OAB/RJ*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, jan.-jun. 2010. p. 19) No Decreto-lei constam regras de controle de cláusulas arbitrais: a do art. 21ºh (preceitua serem absolutamente proibidas as cláusulas contratuais, nas relações com consumidores finais, que “excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei”) e a do art. 19º g (segundo o qual são “proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente as cláusulas contratuais gerais que [...] estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem”). Recentemente ainda entrou em vigor a Lei 144/2015, que internalizou os preceitos da Diretiva 2013/11/EU do Parlamento Europeu e do Conselho sobre Resolução Alternativa de Litígios – RAL de consumo no Mercado Único. Seu artigo art. 13º previu regra de restrição das cláusulas arbitrais em contratos de consumo (estabelece que os “acordos efetuados entre consumidores e fornecedores de bens ou prestadores de serviços no sentido de recorrer a uma entidade de RAL [Resolução Alternativa de Litígios], celebrados antes da ocorrência de um litígio e através de forma escrita, não podem privar os consumidores do direito que lhes assiste de submeter o litígio à apreciação e decisão de um tribunal judicial”).