

A utilização compulsória da arbitragem pelos processualmente pobres

Vários foram os motivos que levaram à criação da arbitragem, inclusive a implementação de uma via alternativa ao sistema judiciário tradicional e os problemas que lhes são crônicos. Seus efeitos, enquanto forma paralela de jurisdição, foram drásticos para o cenário jurídico nacional, ainda que por razões possivelmente não intencionais.

No decorrer do tempo, ela se provou, por questões legais e mercadológicas, de elevados custos e potencialmente vinculadora de qualquer pessoa: física ou jurídica, abastada ou em situação de pobreza. Residindo aí a grande fonte de tribulação na sua aplicação prática.

Idealizada como uma espécie de antítese à complexidade da jurisdição estatal, optou o legislador por dotar a arbitragem de ampla flexibilidade procedimental. Sob tal premissa, seu funcionamento ficou sujeito a um microsistema de regras que lhe é peculiar, e que, não raro, é indiferente a estimados postulados constitucionais.

A disparidade que se mostra mais evidente é em relação à integral gratuidade aos litigantes em situação de pobreza. Erigida pela Constituição como garantia fundamental, o tema caiu em completo esquecimento na regulamentação da arbitragem, como se esta pertencesse a um mundo distante.

A questão assume contornos maiores considerando-se os elevados custos que envolvem o litígio na jurisdição paralela, bem como o número insuficiente de árbitros e câmaras arbitrais no território nacional.

A Lei nº 9.307/96, em seus breves 44 artigos, não estabelece formas para a atuação de defensores públicos ou advogados dativos no litígio arbitral. A simples isenção (ou subvenção) de custas para os legalmente pobres, como uma espécie de recurso mínimo, também não foi prevista.

Diante da ausência de tais instrumentos, seria esperada a instituição de formas facilitadas para que litigantes em situação de pobreza pudessem, em último suspiro, recusar o litígio na via arbitral, ainda que após anuência formalmente válida. Não é, entretanto, o que se vê.

Draconiana no ponto, a Lei nº 9.307/96 é silente quanto a regras assistenciais ou que permitam a alteração da competência, por quaisquer motivos.

Em face do histórico superendividamento dos cidadãos brasileiros, pode-se presumir que tal realidade também está refletida nos que litigam em juízos arbitrais. A título ilustrativo, menciona-se pesquisa realizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC, edição novembro de 2023), segundo a qual 76,6% das famílias brasileiras encontram-se endividadas.

Para mais, a jurisprudência brasileira, ainda que com raras vozes em contrário, tem atuado em favor da gélida aplicação da Lei da Arbitragem. Como resultado, a anuência à cláusula arbitral (ou compromissória), exerce dura vinculação das partes, tornando-se, em verdade, via de utilização compulsória para a solução de litígios, pouco importando os aspectos sociais dos envolvidos.

Objetivos

Elaborado sob método dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, este trabalho pretende estabelecer linhas gerais acerca das dificuldades que a arbitragem trouxe para os litigantes em situação de carência. Serão analisados o tratamento legal para o caso (ou a ausência de) e o entendimento jurisprudencial dominante quanto à questão.

Quanto a este, defender-se-á que nossos tribunais, aqui representados pelo STJ, atribuíram exacerbada força vinculante à cláusula compromissória, inclusive pela irrestrita adoção da chamada “competência sobre a competência”. Segundo tal postulado, cabe ao órgão que no momento exerce a jurisdição decidir sobre sua própria competência, com inderrogável prioridade. A regra encontra previsão no parágrafo único do artigo 8º, a seguir transcrito: “Parágrafo único. Caberá ao



árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”.

Ao fim, será apresentada a solução que melhor se adequa aos preceitos constitucionais brasileiros e, mais importante, que melhor atende à legítima ânsia social por equilibrada justiça.

Aspectos práticos da adoção indiscriminada de arbitragem

Por todas as dificuldades que a nova jurisdição traria, ela foi questionada desde o seu nascedouro, na maioria das vezes sob a tese de ofensa à inafastabilidade da jurisdição. E, decorridos 25 anos desde sua incorporação ao direito brasileiro pós Constituição de 88, os dispositivos da lei instituidora ainda são alvo de numerosas disputas judiciais.

A primeira manifestação do plenário do STF a respeito da Lei nº 9.307/96 se deu na homologação de sentença estrangeira SE 5.206, ajuizada anteriormente à sua entrada em vigor, mas julgada em 2001. Na ocasião, a corte firmou entendimento, de maneira incidental, pela constitucionalidade do diploma, em votação com expressivo número de votos contrários (7×4), a prenunciar as dificuldades que o funcionamento do instituto traria nos anos seguintes.

Os efeitos da adoção da arbitragem são severos e, o que é mais grave, desconhecidos pelo signatário na maioria das vezes. O desinteresse de um dos litigantes na manutenção desta jurisdição não enseja o retorno da competência à jurisdição estatal, ainda que expressado por motivos, *a priori*, relevantes, tais como seus altíssimos custos, dificuldade de acesso físico ao foro ou o desconhecimento da parte quanto ao seu funcionamento.

A maior fonte de problemas a envolver a arbitragem decorre da “opção” pelo instituto nos contratos de adesão (em que nada é negociado). Tratam-se, nos mais das vezes, de instrumentos copiosamente utilizados para pactuação de negócios cotidianos, por isso mesmo, assinados pelos aderentes de forma apressada.

A limitar as proporções do problema, o Código de Defesa do Consumidor traz elogiável previsão vedando a cláusula compromissória nos contratos de adesão que envolvam relações de consumo. O que, entretanto, não torna a matéria desimportante, haja vista a diversidade de contratos de adesão com natureza não consumerista, a exemplos dos contratos de franquia ou de locação de imóveis por particulares.

Como tentativa de evitar a utilização abusiva da cláusula compromissória, a Lei da Arbitragem estabelece que, nos contratos de adesão, ela será válida em duas hipóteses: caso o aderente tome a iniciativa de instituí-la, ou caso concorde expressamente com sua instituição, “*desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula*”.

De tais dispositivos, surgem, contudo, dois problemas: o primeiro é que a hipótese de instituição da cláusula compromissória por resolução do aderente parece ter valor apenas teórico; mesmo os poucos conhecedores da arbitragem não têm incentivos para incluí-la em seus pactos, especialmente porque ingressam como parte frágil na relação jurídica. Não possuem, portanto, interesse na jurisdição sabidamente onerosa e de regras invulgares.

O segundo revés, este de numerosa ocorrência, consiste no fato de que a adoção do instituto em documento ou cláusula específica carece de um mecanismo que garanta a segurança dos signatários. A necessidade de assinatura específica nestes instrumentos não garante, ainda que em termos teóricos, que o signatário esteja substancialmente ciente de seus efeitos. Na prática, revela-se apenas como mais um dos vários campos burocráticos a serem vistos no ato da contratação.

E, instaurado o conflito, é provável que a parte carente se veja surpreendida por demanda a ser proposta (ou já proposta contra si) em câmara arbitral distante, com altos custos e sujeita a funcionamento de todo estranho ao cidadão comum. Daí porque, a um só tempo, a cláusula compromissória serve como arma e escudo para o litigante juridicamente abastado.

Outro efeito direto do mau regramento (e de seu não temperamento judicial) é que a solução de conflitos pela arbitragem, pensada como forma de alternativa ao Judiciário, vem a ter justamente o efeito contrário; ensejam repetitivos questionamentos judiciais acerca da nulidade da cláusula assinada por parte legalmente pobre.

Tratamento judicial da matéria

Diante do indesejável silêncio da lei quanto a formas de amparo aos desfavorecidos, os tribunais do País poderiam adotar basicamente três posicionamentos, a seguir organizados de forma decrescente quanto ao grau de liberdade conferida ao jurisdicionado.

- 1º Posicionamento: confere-se ampla liberdade à parte, de modo que a cláusula compromissória poderia ser recusada mediante simples manifestação, ainda que imotivada. Haveria irrestrita – e plausível – observância ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, de modo a serem mantidos sob arbitragem apenas os litígios em que *ambas* assim o desejassem.
- 2º Posicionamento: interpretação temperada, pela qual seria necessário comprovar ou o descumprimento dos requisitos formais previstos na Lei nº 9.307/96, ou, com base em entendimento judicial, a existência de algum obstáculo imperioso, a exemplo da dificuldade de acesso físico ao foro ou a hipossuficiência da parte. Nesta corrente, estariam conciliados os princípios da segurança jurídica e inafastabilidade da jurisdição.
- 3º Posicionamento: máxima rigidez interpretativa, com vinculação estrita aos termos da lei, que prevê a nulidade da cláusula compromissória apenas em caso de anuência formalizada sem assinatura específica.

Surpreendentemente, os tribunais brasileiros têm adotado esta última tese, e, ainda, com um aspecto que, veja-se, agrava a situação do jurisdicionado.

A trazer mais complexidade à questão, já se tem firme entendimento de que a situação de hipossuficiência em nada altera a competência do juízo arbitral para deliberar sobre sua própria competência (princípio do *Kompetenz-Kompetenz*).

Transcreve-se a seguir ilustrativo e recente julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual foi negado a uma empresa em estado de falência o acesso à jurisdição estatal:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. AFASTAMENTO. FALÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL.

1. *Recurso especial interposto em 16/4/2021 e concluso ao gabinete em 23/9/2021.*
2. *O propósito recursal consiste em dizer se: a) a apelação interposta é intempestiva; b) há ausência de prestação jurisdicional; e c) a convenção de arbitragem pode ser afastada pela jurisdição estatal, sob o argumento de hipossuficiência financeira da empresa, que teve falência decretada.*

[...]

6. *Como regra, tem-se que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, incluindo decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (princípio da *Kompetenz-Kompetenz*).*
7. *Diante da falência de uma das contratantes que firmou cláusula compromissória, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* deve ser respeitado, impondo ao árbitro avaliar a viabilidade ou não da instauração da arbitragem.*
8. *Os pedidos da inicial não buscam nenhum tipo de medida cautelar que possa excepcionar o juízo arbitral; ao contrário, pretende a parte discutir o próprio conteúdo do contrato que abarca cláusula compromissória, almejando a substituição da jurisdição arbitral pela estatal.*
9. *Ausência de situação excepcional que permita o ajuizamento de medida cautelar junto à Justiça Estatal, devendo prevalecer a competência do juízo arbitral.*
10. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.*

(REsp n. 1.959.435/RJ, relatora ministra Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em 30/8/2022, DJe de 1/9/2022.) [sem grifos no original, como nas demais transcrições]

Dando um passo além, o STJ já se pronunciou no sentido de que o juízo arbitral permanece com a competência para decidir sobre sua própria competência mesmo quando já reconhecida a situação de pobreza nas instâncias inferiores.

Em caso de importante repercussão, a corte reformou decisão que havia concedido o afastamento da cláusula compromissória em *primeira e segunda* instâncias. Constou do voto condutor: “A hipossuficiência da recorrida, em face da recorrente, reconhecida na origem, somada ao contrato padrão a que ela aderiu, não são suficientes para afastar os efeitos de cláusula de arbitragem existente, válida e eficaz”.

Com certa perplexidade, transcreve-se, ainda, a ementa:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. PRINCÍPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ. PRECEDENTES. DISSÍDIO NOTÓRIO.

[...]

2. *O princípio Kompetenz-Kompetenz, positivado no art. 8º, § único, da Lei n. 9.307/96, determina que a controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal.*
3. *Incumbe, assim, ao juízo arbitral a decisão acerca de todas questões nascidas do contrato, inclusive a própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.*
4. *A hipossuficiência reconhecida na origem não é causa suficiente para caracterização das hipóteses de exceção à cláusula Kompetenz- Kompetenz.*
5. *Dissídio notório do acórdão recorrido com a linha jurisprudencial do STJ acerca da questão.*
6. *RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*

(REsp n. 1.598.220/RN, relator ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 1/7/2019.)

A aridez do tratamento judicial implica alguns aspectos diretos:

- 1) ignora-se que a situação de pobreza, por si mesma, torna incerto o acesso à jurisdição arbitral;
- 2) ignora-se a existência de conflito de interesses, visto que o juízo arbitral auferir ganhos financeiros com a manutenção do litígio sob sua jurisdição;
- 3) abre-se margem para o uso ilegítimo da cláusula compromissória, como forma de bloqueio à jurisdição para a parte vulnerável;
- 4) viola-se o sagrado mandamento constitucional de “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, por meio da criação de requisito exótico, diverso da mera comprovação de pobreza.
- 5) coloca-se o princípio do *Kompetenz-Kompetenz* como uma espécie de postulado máximo do direito processual, acima inclusive daqueles inscritos na Constituição da República, de natureza pétrea.

Some-se a isso o fato de que as decisões do juízo arbitral são irrecorríveis (tanto internamente como pela via judicial), não se sujeitam a homologação pelo Poder Judiciário e tem força de título executivo judicial. Transcreve-se, a respeito, o peremptório artigo 18 da Lei nº 9.307/96: “Art. 18. *O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário*”.

Caberia à parte, então, apenas se socorrer da ação anulatória prevista no artigo 33 da citada lei, de natureza autônoma e acolhimento improvável.

Considerações finais

O panorama descrito leva à conclusão de que o diploma regulatório foi redigido com predominante preocupação em garantir um rito célere, informal, personalizado, cogente, sigiloso e conduzido por julgadores dotados de imparcialidade e conhecimentos técnicos, à escolha dos litigantes. Ainda que se tratem de características desejáveis a qualquer forma de jurisdição, a lei acabou por atender satisfatoriamente (de forma intencional ou não) apenas ao segmento social representativo das empresas de médio e grande porte.

Levando-se em conta a complexidade e os custos da jurisdição não oficial, o instituto parece ser intuitivamente incompatível com a singeleza dos pactos que envolvam partes hipossuficientes, em especial quando celebrados em contratos de adesão. Sabe-se que, de outro modo, eles seriam provavelmente discutidos no rito dos juizados especiais — simplificado e sempre gratuito em primeiro grau.

Em postura desafortunada, o legislador não se ocupou de criar um subsistema com mecanismos de amparo aos litigantes carentes, que compõem a maioria do corpo social brasileiro. E mesmo na ausência de um ambiente que lhes seja amigável, a lei de regência também não possui dispositivos que os liberem da via arbitral se formalmente aceita.

Quanto ao ponto, cabe repisar que a análise acerca da validade da aceitação se restringe a aspectos puramente formais. Não se investiga acerca do conhecimento da parte quanto ao funcionamento da arbitragem, de sua capacidade de suportar os custos envolvidos e de até mesmo ter acesso ao foro.

O efeito direto do regramento é que, de forma antinatural, ela se tornou uma espécie de jurisdição compulsória para os que não podem suportá-la, ainda que se trate de situação não prevista, ou mesmo não admitida, pela Constituição. Uma vez assinada a convenção arbitral, a parte coloca-se em um limbo jurídico, sem acesso pleno a qualquer das jurisdições.

E, estando a discussão possivelmente superada em âmbito judicial, esvaiu-se a grande oportunidade de tornar a arbitragem uma forma abrangente e equilibrada de jurisdição. Esta, sim, com potencial de se provar o grande incentivo para a *espontânea* renúncia ao saturado sistema judiciário.

A arbitragem projetada pela Lei nº 9.307/96, por razões de ordem prática, mostrou-se vocacionada a questões de grande complexidade. Nestes casos, os enormes ganhos em agilidade, o conhecimento técnico do órgão judicante e o sigilo de suas decisões naturalmente justificariam a livre escolha daquela jurisdição por ambas as partes.

Os custos envolvidos, da mesma forma, teriam impacto notoriamente menor quando comparados àqueles a serem suportados pelas pessoas físicas, sobretudo levando-se em conta a realidade financeira da população.

E, passados mais de vinte anos desde o primeiro pronunciamento do STF sobre a matéria, ainda subsiste o sentimento de que a sujeição forçada a uma forma não oficial de solução de conflitos é incompatível com o postulado constitucional da inafastabilidade da jurisdição, erigido como direito fundamental. E, com mais razão, se isto ocorre em face de pessoas juridicamente pobres, e se o pronunciamento final sobre a competência cabe ao próprio órgão arbitral.

O atual funcionamento da arbitragem ainda carece de tranquila incorporação ao cotidiano processual brasileiro. Para tanto, deverá passar, necessariamente, por ampla revisão legal, com a criação de um ambiente que acolha os necessitados, ou, ao menos, que não os sujeite compulsoriamente à sua jurisdição.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Acesso em: 7 de set. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Acesso em: 7 de set 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Acesso em: 7 de set. 2022.

PESQUISA de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (Peic). Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – edição de novembro de 2023. Acesso em: 10 de jan 2023

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. STJ anula decisão que afastou cláusula de arbitragem com base no CDC. 12 de agosto de 2019. Acesso em: 11 de set 2022

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.959.435/RJ, relatora Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 30/8/2022, DJe de 1/9/2022. Acesso em: 08 de set de 2022.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n. 1.598.220/RN, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 1/7/2019. Acesso em: 09 de set de 2022.

STF. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA: SE 5.206, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julg. em 12/12/2001, public. 30/04/2004. Acesso em: 09 de set de 2022.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jan-20/a-utilizacao-compulsoria-da-arbitragem-pelos-processualmente-pobres/>