

Análise dentro do procedimento arbitral

## **Introdução**

A arbitragem, como mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, tem adquirido crescente relevância no ordenamento jurídico brasileiro e, nesse contexto, a cláusula compromissória desempenha um papel primordial para o uso do sistema arbitral, visto ser a condição que permite às partes, de forma prévia e consensual, estabelecer a submissão de eventuais litígios à jurisdição arbitral, afastando a tutela estatal.

A inserção da cláusula compromissória nos chamados contratos de adesão suscita importantes controvérsias no âmbito do Direito do Consumidor, notadamente quanto à sua compatibilidade com os princípios e disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC). O principal questionamento reside na necessidade de assegurar que a vontade do consumidor, considerada parte hipossuficiente na relação jurídica, seja efetivamente livre e informada na tomada da decisão, de modo a evitar situações de desequilíbrio contratual.

O presente artigo tem por objetivo examinar a natureza jurídica da cláusula compromissória nos contratos de adesão, bem como seus efeitos práticos, à luz da doutrina e da jurisprudência contemporânea. Busca-se, ainda, analisar os limites e requisitos impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro para a validade e a eficácia da cláusula compromissória, especialmente no que tange à proteção dos direitos do consumidor e à preservação do equilíbrio nas relações contratuais.

Desta forma, o que se pretende é estabelecer os limites de questionamento da validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, especialmente quando questionada dentro de um procedimento arbitral já instaurado, no qual o oblato está sendo demandado.

### **1. Arbitragem: Conceito e Fundamentos Jurídicos**

A arbitragem configura um meio privado de solução de conflitos, fundamentado na autonomia da vontade por meio de convenção expressa. A arbitragem é um procedimento que visa submeter controvérsias à apreciação de árbitros, em substituição à jurisdição estatal ordinária. Trata-se de instituto disciplinado pela Lei n.º 9.307/1996 que estabelece os requisitos de validade, os procedimentos aplicáveis e os efeitos jurídicos decorrentes do procedimento arbitral.

Carlos Alberto Carmona assim define arbitragem:

A arbitragem – meio adequado de solução de controvérsia segundo o qual uma ou mais pessoas recebem poderes de uma convenção privada para decidir, com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam transigir. (Carmona, 2023, fls. 29/30)

O procedimento arbitral será administrado por uma pessoa ou por um colegiado de pessoas que atuam com poder de decisão outorgado pelas partes por meio de um contrato. As partes ficam vinculadas à decisão proferida, que promove a coisa julgada da relação jurídica por meio de uma sentença. (Martins, 2021, fls. 83)

Nos termos do Artigo 1º da Lei de Arbitragem, “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, apenas conflitos envolvendo direitos que possam ser livremente transacionados — denominados direitos patrimoniais disponíveis — são suscetíveis de resolução por meio arbitral, o que exclui matérias de ordem pública ou que envolvam direitos indisponíveis, como questões relacionadas ao estado civil das pessoas, direito penal ou direito de família, especialmente quando versar sobre o interesse de menores ou incapazes.

Nesse cenário, a arbitragem tem encontrado ampla aplicação em contratos de natureza comercial e civil, em razão de suas diversas vantagens em relação aos procedimentos judiciais tradicionais. Dentre os principais benefícios da arbitragem, destacam-se a celeridade na resolução dos litígios, a possibilidade de escolha de árbitros especializados na matéria em disputa e a confidencialidade do procedimento, que preserva informações estratégicas e sigilosas das partes envolvidas.

### **Da Convenção de Arbitragem**

A escolha pela arbitragem pode ser formalizada por meio de duas espécies de convenção arbitral: a cláusula compromissória e o termo de compromisso arbitral, conforme dispõe o Artigo 3º da Lei nº 9.307/1996.

A convenção de arbitragem é a matriz deste método de solução de conflito. Ou seja, é a forma pela qual as partes exercem a sua opção pela jurisdição arbitral. E representa o espaço da liberdade, o lugar para as partes contratarem livremente (nos limites da lei) a arbitragem e seus detalhes. (Cahali, 2022, fls. 163).

Não há como se falar em arbitragem sem sua inserção no mundo jurídico e a forma de colocá-la está na convenção de arbitragem que acontece somente nestes dois formatos: a **cláusula compromissória**, que 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<sup>[1]</sup> e o **compromisso arbitral**, que é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial<sup>[2]</sup>.

## **1. Cláusula Compromissória nos contratos de adesão**

A cláusula compromissória é uma estipulação contratual que as partes inserem em um contrato principal, antes do surgimento de qualquer controvérsia, com o objetivo de estabelecer que eventuais disputas oriundas daquela relação jurídica serão submetidas à arbitragem, em vez de serem levadas ao Poder Judiciário. Trata-se de um acordo prévio que visa assegurar que as partes estarão obrigadas a solucionar eventuais litígios futuros por meio do procedimento arbitral.

Para Carlos Alberto Carmona:

Estabeleceu a Lei que a cláusula pode estar ou não inserida no corpo de um contrato, de modo que a avença será contemporânea ao contrato ou posterior a ele, nesta última hipótese, a cláusula será convencionada por meio da troca de cartas, telegramas, telex ou mesmo fac-símiles que se reportem a um negócio jurídico, prevendo a solução de eventuais e futuras controvérsias por arbitragem. Não descarto, outrossim, a possibilidade de validar-se a cláusula estipulada por troca de mensagens eletrônicas (e os canais de comunicação ampliam-se, não sendo de desdenhar a contratação de arbitragem pela via informal do WhatsApp ou outro aplicativo do gênero). (Carmona, 2023, fls. 15).

Acrescenta Francisco José Cahali:

Vinculada a cláusula compromissória a um contrato, automaticamente o objeto da arbitragem será, no máximo, o quanto se contém no negócio jurídico a que ela se adere, podendo as partes restringir a abrangência do juízo arbitral a parte ou a certas e determinadas questões. (Cahali, 2022, fls. 165).

No contexto dos **contratos de adesão**, a validade e aplicabilidade da cláusula compromissória são questionadas, especialmente quando imposta pelo fornecedor sem possibilidade de negociação com o aderente.

Uma barreira às cláusulas arbitrais foi estabelecida quanto aos contratos de adesão. O objetivo foi evitar sua banalização, por meio da inclusão da cláusula,

indiscriminadamente, em condições gerais de negócios, normalmente impressas e às quais o contratante adere em bloco. (Carmona, 2023, fls. 15).

Esse aprofundamento poderá trazer novas perspectivas sobre os desafios e limites da arbitragem em relações assimétricas, garantindo maior segurança jurídica às partes envolvidas e suas implicações teóricas e práticas.

## **2. Termo de Compromisso Arbitral**

Por sua vez, o compromisso arbitral é o acordo firmado entre as partes após o surgimento do conflito, mediante o qual as partes ajustam, de forma expressa, que a controvérsia existente será resolvida por meio de arbitragem. O compromisso pode ser firmado tanto de forma extrajudicial quanto judicial, conforme prevê o artigo 9º da Lei de Arbitragem.

Para utilização desse modelo de contrato de arbitragem - termo de compromisso - não há a necessidade de um expresso contrato anterior com a cláusula compromissória. O que se torna indispensável é que estejam presentes as condições previstas no art. 1º da Lei n. 9.307/1996: pessoas capazes e direito patrimonial disponível. Presentes esses pré-requisitos, a arbitragem poderá ser instituída para a solução definitiva da controvérsia. (Martins, 2021, fls. 83)

Cahali acrescenta:

Pode ser judicial, celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda, ou extrajudicial, promovido através de instrumento público ou particular, sendo nesta última forma, necessariamente por documento escrito, e com duas testemunhas (art.9º, caput e §§1º e 2º, da Lei 9.307/1996).

Quando realizado no curso do processo judicial, segue a forma do termo previsto no art. 209 do CPC/2015, sendo necessária a assinatura das partes e dos respectivos patronos. Advirta-se que o advogado só poderá firmar o compromisso em nome das partes se lhe tiverem sido outorgados poderes especiais e específicos para tanto. (Cahali, 2022, fls. 199/200).

Decorrente o conflito de um contrato de adesão, mas firmado o termo de compromisso na ausência de cláusula compromissória, afasta-se por completo a discussão quanto a validade da utilização do sistema arbitral, visto que este foi contratado pelo aderente quando o litígio já estava instalado e, portanto, sua condição de hipossuficiência não pode ser questionada quando já se discute efetivamente o conflito.

## **Do Contrato de Adesão**

O contrato de adesão é um instrumento jurídico caracterizado pela unilateralidade na elaboração das cláusulas, sendo impostas suas condições por uma das partes à outra, que pode apenas aceitar ou recusar o contrato, sem possibilidade de substancial negociação dos seus termos.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei nº 8.078/1990) define o contrato de adesão em seu Artigo 54:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Para Maria Helena Diniz:

Os contratos de adesão constituem uma oposição à ideia de contrato partidário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que excluem a possibilidade de qualquer debate e transigência entre as partes, uma vez que um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos. Esses contratos ficam, portanto, ao arbítrio exclusivo de uma das partes – o pollicitante-, pois o oblato não pode discutir ou modificar o teor do contrato ou as suas cláusulas. É o que ocorre com: os contratos de seguro; os de venda das grandes sociedades; os de transporte; os de fornecimento de gás, eletricidade, água (...) os de diversões públicas; os de consórcios; os de financiamento bancário. (Diniz, 2024, fls.86/87)

O contrato de adesão possui algumas características essenciais para seu reconhecimento. Para Maria Helena Diniz os contratos de adesão supõem:

1º) Uniformidade, predeterminação e rigidez da oferta (...) esses três traços possibilitarão identificar esses contratos;

2º) Proposta permanente e geral, aberta a quem interessar pelos serviços do proponente, dirigindo-se a um grupo determinado de pessoas. Assim sendo, o contrato se forma com qualquer pessoa, a não ser naqueles casos em que se permite ressalvas, como, p.ex., no da empresa de transporte, que não pode ser obrigada a admitir passageiro além da lotação do veículo;

3º) Aceitação pura e simples do oblato, simplificando, desse modo, a maneira de produzir-se o consentimento;

4º) Superioridade econômica de um dos contratantes, que desfruta de um monopólio de fato ou de direito;

5º) Cláusulas do contrato são predispostas e fixadas unilateralmente e em bloco pelo pollicitante, visto que se dirigem a um número indeterminado de pessoas. (Diniz, 2024, fls.86/87).

Para o direito, e mais especialmente para o Código de Defesa do Consumidor, a relação de consumo é uma relação típica de forma certa entre pessoas identificadas. Na relação de consumo temos necessariamente duas pessoas envolvidas: o fornecedor e o consumidor.

### **Conceito de Consumidor e Fornecedor**

No direito brasileiro, os conceitos de consumidor e fornecedor são essenciais para a delimitação das relações de consumo e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Esses conceitos possuem definições normativas, mas também foram ampliados pela doutrina e pela jurisprudência.

O conceito de consumidor está previsto no Artigo 2º do CDC, que dispõe: “Art. 2º – *Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”.

Dessa forma, a legislação estabelece que o consumidor pode ser pessoa física ou jurídica, desde que a aquisição de produtos ou serviços não tenha finalidade profissional, caracterizando-se a utilização do produto ou do serviço como destinatário final.

O parágrafo único do Artigo 2º amplia esse conceito ao prever a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, como sujeitos passíveis de proteção pelo CDC, consolidando a noção de consumidor por equiparação.

O conceito de fornecedor está disposto no Artigo 3º do CDC, nos seguintes termos:

Art. 3º – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A norma estabelece um conceito abrangente, incluindo qualquer agente econômico que atue na cadeia produtiva e de fornecimento de bens ou serviços.

O parágrafo 1º do Artigo 3º define produto como qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial. Já o parágrafo 2º define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, exceto aquelas prestadas gratuitamente.

### **A Cláusula Compromissória no Código de Defesa do Consumidor**

A cláusula compromissória nos contratos de adesão tem sido um dos pontos mais debatidos dentro do Direito do Consumidor, pois envolve o equilíbrio entre a autonomia da vontade, a vulnerabilidade do consumidor e o direito de acesso à Justiça. O Código de Defesa do Consumidor impõe restrições à sua utilização com o objetivo de evitar abusos e proteger o consumidor de cláusulas que possam restringir indevidamente seus direitos, gerando abusos em favor do fornecedor.

Como já vimos, a cláusula compromissória é um pacto contratual pelo qual as partes optam pela arbitragem para resolver eventuais litígios decorrentes do contrato, afastando a jurisdição estatal promovida pelo Poder Judiciário.

Embora a arbitragem seja um meio legítimo e eficiente para a solução de conflitos, sua imposição de forma unilateral e sem negociação pode representar um prejuízo ao consumidor, razão pela qual o CDC e a Lei da Arbitragem impõem limites à sua aplicação nos contratos de adesão.

O Artigo 51, VII, do CDC prevê expressamente a nulidade de cláusulas abusivas, incluindo aquelas que imponham arbitragem compulsória sem a manifestação expressa do consumidor<sup>[3]</sup>.

A Lei de Arbitragem busca adequar a normatização consumerista e confere uma tutela especial ao aderente para a inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão, exigindo sua aceitação expressa e destacada, conforme disposto no § 2º do Artigo 4º da Lei 9.307/1996, que prevê: “Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com sua instituição, por escrito, em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Esse dispositivo legal mitiga a imposição unilateral da arbitragem, garantindo que o aderente não seja compelido a renunciar o direito de acesso ao Poder Judiciário sem uma manifestação clara, destacada, expressa e voluntária. Assim, busca-se evitar abusos contratuais e restrições

indevidas ao direito de ação, assegurando que a arbitragem seja utilizada de maneira legítima e consentida.

Para Cahali:

Quanto à “hiperproteção ao hipossuficiente”, tem se presumido que o aderente é a parte mais fraca, de forma que qualquer falha no cumprimento dos requisitos legais impede a utilização da arbitragem.

Temos para nós, porém, que mesmo se tratando de contrato de adesão, verificada a disparidade de armas, deve ser observado o rigor da norma, considerados intransponíveis seus requisitos. (Cahali, 2022, fls. 170).

Acrescenta Carmona quando comenta o parágrafo 2º do art. 4º da Lei 9.307/96:

São duas as hipóteses com que lida o parágrafo: a primeira determina que a eficácia da cláusula fica condicionada à iniciativa do aderente; a segunda prevê que a cláusula será eficaz desde que haja expressa concordância do oblato, concordância que será manifestada por escrito em documento que se reporte ao contrato a que se refere a cláusula ou então por meio do destaque da cláusula no contrato, com visto especial. (Carmona, 2023, fls. 127).

A arbitragem, nesse cenário, surge como um instrumento de pacificação para as relações dessa natureza. É um instrumento que promove a resolução de conflitos com celeridade e especialidade e, dessa forma, se mostra bastante favorável ao consumidor, parte mais frágil dentro dessa relação. No entanto, a cultura brasileira é voltada para a desconfiança e por ser o CDC anterior a Lei de Arbitragem, a previsão legal para utilização do sistema arbitral sofre algumas restrições e preconceitos. (Martins, 2021, fls. 184/185).

A arbitragem possui natureza jurídica contratual, fundamentando-se no princípio da autonomia da vontade, de modo que sua admissibilidade e aceitação decorrem de um pacto livremente celebrado entre as partes. Como instituto baseado no consentimento mútuo, a arbitragem não pode ser imposta unilateralmente, sob pena de violar a própria essência do contrato, que se caracteriza pela voluntariedade e equidade na escolha do foro arbitral.

Nesse contexto, ao dispor no Artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre a nulidade da arbitragem compulsória, a legislação reforça um aspecto inerente à própria arbitragem: respeito à sua natureza contratual reconhecida na necessidade de aceitação expressa das

partes. Dessa forma, a referência à “arbitragem compulsória” no CDC não configura um equívoco conceitual, mas sim um reforço normativo para proteger o consumidor contra imposições unilaterais, garantindo que a cláusula compromissória somente tenha validade se houver manifestação de vontade clara e destacada do aderente.

Essa interpretação está em consonância com o § 2º do Artigo 4º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que prevê que, em contratos de adesão, a cláusula compromissória para produzir seus efeitos necessita da concordância expressa e inequívoca do aderente, materializada em documento apartado ou por meio de destaque com assinatura específica. Essa exigência visa harmonizar os dois sistemas.

Portanto, a arbitragem, por sua própria natureza, não pode ser compulsória em nenhuma relação jurídica, seja no direito do consumidor, empresarial ou civil. Sua adoção deve sempre decorrer da livre manifestação de vontade, e qualquer cláusula compromissória imposta de forma unilateral, especialmente em contratos de adesão, pode ser considerada nula de pleno direito, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ARBITRAGEM. CONTRATO DE ADESÃO. ANUÊNCIA EXPRESSA DO ADERENTE. NECESSIDADE. CLÁUSULA CLARAMENTE ILEGAL. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte possui entendimento no sentido de que "[o] Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral 'patológico', i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral" (REsp 1.602.076/SP , Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016). 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, com esteio nos elementos fáticos reunidos nos autos, concluiu que o contrato de adesão entabulado entre as partes **não** contou, especificamente em relação à cláusula compromissória arbitral, **com a expressa aceitação da parte aderente, conforme determina o § 2º do art. 4º da Lei n. 9.307 /1996, a autorizar, nos termos da jurisprudência do STJ**, o reconhecimento, de plano, pelo Poder Judiciário, de sua invalidade. 3. Agravo interno improvido. (REsp 1761923 MG 2017/0141043-8)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA

FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". [ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO](#). [POSSIBILIDADE](#). [NULIDADE RECONHECIDA](#). [RECURSO PROVIDO](#).

1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016.

2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no [CDC](#), pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.

**3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia**, devem observar o disposto no art. [4º, § 2º](#), da Lei [9.307/96](#).

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. [Recurso especial conhecido e provido](#). (REsp 1602076 SP 2016/0134010-1)

A Ministra Nancy Andrighi, trouxe o entendimento quanto a compatibilidade entre o § 2º do Artigo 4º da Lei de Arbitragem e o inciso VII do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

Dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos, quais sejam: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) regra específica para contratos de adesão genéricos, que estabelece restrição à eficácia da cláusula compromissória e (iii) regra ainda mais específica para contratos, de adesão ou não, celebrados entre consumidor e fornecedor, em que será considerada nula a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que tenham sido preenchidas as formalidades estabelecidas no art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem. Conclui-se, com isso, que não havendo incompatibilidade entre as normas, inviável reconhecer a ocorrência de revogação tácita do art. 51, VII, do CDC pela Lei de Arbitragem. (Andrighi, 2006, p.17-18).

No acórdão do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luís Felipe Salomão concluiu:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES. 1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti. 2. Por outro

lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral. 3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva. 4. Com a mesma *ratio*, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes. 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo pollicitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em que o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. 7. **Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso.** 8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria

concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral. (STJ, REsp 1.189.050/SP).

Cahali destaca que o consumidor tem a faculdade de optar pela arbitragem, desde que manifeste sua concordância de forma expressa e inequívoca, por meio da celebração de um termo de compromisso arbitral. Esse instrumento formaliza a escolha voluntária do consumidor pelo procedimento arbitral, garantindo que sua adesão ao sistema seja resultado de uma decisão consciente e informada, em conformidade com os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva:

A proteção ao consumidor no momento da contratação, é, sem dúvida, sadiamente a possível desigualdade econômica, social e técnica, aliada à vulnerabilidade. Porém, latente o conflito, com a liberdade plena de ingressar no Judiciário, poderá o consumidor, no exercício de sua autonomia privada, optar pela solução arbitral, se assim lhe convier. A diferença aqui é que se deixa totalmente livre o consumidor para escolher, nesse momento em que a controvérsia já existe, entre um ou outro caminho. Para o Judiciário, bastará o ingresso da ação; para buscar o Juízo Arbitral, porém, será necessária a formalização do compromisso arbitral com a outra parte, se esta assim também desejar. Desaparece a intervenção do Estado impondo restrição ao negócio para dar lugar à autonomia privada. (Cahali, 2022, p. 496).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou entendimento no REsp 1.169.841/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

O CDC veda apenas a utilização compulsória da arbitragem, o que não obsta o consumidor de eleger o procedimento arbitral como via adequada para resolver eventuais conflitos surgidos frente ao fornecedor. O legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos. Via de regra, o consumidor não detém conhecimento técnico para, no ato de conclusão do negócio, avaliar as vantagens e desvantagens inerentes à futura e ocasional sujeição ao procedimento arbitral. Ainda que o contrato chame a atenção para o fato de que se está optando pela arbitragem, o consumidor, naquele momento, não possui os elementos necessários à realização de uma escolha informada(...)

(...) Seja como for, o art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio e havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. (STJ, Resp 1.169.841/RJ)

Claro está que o consumidor diante do conflito tem o momento mais adequado para fazer sua opção pela arbitragem, sendo que ao fazer neste momento, o faz como inquestionável manifestação de vontade, que legitima a utilização do procedimento para todos os fins de direito.

Feita a análise e determinados os conceitos que envolvem o debate sobre a validade da cláusula compromissória em um contrato de adesão, a proposta do presente artigo é considerar o momento em que o questionamento sobre a validade da cláusula compromissória está sendo feito, especialmente quando este debate ocorre dentro do procedimento arbitral, no qual o oblato está sendo demandado.

Assim, para se discutir a validade da cláusula compromissória quando já foi solicitada a instauração de um procedimento arbitral se torna válido e necessário se considerar a motivação para a propositura da ação, se o procedimento está instaurado com respeito ao contraditório e a ampla defesa em favor do oblato.

### **Do uso do formalismo legal como prática de má-fé**

Para o entendimento quanto a inserção da cláusula compromissória nos contratos de adesão temos como referência a Lei 8.078/90 em seu Artigo 51, VII e a Lei 9.307/96 em seu Art. 4º Parágrafo 2º, sendo que já temos quanto a este tema jurisprudência e doutrina consolidada. Agora o que se propõe é uma análise do pedido de nulidade da cláusula compromissória dentro do procedimento arbitral ou quando é pedido sua instauração.

A análise primeira se refere à condição de hipossuficiência do oblato em face do proponente, que impõe as condições gerais do contrato no momento da contratação. A arbitragem, em razão de sua natureza, deve ser sempre fruto da autonomia da vontade, que deve ser expressa de forma livre e consciente. As questões objetivas trazidas pela lei, aparentemente, se mostram suficientes para se definir a questão, especialmente no Artigo 4º, § 2º da Lei 9.307/96, quando prevê expressamente que nos contratos de adesão a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

A tradução da vontade do oblato está expressa na sua assinatura apostada no contrato, que estabeleceu todas as suas condições para as partes, inclusive a solução de conflito por arbitragem. Até aqui não se questiona a condição

das partes dentro do contrato que livremente estabeleceram entre si. O que se pretende conhecer no presente artigo é o questionamento de validade da cláusula compromissória dentro de um procedimento arbitral que foi instaurado para a resolução de um litígio decorrente das obrigações assumidas no contrato em que a cláusula está inserida.

Quando o oblato requerer a instauração da arbitragem não haverá dúvida quanto a sua manifestação de vontade na utilização do sistema, de outra sorte, quando a iniciativa for do fornecedor poderá haver um questionamento sobre a disposição do oblato em responder à ação proposta e assim se valer do sistema arbitral, como verdadeira obrigação contratual.

Nesse contexto – o oblato chamado a responder a uma ação dentro de um procedimento arbitral - não é suficiente o questionamento da manifestação de vontade do oblato sobre o momento em que o contrato foi feito, especialmente quanto a validade da cláusula compromissória. Parece-nos fundamental a análise das condições materiais do caso concreto que motivam a ação e que está norteando a busca da jurisdição. Importante, nessa análise é se conhecer, diante do caso concreto, **qual a perda do oblato na utilização do sistema arbitral e qual a limitação de acesso à justiça que está sofrendo com o uso da arbitragem.**

O oblato, mesmo que seja admitido como hipossuficiente no momento da realização do contrato, pode, no entanto, no momento da instauração do litígio estar em vantagem em face do fornecedor, especialmente, quanto ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato. Por exemplo, pode estar na posse do bem e não ter pagado o preço pelo produto ou ter sido beneficiado com a prestação do serviço e agora se recusa ao pagamento do serviço prestado.

O TJSP proferiu decisão sobre pedido de nulidade de sentença arbitral com fundamento em nulidade da cláusula compromissória inserida em contrato de adesão, o acórdão admitiu a validação do pedido em detrimento da formalidade reclamada para justificar o descumprimento de obrigação:

Apelação. Declaratória de nulidade de sentença arbitral. Contrato de prestação de serviços educacionais. Sentença de improcedência. Inadimplemento incontroverso e sequer negado. Prestação de serviço comprovada. Anuênciam expressa do autor à cláusula que previa a solução de conflitos por câmara arbitral. Extinto o pedido reconvencional, em face da ausência de interesse de agir. Pleito de reforma do autor. Presença de diversos vícios na formação da sentença arbitral;

cláusula compulsória de arbitragem vedada pelo CDC em contratos de adesão; incompetência do árbitro constituído; sentença “extra petita”. Descabimento. Ausência de comprovação de vícios atinentes à sentença arbitral. Procedimento legítimo. Julgamento “extra petita” inexistente, em face da extinção da reconvenção. Precedentes. Sentença mantida. Recurso improvido.[\[4\]](#)

V. acórdão, determinou de forma precisa:

*Restou incontroverso, e o Autor não nega, a efetiva prestação de serviços educacionais (fls. 54/56). Contudo o Autor busca, por meio da presente demanda, desqualificar e anular a sentença arbitral (fls. 21/29) que o condenou ao pagamento das mensalidades em aberto, assim como as despesas do processo.*

Ainda, em análise ao caso concreto, observou: “O requerido acostou os documentos que comprovam a efetiva prestação de serviços, inclusive com cópia de certificado de conclusão emitido em nome do Autor (fls. 113/116) e abertura dos procedimentos da Câmara Arbitral”.

E concluiu: “Nessa toada, calha afirmar que não poderia a douta Magistrada decidir diferente, sob pena de proferir julgamento contra legem”.[\[5\]](#)

Assim, a r. *decisum* desconsiderou o pedido do consumidor de que a cláusula compromissória em contratos de adesão não é válida para analisar as condições do caso concreto, visto que o consumidor era confesso quanto a matéria de fato. Assim, admitiu, inclusive, que a decisão arbitral foi correta e que decidir diferente seria decidir contra a lei.

Nestas condições, proposta ação que vise a resolução do conflito por arbitragem, não se pode admitir como correta contestação, que vise exclusivamente questionar questões formais, especialmente quando o consumidor utiliza tal argumento como estratégia para se afastar do cumprimento das obrigações materiais que assumiu em razão do contrato.

Somente poderá ser admitida como válida tal contestação se o consumidor impugnar o mérito do pedido e **não** for confessadamente inadimplente das obrigações que assumiu em face do fornecedor. Caso contrário, referida hipótese pode ser vista como prática temerária, que visa se esquivar do cumprimento da obrigação, o que leva o consumidor, em tese, a ser reconhecido como litigante de má-fé, em razão de práticas previstas nos Artigos 77 e 80 do CPC.

Devemos estabelecer uma linha e considerar as condições sociais, econômicas e de formação do oblati no momento da contratação, mas não podemos nos afastar das causas que motivaram o conflito. Na busca

do melhor direito, não podemos abandonar a análise do caso concreto posto para jurisdição para conhecer e valorizar, exclusivamente, as questões formais, visto que essa análise singela afronta a jurisdição perseguida, que deve ser entregue como principal escopo de qualquer procedimento judicial ou arbitral.

## **Conclusão**

A cláusula compromissória, respeitadas as restrições impostas para sua inclusão nos contratos, está absolutamente admitida nos contratos de adesão com expressa previsão de sua admissibilidade no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Arbitragem.

Deve-se ter em mira a forma e o momento que se questiona a validade da cláusula compromissória inserida em um contrato de adesão, especialmente dentro de uma arbitragem, visto que não se pode retroceder a uma discussão formal quando existe a necessidade de jurisdição sobre um caso concreto, sob o risco de se negar a jurisdição em face de um exercício de abuso de direito.

A nulidade da cláusula compromissória somente pode ser admitida se o oblatu estiver em desvantagem em face do fornecedor no regular exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa. Presentes estas condições, deve-se analisar o direito perseguido e as motivações das partes dentro do litígio na análise do caso concreto. O que não se pode mais admitir é a flagrante litigância de má-fé, travestida de proteção ao hipossuficiente na validação de formalidades contratuais. A jurisdição, como manifestação decorrente de procedimentos judiciais ou arbitrais, deve prevalecer à discussões formais extemporâneas.

## **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.

CAHALI, Francisco José, Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: tribunal multiportas, 9 ed. rev., ampl. e atual, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CARMONA, Carlos Alberto, Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996, 4º ed, Barueri, SP, 2023.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais – Volume 3, 40.ed., São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MARTINS, José Celso, Arbitragem e Mediação- Conceitos e Práticas, 1 ed., São Paulo, 2021.

[\[1\]](#) Art. 4º Lei 9.307/96

[\[2\]](#) Art. 9º Lei 9.307/96

[\[3\]](#)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 da arbitragem**.

[\[4\]](#) Apelação No. 0018628-58.2010.8.26.0011, da Comarca de São Paulo. 24ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Relator Erson de Oliveira.

[\[5\]](#) Idem.