

## CLÁUDIO VIANNA DE LIMA

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11.09.1990), em seu art. 51, VII, declara nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “*determinem a utilização COMPULSÓRIA de arbitragem*”.

O anteprojeto da atual Lei de Arbitragem – n.º 9.307, de 23.09.1996 – em suas Disposições Finais, no que é, agora, o art.44 da lei, incluía a revogação do aludido art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor. Durante a tramitação do projeto, na Câmara de Deputados, negociou-se, ante emenda do Partido dos Trabalhadores, a retirada do texto final da cogitada revogação.

Bem vistas as circunstâncias, não devia ter sido cogitada a supressão da norma em causa. Não há e nem havia, na precária sistemática legal brasileira, em termos de arbitragem, determinação compulsória de sua instauração.

O Código Comercial (Lei n.º 556, de 25.06.1850) estabelecia, realmente, o “juízo arbitral OBRIGATÓRIO” em todas as questões originadas da locação mercantil (art.245), as que se suscitassem entre sócios, na existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha (art.294). O art. 20, do Título Único do mesmo Código, estabelecia: “SERÃO NECESSARIAMENTE DECIDIDAS POR ÁRBITROS AS QUESTÕES E CONTROVÉRSIAS A QUE O CÓDIGO COMERCIAL DÁ ESSA FORMA DE DECISÃO”. A Lei n.º 1.350, de 14.09.1866, aboliu o juízo arbitral forçado, ao passo que a Lei n.º 3.900, de 26.06.1867, dispôs sobre o juízo arbitral FACULTATIVO do comércio. Esvaziava-se o art. 20 do Título Único antes mencionado, destinado a regular a Administração da Justiça nos Negócios e Causas Comerciais”, que veio, depois, a ser alterada ainda no Império e, mais tarde, pela República.

O art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, desta sorte, cai no vazio. Não há, mais, caso algum de determinação compulsória de arbitragem. Há muito se havia retomado a realidade lógica e natural. A arbitragem tem o seu fundamento, como é sabido, no consenso, no acordo de vontades, no exercício da liberdade de contratar, no princípio, universal, da autonomia da vontade. Segue-se que o fenômeno da determinação compulsória de “arbitragem” não configura, realmente, arbitragem. É inválido o ato jurídico que não atende aos requisitos próprios do art. 82 do Código Civil (Lei n.º 3071, de 1.º.01.1916) para a sua validade, quando exige, em primeiro lugar, AGENTE CAPAZ, no significado de pessoa “SUI IURIS”, apta a praticar os atos da vida civil por si, e, portanto, de livremente consentir. O que é aplicável aos atos do comércio.

O art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor traduz preconceitos injustificáveis contra a arbitragem, não assimilada pelo comum das pessoas no Brasil, ainda hoje, e contra o próprio contrato de adesão.

Infelizmente não se tem no país uma CULTURA ARBITRAL, falta que se expressa desde a idiosincrasia geral, com exceções, no cumprimento da palavra empenhada e das próprias leis (há as que “pegam” e as que não” pegam”...), vigorante e prestigiada de fato a famosa LEI DO GERSON, até a desconfiança generalizada a respeito da possibilidade de solução de dados conflitos de interesses fora do Judiciário. Lamentavelmente, o brasileiro, com as exceções cabíveis, se assemelha à “mulher de malandro”, da antologia de NELSON RODRIGUES, gosta de apanhar e quanto mais é castigada mais ama o seu algoz. A Justiça do Brasil está no contexto da crise universal do Judiciário (ou do Estado...), ineficiente, formalista, obstruída e demorada. Já apregoava o grande RUY, na “Oração aos Moços” que justiça retardada é justiça denegada. Mas mesmo assim, a Justiça, por tradição demandista de origem lusa que se ostenta, é alvo da confiança geral, com reclamos aqui e ali, mas da quase unanimidade dos brasileiros. Só se admite decisão do juiz.

A ojeriza ao contrato de adesão é outro fenômeno, resultante da ignorância sempre atrevida. Sabe-se que, com a sociedade de consumo, neste século que já se encerra, veio a massificação dos atos mercantis, característica do Direito Comercial moderno (JOAQUIN GARRIGUES), e, como consequência, a adoção de cláusulas contratuais preestabelecidas (PRÊT À PORTER), no compasso e na pressa dos contratos. Impossíveis as negociações tranquilas, ponto a ponto. Significativo é o fato de que só no porto de New York, em uma hora, se fecham cerca de 1 milhão de contratos marítimos e afins (seguro, fretes terrestres etc.). Discutir cláusulas uma a uma se revela inviável e apenas serviria para a paralisação dos negócios, senão do próprio porto

Esta idéia de exagerada tutela do consumidor, considerado abstrata e genericamente inapto para praticar por si atos da vida comum, está a merecer revisão. Já existe no Código de Defesa do Consumidor uma série de iniciativas protectivas que se configuram suficientes, como a inversão do ônus da prova, a culpa presumida de fornecedor de produtos e serviços etc. O excesso da tutela em apreço, advindo não propriamente da Lei n.º 8.078/90, que é bem elaborada, consentânea com a Resolução n.º 39/248, de 09.04.1985, da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, repousa em uma como que histeria dos apóstolos dos novos direitos, notadamente do segmento de operadores mais jovens do direito, como nobres integrantes do Ministério Público, instituição admirável, no dizer de MONTESQUIEU. Todavia, o Ministério Público é fiscal da lei, sem parcialismo. Há, ainda agora, concepções mais coerentes, reformulando, por exemplo, a condição da classe trabalhadora, igualmente tutelada pela C. L. T., como se o trabalhador fosse incapaz, em acepção diferente da que dá o Código Civil. Obra da O. I. T. – Organização Internacional do Trabalho, das Nações Unidas, se refere aos novos papéis do trabalhador, do empresário e do Estado, em nova parceria destas entidades. Fortalecido o Sindicato, convicto o empresariado e convencido o Estado de suas novas funções, se posicionam em novo plano, melhor e mais elevado, de entendimento, negociando de igual para igual no que se prende a direitos e deveres recíprocos. A tudo se acrescenta algo mais e muito importante, qual seja o pensamento e o objetivo no bem estar geral da sociedade, a que todos se ligam, no destino comum. É o que se aprende no livro **“Os Atores Sociais no Novo Mundo do Trabalho”** de GUILLERMO

CAMPERO, ANGEL FLISFISCH, EUGÊNIO TIRONI e VICTOR E. TOKMAN, (LTr, S. Paulo, 1994). Espírito igual deve presidir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

As idéias assim expostas importam em acentuada perplexidade à vista da 16.<sup>a</sup> das Conclusões do Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – CETARGS, proclamadas a 18 de agosto de 1997, em que enuncia : **“. É nula a cláusula compromissória em contrato de adesão”**.

Não é o que se depreende do art.º 4, § 2.º da Lei de Arbitragem, que se reporta à cláusula compromissória em contrato de adesão, com exigências para a sua validade, o que afasta a negativa absoluta do enunciado da 16.<sup>a</sup> Conclusão. Esta não é, também, a opinião de um dos mestres do Direito do Consumidor, o eminente Dr. NELSON NERY JÚNIOR, em texto na coletânea “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 5.<sup>a</sup> edição, 1997, p.422, n.º 14. Não tem propósito que, consagrando o art. 3.º da Lei de Arbitragem a expressão ‘CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM’, empregada em atos internacionais e no Direito Comparado, como gênero das duas espécies de atos que ensejam a instauração da arbitragem (a cláusula compromissória e o compromisso), somente a cláusula compromissória seja proscribida, como nula, em sendo utilizada em contrato de adesão, na relação de consumo. O compromisso, ato multifacetado, como se sabe, pode instaurar o juízo arbitral independente da existência, prévia, de cláusula compromissória. Neste caso não se teria a série de dúvidas a respeito da tradução da vontade efetiva do aderente em instaurar a arbitragem, não haveria risco de manifestação coacta do seu acordo, que se aponta como fundamento de se dar pela nulidade, em abstrato, da cláusula compromissória. A invalidade da cláusula compromissória quanto a do próprio compromisso não de ser reconhecidos se presente o cerceamento da vontade do aderente no caso concreto.

É a própria justificativa da 16.<sup>a</sup> Conclusão que lembra a indispensabilidade do crédito na sociedade de consumo dos dias de hoje. Seria de se acrescentar a igual indispensabilidade do contrato de adesão, na mesma conjuntura. Porquanto a exegese preconceituosa das leis em confronto – de defesa do consumidor e da arbitragem – é que conduzirá às maiores dificuldades de concessão de crédito, em prejuízo, exatamente, dos consumidores que se pretendem proteger. Com a tutela excessiva dos inquilinos, nas repetidas leis de locações imobiliárias, os maiores prejudicados foram os próprios locatários, desestimulada a construção de moradias pelo empresariado tão cerceado em suas iniciativas, sem remuneração animadora de seu capital, de que o inquilinato, mal ou bem, é também beneficiado.

Não pode a lei de defesa do consumidor agredi-lo, contrariando os seus elevados propósitos, afastando do seu alcance o contrato de adesão e o crédito que se afirma tão indispensável.