



Continuação

20/10/1999

Portanto, depreende-se sem maiores dificuldades que o Poder Judiciário é “separado” dos demais poderes do Estado, o que faz com que do ponto de vista jurídico-constitucional tenha o mesmo, posição jurídica idêntica à dos outros órgãos constitucionais de soberania (Executivo e Legislativo). Disso resulta a exigência da separação e exclusividade da função de julgar por parte dos órgãos judiciais previstos expressamente na Constituição Federal como integrantes deste poder do Estado.

Isto porque, fazendo referência ao **princípio do juízo legal**, temos que os órgãos judiciários são exclusivamente aqueles previstos pela Constituição Federal, da onde resulta o entendimento de que é vedado ao legislador – assim como ocorreu com a edição da lei de arbitragem – criar órgãos, atribuindo-os de funções jurisdicionais diferentes dos estabelecidos por nossa Carta Magna.

Ademais, é preciso ser considerado que o regime jurídico dos magistrados que integram o Poder Judiciário é o previsto também pela Constituição. Assim, forçoso concluir que fundamentalmente, o objetivo do princípio do juízo legal é garantir a imparcialidade e independência do Poder Judiciário, bem como dos magistrados que o compõem, em benefício dos usuários dos serviços do próprio Judiciário. Afinal, ninguém pode ser julgado senão pelos órgãos previstos na Constituição e com as garantias que lhes são inerentes.

Desta feita, às autoridades julgadoras é vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas na “*Lex Superior*” para o fazerem. Radica aqui, portanto, um dos argumentos invocados para defender que **é dever do Estado** – e não de um outro particular tal como previsto na lei de arbitragem, diga-se de passagem – o de resolver os conflitos de interesses dos particulares através de um de seus poderes, qual seja, o Poder Judiciário que é composto por juizes de direito, admitidos sob a forma de concurso público de provas e títulos, os quais, baseados na lei, nos princípios gerais do direito e constitucionais de justiça, podem e devem analisar e interpretar a lei, aplicando-a ao caso em concreto.

Aliás, é exatamente este o indiscutível conceito de jurisdição o qual, sem necessidade de se recorrer mais uma vez da literatura estrangeira, é apresentado pelos doutrinadores da terra como sendo: “**Uma das funções do Estado**, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (Antonio C. Cintra, Ada Grinover, Cândido Dinamarco, teoria geral do processo, Malheiros Editores, 10ª edição, pág. 125). Portanto, é dever do Estado, sob pena de denegação da justiça, garantir a todos os cidadãos, conforme dispõe nossa Lei Maior, criar órgãos judiciários e disciplinar os processos e procedimentos adequados para a garantia de direitos, como forma de assegurar uma verdadeira e justa prestação jurisdicional.

Nesta esteira de raciocínio, não há como deixar de transcrever a brilhante lição de J. J. Gomes Canotilho a respeito do assunto: *“Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional conexiona-se com o **dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado**. Este deve resultar não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (‘de direito’, das ‘nações civilizadas’) que impõe um dever de proteção através dos tribunais como um corolário lógico: 1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; 2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; 3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei”* (ob. citada, pág. 452)

Sendo a jurisdição manifestação da soberania, portanto, monopólio do Estado por excelência, é lógico que o reconhecimento da arbitragem como atividade jurisdicional está em contradição com este monopólio; afinal, com a nova lei da arbitragem pretende-se, nada mais nada menos do que a **privatização da justiça**, trazendo a tona uma inconcebível e atentatória forma de exercício da jurisdição por agentes privados, resultando daí a sua flagrante inconstitucionalidade, por violação do princípio do Estado democrático de direito, consagrado no artigo 1º de nossa Constituição e regra mestra de nosso sistema jurídico: *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”* (Art. 1º, CF/88).

Ainda a respeito do monopólio estatal da jurisdição, encontramos a lição esposada por Ada P. Grinover, Antonio C. Cintra e Cândido Dinamarco, na obra *“Teoria Geral do Processo”*, 10ª edição, Malheiros Editores: *“O Estado moderno repudia as bases da filosofia liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, ‘a providência do seu povo’, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade”* (pág. 37)

Destarte, ressaltamos ainda que a lei de arbitragem implica a instituição de uma instância jurisdicional fora das previstas na Constituição, o que faz exsurgir mais uma inconstitucionalidade face à flagrante violação do princípio da proibição do juízo ou tribunal de exceção, previsto no artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição, o qual prevê que *“não haverá juízo ou tribunal de exceção”*.

Ademais, e como se não bastasse, mister considerar que tal como posta no ordenamento jurídico, a lei de arbitragem viola ainda expressamente outros princípios e garantias fundamentais previstos em nossa Carta Magna.

Isto porque, ao tratar da convenção de arbitragem distinguiu a atual lei que disciplina o assunto (Lei 9307/96) a cláusula compromissória – prevista no artigo 4º – do compromisso arbitral –

este previsto no artigo 9º. Assim, segundo mencionados artigos: *“A cláusula compromissória 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”* (Art. 4º) – *“O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”* (art. 9º).

No entanto, tal como prescrevem os artigos 6º e 7º da lei 9.307/96, a atual lei de arbitragem trouxe uma alteração radical na legislação anterior, qual seja, a possibilidade de conversão, por sentença judiciária, da cláusula arbitral em compromisso arbitral. O que equivale a dizer que caso um determinado contrato contenha a cláusula compromissória, qualquer litígio, questão ou dúvida que disser respeito ao mesmo só poderá ser dirimida pela forma do compromisso arbitral nele assumido.

Assim, da forma como disciplinado pela lei de arbitragem, prevista a cláusula compromissória num determinado contrato, em ocorrendo qualquer controvérsia a respeito do teor do mesmo, as partes não poderiam recorrer-se do Poder Judiciário para solucioná-la, mas sim teriam que se sujeitar à decisão a ser proferida pelo árbitro escolhido para solucionar o compromisso arbitral então surgido, sob pena, nos termos do artigo 6º e 7º, uma sentença judiciária converter aquela cláusula compromissória num compromisso arbitral, cuja decisão, segundo dispõem os artigos 18 e 31 da referida lei, produziria entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelo judiciário e o que é pior, sendo condenatória, constituiria título executivo com aptidão para produzir a coisa julgada.

Ocorre que, como concretização do supra mencionado princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, nossa Constituição consagra ainda em seu artigo 5º dois outros princípios de salutar importância, quais sejam o princípio do **devido processo legal** e o da **inafastabilidade da jurisdição**.

Primeiramente, cumpre-nos salientar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição constitui garantia fundamental reconhecida em todo o mundo desde a Revolução Francesa de 1789 até a Declaração da ONU de 1946; e, como sabemos, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, assegura a todos a garantia fundamental de acesso ao Judiciário para pedir-lhe a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a direitos, *in verbis*: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Da mesma forma, como consectário de tal princípio, nossa Carta Magna também assegura a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto para que alguém possa ser privado de sua vida, liberdade ou patrimônio, consagrando assim o princípio do devido processo legal, *in verbis*: *“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* (Art. 5º, inc. LIV, CF/88) – *“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”* (Art. 5º, inc. LV, CF/88)

Desta feita, não apenas a título de elucidação, mas tendo por fim comprovar a força e efetividade normativa de tal princípio, salientamos que a doutrina costuma apontar como origem de sua posituação, a Carta Magna de João Sem Terra, datada de 1215, nos termos da

qual: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”

Nestes termos, como garantia fundamental dos direitos dos cidadãos, tais princípios, desde há muito inseridos em nossa Constituição, constituem uma imposição diretamente dirigida ao legislador no sentido de que qualquer alteração no direito positivo deve resguardar conformidade com os mesmos princípios, para o fim de fazer-se valer e dar-se operatividade prática à defesa de tais garantias fundamentais do cidadão.

Todavia, assim não ocorreu com a reforma legislativa que trouxe a lume a atual lei de arbitragem, que através dos artigos 4º, 6º, 7º e todos os demais decorrentes, pretendeu afastar o direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos de acesso ao judiciário sempre que estes sofrerem ameaça ou lesão a direito.

Assim, face a adequada exegese dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, forçoso reconhecer ser impossível juridicamente a renúncia ao exercício do direito fundamental de acesso ao Judiciário, ou seja, ao direito de ação, razão pela qual deve ser rechaçada a inserção, em todo e qualquer tipo de contrato da inconstitucional cláusula compromissória, prevista no artigo 4º da atual lei de arbitragem.

Neste sentido, as seguras lições do Douto Professor das Faculdades de Coimbra e de Lisboa, J. J. Gomes Canotinho, nos ensinam que: “*pela própria arqueologia do due process verifica-se que este se concebia fundamentalmente como um direito de defesa do particular perante os poderes públicos. Quando os textos constitucionais, internacionais e legislativos reconhecem, hoje, um direito de acesso aos tribunais este direito concebe-se como uma dupla dimensão: 1) um direito de defesa ante os tribunais e contra actos dos poderes públicos; 2) um direito de proteção do particular através de tribunais do Estado no sentido de este o proteger perante a violação de seus direitos por terceiro (dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção). A intervenção do Estado para defender os direitos dos particulares perante outros particulares torna claro que o particular só pode, em geral, ver dirimidos os seus litígios perante outros indivíduos através de órgãos jurisdicionais do Estado. Esta ‘dependência’ do direito a protecção judicial de prestações do Estado (criação de tribunais, processos jurisdicionais) justifica a afirmação corrente de que o conteúdo essencial do direito de acesso aos tribunais é a garantia da via judiciária (= “garantia da via judicial”, “garantia da proteção judicial”, “garantia da protecção jurídica através dos tribunais” (ob. citada, pág. 451 e seg.) (sublinhamos).*

Portanto, muito embora possa-se afirmar ser o legislador o destinatário final do princípio da inafastabilidade da jurisdição, tal comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado, tendo sua esfera subjetiva de direitos violada, renuncie ao seu direito de ação e não vá a juízo deduzir sua legítima pretensão, pois, repita-se à saciedade, é assegurado a todos o acesso à justiça para

postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito – seja ele de que espécie for, individual, disponível ou indisponível, difuso ou coletivo.

4. A declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Lei

Ademais disso, como princípio e garantia fundamental assegurado a todos os cidadãos que o é, mister salientar que, como dito anteriormente, o direito de ação ou de acesso ao judiciário, por ser indisponível, não pode ser objeto de renúncia por qualquer das partes, razão pela qual, nesta mesma linha de raciocínio, cabe-nos considerar que muito embora o Excelso **Supremo Tribunal Federal** ainda não tenha se manifestado, pela via concentrada de controle da constitucionalidade, acerca da atual lei de arbitragem, o **Eminente Ministro Sepúlveda Pertence**, ao relatar o Agravo Regimental em Sentença Estrangeira n.º 5206-7, não perdeu a oportunidade de declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de alguns artigos da atual lei de arbitragem, fundamentando sua decisão exatamente no fato da irrenunciabilidade do direito fundamental de acesso ao judiciário; referido voto, devido sua clareza e precisão, merece ser ora transcrito:

“Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe in abstracto: só se pode aferi-lo em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensivo, em cada caso da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral.

Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra instituição do juízo arbitral – onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação – não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual (...)

Por isso mesmo é que a doutrina firmada antes da lei de arbitragem repeliu, quase à unanimidade, a possibilidade da execução judicial específica da cláusula compromissória, como demonstrado, de modo definitivo, por José Carlos Barbosa Moreira (ob. loc. cit.) (...)

Penso, entretanto, que, no ordenamento brasileiro, há obstáculo intransponível, no ponto, à aplicação da lei nova.

Viu-se, com efeito, que o empecilho à incidência, na hipótese, da regra geral do art. 639 do C. Pr. Civ., é a impossibilidade, nos termos do dispositivo, de o juiz substituir pela própria a vontade da parte recalcitrante, ‘regulando matéria estranha ao conteúdo do negócio preliminar’ – qual é, em relação à cláusula compromissória, a determinação da lide a ser submetida à arbitragem.

Ora, essa impossibilidade não a pode suprir a lei ordinária, sem ferir a garantia constitucional de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito’ (CF, art. 5º, XXXV) (...)

Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e



eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (ob. Cit. ,p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir.

A renúncia, com força de definitiva, que ai se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem.

Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação do seu objeto – e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit. ,XV/224) de que fere o princípio invocado – hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição – atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, ‘ eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem.

Continua em Artigos

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/1999-out-20/continuacao-16-2/>