

# Inconstitucionalidade da Justiça privada na nova lei de arbitragem

ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE

Revogando os artigos 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil Brasileiro), e os artigos 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com alterações conseqüentes de alguns dispositivos do referido Código Processual, vem a lume, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, após a data de sua publicação (*DOU* de 24-9-96 – Seção 1), a Lei nº 9.307, de 23-9-96, que trata do *juízo arbitral*.

Dominada pelos apelos cênicos da *globalização econômica*, que rompe o monopólio estatal de distribuição de justiça, por meio de técnicas de mediações e de arbitragens privadas, já encontráveis em países “avançados”, na recepção do terceiro milênio, a nova lei de arbitragem se apresenta visceralmente enfraquecedora do Poder Judiciário, instituindo, aqui, no Brasil, a *privatização da Justiça*, no raio de sua competência funcional.

Repetindo velhas disposições do Código Civil de 1916 e do CPC de 1973, apesar de expressa e paradoxalmente revogá-las, a lei instituidora do *juízo arbitral* de natureza privada fere direitos e garantias fundamentais da *Constituição cidadã*, de 5-10-88, em vigor, tais como a do *princípio da jurisdição única* ou da *inafastabilidade da jurisdição* (CF, art. 5º, XXXV), a da *essencialidade do juiz natural*, com banimento do *juízo* ou tribunal de exceção (CF, arts. 5º, XXXVII, e 92, I a VII) e a da *ampla defesa*, formalmente asseguradora do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV e LV) ao determinar que “o árbitro é juiz de fato e de

Antônio Souza Prudente é Juiz Federal e Professor Titular da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF.

direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (art. 18), adquirindo essa sentença força e autoridade de *coisa julgada material* (art. 31), passível de execução, como título executivo de natureza judicial (art. 41).

Ainda que o Código Civil tenha afirmado, impropriamente, com seu discurso privatista, que “os árbitros são juízes de fato e de direito, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes” (art. 1.041), submetera, contudo, a eficácia da sentença arbitral à homologação do *juiz natural* (art. 1.045), assegurando à parte insubmissa o direito fundamental à *ampla defesa* (art. 1.046), no que foi seguido pelos artigos 1.078, 1.096 a 1.102 do Código de Processo Civil, agora, ambos, pretensamente revogados, no ponto, pelo legislador ordinário.

Lei inconstitucional, porém, nada revoga, porque não é lei, mas um ato nulo, de pleno direito.

O *juiz privado* ou *juiz de aluguel* (*rent-a-judge*), desgarrado do *juiz natural*, como já se inaugura, na recente lei de arbitragem, nesta onda eufórica do capitalismo neoliberal, onde os valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana cedem espaço aos sofisticados mecanismos do lucro rápido e fácil, em busca da estabilidade das economias mundiais, vem de constituir-se grave atentado aos postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito e de Justiça, que a República Federativa do Brasil assegura em nossa Constituição escrita.

Juiz arbitral é, apenas, juiz de fato e nada mais. O juiz de direito está na Constituição (art. 92, I a VII).

A imparcialidade do árbitro, a que se refere a Lei nº 9.307/96, nunca será alcançada na atividade do *juiz de aluguel*, que decidirá sempre a favor de quem lhe der mais.

Para o reconhecimento e a defesa dos direitos e interesses privados (disponíveis e indisponíveis), coletivos e difusos, dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à

propriedade, quando contestados ou violados, só existe um caminho, que é o do exercício do direito de petição ao Poder Judiciário, o qual tem o poder-dever de manifestar-se, efetivamente, na fala do *juiz natural* (LICC, art. 4º e CPC, art. 126) por meio da instrumentalidade do devido processo legal.

A nossa Constituição federal apregoa como garantia fundamental do cidadão, na esfera individual, coletiva ou difusa, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV), que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII), e que tais garantias se constituem *cláusulas pétreas ou de eternidade*, imunes até mesmo à ação legiferante do Poder reformador (art. 60, § 4º, IV).

Parecem-me oportunas, nesse contexto, as clássicas lições do Mestre Frederico Marques, na observação de que

“para Calamandrei, a garantia do Juiz natural é inseparável do sistema de legalidade. Os princípios de *l’astrattezza delle legge*, que asseguram ao cidadão a certeza do direito e a possibilidade de conhecer, em qualquer momento, os limites da própria liberdade, não teriam praticamente qualquer sentido, se não fossem acompanhados ‘da questa parallela astrattezza dell’ordinamento giudiziario’, que impede a escolha dos juízes seja feita *ad personam*, de forma a lhes anular antecipadamente a independência e imparcialidade. Juiz natural, ou juiz legal, ou juiz competente se contrapõe, assim, não a juízo especial, mas a juízos de exceção ou instituídos para contingências particulares, “per giudicare persone o fatti particolari”, como o disse a Cassação de Roma. (...) Em nosso sistema normativo, o que existe, de maneira concludente e clara, é o princípio de que ninguém pode ser subtraído de seu *juiz constitucional*. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar deriva de fontes constitucionais.

Vigora, aqui, a lição de Clariá Olmedo, de que a lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e Tribunais. Autoridade competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria delineou. (...) Só é possível, como salienta Seabra Fagundes, ‘admitir função jurisdicional exercida pelos órgãos aos quais tenha sido delegada constitucionalmente’. (...) Se fosse dado à lei ordinária criar órgãos judiciais especiais que a Constituição não haja previsto, praticamente, ela estaria subtraindo da apreciação do Judiciário as causas atribuídas ao mencionado órgão. É por isso que surge, como corolário do princípio do juiz natural, nos moldes amplos com que nosso regime o consagrou, a norma de que toda a jurisdição pertence à justiça ordinária, salvo nos casos em que a própria Constituição a delega a órgãos de justiça especial. As atribuições das justiças especiais são de direito estrito. Fora do que vem previsto na Constituição, nenhuma competência nova pode ser dada a essas justiças, porque então estaria sendo violado o princípio do juiz natural.”<sup>1</sup>

A oficialização da justiça privada, por meio da Lei ordinária nº 9.307, de 23-9-96, não tem amparo constitucional.

A Constituição federal prevê a existência de justiças especiais (CF, art. 98, I e II), mas proíbe, expressamente, os juízos ou tribunais de exceção (CF, art. 5º, XXXVII), como na hipótese legal em tela.

O juízo arbitral, desde que atrelado à atividade legítima do juiz natural, para homologação e eficácia de suas sentenças, adquire legitimidade constitucional. Como agora se apresenta na nova lei de arbitragem, é juiz marginal ou de exceção, sem respaldo popular. A Constituição não o prevê, nem o autoriza, mas expressamente o condena.

<sup>1</sup> MARQUES, José Frederico. Juiz Natural. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. 1980. v. 46, p. 446-448.

Resta concluir este raciocínio na inteligência do grande Rui que, apregoando a invalidade da ação dos poderes políticos fora do círculo dos textos constitucionais, afirma o dogma cardeal do constitucionalismo moderno, na fala do *Chief-Justice* John Marshall, nestas letras:

“Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então, o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo. Esta doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade*”.<sup>2</sup>

E o ilustre Rui Barbosa, com Black, assim, conclui:

“O princípio é que leis inconstitucionais *não são leis*. ‘O ato legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a constituição é o querer expresso do povo. A este cabe a supremacia. Se o ato legislativo o contradiz, írrito será: *não é lei*’. Um ato inconstitucional do

<sup>2</sup> BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. 1932. v. 1, p. 9-12.

congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, *não é lei (is not law)*: não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, *como se nunca tivesse existido*.<sup>3</sup>

Isso não é apenas retórica, mas é princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, consagrado em nossa Constituição federal, na determinação de que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta

Constituição” (art. 1º, parágrafo único).

A Lei nº 9.307/96 que pretende instituir a justiça privada do Tribunal arbitral é visceralmente nula, porque atenta contra garantias fundamentais que a nossa Constituição federal consagrou, como cláusulas pétreas.

Não devemos permitir que o Congresso Nacional ignore a Constituição, a pretexto de servir, não ao povo que o legitima como poder, mas a ideologias do neoliberalismo capitalista, sem rumos referenciais à *pessoa humana dos cidadãos*.

---

<sup>3</sup> Ibidem.