

**SEMINÁRIO DA INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION –  
“CELEBRANDO A CARTA MAGNA E O ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO”  
13 DE NOVEMBRO DE 2015  
FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, BRASIL**

Permito-me retornar ao tema central desta Conferência promovida pela insigne *International Bar Association*, no recinto de nossa veneranda Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

E o faço para indagar se o legado fundamental da Magna Carta - as garantias individuais de acesso efetivo e universal à jurisdição - vem sendo asseguradas neste início do século XXI.

Falo, sobretudo, do conteúdo da cláusula 39 da Magna Carta e dos princípios processuais dela derivados, notadamente no que respeita à isonomia à universalidade e à concretude da jurisdição.

E, com efeito, uma das grandes conquistas trazidas pela Magna Carta foi a efetividade da decisão jurisdicional (*enforceability*), como instrumento de solução e, portanto, de pacificação dos conflitos, mediante a atividade declaratória e impositiva do Estado, ao mesmo tempo em que lançou as sementes da auto composição.

Indaga-se, neste ponto, se o século XXI reafirma esses princípios no que respeita ao acesso útil e eficaz das partes à jurisdição na procura da solução de seus conflitos, com base na proteção e na atuação jurisdicional do Estado.

E nesse particular, pergunta-se qual tem sido a conduta das instituições democráticas nesse campo, ou seja, se a ruptura fundamental da história do Ocidente provocada pela Magna Carta, no âmbito público e privado, de sagrado respeito pelo direito alheio e pelo conseqüente espaço reservado pela Constituição às prerrogativas no plano jurisdicional tem sido observada em nossos dias.

Colocadas essas indagações, a tendência que se nota é no sentido contrário, ou seja, de uma grave regressão da regra de garantia de acesso universal à jurisdição estatal que é uma das conquistas fundamentais de nossa civilização.

Entre nós, a regra se encontra no art. 5º, XXXV, da Carta – : *“A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*

E se trata de cláusula pétrea, por força do art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal, como corolário do Estado Democrático de Direito herdado da Magna Carta.

No mesmo sentido prescreve a Emenda XIV da Constituição norte-americana, e todas as demais Cartas daquelas nações que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “A Constituição dos Estados Unidos da América  
(...)  
Art. XIV

A garantia universal da jurisdição reveste a sociedade da segurança indispensável ao exercício da cidadania e das relações entre os indivíduos e deles com as instituições e as pessoas jurídicas públicas e privadas.

Deve-se, para tanto, testar a efetividade desse princípio inarredável no presente contexto da nossa assim chamada Economia da Inovação.

Dela resulta uma sociedade marcada pela apropriação, por bilhões de indivíduos, dos serviços e dos produtos tecnologicamente avançados que se tornam cada vez mais indispensáveis no convívio cotidiano e nas atividades profissionais, domésticas e de lazer, em todo o mundo.

Formamos hoje, nos cinco continentes - a despeito das enormes disparidades econômicas e sociais - uma sociedade global formada de consumidores compulsórios dos serviços dos produtos que nos impõem as grandes empresas detentoras da alta tecnologia, que os contrata com milhões de indivíduos em forma absolutamente padronizada e impessoalizada.

A posição dessas megaempresas é absolutamente predominante nas relações contratuais, tendo por objeto os seus produtos e serviços. Operam elas,

---

*1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis."*

*"Constitution of the United States*

*(...)*

*Amendment XIV (1868)*

*Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"*

sobretudo, nos segmentos da tecnologia da informação, cartões de crédito, de telefonia móvel e fixa, de comunicações em geral, de serviços bancários, etc.

Tais serviços e produtos sofrem, ademais, continua obsolescência, afetando os termos dos contratos em vigor no que respeita ao seu próprio objeto, criando uma desordem permanente no cumprimento de seus termos quanto a manutenção dos serviços, assistência técnica e garantias de validade, etc.

Desaparece na Economia da Inovação o individualismo contratual, que se caracteriza, sobretudo, pela livre escolha dos meios econômicos e da liberdade de ajustar mediante a garantia de jurisdição nos conflitos que daí pudessem resultar, num regime de segurança jurídica plena.

Como consequência, no mundo atual - de milhões de contratos-padrão impostos pelas grandes corporações junto aos consumidores e assinantes de seus serviços – a garantia constitucional de jurisdição plena – vem sendo perversamente desconstruído, sobretudo, nos Estados Unidos, visando a supressão do exercício da *class action* em caso de descumprimento dos seus termos.

Essas iniciativas das grandes corporações visando negar a jurisdição contam com a ambiguidade crescente das Cortes Federais norte-americanas e com o beneplácito da própria Corte Suprema.

Nessa estratégia de supressão da *class action* as empresas de massa utilizam, com evidente desvio de finalidade, o instituto da arbitragem.

Assim a jurisdição privada, consagrada nos Estados Unidos com a Lei de 1925, é inteiramente desvirtuada.

Ao invés de ser um avanço na solução de conflitos, a cláusula arbitral é forçadamente inserida nos milhões de contratos-padrão para permitir a inviabilização da *class action*.

O pioneirismo dessa estratégia contratual de negação de justiça se deve à American Express que na cláusula quinta dos milhões de contratos-padrão que firma com os seus usuários, misturada e confundida com outras matérias ligadas a taxas e financiamentos de débitos, declara, em passant, que a “a companhia poderá utilizar a arbitragem individual para resolver qualquer questão originada de reclamação dos usuários”. Assim além de impor a cláusula arbitral, o faz de forma potestativa absoluta.

Esse tipo de cláusula arbitral forçada (*forced arbitration clause*) - que bloqueia o uso da *class action* pelos usuários e consumidores em massa dos serviços e produtos essenciais da vida moderna - vem sendo adotada por praticamente todas as corporações americanas de massa, inclusive pelas instituições financeiras nos milhões de contratos de serviços bancários.

Trata-se de um meio perverso de suprimir a jurisdição estatal, impedindo que os contratantes prejudicados possam se congregarem mediante a adoção da *class action*.

Como se sabe, no sistema judiciário norte-americano, a *class action* é o instrumento útil para se obter reparação dos prejuízos que advêm das práticas

danosas infringidas a um número significativo de indivíduos colocados na mesma situação jurídica, contratual ou extra contratual.

Essa prática de negação de justiça se dá mediante a imposição da arbitragem individual como condição contratual imposta pelas grandes corporações para prestar serviços ou vender produtos em massa.

E não apenas a quebra das obrigações contratuais são suprimidas do conhecimento da justiça estatal, mediante a imposição de cláusula arbitral.

Também são sonegados da devida jurisdição os abusos contínuos e persistentes praticados pelas corporações na cobrança de taxas não contratadas, inclusive por serviços nunca realizados ou sequer previstos.

Desnecessário enfatizar, em todos esses casos de quebra de obrigações e de abusos, a impossibilidade prática de cada indivíduo de promover um procedimento individual de arbitragem perante uma grande corporação, face à desproporção do dano sofrido e os custos de um processo privado perante uma Câmara de Arbitragem.

Por aí se vê que a negação de justiça mediante o uso perverso do instituto da arbitragem nas relações de massa contraria gravemente, em pleno século XXI, um dos mais fundamentais princípios da Magna Carta.

Nesse caminho regressivo e anti-histórico, a conduta da própria Justiça norte-americana tem sido muito favorável às corporações face à tais cláusulas

forçadas de arbitragem individual impostas aos milhões de consumidores e usuários.

De acordo com os profundos estudos e pesquisas realizados por Jessica Silver-Greenberg e Michael Corkery publicados no New York Times, edições e 1º, 2 e 3 de novembro corrente, no período entre 2010 e 2014 as Cortes Federais acolherem 4 em cada 5 pedidos de rejeição de *class actions* arguidos pelas grandes corporações com base na cláusula arbitral forçada que constam dos milhões de contratos, em detrimento, portanto, da comunhão de usuários e consumidores respectivos.

Declaram as Cortes Federais, nesses casos, prevalecer a arbitragem individual declarada em tais contratos-padrão.

Somente em 2014, as Cortes Federais rejeitaram 134 *class actions* em 162 medidas propostas por grupos de consumidores e usuários de serviços prestados em massa.

No plano regulatório a absoluta submissão e passividade da *Consumer Financial Protection Bureau* tem sido igualmente observada.

A pequena reação por ela esboçada em 2010 mediante um projeto de resolução contra a supressão da *class actions* nas relações contratuais de massa foi imediatamente abortada pelo *lobby* da *U.S. Chamber of Commerce*.

Em seguida a Agência alinhou-se na negação de justiça que hoje afeta os direitos dos usuários e de consumidores norte-americanos, admitindo a

prevalência da cláusula forçada de arbitragem individual colocada nos milhões de contratos de adesão.

Essa permissividade das Cortes Federais e da agência regulatória das relações de consumo norte-americanos incentiva os abusos de todo o tipo praticados pelas grandes corporações, notadamente na cobrança de taxas indevidas.

O resultado dessa negação de justiça promovido pelas grandes corporações contra os interesses dos milhões de consumidores e usuários norte-americanos, com a plácida convivência do Judiciário é patético.

No período entre 2010 e 2014, num universo de mais de mais de um bilhão de contratos de massa firmados, somente 505 consumidores ingressaram com pedido de arbitragem individual, em disputas valores de até 2.500 dólares cada pedido.

A Verizon, com 125 milhões de assinantes enfrentou nos últimos 5 anos apenas 65 pedidos de arbitragem individual de seus usuários. A Sprint, com 57 milhões de usuários enfrentou apenas 6 demandas arbitrais por quebra de contrato.

A Time Warner Cable, com 15 milhões de clientes, enfrentou apenas sete arbitragens individuais nesse mesmo período.

Tal fenômeno ocorre num universo calculado em 1 bilhão de contratos de duração firmados entre as grandes corporações e 150 milhões de indivíduos nos Estados Unidos no período.



Considerando-se que cada um desses indivíduos celebra em média 7 contratos de duração referentes a vida profissional, doméstica e de lazer, chega-se a esse fabuloso número. Isto sem levar em conta os milhões de contratos de compras *on line* feitas durante o ano pelos consumidores norte-americanos, todos eles também contendo cláusulas-padrão de arbitragem individual, denegatória da *class action*.

Em contrapartida, os ínfimos números de ingresso de arbitragens individuais (0,00002 – dez milionésimos por cento – 505 em 1 bilhão de contratos calculados) demonstra claramente que a imposição de cláusula arbitral nos contratos de massa não resultou em nenhum incremento ou prestígio para o instituto de arbitragem como meio eficaz de solução de conflitos.

Nesse contexto, o instituto da arbitragem torna-se pura e simplesmente um instrumento de negação de justiça, num desvio monstruoso de sua nobre finalidade institucional.

Essa cláusula forçada arbitral individual nos contratos em massa acaba por identificar a arbitragem como um meio iníquo e perverso de negação de justiça em pleno século XXI, não obstante todas as garantias individuais de plena jurisdição solenemente declaradas na Constituição dos Estados Unidos.

A deturpação do instituto da arbitragem, portanto, tem como resultado a sua desmoralização generalizada, na medida em que é o meio utilizado para negação de justiça, incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Essa negação de justiça causa danos irrecuperáveis para milhões de usuários e consumidores americanos que não podem afrontar individualmente as grandes empresas para receber indenizações relativas a infrações e abusos.

Esses danos podem individualmente ser, por exemplo, de 500 dólares, mas que afetam milhões de usuários e consumidores na mesma situação.

Para se ter uma ideia do dano resultante da supressão da *class action* e sua “substituição” pela arbitragem forçada individual, o excêntrico milionário Daniel Dempsey, de Tucson, ingressou com uma arbitragem individual contra o Citibank para reaver uma tarifa abusiva de 125 dólares. Após três anos desde o início da arbitragem individual Dempsey já dispendeu US\$35.000 em custas junto a Câmara contratualmente indicada pelo banco. Espera esse consumidor cobaia receber de volta essas custas, se tiver ganho de causa na jurisdição privada que suscitou.

Ocorre que nos poucos processos de arbitragem individual arriscados pelos usuários e consumidores, pleiteando reparação de perdas e danos por quebra de contratos e abusos praticados pelas grandes empresas, dois terços dos pedidos tem sido negados nas decisões arbitrais respectivas.

E para culminar esse quadro dramático de negação de justiça, em pleno século XXI, a Suprema Corte americana, no polêmico case *American Express Co. et. Al. v. Italian Colors Restaurant et al.*, em decisão de 20 de junho de 2013, admitiu que a cláusula arbitral colocada por aquela emitente de cartões de crédito em seus milhões de contratos de adesão acarreta a supressão das *class*

*actions* , “não obstante ser a *class action* a única medida efetiva de promover um direito”.

Esse entendimento de negação de justiça, rompe com uma tradição secular de apoio à *class action* por parte da Suprema Corte Americana.

Essa vergonhosa negação de justiça em pleno século XXI foi objeto do prestigiado editorial de domingo (08/11) do New York Times refletindo a reação indignada e inconformada da opinião pública norte-americana, na medida em que afeta praticamente toda a população norte-americana.

Todo esse quadro demonstra a fragilidade do princípio fundamental do direito a jurisdição proclamado pela Magna Carta, símbolo das liberdades públicas e das garantias individuais que sempre foram o apanágio das instituições naquele grande país.

E essa negação de justiça também ocorre no Ordenamento jurídico brasileiro, não obstante a regra constitucional pétrea do acesso pleno a justiça estatal.

Entre nós, a negação de justiça é ainda mais aperfeiçoada. Se nos Estados Unidos a negação de justiça é originada dos contratos, no Brasil ela provém da própria Lei.

*Habemus legem* que nega o acesso dos jurisdicionados à justiça, impondo a arbitragem aos acionistas minoritários por manifestação de vontade de seu controlador, refletido no estatuto social da companhia.

E, com efeito, numa grande ironia, neste ano de 2015, de comemoração dos 8 séculos da Magna Carta, foi promulgada no Brasil a nova Lei de Arbitragem, n. 13.129, de 26 de maio último, que, dentre outras providências, acrescenta à Lei societária, *ex vi* do seu art. 3º, o art. 136-A, para o fim de submeter compulsoriamente todos os acionistas a arbitragem, na hipótese de a companhia colocar em seu estatuto uma cláusula arbitral<sup>2</sup>.

Os princípios constitucionais feridos de morte por essa aberrante norma introduzida na Lei societária (110) são:

- (i) Nenhuma lei pode suprimir a jurisdição estatal, por ferir cláusula pétrea da Constituição: “A lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inciso XXXV, do art. 5º da CF);
- (ii) Nenhuma lei pode facultar que um jurisdicionado imponha a outro jurisdicionado a jurisdição privada: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inciso XXXV, do art. 5º da CF);
- (iii) A jurisdição estatal nunca é suprimida pela jurisdição privada, mas apenas SUSPENSA no caso concreto;

---

<sup>2</sup> Art. 3º da Lei n. 13.129/2015:

**Art. 3º** – A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 136-A na Subseção “Direito de Retirada” da Seção III do Capítulo XI:

**Art. 136-A.** A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

§ 1º - A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto no caput não será aplicável:

**I** - caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

**II** - caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.”

- (iv) E no caso concreto nenhuma parte pode impor a outra a jurisdição privada; muito menos pode fazê-lo in abstracto;
- (v) A jurisdição privada tem por objeto determinado litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, atuais, específicos e identificados;
- (vi) Em matéria de suspensão da jurisdição estatal não há presunção de renúncia;
- (vii) Não pode haver renúncia universal da jurisdição estatal;
- (viii) Nunca poderá a jurisdição privada se impor sobre litígios futuros cujo objeto concreto se desconhece;
- (ix) A suspensão da jurisdição estatal é **objetiva**, face à negócio jurídico atual, não podendo ser subjetivamente pactuada no sentido que em qualquer litígio futuro, desconhecido e incerto quanto ao seu objeto, entre o jurisdicionado “A” e o jurisdicionado “B”, prevalecera a jurisdição privada;
- (x) Não pode haver, portanto, renúncia universal da jurisdição estatal para todos os conflitos que possam surgir em negócios jurídicos ainda desconhecidos quanto ao seu objeto;
- (xi) Inadmissível o ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista de socorrer-se da jurisdição estatal pelo simples fato de estar inserida uma cláusula arbitral no estatuto da companhia;

(xii) Se nem a lei estatal pode derogar a cláusula pétrea constitucional de acesso à jurisdição estatal, muito menos pode fazê-lo a lei interna da sociedade.

Não obstante, o texto normativo constante do artigo 136-A da Lei n. 13.129 de 2015 determina a imposição do pacto compromissório arbitral a todos os acionistas de uma companhia por deliberação majoritária tomada em assembleia geral.

Vale dizer: dá-se a imposição da cláusula arbitral pelos controladores aos acionistas minoritários, aos quais não resta, nas companhias fechadas, senão retirarem-se da companhia. Já nas companhias abertas, por força de regulamento de Bolsa ou face aos atributos de liquidez e dispersão de suas ações negociadas em bolsa, nem o exercício desse direito haveria para os minoritários.

Como referido, o preceito indigitado fere frontalmente o instituído no inciso XXXV do art. 5º da CF, que constitui cláusula pétrea por força do art. 60, § 4º, IV da CF<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> **Art. 5º** - *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

**XXXV** - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

**Art. 60** - *A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

(...)

**§ 4º** - *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:*

(...)

**IV** - **os direitos e garantias individuais.**

Não pode, obviamente, um dispositivo de natureza eminentemente privada inserido num estatuto social revogar o direito pleno do acionista de socorrer-se do Poder Judiciário nos seus conflitos de natureza societária, a não ser que, dentro de seus direitos disponíveis, expressa e pontualmente, no caso concreto, anteriormente materializado, tenha manifestado sua vontade nesse sentido.

Se, de um lado, a renúncia pontual da jurisdição do Estado **no caso concreto** atual encontra-se no âmbito dos direitos personalíssimos, de natureza potestativa, o direito subjetivo de se socorrer da jurisdição estatal nunca se esgota ou se extingue.

Pode a jurisdição estatal, em se tratando de direito disponível, ser **suspensa** pelo jurisdicionado **no caso concreto**, ou seja, num determinado negócio jurídico firmado e, portanto, atual e determinado.

O direito à jurisdição estatal permanece intangível para todas as demais situações futuras prevalecendo sempre em todos os negócios jurídicos em que se envolva o jurisdicionado.

O direito subjetivo à jurisdição estatal tem, portanto, caráter permanente, não obstante poder o jurisdicionado dispor de tal prerrogativa num determinado conflito no **caso concreto**.

Trata-se de uma suspensão de direito *in concreto* e nunca *in abstracto*.

Ademais, o compromisso arbitral é um direito personalíssimo que não pode ser imposto pela outra parte. É absolutamente inconstitucional uma norma estatal que faculte ao estatuto de uma companhia impor tal renúncia aos seus acionistas minoritários.

Diante da Constituição o “pacto arbitral” deliberado pelos controladores não pode ter o efeito de constituir um dever do acionista minoritário, por vontade unilateral daquele, inserida no estatuto social da companhia.

Tendo em vista a inarredável jurisdição estatal, impõe-se que o acionista adira, dentro de seu direito protestativo, formalmente ao pacto arbitral, **no caso concreto**, conforme os ritos e formalidades previstos no § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem - Lei n. 9.307, de 1996.<sup>4</sup>

Não pode haver, face à Constituição brasileira, um “direito estatutário” da companhia, que tenha como efeito promover unilateralmente a renúncia universal da jurisdição estatal, imponível à generalidade dos acionistas, presentes e futuros, por força da vontade isolada dos seus controladores.

Não se deve esquecer que a sociedade e seus controladores serão partes nos eventuais conflitos com seus acionistas e, como tais, não podem impingir a esta outra parte - os acionistas minoritários **presentes e futuros** - uma cláusula compromissória estatutária unilateral, válida *erga omnes*,

---

<sup>4</sup> “**Art. 4º** - 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.

(...)

§ 2º - 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.”



independentemente da manifestação expressa e cabal de cada um deles, individualmente, **em cada caso concreto**.

Em nosso Ordenamento, o poder privado de decidir atribuído aos árbitros deriva da Lei nº. 9.307 de 1996, que trata de matéria processual aplicável a esse instituto. Essa jurisdição privada tem como pressupostos inarredáveis: I) a autonomia da vontade; II) sua expressa manifestação, tendo por objeto determinado litígio que verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, atuais, específicos e identificados.

A Constituição não admite renúncia universal da jurisdição estatal. Muito menos por vontade de alguém, que imporia a outrem a jurisdição privada fazendo-o, ademais, sobre toda qualquer questão desconhecida, não identificada que pudesse no futuro surgir entre elas. É o que ocorre ao inserirem os controladores a pretensa cláusula compromissória universal no estatuto da companhia

Esse é o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em emblemática homologação de sentença estrangeira, ao analisar a constitucionalidade da Lei n. 9.307/96, como se verifica do voto vencedor do Ministro NELSON JOBIM<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> “Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de **contrato específico**, ao sistema de arbitragem.

(...)

Não há que se ler na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial **quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico**.

Lá não se encontra essa proibição.

Pelo contrário, **o texto proíbe o legislador, não o cidadão**.

É o reconhecimento da liberdade individual.

É esse o âmbito de validade da L. 9.307/96.” (SE 5.206-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001)

O artigo 3º da Lei nº 13.129 de 2015, de aberrante inconstitucionalidade, fere um dos pressupostos fundamentais da formação do juízo arbitral que é o da autonomia da vontade que reveste as partes justapostas do poder de dispor da jurisdição no caso concreto – atual, específico e pontual.

Essa autonomia da vontade surge da capacidade plena, dentro do Direito Privado, da pessoa física ou jurídica de autorregular os seus próprios interesses e as relações que daí decorrem, face aos titulares de outros interesses privados disponíveis.

O artigo 3º da Lei nº 13.129 de 2015 não atende aos pressupostos constitucionais da validade e eficácia da jurisdição arbitral.

Não há presunção de renúncia e muito menos ato de imposição derogatória do direito essencial de qualquer acionista pelo simples fato de estar inserida no estatuto da companhia, que será parte em futuro conflito com seus acionistas.

Não pode o art. 3º da Lei de 2015, inquinado de flagrante inconstitucionalidade, instituir um compromisso arbitral unilateral, substitutivo da jurisdição estatal, inserido no estatuto da companhia. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (inciso XXXV, do art. 5º da CF).

Não há renúncia implícita a direito essencial do acionista de, na qualidade de jurisdicionado, socorrer-se sempre da jurisdição estatal.

Não pode o estatuto privar os acionistas do direito que lhes é constitucionalmente assegurado como cláusula pétrea, *ex vi* dos referidos art. 5º, XXXV e 60, § 4º da CF.

A propósito, a própria Lei societária, no seu art. 109, § 2º, determina que os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral<sup>6</sup>.

Remete o referido dispositivo da Lei societária aos preceitos constitucionais ora invocados (art. 5º, XXXV e art. 60, 4º, IV).

A propósito, a “cláusula compromissória estatutária” seria um negócio jurídico autônomo que não se confundiria com as cláusulas organizativas constantes do estatuto social. Tratar-se-ia de uma cláusula parassocial.

E não teria essa **cláusula parassocial** o condão de cassar o acesso dos acionistas à jurisdição estatal.

Não se concebe mesmo que possa essa renúncia ser abstrata, genérica, abrangendo todas as questões futuras, incertas e não sabidas que envolvam outras partes; conflitos que ainda se desconhecem, que podem envolver a sociedade, ou então os seus controladores ou, então, os seus administradores ou então todos eles ou parte deles.

---

<sup>6</sup> “Art. 109 – Nem o estatuto social nem a assembleia geral poderão privar o acionista dos direitos de:

(...)

§ 2º - Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia geral”

Como referido, há na celebração de um pacto compromissório entre duas partes, no **caso concreto**, uma **suspensão** pontual do exercício do direito do jurisdicionado de valer-se do Poder Judiciário.

Esse direito subjetivo de natureza pétrea permanece íntegro. Foi apenas **suspenso no caso concreto**, mantendo-se integralmente para os demais casos concretos futuros ou presentes que possam suscitar conflitos de natureza jurisdicional.

A generalização e a falta de especificidade de hipotéticos conflitos futuros entre partes indefinidas retira a pontualidade, a factualidade, a atualidade, a identidade a materialidade e a certeza do negócio jurídico objeto de uma jurisdição privada.

Por essa inconstitucional norma contida no art. 3º da nova Lei de Arbitragem brasileira se verifica, mais uma vez, a tendência de negação de justiça, utilizando-se, de forma absolutamente deturpada e com evidente desvio de finalidade, o instituto da arbitragem, agora também no Brasil.

Diante desse quadro, pergunta-se se a celebração dos 800 anos da Magna Carta se dá num contexto de acolhimento pleno e aperfeiçoamento de seus princípios, ou se pelo contrário, verifica-se no início deste século uma regressão grave no que respeita ao cânone do acesso universal à justiça.

A conclusão é que, neste ponto principiológico advindo da Magna Carta nada há que comemorar.

MODESTO CARVALHOSA  
*Advogado*

Cabe, isto sim, promover as medidas de restauração de direitos individuais de acesso à justiça pelos meios úteis construídos com base nos princípios da Magna Carta.

Espera-se, portanto, que as celebrações que em todo o mundo se fazem em torno da Magna Carta sirva como motivo fundamental da reconstrução do direito de acesso a justiça, hoje gravemente negado.

Agradeço a oportunidade e a honra de participar desta significativa Conferência da *International Bar Association*.

São Paulo, 13 de novembro de 2013.

Modesto Carvalho