

INTERVENÇÃO JUDICIAL – A FALTA DE REGRA DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS

Maria Cristina Zainaghi¹

Clarice Moraes Reis²

Resumo: Com a promulgação do Código de Processo Civil, tivemos um destaque para a conciliação e os outros meios que visam buscar a solução dos conflitos. Assim neste trabalho vamos estudar a questão da intervenção judicial, nas hipóteses em que o contrato estabelece cláusula compromissória sem, entretanto, estabelecer as regras que permearão o procedimento. Para tal desenvolvimento utilizaremos como método científico a revisão bibliográfica.

Palavras-Chave: Mediação; Conciliação; Meios alternativos; Jurisdição.

Summary: With the enactment of the Code of Civil procedure, we had a highlight for conciliation and the other means aimed at seeking the solution of the conflicts. So in this work we will study the issue of judicial intervention, in the assumption that the contract establishes a promissory clause without, however, laying down the rules that will permeate the procedure. For this development we use as a scientific method the bibliographical revision.

Keywords: Mediation; Conciliation; Alternative means;

¹ Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica. Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Universitária. Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP

² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica. Professora e Coordenadora do Curso de Direito na Universidade Nove de Julho.

Jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO



o presente trabalho buscaremos esclarecer a necessidade da intervenção judicial quando as partes, em contrato, estabelecem uma cláusula compromissória, sem estabelecimentos das regras que serão utilizados na composição arbitral.

Sucedem que, as partes ao serem instadas a comparecerem para estabelecer as regras da convenção de arbitragem deixaram de fazê-lo o que levará o judiciário a decidir os regramentos da arbitragem, suprimindo, pois, a vontade das partes.

Para facilitar esse entendimento estudaremos um pouco da jurisdição, trataremos da relação da arbitragem com a jurisdição, ou seja, a correlação entre a jurisdição e o juízo arbitral.

Trataremos da convenção de arbitragem e a cláusula arbitral, a utilização do Poder Judiciário para supressão dos regramentos, por resistência das partes, para ao final verificarmos que tal decisão supre a vontade das partes.

Ao final apresentaremos a conclusão do tema.

Vejam os:

2. TUTELA JURISDICIONAL

O artigo 5º, inciso XXXV³ da Constituição Federal, estabelece o direito das partes em requerer o provimento jurisdicional, ou seja, o direito de ação, também chamado de

³ 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;

inafastabilidade do provimento jurisdicional.

Assim o acesso à justiça é garantia constitucional que tem sofrido transformações.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civil refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. (Cappelletti:1988)

Canotilho ao tratar do direito ao provimento jurisdicional, assevera que:

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 dos seus direitos por terceiros (dever de proteção do Estado e direito do particular a exigir essa proteção).” (Canotilho:2000.)

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução. (Watanabe: 1996)

Claro que esse acesso à justiça está condicionado a requisitos como custas processuais e as formalidades como os pressupostos como a capacidade civil, processual e postulatória e ainda, as condições como a legitimidade das partes e o interesse.

Notemos que o acesso à justiça deve ser garantido com o cumprimento de pressupostos e condições da ação. Portanto o

direito de ação está atrelado a parte ter que ter seus direitos à personalidade, ou seja, ter os direitos assegurados no artigo 2^o do Código Civil, ou seja, somente aquele que é ser vivo pode demandar.

A capacidade processual, está ligada ao exercício do direito de ação, ou seja, ao exercício dos direitos civil, de forma que se excluem em demandar pessoalmente aqueles que estão inseridos nos artigos, 3^o e 4^o do Código Civil, ou seja, a exceção dos menores que deverão estar representados pelos detentores do poder familiar e, dos maiores de 16 e menores de 18 anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos todos esses para demandarem deverão estar assistidos por quem os represente.

A capacidade postulatória essa será assegurada ao advogado, devidamente inscrito no quadro da ordem dos advogados do Brasil.

Quanto as condições da ação, temos que para que se postule em juízo deve a parte ter legitimidade, ou seja, estar relacionada a relação jurídica que se vai demandar. Assim o artigo 17^o do Código de Processo Civil exige a legitimidade e o interesse como condições para a interposição da demanda.

3. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

⁴ Art. 2^o. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁵ Art. 3^o. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4^o. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

⁶ Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.

...ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas de sua atividade. Esses são órgãos judiciais, e a sua atividade chama-se, desde tempos imemoriais, jurisdição (*iurisdictio*); as pessoas que exercem a jurisdição chamam-se juizes e formam, em seu conjunto, a Magistratura (Liebman: 2005)

Com o passar do tempo temos verificado que o conceito jurisdicional deve ser entendido de forma mais ampla, com a inclusão do juízo arbitral como meio de heterocomposição.

Neste sentido, inclusive, o judiciário tem entendido que, nas hipóteses em que o contrato prevê a mediação ou arbitragem para solucionar os conflitos havidos em virtude do contrato, o judiciário deverá extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do disposto no artigo 485, VII⁷ do CPC.

Note-se que o juiz estatal deve se declarar incompetente, sempre que as partes houverem optado pelo juiz arbitral, neste sentido o Conflito de Competência nº 146.939/PA, que teve como Relator o Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 30/11/2016⁸

⁷ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

⁸ CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

Neste sentido em julgado em Recurso Especial nº REsp 1597658/SP⁹, o Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS

ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. CONTRATO DE FRANQUIA, COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. JUÍZO ESTATAL QUE DETERMINA, NO BOJO DE AÇÃO JUDICIAL, A EXCLUSÃO/EXTINÇÃO DE PROCEDIMENTO ARBITRAL ANTERIORMENTE INSTAURADO PARA O DESLINDE DE CONTROVÉRSIA ADVINDA DO MESMO CONTRATO (ENVOLVENDO AS MESMAS PARTES SIGNATÁRIAS, COM DISCUSSÃO SE HOUVE OU NÃO CESSÃO DE POSIÇÃO CONTRATUAL DE TERCEIRO FRANQUEADO). CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL.

1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.

1.1 O conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si.

2. O Juízo da 2ª Vara Cível e Empresarial de Belém/PA, a despeito da existência de cláusula compromissória arbitral inserta no contrato de franquia estabelecido entre Partout Administração e To Be kids, a vincular, no mínimo, as partes signatárias (pairando, é certo, controvérsia sobre a ocorrência de cessão de posição contratual por parte de Toys), entendeu, diversamente do Juízo arbitral, pela não instauração da competência do Juízo arbitral, inclusive com a determinação de extinção do feito ali iniciado.

3. Tem-se por configurado o conflito positivo de competência, na medida em que, sobre o mesmo objeto (no caso, a definição acerca da instauração da competência do Juízo arbitral), dois ou mais Juízos, de esferas distintas, tecem deliberações excludentes entre si, a considerar que, por lei, a questão deve ser precedentemente decidida por um deles (no caso, o Juízo arbitral).

4. É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n.

9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da *Kompetenz Kompetenz*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo arbitral.

(CC 146.939/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 30/11/2016)

⁹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU

CUEVA do Superior Tribunal de Justiça asseverou

Consigne-se, além disso, que vige na jurisdição privada, o princípio basilar do Kompetenz-Kompetenz, consagrado nos arts. 8º e 20 da Lei de Arbitragem, que estabelece ser o próprio árbitro quem decide, em prioridade com relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória.

Essa competência poderá contar sempre com a colaboração do juízo estatal, inclusive quando for necessária a intervenção judicial para o estabelecimento do regramento da cláusula arbitral, mas sem especificação e, a parte deixar de comparecer no juízo arbitral.

4. COMPROMISSO ARBITRAL

Como vimos no item anterior o juízo arbitral tem competência funcional em relação ao juízo estatal, sempre que o contrato estabelecer que a demanda havida daquela relação contratual deve ser decidida em juízo privado.

O artigo 9º¹⁰ da Lei de Arbitragem estabelece que o

OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. KOMPETENZ-KOMPETENZ.

1- Ação ajuizada em 14/12/2010. Recurso especial interposto em 16/7/2012.

2- O propósito recursal é definir se o Juízo da 8ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - SP é competente para processar e julgar a presente ação, em razão da existência de cláusula arbitral no contrato de franquia que constitui o objeto da lide.

3- Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4- A convenção de arbitragem prevista contratualmente afasta a jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

5- Recurso especial provido.

(REsp 1597658/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 10/08/2017)

¹⁰ Art. 9º 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. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

compromisso arbitral pode ser estabelecido de maneira judicial ou extrajudicial.

Neste trabalho discutiremos o acionamento do judiciário para que estabeleça as regras do compromisso arbitral, cabível sempre que a parte deixar de comparecer no dia e hora avençado, para o estabelecimento das regras do compromisso arbitral.

Diante da ausência poderá a parte optar pela intervenção do juízo estatal que, deverá estabelecer as regras que serão obedecidas pelo juiz arbitral.

4.1 SENTENÇA SUBSTITUTIVA DA VONTADE DAS PARTES

A sentença proferida na hipótese acima substituirá a vontade das partes, sendo pois que a sentença conterà os regramentos exigidos na lei.

Nesta sentença o juiz cuidará apenas do estabelecimento das regras do compromisso arbitral, que valerá para as partes.

4.2. PROCEDIMENTO

Diante da resistência o autor requererá a citação da outra parte para que compareça em juízo para que se especifique as regras que serão cumpridas na arbitragem.

É certo que havendo resistência da parte o juiz decidira os termos.

4.3. SENTENÇA E SEUS EFEITOS

A sentença nessa hipótese se limitara a estabelecer o regramento que regerá a arbitragem.

Assim ela assumira o valor do compromisso arbitral

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

previsto no artigo 7º da Lei de arbitragem.¹¹

5. INTERVENÇÃO JUDICIAL E MEDIDAS URGÊNCIA

Há ainda a possibilidade da intervenção judicial quando, antes de se instaurar o processo arbitral, houver necessidade de se buscar uma medida urgência.

Assim o judiciário poderá conceder medida de urgência antes de instituído o juízo arbitral, sendo que nesta hipótese é necessário o ajuizamento do processo arbitral no prazo de 30 dias contados da efetivação da medida.

As medidas de urgência contribuem para entendermos a cooperação que se estabelece entre o juiz estatal e o juiz arbitral, que será chamado após a obtenção da tutela provisória concedida.

Poderá o juiz arbitral manter, revogar ou modificar a medida concedida, quando essa é concedida em caráter antecedente ao procedimento arbitral.

Caso requerida após o ajuizamento do procedimento arbitral, a mesma se fará por determinação do árbitro e, portanto, por carta arbitral.

6. CONCLUSÃO

Tema de interesse claro no universo jurídico, principalmente após a vigência do Código de Processo Civil que passou a prever a possibilidade da extinção do processo se, no contrato houver o estabelecimento de juízo arbitral.

Todavia estamos esquecendo de registrar que o juízo arbitral não terá prioridade se estivermos tratando de contratos de adesão, pois nesta hipótese a eleição de foro arbitral poderia

¹¹ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

representar um desrespeito ao princípio da isonomia, pois a parte se que adere ao contrato não teria autonomia em sua vontade.

Assim somente nas demais hipóteses é que teremos a primazia do juízo arbitral em detrimento ao juízo estatal, que terá competência absoluta quando se admitir a ele a solução dos conflitos advindo de referido contrato.

Cabe ainda ressaltar que coube ao Superior Tribunal de Justiça decidir a respeito do conflito de competência entre um juízo e outro.

Por fim vimos que o judiciário servirá de apoio ao juízo arbitral nas hipóteses em que houver necessidade de se estabelecer o compromisso arbitral judicialmente e, ainda quando houver necessidade da obtenção de tutela provisória.

Na hipótese do compromisso arbitral judicial a sentença valerá como compromisso arbitral.



7. BIBLIOGRAFIA.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO.Niceto. Estudios diversos de derecho procesal. Librería Bosch: Barcelona/Espanha: 1985

ARENHART, Sérgio Cruz. A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 10, nº 965, 01 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/36-artigos-abr-2010/5973-a-intervencao-judicial-e-o-cumprimento-da-tutela-especifica>. Acessado em 04/11/17 às 20 hs

BARBOSA. Rui. Oração dos estudantes. Martin Claret: São Paulo: 2003

BARCELLAR, R. P. Mediação e arbitragem - Col. Saberes do

- Direito 53. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- BUENO, C. S. MANUAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- BÜLOW. Oscar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. LZN Editora: Campinas: 2003.
- CAHALI, F.; RODOVALHO, T.; FREIRE, A. Arbitragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- CANOTILHO. J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4ª edição. Almedina: Coimbra. 2000
- CAPELETTI. Mauro. Tutela dos interesses difusos. In *Ajuris* 33/169: 1984
- . Acesso à justiça. Fabris Editora: Porto Alegre: 2002.
- GONCALVES, M. V. R. DIREITO PROCESSUAL CIVIL ESQUEMATIZADO. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- GONCALVES, M. V. R. NOVO CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL 1. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. Editora Saraiva: São Paulo. 1947
- NERY JR. Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 12ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 2015.
- TUCCI. José Rogério Cruz e. Tempo e processo. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1997.
- . José Rogerio e Rogerio Lauria. Devido processo legal e tutela jurisdicional. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo. 1993.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil – Teoria geral do processo. Volume 1. 5ª Edição – ebook. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2016.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Teixeira, Sálvio de

Figueiredo. Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 1996.