

THIAGO MEDEIROS DE BORBA

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO
ÁRBITRO

PORTO ALEGRE
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO
PROFESSOR DR. SÉRGIO LUÍS WETZEL DE MATTOS

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO
ÁRBITRO

THIAGO MEDEIROS DE BORBA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de
Direito Privado da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís
Wetzel de Mattos

PORTO ALEGRE
2018

ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Constituição Federal – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Convenção de Nova Iorque – Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras feita em Nova York, em 10 de junho de 1958.

Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a possibilidade de o árbitro exercer o controle difuso de constitucionalidade, afastando a aplicação de lei ou de ato normativo que não se coadune com as disposições previstas na Constituição Federal. A análise foi feita a partir de hipótese em que as partes elegem como direito aplicável ao mérito do litígio ordenamento jurídico em que haja o controle difuso de constitucionalidade.

A partir das disposições contidas na Lei de Arbitragem e do posicionamento da doutrina, no sentido de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, entendeu-se pela aproximação das funções do juiz togado e do árbitro; e, conseqüentemente, pelo dever de o árbitro reconhecer e declarar eventual inconstitucionalidade contida na lei ou no ato normativo existente no caso concreto.

ABSTRACT

The present work is proposed in view of analyzing the possibility of the arbitrator to exercise the diffuse constitutional review, with the intention of excluding a law or a normative act application that does not conform with the predictions stated in the Federal Constitution. The analysis was made based on a hypothesis in which the parties elect as the applicable law to the merits of the litigation a legal order that permits the diffuse constitutional review.

From the provisions contained in the Arbitration Law and the doctrine positioning, that state that the arbitration has a jurisdictional nature, the conclusion is that there must be an approximation of the Judge and the Arbitrator duties; and, consequently, the Arbitrator duty to recognize and declare any unconstitutionality contained in the law or in the normative act in the specific case.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1: ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AO CASO	10
1.1. INTRODUÇÃO	10
1.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	10
1.3. FORMAS DE JULGAMENTO.....	12
1.4. CONCLUSÃO	16
CAPÍTULO 2: NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM.....	18
2.1. INTRODUÇÃO	18
2.2. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	18
2.2.1. Natureza Privatista ou Contratualista da Arbitragem.....	19
2.2.2. Natureza Publicista ou Jurisdicional da Arbitragem.....	20
2.2.3. Natureza Mista ou Intermediária da Arbitragem.....	21
2.2.4. Natureza Autônoma da Arbitragem.....	23
2.3. A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	23
2.3.1. O Conceito de Atividade Jurisdicional	23
2.3.2. Características da Atividade Jurisdicional	26
2.3.3. Comparação da Arbitragem com Administração Pública	30
2.3.4. Objetivo da Atividade Jurisdicional.....	31
2.4. A JURISDIÇÃO NA ARBITRAGEM.....	32
2.4.1. O Posicionamento da Doutrina	32
2.4.2 A Declaração de Constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal.....	35
2.5. CONCLUSÕES.....	37
CAPÍTULO 3: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	40
3.1. INTRODUÇÃO	40
3.2. A CONSTITUIÇÃO E SUA SUPREMACIA PERANTE AS DEMAIS NORMAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO	40
3.3. IMPORTÂNCIA E SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	43
3.4. CONTROLE DIFUSO (INCIDENTAL OU CONCRETO).....	44
4.5. CONCLUSÕES.....	49
CAPÍTULO 4: A POSSIBILIDADE DE O ÁRBITRO DECLARAR INCONSTITUCIONAL LEI OU ATO NORMATIVO NO CASO CONCRETO	51
4.1. INTRODUÇÃO	51
4.2. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÁRBITRO	51

4.2.1. Delimitação do Escopo: Controle de Constitucionalidade pelo Árbitro em Ordenamentos Jurídicos com Controle Difuso	51
4.2.2. A Obrigação de o Árbitro Julgar de Acordo com o Direito Aplicável ao Caso	53
4.2.3. Notícia do Direito Comparado: O Caso Italiano	56
4.3. CONCLUSÕES.....	58
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
JURISPRUDÊNCIA.....	66

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um método alternativo de solução de litígios, utilizando pelas partes capazes de contratar para retirar sua controvérsia do Poder Judiciário e levá-la a árbitro, ou árbitros, de sua escolha, geralmente especializados na matéria específica do litígio. O instituto não é novo, mas ainda busca maior solidificação no Brasil.

Principalmente a partir da promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), a arbitragem passou a ganhar mais força no Brasil, tendo em vista algumas importantes alterações trazidas pela nova lei, notadamente no que se refere à equiparação da figura do árbitro e do juiz (artigo 18 da Lei de Arbitragem) e da equiparação da sentença arbitral à sentença judicial (artigo 31 da Lei de Arbitragem).

Diante dessas alterações, a sentença arbitral – anteriormente chamada meramente de laudo arbitral - passou a não precisar mais ser homologada pelo Poder Judiciário, configurando-se como um título executivo judicial (artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil).

Não há como se negar a importância da Lei de Arbitragem para a solidificação e a confiança do instituto no Brasil.

Em razão dessa maior confiança e maior utilização da arbitragem, passou-se a buscar a expansão de seu escopo, isto é, utilizar cada vez mais esse método de solução de litígios e levar cada vez mais matérias para cognição dos árbitros.

É nesse cenário que se insere o objeto deste trabalho: o controle de constitucionalidade de lei ou de ato normativo pelo árbitro. Ou seja, o que se objetiva com o estudo desse tema é descobrir qual o alcance da atuação do árbitro, se teria os mesmos poderes e os mesmos deveres atribuídos ao juiz togado.

Isso porque o controle de constitucionalidade, como se verá, no sistema brasileiro, pode ser exercido tanto de maneira concentrada (por meio de ação perante o Supremo Tribunal Federal), quanto de maneira difusa (exercido por qualquer juiz de primeira instância). Diante disso, questiona-se a possibilidade de o árbitro, tal qual um juiz de primeira instância, declarar a inconstitucionalidade no curso de um procedimento arbitral.

Mais do que analisar a possibilidade desse exercício pelo árbitro, buscase, aqui, demonstrar que a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo pode ser mais um dos argumentos de defesa de que se valem as partes. Ou seja, não se busca apenas expandir o escopo de atuação do árbitro, aproximando-o do juiz togado, mas também expandir o escopo de matérias argumentáveis e levantadas pelas partes.

Esse é o primeiro elemento que levou ao estudo do tema objeto deste trabalho.

Além disso, a doutrina ainda é insuficiente quanto à possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade pelo árbitro. São poucos os escritos sobre o tema, de modo que se faz necessário desenvolver a tese e suscitar o debate sobre o tema, a fim de que se solidifique e se pacifique.

Ao longo do estudo da questão, encontrou-se, basicamente quatro principais artigos específicos sobre o controle de constitucionalidade pelo árbitro. Analisou-se o artigo “Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade”¹, de Giovani Iudica; o artigo “O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral”², de Ana Carolina Weber; o artigo “Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas do direito internacional privado e arbitragem”³, de Carmem Tibúrcio; e, principalmente, o artigo publicado por Gustavo Fernandes de Andrade, intitulado “Arbitragem e controle de constitucionalidade: algumas reflexões”⁴.

Especificamente sobre o tema, esses são os estudos mais concretos sobre o tema na doutrina brasileira, o que denota a importância de se persistir no estudo para que a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, pelo árbitro, seja plenamente aceita em nosso ordenamento jurídico.

¹ IUDICA, Giovani. *Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade*. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol 1. p. 399-410, set. 2014.

² WEBER, Ana Carolina. O Controle de Constitucionalidade no Procedimento Arbitral. Disponível em: http://frame.sistemapueridomus.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-1.pdf.

³ TIBÚRCIO, Carmem. *Controle de Constitucionalidade das leis pelo Árbitro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, maio/ago. 2014.

⁴ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: algumas reflexões*. In: 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Para tanto, elaborou-se este trabalho em quatro capítulos, sendo que, nos três primeiros, tratou-se de assentar premissas para chegar à conclusão contida no quarto capítulo.

No primeiro capítulo, estuda-se a escolha da lei (ou do direito) aplicável ao caso concreto, quais as implicações e consequências que advêm dessa escolha.

No segundo capítulo, verifica-se a natureza jurídica da arbitragem, tema que está longe de ser pacificado na doutrina, mas buscou-se demonstrar o caráter jurisdicional da arbitragem.

No terceiro capítulo, analisou-se o controle de constitucionalidade em si, a sua origem, os modelos e o seu funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no quarto e último capítulo, analisou-se de forma específica a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo árbitro – como a pouca doutrina tem visto a questão, qual o entendimento de outros autores que comentam o tema e como importantes casos foram julgados.

É com base nessa estrutura, seguindo uma linha dedutiva, que, a partir de premissas assentadas ao longo do trabalho, busca-se a conclusão de que o árbitro tem os mesmos poderes e deveres que o juiz togado, à exceção do poder de coerção, e, por isso, tem o dever de declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo no caso concreto.

CAPÍTULO 1: ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AO CASO

1.1. INTRODUÇÃO

A arbitragem tem como principal fundamento a liberdade, a autonomia da vontade das partes, que optam por esse método de resolução de disputas. É a com fundamento nesse princípio, que norteia todo o procedimento arbitral, que a Lei de Arbitragem traz a possibilidade de as partes escolherem qual a lei (ou qual o direito) aplicável no caso concreto.

Por isso, em primeiro lugar, há que se analisar mais a fundo a incidência do princípio da autonomia da vontade no direito arbitral para, posteriormente, verificar um dos seus principais reflexos: a faculdade de escolher a lei que regerá o caso.

O tema apresenta algumas controvérsias e é de fundamental importância para este trabalho. Isso porque não há como se verificar se o árbitro pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo se não termos muito claro em mente qual o “direito” aplicável ao caso. É dizer: o árbitro está submetido à integralidade da ordem jurídica do país cuja lei será aplicada? Se for escolhido o direito brasileiro, o árbitro deve aplicar os dispositivos constitucionais ou apenas a “lei brasileira” *stricto sensu*?

Todas essas questões precisam estar bem esclarecidas para que se possa prosseguir com a análise específica do controle de constitucionalidade no âmbito da arbitragem.

Como se verá, o princípio da autonomia da vontade outorga às partes um direito muito amplo de determinar a forma de julgamento de sua controvérsia, mas, caso seja escolhido o “direito brasileiro” ou “a lei brasileiro”, deverá o árbitro aplicar todas as normas contidas em nosso ordenamento jurídico.

1.2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A arbitragem é um método alternativo de solução de controvérsias que se dá por meio da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem poderes por meio de uma convenção privada de livre escolha das partes litigantes⁵. É a partir

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

de uma escolha autônoma, livre e precisa que as partes submetem uma controvérsia perante a arbitragem, de modo que se pode dizer que a arbitragem somente existe pela vontade das partes.

Diz-se que o princípio da autonomia da vontade constitui a essência da arbitragem⁶. Isso porque, levando-se em consideração especificamente o caso do Brasil, a todos é assegurado o direito de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁷) e somente a manifestação livre de vontade tem o condão de derrogar essa garantia, como se dá na escolha da arbitragem como método de solução de conflitos.

A arbitragem, portanto, decorre diretamente da autonomia da vontade das partes que optaram por esse instituto.

A autonomia da vontade praticada para dar início à arbitragem persiste durante curso do procedimento arbitral. É que cabe as partes escolher qual árbitro julgará o caso, quantos árbitros o farão, qual será o procedimento, qual será a lei material aplicável ao caso, qual será a lei processual que regerá o procedimento, qual o campo de ingerência do árbitro, qual será a língua utilizada, dentre tantas outras questões que estão sob livre escolha das partes, segundo sua própria autonomia.

Sobre o ponto, Leonardo de Faria Beraldo ensina⁸:

Inicialmente, cumpre mencionar que 'a vontade é a raiz do que se pode chamar de direito arbitral'. Isso porque a arbitragem só existirá se preexistir um convênio arbitral, que, por sua vez, depende da vontade das partes de renunciarem à jurisdição estatal em prol da jurisdição arbitral. As partes também possuem liberdade para escolher se vão querer uma arbitragem de direito ou de equidade, e, em sendo a de direito, podem indicar quais regras querem seja aplicada do caso concreto. Do mesmo modo, a autonomia privada é determinante da matéria objeto da arbitragem.

Esse princípio da autonomia da vontade se concretiza fundamentalmente em dois momentos: na hora da escolha da arbitragem como método de solução de litígios e, posteriormente, sobre qual será o método de julgamento.

⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105.

⁷ 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;

⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

Isso porque, na arbitragem, as partes poderão definir que o julgamento será de direito, por equidade ou, ainda segundo os princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio. Segundo Francisco José Cahali⁹:

É prestigiada a autonomia da vontade na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade das partes para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção

Além disso, em se tratando de arbitragem de direito, poderão as partes livremente escolher qual a lei material e qual a lei processual regerá o caso, conforme prevê o artigo 2º da Lei de Arbitragem:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Percebe-se, assim, que a própria Lei de Arbitragem deixa claro que o instituto se embasa fortemente na liberdade e na autonomia das partes, que gozarão até mesmo da faculdade de aplicar legislação estrangeira ao caso concreto, desde que respeitados os bons costumes e as questões de ordem pública, como se verá posteriormente.

1.3. NORMAS APLICÁVEIS AO CASO

Como visto, o artigo 2º da Lei de Arbitragem faculta às partes escolherem quais normas nortearão o julgamento da causa – se as regras de direito, se os princípios gerais de direito, usos e costumes, se o próprio senso de justiça do árbitro. Trata-se de verdadeira concretização do princípio da autonomia da vontade¹⁰.

⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105.

¹⁰ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. 3 ed. rev. e atual. Juruá: Curitiba, 2015, p. 59.

Luiz Olavo Baptista e Sílvia Julio Bueno de Miranda entendem que a Lei de Arbitragem expandiu a autonomia das partes para escolherem a lei aplicável ao caso, afirmando que “o uso do advérbio ‘livremente’ indica de modo claro que o legislador não quis deixar dúvidas quanto ao direito das partes de escolher a lei que mais lhes convenha”¹¹. Seguem os autores

Diferentemente do que ocorre nos casos sujeitos à jurisdição dos tribunais brasileiros, na arbitragem a lei escolhida não precisa ter qualquer outra conexão com o objeto da disputa senão a vontade das partes. Estas são, pois, completamente livres para escolher qualquer lei, e sua escolha deve ser respeitada¹².

Há que se referir o julgamento realizado pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.111.650-0, em controvérsia sobre um contrato de representação comercial, entendeu plenamente válida a escolha das partes de aplicar o direito francês na arbitragem.

No caso, foi ajuizada ação de cobrança perante o Poder Judiciário, mas o Réu informou a existência de cláusula compromissória arbitral, que foi negada pelo juízo de primeiro grau. Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a prevalência da arbitragem e a regularidade da escolha do direito aplicável ao caso:

Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento arguido.

Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga.

Embora o contrato de agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas partes contratantes, uma vez que o direito ali agitado é disponível para ambas as partes, e, portanto, não vem revestido de característica da irrenunciabilidade.

Não há norma cogente tutelando esse direito, avelando-o e submetendo-o por conta de interesse do Estado ou por conta de interesse social direto, de sorte a impedir que sobre os valores dele objeto pdessem os contratantes dispor segundo seu alvitre.

¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27. São Paulo: RT, 2010, p. 17.

¹² BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27. São Paulo: RT, 2010, p. 17.

Dessa sorte, sobre ele incide naturalmente o princípio da autonomia da vontade, podendo, assim, as partes transigir livremente, inclusive no que concerne à forma de solução de suas diferenças¹³.

Constata-se, assim, que desde a promulgação da Lei de Arbitragem, foi dada grande liberdade para que as partes pudessem escolher o direito aplicável ao seu caso no âmbito arbitral.

A regra parece ser clara: as partes, com base em sua autonomia da vontade, têm o direito de escolher a lei aplicável ao caso. Contudo, na doutrina ainda há certa divergência em situações como a de duas empresas brasileiras, com contrato firmado no Brasil, para execução no Brasil, que escolhem a lei estrangeira para reger a controvérsia¹⁴.

Neste ponto, para fins deste estudo, há uma questão que precisa ser esclarecida: o que se entende por aplicação do “direito brasileiro” ou da “lei brasileiro”. Isso porque, como se busca a análise sobre a possibilidade ou não e o árbitro declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no caso concreto, deve-se, antes, perquirir sobre quais as consequências da escolha de determinada lei aplicável.

Ainda que se possa optar pelo julgamento de acordo com os princípios de direito ou até mesmo pelo senso de justiça do árbitro (equidade), essas duas formas de fonte do direito não teriam como confrontar com a Constituição. Isso porque se a fonte do direito no caso concreto são os princípios de direito, não há como se questionar o desrespeito à Constituição Federal, muito menos quando

¹³ Agravo de Instrumento nº 1.111.650-0, Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Relator Juiz Waldir de Souza José, 24/09/2002.

¹⁴ Para alguns autores, como é o caso de Paulo Borba Casella, faltaria “em nosso ordenamento jurídico dispositivo que comporte a distinção de arbitragem de caráter interno e internacional, na qual se regeria a primeira pelo direito interno e a segunda podendo optar pela regência do direito interno, por sistema alienígena”, ou, ainda, princípios gerais de direito ou até mesmo a equidade. (CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: entre praxe internacional, integração do Mercosul e o Direito brasileiro*. In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2 ed. Paulo B. Casella (coord.). São Paulo: LTr, 1999, p. 501). No mesmo sentido, é o entendimento de Francisco Cláudio de Almeida Santos, segundo o qual “não se admite a internacionalização de um contrato, objetivamente internado, pela escolha da lei estrangeira” (SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. *Os Princípios Fundamentais da Arbitragem*, In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. Ed. Paulo B. Casella (coord.). São Paulo: LTr, 1999, p. 121). Entretanto, encontra-se posicionamento mais favorável à liberdade das partes em Luiz Olavo Baptista e Sílvia Julio Bueno de Miranda, que alegam que a autonomia da vontade “autoriza as partes em um contrato doméstico a escolherem uma lei estrangeira para governá-lo, o que tem sido considerado como real revolução no direito brasileiro” (BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. *Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27. São Paulo: RT, 2010, p. 23).

se trata de julgamento por equidade. Dessa forma, analisar-se-á tão somente a escolha do direito aplicável ao caso.

Outra questão que não será objeto deste estudo é a escolha de lei estrangeira, uma vez que se pretende verificar a viabilidade da declaração de inconstitucionalidade no bojo da arbitragem brasileira. Dessa forma, o escopo deste trabalho gira em torno da contrariedade de lei ou ato normativo nacional que contrarie a Constituição Federal. Até porque diferentes ordenamentos jurídicos possuem diferentes formas de controle de constitucionalidade. A análise do controle de constitucionalidade pela escolha do direito brasileiro será muito diferente de quando se escolher o direito austríaco, por exemplo, em que o controle de constitucionalidade se dá de forma concentrada.

Portanto, deve-se analisar o que se entende quando as partes estabelecem - seja na cláusula compromissória, seja no compromisso arbitral - que o direito brasileiro irá reger aquela controvérsia.

Ou seja, o que se entende por “direito brasileiro” ou “lei brasileira” como direito aplicável na arbitragem?

É evidente que quando se fala na aplicação de um determinado direito ou determinada lei na arbitragem, quer-se dizer todo o sistema jurídico. Aplicar a “lei brasileira” não significa aplicar apenas o Código Civil, apenas a Lei do Inquilinato ou qualquer lei específica, mas, isso sim, aplicar o próprio “ordenamento jurídico brasileiro”.

Assim, se as partes determinam que será observado o direito brasileiro para a solução do litígio, não somente a legislação brasileira deverá ser aplicada, mas também as normas regulamentares e, principalmente, a Constituição Federal.

Isso porque, conforme entende Gustavo Fernandes de Andrade, “se o árbitro tem por missão aplicar um determinado direito para proferir a sentença, ele jamais poderá completar tal missão sem verificar a compatibilidade da norma invocada com a Constituição”¹⁵.

¹⁵ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e Constrole de Constitucionalidade: Algumas Reflexões*. In: 20 anos de lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coord.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 742.

Nesse sentido, entendeu Jan Paulsson¹⁶ que tanto tribunais internacionais, quanto árbitros, quando aplicarem o direito de determinado local, devem se ater a questões além da lei, como as próprias disposições constitucionais:

If fundamental national law provides that constitutional amendment requires a certain type of parliamentary or popular ratification, a purported enactment that does not satisfy the requirement should be rejected by arbitrator as non-law. In this sense, an unlawful enactment may be seen as a species of denial of justice: an attempt to subvert the legal process by the deployment of purported laws which are contrary to the law.

Desse modo, não há que se negar que a escolha do direito brasileiro faz com que incidam sobre o caso concreto não somente a legislação infraconstitucional, mas também as diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, bem como as normas infralegais, como Portarias e Regulamentos.

Então, se as partes definem que o litígio será resolvido com base no direito brasileiro e o árbitro deixe de aplicar uma norma constitucional, ou uma norma infralegal, não estará aplicando o “direito brasileiro”. Deixar de aplicar o direito escolhido pelas partes implica uma decisão fora dos limites da convenção de arbitragem, ou seja, sentença arbitral nula, nos termos do artigo 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

Para que seja prolatada sentença arbitral válida, portanto, o árbitro deve observar todo o ordenamento jurídico escolhido pelas partes na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral. Desse modo, a escolha do direito aplicável ao caso tem impacto direto seja ao longo do procedimento arbitral, seja após a prolação de sentença.

1.4. CONCLUSÃO

Diante da análise feita, percebe-se que, a partir da promulgação da Lei de Arbitragem, a autonomia da vontade – princípio norteador e fundamental da arbitragem – foi solidificado. Mais do que em muitos ordenamentos jurídicos, no

¹⁶ Jan Paulsson. *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*. Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12463609200710/paulsson_lalive_2009.pdf. Acesso em 04/06/2018.

sistema brasileiro, a autonomia da vontade foi intensificada e permite a escolha ampla e pouco restrita das normas que incidirão sobre o caso concreto.

Competirá às partes escolher se desejam que seu conflito seja julgado de acordo com as regras de direito brasileiro, com as regras de direito de outro país, com os princípios gerais de direitos, usos e costumes, com o senso de justiça do julgador.

Escolhendo as partes pelo julgamento de direito, a partir da escolha da lei aplicável ao caso (seja ela brasileira, seja ela estrangeira), as normas que irão reger o caso serão todas aquelas contidas no ordenamento jurídico do país, não se esgotando na legislação.

Isso faz com que o árbitro tenha o dever de obedecer tanto a legislação ordinária, quanto às normas constitucionais. Deixar de aplicar a lei *stricto sensu* ou deixar de aplicar a Constituição terá a mesma consequência: proferir sentença fora dos limites da convenção de arbitragem. Isso porque as partes outorgaram o poder para que o árbitro decidisse o caso da forma que escolheram (segundo o direito de determinado país). E se o árbitro deixa de aplicar aquele direito, ele está contrariando e desrespeitando a escolha feita pelas partes.

Portanto, o árbitro, ao se escolher o direito brasileiro, está adstrito à observância do sistema jurídico brasileiro, isto é, do ordenamento jurídico como um todo, sob pena de violação do artigo 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem, culminando em sentença arbitral nula.

CAPÍTULO 2: NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

2.1. INTRODUÇÃO

“Determinar a natureza jurídica de uma instituição é estabelecer seu ser jurídico, ou seja, sua posição no mundo do direito”¹⁷. A discussão acerca da natureza jurídica atribuída à arbitragem não é nova, mas até o momento ainda não encontrou uma unanimidade na doutrina, que se distribui em diversas correntes.

É de extrema importância para este trabalho a definição do caráter que se atribui à arbitragem. Isso porque se busca verificar se o árbitro pode exercer funções típicas do juiz togado, isto é, se o árbitro, eleito pelas partes e que sequer precisa ser bacharel em direito, pode exercer o controle de constitucionalidade difuso. Ou seja, está-se aproximando as figuras de ambos os julgadores – árbitro e juiz -, de tal sorte que essa análise não poderia ser feita sem o estudo da natureza jurídica do instituto da arbitragem e sobre como o tema tem sido encarado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

Por esse motivo, passa-se à análise das diferentes teorias sobre a natureza jurídica da arbitragem para, após, analisar o conceito de jurisdição no Estado de Direito e, por fim, a partir da análise do julgamento que declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, concluir-se que não há como se negar que o árbitro presta verdadeira tutela jurisdicional às partes que o elegem para dirimir seu conflito.

2.2. TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

A discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem é antiga e já gerou grandes divergências. Há, na doutrina, basicamente quatro correntes sobre a natureza do instituto: privatista (contratual), jurisdicional, mista (contratual-publicista) e autônoma.

Há importantes autores, arbitralistas e processualistas, em todas as teorias, mesmo que hoje a mais aceita seja a de que a arbitragem possui natureza jurisdicional. Como é necessário para o escopo deste trabalho que se

¹⁷ ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

análise a prestação de tutela jurisdicional pelo árbitro, serão analisadas as correntes teóricas e a que trata da Teoria Publicista (jurisdicional) será abordada de forma aprofundada mais adiante.

2.2.1. Natureza Privatista ou Contratualista da Arbitragem

A Teoria Privatista ou Contratualista vê a arbitragem como mero negócio jurídico, mero ato de vontade firmado entre duas partes capazes de contratar, A outorga de poderes ao árbitro nada mais seria do que o estrito cumprimento do contrato firmado e, uma vez que o julgador não teria poderes coercitivos (executórios), não gozaria de “jurisdição”. Ou seja, o vínculo criado entre as partes e o árbitro é meramente contratual.

Segundo José Cretella Neto¹⁸, ao analisar o entendimento dos autores que defendem essa corrente, afirma que:

Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium* estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.

Esse entendimento é sustentado por Celso Barbi Filho¹⁹, César Fiuza²⁰ e Eros Roberto Grau²¹, que se fundamentam na ideia de que a função do árbitro decorre de um contrato *sui generis*, não tendo em sua atuação qualquer vestígio de poder executivo e mandamental, atributos exclusivos da jurisdição estatal.

Além desses, diversos outros importantes doutrinadores já se alinharam à teoria que entende a arbitragem como mero negócio jurídico, negando-lhe

¹⁸ CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

¹⁹ BARBI FILHO, Celso. *Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei nº 9.307/96 e outras intervenções na arbitragem privado*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 36, nº 108, São Paulo, 1997, out-nov, p. 73-90.

²⁰ FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 124.

²¹ GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo. O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303-311.

qualquer caráter de jurisdição, como é o caso de Teori Zavascki²², Cláudio Viana Lima²³, Krieger Filho²⁴ e Nelson Paloni²⁵.

Nesse mesmo sentido, para José Carlos de Magalhães, a própria Convenção de Nova Iorque já teria reconhecido a natureza contratual da arbitragem e “com a edição da Lei nº 9.307/96, dissiparam-se dúvidas sobre a natureza privada da arbitragem, não mais exigindo a homologação do laudo arbitral pelo Judiciário, quando produzido no Brasil”²⁶.

Ricardo Ranzolin, abordando as diferentes correntes sobre o tema, escreve que, para a teoria contratualista, a sentença arbitral não faria coisa julgada da mesma forma que a sentença judicial, “pois só a coisa julgada que deriva de sentença judicial pode ser invocada de ofício pelo magistrado”²⁷. Além disso, afirma que:

Dizem, ademais, os contratualistas que a lei teria dotado a figura do negócio jurídico como uma via a mais para atingir a finalidade de solução da lide. E, assim, a natureza jurídica da arbitragem seria dada não pela finalidade, em sentido largo, mas, sim, pela investidura, estrutura e funcionalidade privada do negócio jurídico.²⁸

Tem-se, assim, que, o entendimento de que a natureza jurídica da arbitragem seria exclusivamente contratual, privatista, embora minoritário na doutrina, é defendido por importantes doutrinadores arbitrais e processuais. Contudo, não há que se trazer argumentos de autoridade. Hoje, a principal corrente sobre a natureza jurídica da arbitragem é, sem dúvidas, a jurisdicional.

2.2.2. Natureza Publicista ou Jurisdicional da Arbitragem

A Teoria Jurisdicional ou Publicista hoje é a predominante na doutrina e jurisprudência, notadamente após o julgamento da constitucionalidade da Lei de

²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 566-645: do processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 8, p. 194-198.

²³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Notícia da Arbitragem no Direito Positivo Brasileiro*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 92, nº 334, p. 43-55, abr./jun. 1996, p. 43.

²⁴ KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. *Arbitragem e interesse de agir*. Revista Jurídica. São Paulo, ano 48, nº 275, p. 25-32, set. 2000, p. 27.

²⁵ PALONI, Nelson Alexandre. *Irrecorribilidade das Sentenças Arbitrais*. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, vol. 3, nº 10, p. 375-390, out-dez. 2000, p. 382.

²⁶ MAGALHAES, José Carlos de. *A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem*. Revista de Direito Bancário, do Mercado, de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, nº 18, p. 309-318, 2002, p. 313.

²⁷ RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 56.

²⁸ *Idem*. p. 57.

Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, realizado em 2001. Conforme a teoria, os árbitros prestariam verdadeira tutela jurisdicional: “Aos árbitros, os juízes dos casos, seria reconhecida uma jurisdição extraordinária e de caráter público”²⁹.

Como dito, esse posicionamento será melhor analisado adiante.

2.2.3. Natureza Mista ou Intermediária da Arbitragem

Ainda, a Teoria Mista ou Intermediária congrega elementos das duas teorias anteriores – privatista e publicista -, já que não se poderia negar que a arbitragem somente existe a partir de negócio jurídico firmado entre as partes; contudo, ela não poderia se desenvolver fora do ordenamento jurídico, “pois este método de solução de conflitos submete-se à ordem legal existente, embora não controlada inteiramente por esse sistema”³⁰.

Segundo Leonardo de Faria Beraldo, “o melhor mesmo é adotar a teoria mista, tendo em vista que a origem da arbitragem é contratualista, entretanto, a sua finalidade é atividade jurisdicional”³¹.

Esse entendimento é defendido por importantes nomes da doutrina arbitral, como Joel Dias Figueira Júnior³², Selma Ferreira Lemes³³, José Cretella Neto³⁴, Luiz Roberto Ayoub³⁵ e, por fim, Eduardo Silva da Silva³⁶, de acordo com o qual:

Entendo que a natureza da arbitragem seja mista ou híbrida, abrangendo simultaneamente o seu fundamento que se dá em uma convenção privada (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) e seus efeitos que são jurisdicionais (diluição de controvérsias e pacificação social). É instituto limítrofe entre as atividades normalmente enquadradas como atividade pública e atividade privada,

²⁹ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. RArb 14/51.

³⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

³¹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 05.

³² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº 9.307/96, de 23.09.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 152.

³³ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

³⁴ CRETILLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

³⁵ AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – Uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 25-29.

³⁶ SILVA, Eduardo Silva. *Arbitragem e direito da empresa – Domática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

consistindo em um fenômeno complexo que sofre os influxos dessas duas polaridades (...).

José de Albuquerque Rocha também sustenta a natureza híbrida da arbitragem:

A arbitragem é, pois, uma instituição complexa, ou seja, uma síntese de elementos privados e públicos: privados em sua origem e públicos quanto a seus efeitos. Traduzindo isso em terminologia normativista mais precisa, diríamos ser a arbitragem uma realidade que tem por base uma atividade contratual privada que a lei toma em consideração, erigindo-a à categoria de fato jurídico, para o fim de imputar-lhe efeitos jurisdicionais, qualificados pela coisa julgada, que é uma característica essencial da atividade jurisdicional.

Há uma crítica feita a esse posicionamento, no sentido de que essa teoria misturaria arbitragem e processo judicial, isto é, a arbitragem iniciaria no processo arbitral, mas só terminaria na fase de execução, que se dá no Poder Judiciário. Para Ricardo Ranzolin³⁷:

Nem os defensores da tese jurisdicionalista enxergaram haver arbitragem no processo judicial de execução. Assim, se só há arbitragem antes da execução judicial, não pode o que ocorre nessa última ser considerado como parte constituinte da arbitragem e de sua natureza. Em outras palavras, a disposição sobre o caráter jurisdicional, contratual ou misto da arbitragem está fucrado na condição de serem jurisdicionais, contratuais ou mistos o processo arbitral e sua decisão – que é quando há arbitragem. Depois dela, tanto os defensores da tese contratual como os da jurisdicional concordam que se está já em puro processo judicial.

Cabe mencionar, ainda, o entendimento preconizado por Alexandre Freitas Câmara que, embora se aproxime da Teoria Mista, difere desta. Entende o processualista que a natureza da arbitragem não é privatista, contratual, e sim publicista, mas, mesmo assim, não possui caráter jurisdicional, caracterizando-se como mero “sucedâneo jurisdicional”³⁸.

Assim, na busca de um meio termo entre a teoria publicista e a teoria privatista, e teoria mista é sustentada por uma pequena parcela da doutrina, o que não a isenta de críticas e de falhas. Mesmo assim, o entendimento é digno de referência.

³⁷ RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 58.

³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. 1. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

2.2.4. Natureza Autônoma da Arbitragem

Por fim, Francisco José Cahali ainda menciona a existência de uma Teoria Autônoma, segundo a qual a arbitragem seria um método próprio de solução de conflitos desvinculado de qualquer sistema jurídico. Essa corrente “tem importância nos procedimentos de arbitragem internacional, nos quais há certa independência à ordem local de uma ou outra parte”³⁹. Contudo, o posicionamento não é muito difundido.

Seja qual for a corrente que se adote, necessariamente se precisa ter claro o que se entende por “jurisdição”, isto é, o que significa prestar uma tutela jurisdicional.

2.3. A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Vistas as teorias acerca da natureza da arbitragem, e tendo se apontado que, hoje, a mais aceita é a corrente segundo a qual a arbitragem possui natureza jurisdicional (teoria publicista), faz-se necessário assentar a definição de “jurisdição”.

Até porque o que se busca neste estudo é aproximar a figura do árbitro e do juiz togado, de modo que além do segundo, também o primeiro possa realizar o controle difuso de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, precisa-se ter em mente esse conceito jurídico, que vem sendo delineado há muito pela doutrina processual e que hoje podemos aplica-lo também à arbitragem.

2.3.1. O Conceito de Atividade Jurisdicional

A atividade jurisdicional pode ser compreendida como um ato de colaboração entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, uma vez que o legislador “outorga direitos” aos cidadãos e o julgador os aplica no caso concreto, solucionando casos em que não são observados de forma espontânea⁴⁰.

³⁹ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 108.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior entende a jurisdição como “o poder que toca ao Estado, entre as suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”⁴¹. Segundo o autor, a atividade jurisdicional existiria sempre que se estivesse diante de um “litígio”, isto é, sempre que se compusesse a “lide”.

O conceito de lide, segundo a clássica visão de Carnelutti, seria existência de “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”⁴². Portanto, sempre que estivesse diante de uma pretensão resistida a partir de um conflito de interesses, compor-se-ia uma lide e seria possível a intervenção de um terceiro imparcial que iria julgar a causa à luz do direito, exercendo, assim, atividade jurisdicional.

É exatamente em Carnelutti que se encontra um dos polos teóricos mais clássicos sobre o conceito de jurisdição. Tem-se, de um lado, Carnelutti e, do outro, Chiovenda. Para o primeiro, a jurisdição seria uma função de composição de lide (existindo uma lide, haveria jurisdição), ao passo que para o segundo a lei já preveria todas as situações possíveis, de modo que o Estado, por meio da jurisdição, apenas precisaria declarar o direito positivo⁴³.

A definição de jurisdição passou por diversas transformações, de acordo com o momento histórico. Hoje, não mais prepondera o sentido de jurisdição que se atribuía na doutrina clássica, em que se falava em imperativo da lei, que a norma era preexistente e o julgador somente deveria delinear o caso concreto e subsumi-lo àquela norma dada pela lei⁴⁴.

Esse entendimento vem da própria concepção do termo, que nasce do latim *iuris dictio*, isto é, “dizer o direito”. Ou seja, o direito preexistia à situação litigiosa e caberia ao julgador dizer o direito, aplicar o direito posto na situação concreta.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 48.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936, vol. 1, nº 2 e 14.

⁴³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 78-79.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

No Estado Constitucional, contudo, pressupõe-se que não mais haja o “absolutismo do legislador”, de tal sorte que todas as leis devem estar em conformidade com a Constituição e com os direitos fundamentais nela preconizados. Segundo John Rawls:

A lei mais alta é a expressão do poder constituinte do povo e tem a autoridade mais alta da vontade de ‘Nós, o Povo’, ao passo que a lei ordinária tem a autoridade do poder ordinário do parlamento e do eleitorado, e é uma expressão desse poder. A lei mais alta restringe e guia esse poder ordinário.

Dessa forma, qualquer conceito de jurisdição que se tenha hoje deve ser no sentido de que o julgador está submetido às normas constitucionais e aos direitos fundamentais, não se bastando sua atividade como mera subsunção do fato à norma preexistente dada pela lei.

É a partir dessa premissa que Marinoni, Arenhart e Mitidiero entendam o conceito de jurisdição no Estado Constitucional: o julgador interpreta a lei à luz da Constituição e dos direitos fundamentais e, quando faz essa interpretação, atribui sentido ao texto normativo, realizando verdadeira reconstrução da ordem jurídica.

Para os autores, portanto, a tarefa do juiz é a de atribuir sentido aos textos legais, observando-se, para isso, as disposições constitucionais e os direitos fundamentais; assim, a tarefa jurisdicional estaria diretamente ligada ao controle de constitucionalidade:

Porém, o que importa é evidenciar que esse novo significado de criação da norma jurídica serve para explicar a conformação da lei e da legislação aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, assim como para evidenciar que a tarefa empreendida com a interpretação judicial não é meramente cognitiva, declaratória de uma norma preexistente, nem tampouco uma atividade que implique propriamente sua criação judicial, mas é uma atividade que colabora com a própria conformação da norma, outorgando significado ao seu texto.⁴⁵

Assim, se na teoria clássica de jurisdição o juiz apenas exercia um papel declaratório, descrevendo a norma preexistente, hoje a atividade jurisdicional consiste na atribuição de sentido ao texto legal, mesmo que ainda hoje persista

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

corrente doutrinária no sentido de que o direito preexista à atividade jurisdicional⁴⁶.

Seja para a teoria clássica de jurisdição, seja para a visão contemporânea, certo é que, em todos os estudos sobre o tema, a jurisdição é sempre explicada como o exercício de uma função estatal, como uma das principais funções do Estado.

A partir da solidificação e do fortalecimento da arbitragem seja no Brasil, seja no cenário internacional, a jurisdição não mais é tida como função exclusiva do Estado. Diante disso, Nelson Nery Júnior afirma que “a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário”⁴⁷.

A partir das características comumente atribuídas à função jurisdicional, poderá se perceber que, no cenário atual, a arbitragem é, sim, uma forma de prestação de tutela jurisdicional.

2.3.2. Características da Atividade Jurisdicional

A doutrina tem apontado três características essenciais da atividade de jurisdição. Humberto Theodoro Júnior, contudo, entende serem cinco os fatores que caracterizam a jurisdição, incluindo os três principais pontos elencados pela doutrina geral.

Para que se possa ter uma visão mais abrangente, adotar-se-á a visão do Professor Humberto Theodoro Júnior, segundo o qual, para que se configure a atividade jurisdicional, é necessário que a atividade seja (i.) secundária, (ii.) instrumental; (iii.) declarativa ou executiva; (iv.) desinteressada; e (v.) provocada.

A partir da análise de todas as características próprias da função jurisdicional, perceber-se-á que não há qualquer razão para que a atividade do árbitro não seja compreendida como jurisdição propriamente dita, como se verá em tópicos subsequentes.

⁴⁶ Alinhando-se nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirma: “Ao afirmar a existência dessa característica, estou, mais uma vez, afirmando minha opção pela teoria dualista do ordenamento jurídico, segundo a qual o Estado, ao exercer a função jurisdicional, não cria direitos subjetivos, mas tão somente reconhece direitos preexistentes”. (CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84).

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9 ed. revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 153.

2.3.2.1. Atividade Secundária

Uma das principais características atribuída à jurisdição é o seu caráter “secundário”.

Como visto, somente pode haver jurisdição quando houver um litígio, uma lide, que se configura pela pretensão resistida de uma das partes. Assim, a incumbência originária para que se efetivasse o bem da vida buscado era das próprias partes. Contudo, por alguma circunstância, houve a resistência a uma pretensão, que fez com que surgisse a lide e, somente então, transferiu-se o ônus para um julgador imparcial.

Diante disso, a jurisdição é secundária pois recebe das partes o direito de dirimir a questão havida entre elas, que deveria ter sido resolvida pacificamente.

Sobre o ponto, Alexandre Freitas Câmara ensina que:

Tal característica da jurisdição decorre do fato de originariamente ter cabido aos próprios interessados a função de tutela dos interesses. No início do desenvolvimento do Direito, a regra era a autotutela. Em determinado momento da evolução da consciência jurídica, porém, viu-se que a justiça não podia ser feita se tivesse o perfil de vingança que adquiria por ser feita de mão própria pelo titular do interesse lesado⁴⁸.

Assim, a função de jurisdição somente existe como secundária, ou como substitutiva, isto é, quando o litígio não se resolve de forma pacífica pelas próprias partes.

Essa característica pode ser observada tanto na jurisdição estatal, quanto na jurisdição arbitral, uma vez que as partes decidem – por meio de sua autonomia da vontade – que eventual (no caso de cláusula compromissória) ou existente (em caso de compromisso arbitral) litígio será dirimido por essa via alternativa de solução de litígios. Veja-se: a arbitragem foi a segunda via buscada, uma vez que o litígio não pôde ser resolvido pelas próprias partes, sendo possível falar-se nessa característica de jurisdição também no âmbito arbitral.

2.3.2.2. Atividade Instrumental

A característica da instrumentalidade se dá pelo fato de que a jurisdição é apenas um meio pelo qual o direito se aplica às situações concretas, não

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 83-84. .

havendo outro objetivo principal que não o de impor obediência aos cidadãos. Humberto Theodoro Júnior explique que a atividade jurisdicional somente existe para “dar atuação prática ao direito”.

Também essa característica se aplica tanto ao processo judicial, quanto ao procedimento arbitral, por meio do qual o árbitro se vale do procedimento para dar atuação ao direito escolhido pelas próprias partes.

2.3.2.3. Atividade Declarativa ou Executiva

A terceira característica da função jurisdicional é que seja uma atividade declarativa ou, então, uma atividade executiva. Isso porque “a atividade jurisdicional não é fonte de direito”⁴⁹.

Isso quer dizer que, por meio da atividade jurisdicional, o julgador não pode criar direitos que não estejam postos pela legislação. Nota-se: a atividade jurisdicional consiste em declarar ou executar direitos existentes. Contudo, isso não conduz à afirmação de que a norma preexiste à atividade jurisdicional.

Como visto, somente a partir da interpretação do texto legislativo, em consonância com os direitos fundamentais e com a Constituição, é que se aplica a norma ao caso concreto. Mesmo assim, como é sabido, ao julgador não é dado o direito de legislar. Dessa forma, a atividade jurisdicional – por meio da interpretação e reconstrução do sentido do texto – deve declarar ou executar direitos existentes, função essa também devidamente desempenhada pelo árbitro ao aplicar o direito escolhido pelas partes no termo arbitral.

2.3.2.4. Atividade Desinteressada

Ainda, é característica da função jurisdicional o desinteresse na causa, o que diz respeito à imparcialidade do julgador, seja ele o juiz togado, seja ele árbitro escolhido.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50.

“O juiz mantém-se equidistante dos interessados e sua atividade é subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesse”⁵⁰.

O conceito da imparcialidade do julgador é ponto pacífico, pois, até onde se sabe, não se defende na doutrina que o julgador deva ter interesse próprio na vitória de uma das partes litigantes.

Essa característica perfaz todo o ordenamento jurídico, seja pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXVII⁵¹), seja pelo Código de Processo Civil (artigo 144 e seguintes). Confirmando a presença de todas as características da função jurisdicional também na arbitragem, o artigo 13, §6º, da Lei de Arbitragem, concretiza a observância da imparcialidade do árbitro:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

Dessa forma, observa-se que somente poderá se falar em legítima atividade jurisdicional quando a atividade for exercida por um terceiro imparcial, desinteressado do resultado dado ao litígio.

2.3.2.5. Atividade Provocada

Por fim, a doutrina traz como característica essencial da atividade jurisdicional o consagrado “princípio da demanda” ou “princípio da inércia”, consubstanciado pelo artigo 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual:

Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Isso porque, embora seja atividade típica da autoridade estatal, comumente as questões debatidas em juízo são de interesse privado, de tal sorte

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 52.

⁵¹ 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:
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

a “não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser quando solicitada, nos casos controvertidos, pela parte interessada”.⁵²

Também neste ponto não giram grandes controvérsias: no processo civil, a atividade jurisdicional é estática, inerte, e depende da provocação da parte para que haja a intervenção.

Essa característica se dá ainda com mais força na arbitragem, pois não basta que as partes levem a controvérsia ao árbitro para julgamento, elas já optaram anteriormente por se valerem desse método alternativo de solução de controvérsia.

Na arbitragem, portanto, são dois os momentos em que há o rompimento da inércia e a solicitação que haja intervenção de um terceiro imparcial para aplicar o direito escolhido a demanda: em primeiro lugar, na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral; em segundo lugar, quando efetivamente surge o litígio e as partes se socorrem do instituto para dirimir a controvérsia.

2.3.3. Comparação da Arbitragem com Administração Pública

Um importante e elucidativo paralelo, traçado por Alexandre Freitas Câmara, é entre a atividade de jurisdição e a Administração Pública⁵³. O autor, a partir de algumas características, demonstra os motivos pelo qual não se pode considerar a atividade administrativa do Estado como jurisdição.

A importância dessa análise é que também nesse ponto a arbitragem se equipara à atividade jurisdicional.

O autor aponta que a Administração Pública não poderia se enquadrar como atividade jurisdicional por não ser imparcial, por exercer atividade originária (e não substitutiva), itens que já foram analisados anteriormente, mas, também, o autor aponta a definitividade da sentença (ao contrário dos atos administrativos, que podem ser revogados a qualquer tempo) como uma característica para afastar a função jurisdicional da Administração Pública.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 52.

⁵³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77-78.

A questão é que, diferente dos atos administrativos, a sentença arbitral é definitiva e produz os mesmos efeitos da sentença judicial:

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Além disso, a sentença arbitral constitui título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:
(...)
VII - a sentença arbitral;

Por essa razão, diferente da atividade administrativa do Estado, a arbitragem constitui decisão definitiva. Não há como se negar, portanto, a identidade entre a função exercida pelo juiz e a função exercida pelo árbitro, o que vem consubstanciado no próprio Código de Processo Civil.

2.3.4. Objetivo da Atividade Jurisdicional

Sem grandes devaneios, pode-se dizer que o fim último da atividade jurisdicional é a prestação de tutela jurisdicional à parte interessada. Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁵⁴:

Não há dúvida de que a jurisdição, atualmente, tem a função de tutelar (ou proteger) os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Porém, isso não quer dizer, com é óbvio, que a jurisdição não se preocupe em garantir a idoneidade da defesa ou a adequada participação do réu. O que se deseja evidenciar é que a função jurisdicional de tutela dos direitos é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado Constitucional. O exercício dessa função abarca a tutela dos direitos fundamentais e viabiliza a parti coação do povo na reivindicação dos direitos transindividuais e na correção dos desvios na gestão da coisa pública, além de garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção.

A parte que rompe a inércia da atividade jurisdicional e submete a pretensão resistida para que um terceiro imparcial julgue o litígio tem o único e simples interesse de ver resolvida a questão posta em discussão.

É a partir dessa premissa da finalidade da função jurisdicional e de todas as características atribuída a essa atividade que se chega à conclusão de que o

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 158-159.

árbitro, no exercício de sua função, exerce, sim, jurisdição, uma vez que, a partir da confiança atribuída pelas partes, desempenha de forma imparcial, desmotivada, a aplicação do direito ao caso concreto, com o fim de solucionar o litígio apresentado pela parte interessada.

Assentadas essas questões, não deverá restar dúvidas de que a arbitragem é uma forma alternativa de jurisdição, tal qual a atividade exercida pelo Poder Judiciário.

2.4. A JURISDIÇÃO NA ARBITRAGEM

Diante da delimitação de o que se entende hoje por “jurisdição”, a partir das características apresentadas no item anterior, pôde-se concluir que a arbitragem é um meio alternativo de prestação de tutela jurisdicional à parte interessada que por duas vezes rompe a inércia do sistema arbitral e, em primeiro lugar, submete-se a esse instituto e, em segundo lugar, leva seu conflito atual e concreto para solução dos árbitros.

Feita a aproximação da atividade do árbitro com a atividade do juiz, por meio dessas características e conceitos de jurisdição, passa-se a demonstrar como a doutrina arbitral e também a jurisprudência têm se inclinado de forma massiva no sentido de ser a arbitragem também uma forma de jurisdição, de modo que as partes

2.4.1. O Posicionamento da Doutrina

Os livros escritos sobre o tema da arbitragem, sejam eles cursos, sejam eles sobre temas específicos, em geral sempre tratam num capítulo preliminar sobre a natureza jurídica da arbitragem.

Os fundamentos para a adoção da teoria segundo a qual a arbitragem teria natureza jurisdicional, basicamente, assentam-se na garantia de que a sentença arbitral constitui título executivo judicial (artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil), o que é reafirmado pelo artigo 31 da Lei de Arbitragem. Por fim, também trazem a disposição do artigo 18 da Lei de Arbitragem, segundo a qual o árbitro é juiz de fato e de direito.

A posição majoritária da doutrina é, sem dúvida, no sentido de que a arbitragem presta também uma tutela jurisdicional.

Para Francisco José Cahali⁵⁵:

A jurisdição, então, impõe-se, quer seja ela exercida pelo Estado, quer na arbitragem. Assim, o árbitro estará investido de jurisdição ao caso que lhe for apresentado pelos interessados. E sua decisão obriga as partes mesmo diante de solução contrária aos interesses ou expectativas. O árbitro exerce, sem dúvida, ação cognitiva na atividade julgadora, no sentido de reconhecer e aplicar o direito ao caso concreto. Os argumentos trazidos pelas partes são avaliados de acordo com todo o contexto probatório, e, com base nestes elementos, analisadas as questões de fato e de direito, obedecidas as regras de direito material e processual, promove-se o julgamento do litígio, tal qual se faz no Judiciário, ensejando em uma e outra hipótese a coisa julgada.

José Eduardo Carreira Alvim também entende da mesma forma, afirmando que:

Para quebrar de vez a resistência ortodoxa, optou o legislador por uma postura mais agressiva, dizendo com todas as letras, no art. 18 da Lei de Arbitragem, que o árbitro pe juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário [...] Prescreveu também o art. 31 da nova Lei de Arbitragem que 'a sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo'. Mais não teria sido preciso para apor, na sentença arbitral, o rótulo de 'jurisdicional. E para ele a amplitude do que significa a arbitragem ser jurisdicional radicar-se-ia no fato de que ela 'não pode ser considerada um simples equivalente jurisdicional, porquanto não proporciona um resultado equivalente à sentença, mas uma verdadeira e própria sentença, em tudo e por tudo idêntica, em valor jurídico e eficácia, à que se obtém através da jurisdição estatal⁵⁶.

Dentre outros arbitralistas, Joaquim de Paiva Muniz ratifica o posicionamento favorável à arbitragem como jurisdição:

Não obstante, independentemente das diversas posições acima sintetizadas, o que deve ficar claro, para não se refrear o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, é que, no curso da arbitragem, o árbitro detém diversos poderes tipicamente jurisdicionais, especialmente no tocante a decisões interlocutórias e sobre o mérito da causa. Mostra-se perfeitamente possível, assim, que após instaurada a arbitragem, o árbitro reanalise o teor de uma cautela pré-arbitral concedida pelo Poder Judiciário, ou que um parbitro solicite que um juiz estatal dê cumprimento a decisão proferida no âmbito do processo arbitral, sem que este possa fazer qualquer avaliação de mérito de tal decisão arbitral⁵⁷.

⁵⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

⁵⁶ CARREIRA ALVIM, J. E. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 87-89.

⁵⁷ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 40.

Entretanto, mesmo que majoritária, a doutrina arbitral, no que diz respeito à natureza jurisdicional do instituto, infelizmente, ainda não é pacífica.

Importantes nomes do cenário arbitral nacional, como é o caso de Ricardo Ranzolin, nega veementemente que os árbitros exerçam atividade jurisdicional. O autor combate um a um os argumentos defendidos pela doutrina majoritária, chegando à conclusão de que a jurisdição somente poderia ser exercida pelo Estado:

A atividade jurisdicional, nos termos da Constituição, então, é atividade do Poder Judiciário – com as exceções previstas no próprio texto constitucional. Com isso, reitera-se, não se está a dizer que só a atividade jurisdicional é apta e eficaz para solucionar conflitos. Ao contrário, a arbitragem tem a missão de ser instrumento para solucionar lides. Contudo, por ora se está a dizer que a arbitragem, nos termos da Constituição Federal, não é atividade jurisdicional; ela ocupa outra órbita jurídica. A Constituição é rígida e exclusivista no que tange à delimitação das competências das funções judiciais ao Poder Judiciário e na definição de seus órgãos, entre os quais não se incluem os árbitros escolhidos pelas partes. Os árbitros em que se louvam as partes não têm competência judicial, ao menos no sentido estrito que lhe dá a Constituição Federal, e o julgamento arbitral não é um julgamento judicial *stricto sensu*. A arbitragem não é espécie do gênero processo judicial.

O entendimento apresentado por Ricardo Ranzolin tem como consequência tão somente enfraquecer o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, muito embora o autor seja grande estudioso do tema e coordene um trabalho de compêndio de jurisprudência arbitral no Brasil, por meio do site Arbipedia⁵⁸.

Acompanhando a posição minoritária de Ranzolin, Eduardo Talamini entende⁵⁹ que:

[...] a afirmação da constitucionalidade da arbitragem nem por isso permite que simplesmente se considerem os árbitros e tribunais arbitrais como agentes e órgãos da jurisdição, ao lado daqueles integrantes do Poder Judiciário – de modo a reputar a distribuição de atribuições entre uns e outros um mero problema de competência.

Por fim, cabe mencionar também o posicionamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que também negam categoricamente a natureza jurisdicional da arbitragem. Os autores partem do raciocínio de que a atividade jurisdicional é própria do Estado e que a Constituição Federal apenas faculta que as partes

⁵⁸ <https://arbipedia.com/>

⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330.

renunciem a esse direito e se valham de outro método alternativo de solução de conflitos, que, contudo, não constitui jurisdição propriamente dita:

A regra que reconhece a inafastabilidade da jurisdição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, art. 5º, inciso XXXV, da CF), evidentemente não proíbe que pessoas capazes possam excluir a possibilidade de o Poder Judiciário rever conflitos que digam respeito a direitos patrimônios disponíveis quando as partes, usando livremente da vontade, optam pela arbitragem. Nesses casos, como é óbvio, não se exclui direito algum do cidadão ou se retira qualquer poder do Estado, pois os litigantes quando se definem pela arbitragem, exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade. Porém, como é evidente, não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional. Aliás, é risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada⁶⁰.

Embora se respeite o posicionamento divergente, apresentado acima, após analisar todas as características e o conceito atribuído à atividade jurisdicional, não há que se negar que a arbitragem possui essa natureza. Isso porque se trata de atividade de interpretação e aplicação do direito, exercida por terceiro imparcial, competente, cuja decisão constitui título executivo, sendo a atividade do juiz e do árbitro equiparadas por força de lei.

Dessa modo, correto o posicionamento da doutrina majoritária que defende que a arbitragem presta uma tutela jurisdicional às partes que dela se socorrem.

2.4.2 A Declaração de Constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, em 2001, por meio do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira Contestada nº 5206-7, do Reino da Espanha, realizou a análise da constitucionalidade da Lei de Arbitragem⁶¹.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175.

⁶¹ Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/SE-AGR_5206_EP-12.12.2001.pdf?Signature=Sxhex7iWTPit6SLHmVM6ql4jol0%3D&Expires=1528454875&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=1f09bf60cebe7068c1b4b7e587939379

O julgamento, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, ocorreu por se questionar a instituição da arbitragem em face do direito universal de acesso ao Poder Judiciário, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal:

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;

Isso porque foram levadas até o Supremo Tribunal Federal alegações de que a cláusula compromissória firmada pelas partes impediriam que elas tivessem acesso ao Poder Judiciário, violando diretamente o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Ocorre que, de forma acertada, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do caso, alinhando-se à doutrina de que a sentença cria uma norma individual para o caso concreto, entendeu que essa função não seria exclusiva do Estado, podendo ser relegada a métodos alternativos de solução de controvérsias, como a arbitragem:

O compromisso arbitral, contudo, funda-se no consentimento dos interessados e só pode ter por objeto a solução de conflitos sobre direitos disponíveis, ou seja, de direitos a respeito dos quais podem as partes transigir.

O direito de ação – afinal, em síntese, o objeto de proteção constitucional invocada -, nem por ser autônomo e abstrato, deixa de ser essencialmente instrumental: a garantia da ação – que é direito à prestação jurisdicional – visa a assegurar a verificação pelo juiz da pretensão material veiculada pela ação em cada caso e, se procedente, a sua efetivação, quando necessário, por meio da coação estatal.

Se esta, a coação para efetivar, na relação entre as partes, a norma jurídica individual da sentença, é monopólio do Estado, a própria determinação da norma concreta a executar não o é, se se cuida de direito privado e disponível; aí, reservam-se à autonomia das partes a transação e a própria renúncia.

Já o Ministro Nelson Jobim, em seu Voto Vista, analisou que a norma contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dirige-se ao legislador, isto é, o legislador não poderá criar mecanismos que excluam a possibilidade de o cidadão se valer do Poder Judiciário. O cidadão, contudo, poderá, sim, esquivar-se dessa via, a partir de sua autonomia da vontade:

Portanto, se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão de compor os seus conflitos por via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito à sua liberdade; a liberdade de tentar compor seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade. É permitido recorrer ao Poder Judiciário, assim como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade. É por isso que foi assegurado o direito de opção ao cidadão através da possibilidade de optar pelo Poder Judiciário ou não. Como se assegurou essa faculdade, esse direito do cidadão? Assegurou-se essa faculdade proibindo constitucionalmente a lei que vede o exercício da alternativa.

Também importante referir o Voto Vista do Ministro Ilmar Galvão, que também acenou pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem e pela necessidade de expansão e de solidificação do instituto no Brasil.

Afirmou que a escolha pela arbitragem, a partir da cláusula compromissória, tratar-se-ia de mera renúncia ao direito patrimonial e disponível no caso concreto, o que seria plenamente válido:

Não se cuida, entretanto, de ato por meio do qual alguém declara haver renunciado, de forma absoluta, a todo direito de ação, a partir de determinado momento, o que seria inadmissível, mas de simples cláusula contratual em que as partes vinculadas a determinada avença, que tenha por objeto direito patrimonial de natureza disponível, deliberam, de livre e espontânea vontade, que toda dúvida que o contrato vier a suscitar será, obviamente, por elas próprias dissipadas de comum acordo; e, com certeza, se não lograrem êxito nesse propósito, será ela, aí já qualificada como controvérsia, resolvida, necessariamente, por terceiro ou por terceiros de sua confiança, cuja decisão será obrigatoriamente por eles acatada.

A partir da declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, supostamente, acabariam as controvérsias a respeito do direito de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), o que não se confirmou.

De qualquer forma, é certo que o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal consolidou a posição já posta na Lei de Arbitragem no sentido de equiparar por igual a sentença arbitral e a sentença judicial, que geram as mesmas consequências jurídicas.

2.5. CONCLUSÕES

Após a análise de todas as questões trazidas neste capítulo, demonstrando-se sempre o posicionamento favorável e o posicionamento

divergente que existe na doutrina, entende-se que a arbitragem é uma forma de prestação jurisdicional.

Conforme visto, há duas teorias principais sobre a natureza jurídica da arbitragem – contratualista e publicista -, sendo que a segunda possui mais adeptos. Dentro dessa dualidade, viu-se que mesmo na doutrina arbitral o entendimento não é pacífico, contando com importantes doutrinadores que negam o caráter jurisdicional da arbitragem.

Contudo, em face das características elencadas que configuram a atividade de jurisdição, pôde-se perceber que também o instituto da arbitragem se enquadraria no conceito. Isso porque a arbitragem é uma atividade “secundária”, “instrumental”, “declaratória”, “desinteressada” e “provocada”, além de constituir um título definitivo, diferente do que se apresenta na atividade da Administração Pública, que poderia ser revogado a qualquer momento.

Além disso, há que se ter em mente que a Lei de Arbitragem, em diversos dispositivos, tratou de dar autonomia para o instituto, seja ao equiparar o árbitro ao juiz de fato e de direito (artigo 18 da Lei de Arbitragem), seja ao equiparar a sentença arbitral à sentença judicial (artigo 31 da Lei de Arbitragem), sem se falar na equiparação feita pelo próprio Código de Processo Civil, que elencou a sentença arbitral como título executivo judicial (artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil).

Some-se a isso o fato de que a arbitragem é um método alternativo de resolução de controvérsias por meio do qual o árbitro – escolhido e de confiança de ambas as partes – interpreta o direito indicado e decide o caso concreto, de modo a prestar a tutela jurisdicional a qual as partes têm direito.

Também se inclui nesse rol de fatores que apontam para a natureza jurisdicional da arbitragem o julgamento de constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em que o Supremo Tribunal Federal afirmou expressamente que a escolha do instituto não viola o direito de ação previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. É claro que isso, *per se*, não tem o condão de evidenciar a jurisdicionalidade da arbitragem. Entretanto, a partir de todos os fatores elencados acima, percebe-se que é evidente esse caráter.

Diante disso, se o árbitro presta uma tutela jurisdicional às partes, se o árbitro é juiz de fato e de direito, se a sentença arbitral se equipara à sentença

judicial, não há razões para se negar que o árbitro pode, sim, realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro permite que qualquer juiz, mesmo de primeira instância, realize essa a harmonização da lei ou do ato normativo em face da Constituição Federal, como se passa a analisar.

CAPÍTULO 3: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1. INTRODUÇÃO

Conforme visto no capítulo anterior, a escolha das partes de aplicação, no caso concreto, da lei brasileira implica, necessariamente, a obediência à Constituição Federal, que ocupa o ápice da pirâmide normativa no ordenamento jurídico pátrio.

Por isso, a observância das disposições constitucionais, que determinam as principais preocupações e prioridades de um Estado, deve ser prioridade do julgador quando da análise das normas incidentes no caso sob análise.

Assim, todo e qualquer ato normativo ou toda e qualquer lei aplicáveis ao caso concreto devem, obrigatoriamente, harmonizar-se com as disposições constitucionais. Para que haja essa harmonização, criou-se o chamado “controle de constitucionalidade”, segundo o qual o julgador sempre irá verificar a pertinência da lei ou do ato normativo com as determinações advindas da Constituição.

Cabe analisar, neste ponto, a importância, a disciplina dada pelo direito brasileiro e as formas existentes de controle de constitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, além dos pressupostos para a sua ocorrência. Como se verá, o direito brasileiro prevê duas sistemáticas de controle constitucional: a concentrada e a difusa, sendo que daremos prevalência para o controle difuso, por constituir objeto central deste estudo.

A questão que se pretende observar neste capítulo é que o controle difuso pode ser exercido por todo e qualquer juiz ordinário, não sendo prerrogativa própria de Tribunais Superiores. Com isso, pretende-se demonstrar a clara possibilidade de haver a declaração de inconstitucionalidade no bojo da arbitragem, que tem nos árbitros figuras dotadas de poder jurisdicional e que, por força de lei, são juízes de fato e de direito no caso concreto, conforme escolha livre das partes.

3.2. A CONSTITUIÇÃO E SUA SUPREMACIA PERANTE AS DEMAIS NORMAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição de um Estado nada mais é do que a fonte de regras que disciplinam a criação de normas essenciais de uma sociedade, que organiza os

entes estatais e que consagra um procedimento legislativo próprio⁶². Ela determina quais são os direitos fundamentais que serão resguardados pelo Estado, quais são as garantias e os limites da atuação privada e estatal. Em síntese, é um conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado⁶³.

Em aprofundada análise sobre o escopo e a definição da Constituição, Virgílio de Jesus Miranda Carvalho entende⁶⁴:

[Q]ue melhor se definirá a Constituição como estatuto jurídico fundamental da comunidade, isto é, abrangendo, mas não se restringindo estritamente ao político e, porque suposto este, não obstante a sua hoje reconhecida aptidão potencial para uma tendencial totalização, como tendo, apesar de tudo, uma especificidade e conteúdo material próprios, o que não autoriza a que por ele (ou exclusivamente por ele) se defina toda a vida de relação e todas as áreas de convivência humana em sociedade e levará à autonomização do normativo-jurídico específico (neste sentido, total – e não apenas tendencialmente – é o Direito), bem como à distinção, no seio da própria Constituição, entre a sua intenção ideológica-política e a intenção jurídica *stricto sensu*. Com este sentido também poderemos, então definir a Constituição como a lei fundamental da sociedade.

Não há como negar que a Constituição de um Estado exerce papel fundamental em diversas áreas de uma sociedade, notadamente ao estabelecer quais os princípios que regem a atuação estatal.

Ela é a norma fundamental do ordenamento jurídico⁶⁵, e suas disposições se colocam acima de todas as demais normas do ordenamento jurídico⁶⁶.

Há um verdadeiro escalonamento de normas jurídicas, isto é, degraus de imperatividade das normas umas frente às outras. Hans Kelsen afirma que: “Cada grau de ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior”⁶⁷. Kelsen entende, portanto, que o ordenamento jurídico não é

⁶² FERREIRA MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 1049-1050.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 37

⁶⁴ CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p.13.

⁶⁵ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 144.

⁶⁶ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*. In: *Direito Constitucional: defesa da constituição*. Clèmerson Merlin Cleve; Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 126.

um sistema de normas situadas no mesmo plano, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas e níveis de normas jurídicas⁶⁸.

Desse modo, no nosso ordenamento jurídico é a Constituição Federal que ocupa o topo desta pirâmide normativa. Fala-se em supremacia da Constituição sobre todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. E, de acordo com Carlos Velloso, o que torna eficaz o princípio da supremacia da Constituição é o controle de constitucionalidade⁶⁹.

Para Gilmar Mendes, a supremacia constitucional tem assento nas próprias disposições constitucionais, configurando-se como uma decorrência do princípio do Estado Constitucional (artigo 1º, da Constituição⁷⁰), da aplicação imediata dos direitos fundamentais (artigo 5º, §1º⁷¹, da Constituição), da vinculação dos órgãos estatais a esses direitos fundamentais, da imutabilidade dos princípios constitucionais no que se refere a direitos fundamentais e, por fim, do procedimento especial para reforma da constituição⁷². Tudo isso ressaltaria a supremacia constitucional.

O entendimento da supremacia da Constituição perante as outras normas legais teria surgido, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes⁷³, do mesmo julgamento que deu origem ao controle de constitucionalidade difuso (objeto deste estudo), que foi o caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana. Neste precedente histórico, Gonçalves afirma que foram duas as conclusões principais obtidas pelo *Chief of Justice Marshall*:

- 1) A Constituição prevalece sobre todo o ordenamento ordinário, mesmo o posterior a ela, porque dotada de suprelegalidade;

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 155.

⁶⁹ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*. In: *Direito Constitucional: defesa da constituição*. Clèmerson Merlin Cleve; Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

⁷⁰ Art. 1º 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:

⁷¹ 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:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷² FERREIRA MENDES, Gilmar. *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos*. In: *Direito Constitucional: defesa da constituição*. Clèmerson Merlin Cleve; Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 619.

⁷³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*: 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13.

2) Se a Constituição prevalece e não sucumbe às normas ordinárias contrárias a ela, as infringências serão defendidas, em regra, na maioria dos países, pelo Poder Judiciário.

O caso *Marbury vs. Madison*, portanto, deu ensejo à ideia de separação hierárquica da Constituição frente a outras normas do ordenamento jurídico e, ainda, fez surgir o controle de constitucionalidade difuso, que pode ser exercido por qualquer juiz de direito que possa competência jurisdicional para adequar o ato concreto à Constituição, como se passa a demonstrar.

3.3. IMPORTÂNCIA E SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Uma das principais considerações feitas acerca da importância e do modo de funcionamento do controle de constitucionalidade data de 1788, em escritos elaborados por Hamilton, Madison e Jay, no consagrado compêndio de 85 artigos lançados nos principais jornais dos Estados Unidos para assegurar a consistência da então recém promulgada Constituição Americana:

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso seria o mesmo que afirmar que o constituído é superior ao constituinte, o criado superior ao amo, os representantes do povo superiores ao próprio povo e que os homens que obram em virtude de determinados poderes podem fazer não somente o que estes o permitem, mas também o que proíbem⁷⁴

Esse pensamento apresentado já em 1788 por Hamilton, Madison e Jay, na série de 85 artigos publicados pelos autores que constituem “O Federalista”. No trecho acima se demonstra que a ideia de conformidade dos atos normativos à Constituição está há muito tempo presente nas discussões jurídicas sobre Constituição, o que corrobora ratifica importância do tema, que até hoje gera divergências.

O controle de constitucionalidade, na visão do Ministro Alexandre de Moraes, significa “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”⁷⁵. A própria acepção da expressão traduz o escopo do instituto:

⁷⁴ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist*, Apud DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 659.

pretende-se verificar se aquele ato praticado ou se aquela lei promulgada está de acordo com os ditames estabelecidos pela Constituição Federal.

Para Jorge Miranda, o controle de constitucionalidade se trata de uma “relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”⁷⁶.

Essa análise acerca da compatibilidade, da afinidade, da norma ou do ato jurídico às disposições da Constituição pode se dar de duas formas⁷⁷: pelo controle difuso ou pelo controle concentrado.

O segundo se dá pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é julgada pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 102, inciso I, alínea a, CF) e que os efeitos da decisão serão *erga omnes*. Contudo, as discussões e entendimentos acerca deste instituto não são objetos do presente estudo. Constitui o cerne da análise em questão o controle difuso, em que qualquer juiz ou Tribunal pode declara a inconstitucionalidade de um ato normativo, sendo que os efeitos da decisão serão tão somente *inter partes*.

3. 4. CONTROLE DIFUSO (INCIDENTAL OU CONCRETO)

O controle de constitucionalidade difuso é, no entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷⁸, um ato natural, ordinário, uma vez que:

A verificação da constitucionalidade não é senão um caso particular de verificação de legalidade, ou seja, da verificação da concordância de um ato qualquer, como de um regulamento, à lei, tarefa que rotineiramente é desempenhada pelo Judiciário.

Trata-se de uma das formas de harmonização de atos normativos à Constituição. Lúcio Bittencourt afirma que o controle difuso pressupõe uma

⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. 6, pp. 273-274.

⁷⁷ Há, contudo, diversas maneiras de se classificar o controle de constitucionalidade: quanto ao número de fiscais da constitucionalidade; quanto à qualificação dos fiscais; quanto ao momento da declaração; quanto ao tipo de fiscalização; quanto à posição na sequência processual; quanto à etapa de tramitação; quanto aos legitimados para promover o controle; quanto ao alcance pessoal dos efeitos da decisão; quanto à carga de eficácia preponderante e alcance temporal da decisão. Sobre o ponto, veja-se DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3 ed. atual. e ampl. Atlas: São Paulo, 2014.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 32.

controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva⁷⁹. Bernardo Gonçalves, por sua vez, entende que o controle difuso “ocorre num caso concreto, via exceção, e de modo incidental”⁸⁰.

A doutrina, portanto, aponta duas características essenciais para que se possa falar em controle difuso: a ocorrência da violação à constituição no caso concreto; e a alegação pela via de exceção, não constituindo objeto principal da demanda.

A alegação de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo se dá no caso concreto, ou seja, depende dos fatos e das regras incidentes sobre a discussão particular entre autor e réu, motivo pelo qual os efeitos da declaração de inconstitucionalidade também se darão somente *interpartes*.

Isso porque, diferentemente do controle concentrado (ou abstrato), não pode haver apenas uma “hipótese”, uma alegação de eventual afronta à Constituição. Deve estar presente no caso em discussão a violação à Constituição.

Além disso, o controle de constitucionalidade difuso ocorrerá sempre por via de exceção e de modo incidental, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo não constitui o objeto principal da demanda⁸¹, mas uma questão incidental que deverá ser analisada antes do mérito do caso.

Ensinava Rui Barbosa que “A inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”⁸².

Bernardo Gonçalves Fernandes traz um didático exemplo para elucidar a questão:

Como exemplo, podemos citar uma tradicional questão de direito civil:
X ajuíza uma ação contra Y pleiteando danos morais sob a alegação

⁷⁹ LUCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 101 e 105-110.

⁸⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 919.

⁸¹ A declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo como objeto principal da ação se dá no controle concentrado de constitucionalidade, notadamente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuíza-se uma ação que possui somente o escopo de ver analisada a constitucionalidade daquela lei ou daquele ato normativo, sem que haja uma discussão de mérito por detrás.

⁸² BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

de que Y teria descumprido uma norma do ordenamento jurídico e com isso causado externo prejuízo a X. Y, na sua defesa (contestação), alega que realmente descumpriu a norma referida, porém, descumpriu porque a mesma era inconstitucional, e entre cumprir uma norma civil e a Constituição, ele cumpriu a Constituição. Vejamos aí m incidente (uma questão prejudicial), pois a questão central (principal) da ação é a questão de direito civil e o debate sobre os danos morais (objeto do pedido), mas não terá como o magistrado decidir se o autor tem ou não direito a indenização se antes ele não decidir se a norma objeto do caso concreto é ou não constitucional. Essa dúvida (sobre a constitucionalidade ou não da norma) afeta o julgamento da questão principal do caso.

Tem-se, assim, que o controle de constitucionalidade difuso pressupõe a existência de um conflito concreto (e não uma hipótese abstrata) e que seja decidido de forma incidental, ou seja, não pode constituir o objeto principal da ação.

Esses são os pressupostos objetivos para a realização do controle de constitucionalidade difuso.

Já quanto ao pressuposto subjetivo para a sua existência, deve-se analisar a competência do julgador para declarar a inconstitucionalidade. Entende-se que a declaração poderá ser feita por todo e qualquer “juiz” ou Tribunal do país, como ensina o Ministro Luís Roberto Barroso⁸³:

Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem em doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual, seja federal.

Esta questão é de salutar importância para o objeto deste estudo: são competentes para declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo no caso concreto todo e qualquer juiz mesmo de primeira instância.

É dizer: o controle difuso de constitucionalidade permite a qualquer juiz testar a constitucionalidade dos atos normativos invocados pelas partes litigantes em seu caso concreto, ou seja, “é próprio e necessário de qualquer julgador; a constitucionalidade ou não de uma norma é objeto de exame pelos juízes de primeiro grau e por todos os tribunais”⁸⁴.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

⁸⁴ COSTA, José Rubens. *Controle difuso e concentrado de constitucionalidade*. Revista dos Tribunais. V. 799. Maio 2002, p. 135-144.

A declaração – feita por qualquer julgador ordinário – não exige um processo próprio ou especial. Conforme ensina Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, uma das características principais do controle de constitucionalidade difuso é o princípio da universalidade, segundo o qual “[A] inconstitucionalidade pode ser examinada em qualquer tipo de processo, seja comum ou especial, de conhecimento, cautelar ou de execução”⁸⁵.

O ensinamento exposto pelos autores somente ratifica o entendimento exposto até aqui, no sentido de que os juízes mesmo de primeira instância, em caráter excepcional (incidentalmente), ao analisar um caso concreto, podem – e devem – deixar de aplicar a lei ou o ato normativo que não se harmonizar com a Constituição Federal. Poder esse que, uma vez outorgado aos juízes ordinários, também se estende ao árbitro, livremente indicado pelas partes e que prestará a tutela jurisdicional.

Ao lado da possibilidade de todo juiz ordinário ter competência para declarar inconstitucionalidade no caso concreto, a Constituição Federal instituiu a chamada “cláusula de reserva de plenário”, por meio do artigo 97, que assim dispõe:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Então, sempre que a questão de constitucionalidade for posta diante de um Tribunal – isto é, não estiver sob análise de um julgador singular –, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente poderá ser feita pela maioria absoluta dos membros ou pelo órgão especial, se existente. Assim, a exigência do *quórum* qualificado, conforme o Ministro Luís Roberto Barroso, concretiza a presunção de constitucionalidade das leis⁸⁶.

A reserva de plenário é disciplinada também pelos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil, que determinam que o Relator do caso, após ouvir as partes e o Ministério Público, submeterá a controvérsia à Turma ou à Câmara,

⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 294.

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84.

que conhecerá ou não da arguição, levando, posteriormente, o caso ao plenário ou ao órgão espacial.

Além disso, o reconhecimento da inconstitucionalidade no caso concreto se configura não somente como uma faculdade para o julgador, mas como um dever, não se aplicando norma que se contraponha às normas constitucionais.

Isso porque, como visto no Capítulo anterior, a escolha da “lei brasileira” implica diretamente o respeito à Constituição Federal. Aplicar uma norma que vá de encontro à Constituição é, na verdade, negar-lhe vigência, o que não é facultado nem ao juiz togado, nem ao árbitro, uma vez que ambos estão – neste caso – sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no caso do controle difuso de constitucionalidade, que se atém a um caso concreto, os efeitos da decisão que julga inconstitucional lei ou ato normativo serão apenas *inter partes* e *ex tunc*.

É dizer: a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto não é extensível a outros casos semelhantes, não é vinculativa, não serve de “precedente obrigatório”. É que a decisão é tomada dentro e para o julgamento de um processo específico, no interesse das partes litigantes, e não no interesse da ordem jurídica como um todo.

Não obstante isso, essa decisão terá efeitos retroativos desde o momento da ocorrência do ato inconstitucional⁸⁷. Isso porque, em razão da supremacia da Constituição, o ato declarado inconstitucional jamais poderia ter gerado efeitos⁸⁸, de modo que todo e qualquer ato advindo daquela norma declarada inconstitucional será, por consequência invalidado.

Portanto, o controle de constitucionalidade difuso, também chamado de incidental ou concreto, é previsto no ordenamento jurídico brasileiro para que todo e qualquer juiz possa reconhecer a contrariedade à Constituição Federal no

⁸⁷ Eminentemente para o caso de processo judicial, pode haver a relativização da declaração com efeitos *ex tunc*. Por meio do Recurso Extraordinário n.º 197.917, julgado em 06.06.2002 pelo Ministro Maurício Corrêa, o STF - ao declarar inconstitucional Lei Orgânica Municipal que fixava o número de vereadores de forma que foi considerada violadora de preceito constitucional – decidiu que a declaração de inconstitucionalidade tomada pelo juiz teria apenas efeitos futuros. Isso para que não houvesse a invalidação de todos os atos tomados pela Câmara de Vereadores no período em que vigorou a Lei Orgânica do Município, tendo em vista o interesse público existente na causa.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

caso concreto, decisão essa que não poderá ser extensível a outros casos semelhantes.

3.5. CONCLUSÕES

O dever de qualquer juiz ou Tribunal deixar de aplicar uma lei ou um ato normativo inconstitucional corresponde diretamente ao direito do indivíduo de se negar a cumprir essa lei ou esse ato⁸⁹, assegurando-lhe, em último caso, a possibilidade de pleitear a um órgão jurisdicional que reconheça a inconstitucionalidade apontada.

O controle de constitucionalidade configura-se como um meio de garantir a supremacia da Constituição perante todas as demais normas do ordenamento jurídico, uma vez que em caso de haver qualquer ato ou qualquer lei contrária a ela, o ato será invalidado, com efeitos retroativos, demonstrando que a Constituição, em nosso sistema, imperará sobre todos os demais atos.

Embora possa ser classificado de várias formas, como objeto deste estudo, averiguou-se o funcionamento do controle de constitucionalidade difuso (também chamado de concreto), que se opõe ao controle concentrado, o qual é realizado por via própria e tem competência de julgamento exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Já o controle de constitucionalidade difuso se dá num caso concreto, a partir de uma circunstância que ocorreu no mundo dos fatos, e poderá ser reconhecida a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade por qualquer juiz ou Tribunal nacional. Os efeitos dessa decisão se darão tão somente entre as partes litigantes, não podendo ser extensível a outros casos semelhantes e, também, serão retroativos, invalidando todos os atos ocorridos desde o surgimento da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional.

E, como se verá, esse controle de constitucionalidade feito no caso concreto, com efeitos *inter partes* e *ex tunc*, pode ser realizado também pelo árbitro escolhido pelas partes para julgar o seu caso. Isso porque, por força de lei, o árbitro é juiz de fato e de direito e, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem possui natureza jurisdicional, o que confere aos

⁸⁹ FERREIRA MENDES, Gilmar. *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos*. In: In: *Direito Constitucional: defesa da constituição*. Clèmerson Merlin Cleve; Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 620.

árbitros poderes para exercer as mesmas prerrogativas dos juízes togados, a exceção do poder de execução.

Portanto, o sistema jurisdicional brasileiro permite duas vias de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. No difuso. Todo e qualquer juiz – mesmo de primeira instância – tem o poder (e o dever) de declarar inconstitucional lei ou ato normativo que contrarie a Constituição Federal, e essa poder também é extensível aos árbitros, como se passa a demonstrar.

CAPÍTULO 4: A POSSIBILIDADE DE O ÁRBITRO DECLARAR INCONSTITUCIONAL LEI OU ATO NORMATIVO NO CASO CONCRETO

4.1. INTRODUÇÃO

Este capítulo pretende retomar todas as premissas que foram assentadas ao longo deste trabalho, para que se possa chegar à clara e evidente conclusão de que o árbitro exerce, em matéria de cognição, funções idênticas às do juiz togado e, por isso, pode e deve declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo no caso concreto.

Para tanto, verificar-se-á qual o alcance desse poder pelo árbitro, analisando-se a doutrina específica sobre o tema e, por fim, analisar-se-á o precedente italiano, que em muito se assemelha ao que se pretende com esse trabalho: aproximar a função do juiz togado e do árbitro.

4.2. A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÁRBITRO

4.2.1. Delimitação do Escopo: Controle de Constitucionalidade pelo Árbitro em Ordenamentos Jurídicos com Previsão de Controle Difuso

No âmbito da arbitragem, os árbitros estão obrigados a aplicar o direito escolhido pelas partes para reger a controvérsia⁹⁰. E como visto anteriormente, aplicar o direito escolhido pelas partes implicar o respeito a todas as normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim, se o árbitro está incumbido de aplicar o direito brasileiro, deve respeitar a legislação ordinária, mas, sobretudo, como ocorre no nosso ordenamento jurídico, respeitar as disposições constitucionais, além das normas infralegais.

Até porque é próprio de ato jurisdicional que se interprete o texto legal e se busque a harmonização do sentido de acordo com os direitos fundamentais e com as disposições constitucionais⁹¹.

Ao longo do curso do processo arbitral, poderá existir conflito entre as normas, de modo que o árbitro deverá analisar, no caso concreto, se a lei ou o ato normativo sob análise não afronta as disposições constitucionais.

⁹⁰ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2 ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014, p. 1997.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 104.

Trata-se de uma decorrência direta e lógica do poder outorgado aos árbitros de serem juízes de fato e de direito do caso concreto (artigo 18 da Lei de Arbitragem). Caso não pudessem exercer o controle de constitucionalidade, não estariam eles aplicando o direito escolhido pelas partes, já que esse direito permitiria o controle pela via difusa.

Antes de mais nada, há que se deixar claro que quando se trata de conflito de normas são normas do mesmo ordenamento jurídico. Importante salientar essa questão porque pode haver confusão entre o direito escolhido e a sede da arbitragem. É que o conflito entre ordenamentos jurídicos distintos não faz parte da arbitragem, tratando-se, isso sim, de ramo do Direito Internacional.

Assim, o conflito entre normas hierarquicamente inferiores e a Constituição pode ocorrer de duas formas: pode haver coincidência entre a sede da arbitragem e o direito aplicável ao mérito do caso (por exemplo, arbitragem com sede no Brasil e direito brasileiro aplicável) ou, então, não coincidir sede e direito aplicável no procedimento arbitral (por exemplo, arbitragem com sede no Brasil e direito italiano aplicável ao caso).

Nessas circunstâncias, para Gustavo Fernandes de Andrade⁹²:

Em ambos os casos, a obrigação do árbitro de julgar o caso de acordo com o direito aplicável será rigorosamente a mesma: para cumprir fielmente a sua missão, deve ele considerar o ordenamento jurídico na sua integralidade, tendo a Constituição como seu instrumento normativo fundamental.

No escopo deste trabalho, analisar-se-á apenas a situação em que o ordenamento jurídico permite a todo e qualquer juiz de primeira instância declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo sob análise. Por óbvio, caso o sistema legal tenha elegido um direito em que há um único órgão para desempenhar esse papel, não caberia ao árbitro reconhecer a inconstitucionalidade no caso concreto, uma vez que mesmo o juiz togado não teria competência para tanto.

Além disso, a análise que se tem feito tem como norte as disposições da Lei de Arbitragem, a qual determina que o árbitro é juiz de fato e de direito (artigo 18) e que a sentença arbitral se equipara à sentença judicial (artigo 31), além

⁹² ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: algumas reflexões*. In: 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 739.

das disposições do Código de Processo Civil, que configura a sentença arbitral como um título executivo judicial (artigo 515, inciso VII).

Desse modo, a análise sobre a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ao longo do curso do processo arbitral se dá nos casos em que há conflitos entre normas do mesmo ordenamento jurídico, sendo analisado neste trabalho sob a ótica do direito brasileiro.

4.2.2. A Obrigação de o Árbitro Julgar de Acordo com o Direito Aplicável ao Caso

Como visto nos capítulos anteriores, a doutrina majoritária se dá no sentido de que o árbitro possui função jurisdicional, tal qual o juiz togado. Além disso, também se viu que no ordenamento jurídico brasileiro, todo e qualquer juiz, mesmo de primeira instância, pode e deve declarar inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo contrário à Constituição Federal.

Assim, caso o árbitro esteja diante de sistema que prevê o controle difuso de constitucionalidade e analise que há um conflito entre determinada lei e a Constituição, cria-se o dever de afastar a aplicação da lei constitucionalmente inválida do caso concreto. É o entendimento de Sérgio Bermudes, segundo o qual:

[...] cabe ao árbitro, ou árbitros, para compor a lide atual, ou prevenir a lide iminente, submetido ao seu julgamento, realizar aquelas operações que o juiz efetua quando sentencia, as quais envolvem a determinação da lei incidente, a interpretação e a aplicação da norma cabível, o afastamento de preceito impertinente e a exclusão da regra inválida ou sem eficácia.

Assim, tem-se que o árbitro tem a obrigatoriedade de afastar a aplicação de lei que viole a Constituição, sob pena de não aplicar o direito ao caso concreto.

As obrigações do árbitro, portanto, são as mesmas obrigações tidas pelo juiz togado, o que se denota já do artigo 18 da Lei de Arbitragem. Nesse sentido, ao analisar o alcance desse dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de voto do Ministro Luiz Fux, entendeu:

[...] uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou a homologação judicial, segundo dispõe

o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência⁹³.

A doutrina arbitral aos poucos começou a encarar esse tema. Mesmo assim, os poucos escritos encontrados na doutrina nacional se dão sempre no sentido de reconhecer a plena possibilidade de o árbitro exercer o controle difuso de constitucionalidade.

Nesse sentido, Gustavo Fernandes de Andrade faz importante análise sobre o instituto, em recente obra publicada em homenagem aos 20 anos da Lei de Arbitragem e a Petrônio Muniz. O autor conclui pela plena possibilidade de exercício do controle constitucional difuso pelo árbitro:

Ao exercer a jurisdição na sua plenitude, o árbitro deve, como antecedente lógico da disposição final do caso, decidir qual a norma incide sobre a relação jurídica controvertida, o que, logicamente, inclui o dever de afastar a norma repugnante à Constituição. Se os árbitros podem julgar por equidade nos casos previstos em Lei; se podem decidir o litígio “com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio”; se às partes se reconhece a liberdade de escolher, livremente, “as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem”, não se compreenderia por que o julgamento do conflito hierárquico de normas extrapolaria da jurisdição dos árbitros⁹⁴.

O mesmo autor conclui afirmando que “se ao julgador não se permite desconhecer a lei, e sendo a Constituição a lei suprema, os árbitros não se desoneram de sua missão de julgar sem a deliberação direta e explícita acerca do incidente de constitucionalidade da lei”⁹⁵.

Outro importante estudo sobre o tema foi feito pela professora da UERJ, Carmem Tibúrcio, que também entendeu pelo dever de o árbitro declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no caso concreto, quando chamado a aplicar o direito brasileiro, uma vez que o “árbitro aplica o direito brasileiro na sua integralidade e tem o dever de examinar a constitucionalidade da lei aplicável ao caso”⁹⁶.

⁹³ STJ, AgRg no MS 11.308, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006

⁹⁴ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: algumas reflexões*. In: 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 755.

⁹⁵ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: algumas reflexões*. In: 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 759.

⁹⁶ TIBÚRCIO, Carmem. *Controle de Constitucionalidade das Leis pelo Árbitro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, maio/ago. 2014, p. 173.

Carmem Tibúrcio faz sua análise também distinguindo casos em que há coincidência entre lei aplicável e sede da arbitragem e caso em que há divergência entre esses dois fatores. Segundo a professora da UERJ, tanto nos casos em que há aplicação do direito brasileiro e sede da arbitragem no Brasil, quanto nos casos em que há aplicação de direito estrangeiro, mas sede da arbitragem no Brasil, o árbitro tem o dever de afastar a aplicação das normas que não se coadunem com o ordenamento jurídico brasileiro. No segundo caso, contudo, pontua que deve haver uma violação à ordem pública para que se declare a inconstitucionalidade da norma⁹⁷. Além disso, a Autora mescla diversas hipóteses de ocorrência de conflitos entre leis, a fim de buscar os casos em que o árbitro pode ou não declarar a inconstitucionalidade.

Há ainda que se ressaltar recente publicação de Marcelo Magalhães Bonizzi e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, em que, de forma clara e acertada, entende que: “Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de que a supremacia da Lei Maior seja desconsiderada por quem detém o poder de aplicar o Direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica”. Nesse sentido, os autores sustentam que, se o árbitro deixa de exercer o controle difuso de constitucionalidade, a sentença arbitral seria nula:

A decisão proferida em arbitragem que contraria a Constituição, aplicando ato inconstitucional, isto é, sem a realização do imprescindível controle de constitucionalidade, é nula, já que essa é a sanção cominada ao ato inconstitucional. Essa previsão decorre diretamente da Lei Maior, prescindindo qualquer previsão na Lei de Arbitragem, mas que merece abordagem, visando à apreciação de todos os fundamentos possíveis em defesa da posição ora adotada⁹⁸.

Certo é que o nosso ordenamento jurídico prevê a aproximação das figuras do árbitro e do juiz togado, bem como prevê que qualquer juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Assim, cabe ao árbitro analisar a validade da lei que aplicará ao caso concreto, em respeito à escolha das partes acerca das normas que regem o caso.

O exame acerca da validade da lei, se ela está de acordo com o ordenamento jurídico, vai além da verificação da constitucionalidade da lei ou do

⁹⁷ TIBÚRCIO, Carmem. *Controle de Constitucionalidade das leis pelo Árbitro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, maio/ago. 2014, p. 174-177.

⁹⁸ BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. *Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever*. Revista de Processo | vol. 274/2017 | p. 543 - 578 | Dez / 2017.

ato normativo sob análise pelo árbitro, podendo incidir até mesmo quando o árbitro verificar ofensa a direito adquirido, ato jurídico perfeito ou à coisa julgada, o que é mais uma decorrência da aplicação sistemática do direito escolhido pelas partes. Nesse sentido, afirma Sérgio Bermudes⁹⁹:

Convém acrescentar que, se o juízo arbitral tem poderes, como é inerente à sua função e foi explicado, para apreciar a questão da constitucionalidade de uma regra jurídica e deixar de aplicá-la, declarando-a inconstitucional, também pode, a *fortiori*, decidir pela inaplicabilidade da norma a uma determinada situação jurídica, não porque seja inconstitucional, mas por entender contida a sua eficácia, diante de um óbice criado pela própria Constituição. Assim, sem declarar inconstitucional a lei, ou mesmo declarando constitucional, de modo explícito, podem o árbitro, ou os árbitros, deixar de aplicá-la, se a julgarem prejudicial ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, ou à coisa julgada. Em outras palavras, pode o juízo arbitral decidir que a eficácia da norma é contida, diante da garantia do inciso XXXVI do art. 5º da Constituição e, por isso, deixar de aplicá-la a uma situação concreta.

Desse modo, com apoio na legislação específica, na doutrina e em reconhecimento da jurisprudência, os árbitros, no ordenamento jurídico brasileiro, exercem as mesmas funções que os juízes togados, motivo pelo qual, uma vez previsto o controle difuso de constitucionalidade, o árbitro pode – e deve – declarar a inconstitucionalidade de qualquer lei ou ato normativo incidente sobre a controvérsia que esteja julgando, sob pena de deixar de aplicar o direito escolhido pelas partes.

4.2.3. Notícia do Direito Comparado: O Caso Italiano

Já se tratou amplamente neste trabalho do conceito de jurisdição, da função do árbitro, da aproximação entre arbitragem e justiça estatal e se conclui que o árbitro tem o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, uma vez que está obrigado a aplicar o direito como um todo.

Para finalizar essa análise, importante referir o caso paradigmático ocorrido na Itália, muito bem analisado no estudo de Ana Carolina Weber (O controle de constitucionalidade no Procedimento Arbitral)¹⁰⁰.

No estudo, Ana Carolina Weber demonstra que, no direito italiano, assim como em outros países europeus, nem o árbitro, nem o juiz togado podem

⁹⁹ BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 173.

¹⁰⁰ Disponível em: http://frame.sistemapueridomus.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-1.pdf

realizar o controle de constitucionalidade. Contudo, a lei determina que o juiz tem a competência de submeter a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, suspendendo o processo até o julgamento do incidente.

Nesse sistema, segundo a ordem jurídica italiana, cabe à “autoridade jurisdicional” suscitar o incidente de constitucionalidade, suspendendo o processo e o remetendo para a Corte Constitucional, a qual é a única competente para análise da inconstitucionalidade ocorrida no caso. Diante disso, e da expressão “autoridade jurisdicional”, questionou-se a possibilidade de o árbitro suscitar o incidente.

Ao analisar a questão, a Corte Constitucional se ateve às semelhanças entre a atividade do árbitro e a atividade do juiz togado para analisar se as prerrogativas dos segundos se aplicariam também aos primeiros. Diante disso, Ana Carolina Weber expõe que:

[...] o Tribunal acabou por concluir que o árbitro, numa arbitragem submetida aos ditames da lei aplicável ao mérito, pode e deve submeter eventual questionamento acerca da constitucionalidade da lei italiana a Corte Constitucional¹⁰¹.

O caso é interessante para se reforçar a ideia de que os juízes e os árbitros desempenham funções extremamente similares e os poderes e deveres exercidos por uns, também serão exercido por outros.

Giovani Iudica, professor de Direito Privado e de Direito Civil da Universidade Bocconi, de Milão, na Itália, fez aprofundada análise sobre o precedente italiano e demonstrou que, também no ordenamento jurídico italiano, ainda que a legislação preveja que o incidente de constitucionalidade somente será suscitado pela “autoridade jurisdicional”, poderá o árbitro levantar tal questão. Isso porque árbitro exerce funções extremamente semelhantes às do juiz togado:

A Corte não se deixa enganar por um superficial perfil exegético, oferecido pelo art. 23 da Lei 87 de 1953, isto é, pela expressão “autoridade jurisdicional”, sobre a qual baseou-se a opinião negativa. De resto, para permanecer no plano da pura exegese, pode-se notar que o art. 23, mesmo fazendo referência a uma autoridade com poder de *ius dicere*, não especificou tratar-se de autoridade pública, nem tampouco de jurisdição estatal. Justamente por isso a Corte, não se sentindo vinculada a um inexistente limite literal, considerou o conteúdo

¹⁰¹ Ana Carolina Weber. *O Controle de Constitucionalidade no Procedimento Arbitral*. Disponível em: http://frame.sistemapueridomus.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-1.pdf

da função jurisdicional, que pode ser exercida, como previsto no próprio Código de Processo Civil (LGL\1973\5), tanto pelo juiz togado como pelo juiz não togado. Portanto, nota-se, a propósito, que o árbitro - à parte o problema mais amplo da natureza da arbitragem e das diferenças que todavia existem entre juiz togado e juiz leigo - exercita, na arbitragem ritual, uma "função judicante decorrente da aplicação objetiva da lei" para a solução de uma controvérsia no caso concreto, exercendo tal função "em posição super partes". E, ressalte-se, tal função é sempre e necessariamente exercida, ainda que as partes tenham concordado com um procedimento livre de formalidades, observando-se as garantias fundamentais do processo e, especialmente, a garantia do respeito do contraditório; a garantia de imparcialidade, isto é, de um procedimento e de uma decisão imparcial; a garantia de que os árbitros se atenham rigorosamente aos pedidos das partes, sem nenhuma possibilidade de escapar arbitrariamente da petita e dos termos definidos pela lei ou pelas partes¹⁰².

Desse modo, solidifica-se a ideia de que se o juiz pode submeter questão de constitucionalidade à Corte Constitucional, pode também o árbitro. No mesmo sentido, se no ordenamento jurídico brasileiro, pode o juiz realizar a análise da constitucionalidade da lei ou do ato normativo no caso, também poderá o árbitro realiza-la.

4.3. CONCLUSÕES

Este capítulo, em verdade, foi apenas a retomada de todas as posições que foram sendo apresentadas ao longo do estudo para que se pudesse chegar à conclusão de que o árbitro tem o poder e o dever de declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo no caso concreto quando presente.

Isso porque se viu que o árbitro deve obedecer o ordenamento jurídico como um todo e, havendo equiparação entre árbitro e juiz, como há no caso brasileiro (artigo 18 da Lei de Arbitragem) e havendo a sistemática do controle de constitucionalidade ser exercido por qualquer juiz de primeira instância, não há que se negar essa faculdade e esse dever ao árbitro.

Desse modo, demonstrou-se neste capítulo apenas que essas premissas assentadas em outros capítulos anteriores são também utilizadas por defensores da ideia de que o árbitro pode realizar o controle de constitucionalidade difuso. Qualquer entendimento em sentido contrário seria a restrição do papel do árbitro sem qualquer justificativa, o que não é cabível no ordenamento jurídico atual.

¹⁰² Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação | vol. 1/2014 | p. 399 - 410 | Set / 2014

CONCLUSÃO

O escopo desse trabalho foi, desde o início, o de fomentar o estudo da arbitragem, expandindo a gama de matérias cognoscíveis pelo árbitro e passíveis de alegação em sede de defesa pelas partes.

Para tanto, percorreu-se quatro capítulos em que foram assentadas as bases teóricas do pensamento de que o árbitro, tal qual o juiz de primeira instância, pode e deve declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo submetido ao seu juízo. Nesses quatro capítulos, analisou-se as implicações da escolha da lei aplicável ao mérito da arbitragem; a natureza jurídica atribuída à arbitragem; o funcionamento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro; e, ao fim, a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo árbitro.

O principal óbice à conclusão de que o árbitro, sim, tem competência para conhecer de inconstitucionalidade, sem dúvida, é o entendimento de que a arbitragem não detém natureza de jurisdição, como defendem, por exemplo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹⁰³; e Eduardo Talamini¹⁰⁴, importantes nomes da doutrina processual brasileira.

Mesmo que se respeite a opinião contrária, foi possível verificar ao longo desse estudo que, após a promulgação da Lei de Arbitragem, após o julgamento que declarou a sua constitucionalidade, diante da fortificação e solidificação doutrinária que se tem feito, não há mais espaço para negar que o árbitro e o juiz togado exercem funções extremamente similares.

Não há como se negar que o árbitro, ao fim e ao cabo, presta uma tutela jurisdicional às partes que, voluntariamente, submetem seu litígio a um terceiro imparcial e especializado.

Diante do exposto, com fundamento na crescente doutrina sobre o exercício do controle de constitucionalidade pelo árbitro e, principalmente, com fundamento nos artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem, que equiparam a figura do árbitro e do juiz togado no que se refere à congnição, conclui-se que o árbitro

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 330.

pode – e deve – declarar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo quando houver esse vício.

Conclui-se, ainda, que não é pelo fato de que o árbitro não dispõe de poder coercitivo que lhe carece a natureza jurisdicional. Essa não é uma característica essencial para o exercício da função de jurisdição.

Portanto, se as partes escolheram o direito brasileiro, isto é, a lei brasileira como aplicável ao mérito da controvérsia, caso o árbitro se depare com lei ou ato normativo que não se coadune com as disposições constitucionais, surge o dever de afastar a aplicação da lei inválida. Caso contrário, não estaria o árbitro aplicando o “direito brasileiro”, visto haver lei inválida no nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e Controle de Constitucionalidade: algumas reflexões*. In: 20 Anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Coordenação: Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso á justiça e a efetividade do processo – Uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAPTISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. *Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27. São Paulo: RT, 2010.

BARBI FILHO, Celso. *Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei nº 9.307/96 e outras intervenções na arbitragem privado*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 36, nº 108, São Paulo, 1997, out-nov.

BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo*. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. RArb 14/51.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. *Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever*. Revista de Processo | vol. 274/2017 | p. 543 - 578 | Dez / 2017.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. 2 ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3 Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1936, vol. 1, nº 2 e 14.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais: esboço de uma análise axiológico-normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: entre praxe internacional, integração do Mercosul e o Direito brasileiro*. In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2 ed. Paulo B. Casella (coord.). São Paulo: LTr, 1999.

COSTA, José Rubens. *Controle difuso e concentrado de constitucionalidade*. Revista dos Tribunais. V. 799. Maio 2002.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA MENDES, Gilmar. *A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos*. In: *Direito Constitucional: defesa da constituição*. Clèmerson Merlin Cleve; Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº 9.307/96, de 23.09.96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo. O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *The Federalist*, Apud DIMOULIS, Dimitri. LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. *Arbitragem e interesse de agir*. Revista Jurídica. São Paulo, ano 48, nº 275, p. 25-32, set. 2000.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Notícia da Arbitragem no Direito Positivo Brasileiro*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 92, nº 334, p. 43-55, abr./jun. 1996.

LUCIO BITTENCOURT, Carlos Alberto. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MAGALHAES, José Carlos de. *A Convenção de Nova Iorque e a Lei de Arbitragem*. Revista de Direito Bancário, do Mercado, de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, nº 18, p. 309-318, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, t. 6.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9 ed. revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALONI, Nelson Alexandre. *Irrecorribilidade das Sentenças Arbitrais*. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, vol. 3, nº 10, p. 375-390, out-dez. 2000.

PAULSSON, Jean. *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*. Disponível em <http://www.arbitration->

icca.org/media/0/12463609200710/paulsson_lalive_2009.pdf. Acesso em 04/06/2018.

RANZOLIN, Ricardo. *Controle Judicial da Arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os Princípios Fundamentais da Arbitragem, In: *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. Ed. Paulo B. Casella (coord.). São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Eduardo Silva. *Arbitragem e direito da empresa – Domática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 55 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIBÚRCIO, Carmem. *Controle de Constitucionalidade das leis pelo Árbitro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, maio/ago. 2014.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Controle de Constitucionalidade na Constituição Brasileira de 1988*. In: *Direito Constitucional: defesa da constituição*. Clèmerson Merlin Cleve; Luís Roberto Barroso (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WEBER, Ana Carolina. O Controle de Constitucionalidade no Procedimento Arbitral. Disponível em: http://frame.sistemapueridomus.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-1.pdf.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 566-645: do processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 8,

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Sentença Estrangeira Contestada nº 5206-7. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30/04/2004. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=82&dataPublicacaoDj=30/04/2004&incidente=3509933&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1> Acesso em 11/06/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 1.111.650-0, Rel. Juiz Waldir de Souza José, Sétima Câmara, julgado em 24/09/2002.