



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA
MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIAS JURÍDICO POLÍTICAS COM
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**UM CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA:
A ARBITRAGEM É OU NÃO INCONSTITUCIONAL?**

MÔNICA BUBECK STRITTHORST

MAIO/2020

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA
MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS COM
ESPECIALIZAÇÃO E DIREITO CONSTITUCIONAL**

**UM CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA ARBITRAGEM BRASILEIRA:
A ARBITRAGEM É OU NÃO INCONSTITUCIONAL?**

MÔNICA BUBECK STRITTHORST

Orientadora: Prof. Margarida Salema
D`Oliveira Martins

Área de Concentração: Direito
Constitucional

MAIO/2020

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça
qualificada e manifesta.”

RUY BARBOSA

ABREVIATURAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade;
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade;
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
Art.	Artigo;
CAM	Centro de Arbitragem e Mediação;
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil;
CBAR	Comitê Brasileiro de Arbitragem;
CC	Código Civil Brasileiro;
CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá;
CCP	Código dos Contratos Públicos
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;
CIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo;
CIJ	Corte Internacional de Justiça;
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro;
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional;
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
Des.	Desembargador;
ESBR	Consórcio de Energia Sustentável do Brasil;
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo;
ICSID	Centro Internacional para Solução de Litígios Relativos a Investimentos;
INAMA/RS	Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem;
LA	Lei de Arbitragem;
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;
Min.	Ministro;
ONU	Organização das Nações Unidas;
PCA	<i>Permanent Court of Arbitration;</i>
PcD	Pessoa com Deficiência;
Rel.	Relator;
SEC	Sentença Estrangeira Contestada;
STF	Supremo Tribunal Federal;

STJ Superior Tribunal de Justiça;

UNCITRAL Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional;

AGRADECIMENTOS

A oportunidade de ter tempo para escrever é única. Exige muita dedicação e nos retira do convívio daqueles que mais amamos. Algumas páginas foram escritas longe do Brasil, e em horários que ninguém mais estava acordado. Pensando nisso, e diante tanto carinho e afeto dedicado, quero agradecer à família, meu esposo Egberto, a minha filha Sophia e ao Matheus, por me apoiarem a escrever e estudar.

Agradeço à Deus pela oportunidade de vivenciar experiências incríveis e pela minha vida.

Agradeço aos meus professores e formadores de ideias, e principalmente nesta fase, os professores do curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em especial ao Professor Fausto de Quadros e ao Professor Jaime Valle, professor da Universidade de Lisboa, estendendo meus agradecimentos aos colegas profissionais Dr. Igor Cavalcante, a Juíza Dra. Karla Matos e a o Dr. Bruno Moreira.

Agradeço a minha orientadora e professora Margarida Salema d`Oliveira Martins pela sua paciência e ensinamentos tão ricos.

Quero dedicar, em especial, ao meu esposo Egberto Stritthorst que não poupou forças para me acompanhar neste sonho e a nossa filha Sophia Bubeck Stritthorst que me auxiliou em todos os momentos desta caminhada com seu sorriso e alegria.

Agradeço aos amigos que compreenderam minha ausência e aos colegas com quem troquei ideias sobre o tema como forma de estímulo e aperfeiçoamento social e jurídico.

Do mesmo modo agradeço aos amigos do Poder Judiciário e Ministério Público que sempre me acolheram e com quem aprendo constantemente.

RESUMO

Neste trabalho tentou-se provar a constitucionalidade (ou não) da Lei nº 9.307/1996 através de buscas e incessantes leituras para, a todo custo, confirmar esta hipótese ou procurar evidências empíricas que possam derrubá-la. Não há dúvidas quanto a sua relevância, mas, também, isso não é de fácil conclusão em razão da complexidade de análise pelo País em voga. O interesse na compreensão da constitucionalidade da Arbitragem é demasiado grande. O que se quer na presente pesquisa é identificar a melhor solução para o tema mediante o enfrentamento da realidade atual e, sobretudo, do que vem sendo escrito e praticado extrajudicialmente na resolução de conflitos. Analisou-se a constitucionalidade ou não da Lei nº 9.307/96, bem como o alcance do princípio da inafastabilidade ou princípio da indeclinabilidade do controle jurisdicional. Este princípio está disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a um direito. A legislação portuguesa foi citada e tentou-se levantar inconstitucionalidades. Por razões da pandemia que assolou a humanidade em 2020 já não se conseguiu fazer um apanhado muito aprofundado da evolução científica da arbitragem por dificuldades de acesso às bibliotecas. Assim também ficou prejudicado texto referente às comparações por motivo do contexto pandêmico que nos encontramos.

Palavras-chave: Direito Constitucional Brasileiro. Arbitragem. Lei nº 9.307/96. Controle jurisdicional. (In)constitucionalidade.

ABSTRACT

In this work we tried to prove the constitutionality (or not) of Law No. 9,307/1996 through searches and incessant readings to, at all costs, confirm this hypothesis or look for empirical evidence that can overturn it. There is no doubt about its relevance, but also this is not easy to conclude due to the complexity of analysis by the country in vogue. The interest in understanding the constitutionality of arbitration is too great. What is wanted in this research is to identify the best solution for the theme by confronting the current reality and, above all, of what has been written and practiced extrajudicially in conflict resolution. The constitutionality or not of Law No. 9,307/96 was analyzed, as well as the scope of the principle of intensity or principle of the indeclinability of judicial control. This principle is laid down in Article 5, XXXV of the Federal Constitution of 1988 (CF/88), which says that the law will not exclude from the judiciary's assessment injury or threat to a right. Portuguese legislation was cited, and it was tried to raise unconstitutionality. For reasons of the pandemic that plagued humanity in 2020, a very thorough overview of the scientific evolution of arbitration due to difficulties in accessing libraries was no longer possible. Thus, text referring to the comparisons due to the pandemic context we found was also impaired.

Keywords: Brazilian Constitutional Law. Arbitration. Law nº 9.307/96. Jurisdictional control. (Unconstitutionality).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - A LEI DE ARBITRAGEM (LEI Nº 9.307/1996)	13
1.1 DA ARBITRAGEM.....	13
1.2 DO TERMO ARBITRAGEM	13
1.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE ALEGADA	15
1.4 DA DOCTRINA.....	17
1.5 DA NATUREZA JURÍDICA.....	19
1.6 A LEI Nº 9.307/96 E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	20
1.6.1 Projeto de Lei	20
1.7 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APROVADOS NOS TERMOS DO ART. 5º, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	26
1.8 TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL.....	28
1.8.1 Do Caráter Diplomático da Arbitragem.....	30
1.9 A CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (CPA)	31
1.10 ARBITRAGEM E NEGÓCIOS	34
CAPÍTULO II - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM	35
2.1 DOS ARGUMENTOS EM DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI	35
2.1.1 Historicamente falando.....	35
2.1.2 Do Déficit no Sistema Judiciário.....	38
2.1.3 As brechas que se abriram.....	39
2.2 DAS COMPETÊNCIAS	54
2.2.1 Diferença entre Jurisdição e Competência.....	54
2.2.2 Competência Internacional e Nacional.....	57
2.2.3 Competência Absoluta e Competência Relativa	59
2.3 DA SENTENÇA ARBITRAL	61
2.3.1 Carta Arbitral	64
2.4 ARBITRAGEM DE DIREITO OU POR EQUIDADE	67
2.5 DA CRISE DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE	69
CAPÍTULO III – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL	74

3.1 ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO	74
3.1.1 O Supremo Tribunal Federal e a Arbitragem.....	74
3.1.2 Do Bloco de Constitucionalidade.....	77
3.1.3 Do Controle de Constitucionalidade	78
3.1.4 Órgão Controlador.....	78
3.1.5 Das Modalidades de Controle	79
3.1.6 O Controle de Constitucionalidade Difuso expresso na CF/88.....	83
3.2 INTERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM <i>VERSUS</i> O JUÍZO ARBITRAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	84
3.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS A SEREM RESPEITADOS NA ARBITRAGEM	89
3.4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO JUÍZO ARBITRAL....	93
3.4.1 Análise dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem	95
3.4.2 Aspectos Essenciais da Lei de Arbitragem para o Controle de Constitucionalidade	100
3.4.3 O Controle de Constitucionalidade exercido pela Corte Arbitral.....	101
3.5 JURISPRUDÊNCIA – A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS	103
CAPÍTULO IV – A ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO PORTUGUÊS	112
4.1 SOBRE O CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA – CAAD	112
4.2 LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA – LAV	112
4.3 DA ARBITRAGEM NECESSÁRIA.....	115
4.4 DO CÓDIGO DE PROCESSO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS... ..	115
4.4.1 Dos contrainteressados.....	117
4.4.2 Dos tribunais administrativos.....	118
4.5 DOS RECURSOS	120
CONSIDERAÇÕES FINAIS	122
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

A arbitragem tem por objeto bens patrimoniais e nasceu no mundo dos negócios, campo no qual se necessita de agilidade e celeridade. O objetivo do presente trabalho é provar a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, bem como se o que há na prática está de acordo com o proposto na Lei.

Com efeito, há muito que se observar, pois o desenvolvimento dos sistemas jurídicos mais modernos extraiu dos cidadãos o direito de fazer justiça pelas próprias mãos, apesar de considerar que algumas hipóteses não poderiam ser por este caminho.

Isso porque, inicialmente, a parte interessada pode renunciar a interferência do Estado e optar pela autocomposição e uma vez esgotadas as vias alternativas, o conflito pode ser submetido ao Estado, que por sua vez o resolve através de uma sentença que impõe às partes uma solução definitiva.

No que tange às negociações, no Brasil, o volume de recursos negociados até 2008 em arbitragem acumula, R\$2.425 bilhões, nas 5 principais Câmaras de Arbitragem do País. Em 2008 este valor atingiu R\$844 milhões, de acordo com os dados obtidos pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR, 2013).

Em 2009 foram analisadas 678 decisões dos Tribunais (Estaduais, Federais e Superiores) e foi constatado que apenas 2% das sentenças arbitrais foram anuladas.

Já em 2013 discutiu-se nas câmaras cerca de R\$ 3 bilhões em 147 processos arbitrais, conforme dados do CBAR (2013).

O último relatório apresentado pelo *Permanent Court of Arbitration* (PCA), que é uma corte intergovernamental composta por 122 partes contratantes, estabelecida em 1899, informou a existência de 49 novos casos ocorridos na Corte no ano de 2019, e que já estão sob a sua administração um total de 199 casos. (PCA, 2019).

A exemplo da França, num verdadeiro mundo de liberdade de contratar, na Constituição do Ano I, instituída a República, como decorrência da Revolução Francesa, o uso da arbitragem foi assegurada aos cidadãos nos moldes da liberdade, igualdade e fraternidade. Porém com a ascensão de Napoleão, restou suprimida a nova legislação.

Na área internacional surge o Protocolo de Genebra de 1923 e a Convenção de Genebra de 1927. Também, a assinatura de *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* em 1958 e a promulgação da *UNCITRAL Arbitration Rules* em 1976 e a adoção da *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* em 1985 ajudaram a organizar a estrutura legal internacional para o desenvolvimento do instituto.

No Brasil, com a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), a instituição do sistema de arbitragem para o país mudou de figura. Principalmente, porque a sentença arbitral se tornou definitiva e não se sujeita a homologação pelo Poder Judiciário. Pelas normas da legislação infraconstitucional, nomeadamente o Código de Processo Civil, a sentença é reconhecida como título executivo judicial.

Importantes avanços após a promulgação da Lei foram surgindo como a arbitragem envolvendo a administração direta e indireta não deixando rastro de dúvida sobre a utilização do instituto para resolver conflitos que contenham na demanda a parte envolvendo entidades do governo brasileiro.

A Lei de Arbitragem (LA) entrou em vigência no Brasil em 1996, porém, desde então, vem trazendo celeumas quanto a sua constitucionalidade. Mais de 20 anos do advento da Lei podemos dizer que é sobretudo, uma forma alternativa extrajudicial de acesso a uma solução de um litígio, através de um conjunto de regras e normas específicos fazendo parte do ordenamento jurídico brasileiro.

O Ministro Luís Felipe Salomão presidiu a Comissão de Juristas criada pelo Senado Federal que redigiu projetos legislativos para a ampliação da arbitragem no Brasil. Pacificou-se o entendimento a respeito do uso da arbitragem na área pública, bem como nas sociedades por ações, inclusive abertas.

Ao ler alguns artigos escritos por juristas brasileiros percebe-se que a confusão é grande e, por isso, não há um real avanço na efetivação dos direitos por meio da arbitragem. Uma vez que se trate de especificidade e não apenas de resolução, a confusão se dá entre os conceitos de conciliação, mediação e arbitragem, bem como a definição do que vem a ser arbitrável.

A Lei de Arbitragem no Brasil foi um marco importante para o desenvolvimento do Comércio, primeiro porque foi no ano de 1990 com a eleição de Fernando Collor de Melo que as portas ao comércio internacional se abriram. Porém o brasileiro é criativo. Utilizou o instituto para outras vertentes do meio jurídico sob a alegação de estar indo ao encontro do princípio constitucional do acesso do cidadão à justiça.

Os institutos da mediação e da conciliação misturam-se com a Arbitragem trazendo celeumas colocando em “xeque” a constitucionalidade da lei.

Daí a votação gerada para discutir sobre a constitucionalidade, que já foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, numa votação apertada de sete a quatro votos, homologando a sentença arbitral estrangeira e não declarou inconstitucional nenhum dos dispositivos da Lei de Arbitragem nº 9.307/96, sendo os dispositivos em análise o artigo 6º, parágrafo único; artigo 7º e seus parágrafos; os artigos 41 e 42, bem como a nova redação dos artigos artigo 267, inciso VII e artigo 337, inciso X, do CPC/2015. (BRASIL, 1996; 2015a).¹

Este recurso é considerado *leading case* sobre a matéria de constitucionalidade, numa ação movida em 1995, na qual uma empresa de origem estrangeira pretendia homologar um laudo de sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.

¹ **Art. 6º da Lei nº 9.307/96.** Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º da Lei nº 9.307/96. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 267 do CPC. O juiz recusará cumprimento a carta precatória ou arbitral, devolvendo-a com decisão motivada quando: I - a carta não estiver revestida dos requisitos legais; II - faltar ao juiz competência em razão da matéria ou da hierarquia; III - o juiz tiver dúvida acerca de sua autenticidade. Parágrafo único. No caso de incompetência em razão da matéria ou da hierarquia, o juiz deprecado, conforme o ato a ser praticado, poderá remeter a carta ao juiz ou ao tribunal competente.

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) **X** - convenção de arbitragem;(…).

O objetivo do legislador constituinte deve ser lido como garantia fundamental dos cidadãos, o que não advém necessariamente da CF/88. A Constituição de 1964 apreciava qualquer lesão de direito individual o que foi reutilizado na CF/88. Todavia, o enfoque nas duas constituições é diferente, pois na Constituição de 1964 o enfoque tinha um cunho mais administrativo no caso de os cidadãos interporem medidas administrativas (extrajudiciais) e somente, ao final, apelarem ao Poder Judiciário. Assim, quando se trata de medida administrativa contra a administração e o Governo, o acesso ao Poder Judiciário era dificultado.

A demora em resolver o Recurso impetrado no Poder Judiciário contra as decisões tomadas em nível administrativo era contrária às medidas imediatas que o Estado tomava para unir os cidadãos.

Assim com o progresso do Estado de Direito que se vive hoje no Brasil, o instituto foi caminhando como medida urgente para mitigar o poder do Estado nas condutas administrativas.

Os princípios que regem a arbitragem são o princípio da ampla defesa e do contraditório. E o devido processo legal? O princípio da inafastabilidade no nosso sistema jurídico consta no voto do Ministro Imar Galvão no Julgamento de sentença estrangeira nº 5.206-7:

[...] a norma – surgida, entre nós, na Carta de 1946 (art. 141, § 3o) -, constitui verdadeiro escudo contra eventual reiteração de práticas do Governo Vargas, quando inquéritos policiais e de outra natureza eram instaurados contra pessoas a quem, de ordinário, não se propiciava garantias comezinhas como a do contraditório e a da ampla defesa, pronunciando-se, a final, contra elas decisões sumárias, finais e impositivas, insuscetíveis de reexame pelo Judiciário. A intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a de proibir que a lei, e não as partes contratantes, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário.” (fls. 1130-1131).²

Pode-se concluir que este voto assegura aos cidadãos a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário. Mas a Constituição de 1967 ficou silente quanto ao assunto. Além do silêncio constitucional sobre o tema, e em virtude do momento político-sociológico que vivenciava a sociedade brasileira, ocorreu a edição da

² STF. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7** – Reino da Espanha, Tribunal Pleno, presidente Ministro Marco Aurélio, julgado em 12.12.2001. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1065_SE-AgR_5.pdf_parte_5.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

Emenda Constitucional nº 07/1977, que acrescentou uma regra no sentido de condicionar toda e qualquer ação em Juízo à exaustão das vias administrativas. Nota-se que o Brasil estava sob a ditadura militar que tinha uma vertente de obstruir o acesso à Justiça à sociedade.

Somente na Constituição Federal de 1988 o Poder Constituinte recolocou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como uma garantia e direito fundamental dos cidadãos. Isso está no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal e dispõe que cabe ao Poder Judiciário sempre que invocado pelo cidadão resolver os seus litígios ou conflitos, desde que este não tenha preferido outro instrumento para compor o seu embate.

Segundo Silva (2017):

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é o pilar do estado democrático de direito que se pretendia à época instaurar. Assim, alguns doutrinadores entendem que a imposição de restrições foi feita ao próprio legislador para que no momento da elaboração de novas regras ficasse limitado.

O alvo, portanto, é o próprio legislador e sendo assim o legislador não pode impor regras que venham a violar o princípio de acesso à justiça quando algum direito estiver sendo ameaçado ou violado. Pelo sim, pelo não, é difícil crer que se tenha feito uma norma só para coibir a ação do próprio legislador. Nesse sentido, Nery Júnior (2016) assevera que:

[...] a norma não deve atingir somente o legislador, mas sim a todos. Até porque, conforme a boa interpretação das normas jurídicas, pode-se dizer que a rigor a prescrição de uma norma deve englobar e compreender todos os assujeitados ao regramento, salvo se houver alguma norma de exceção expressa e explícita.

Voltando à sentença estrangeira nº 5206-7 os votos do Supremo Tribunal Federal interpretam que o art. 5º, inciso XXXV, tem como alvo o legislador. Assim a regra tem ênfase na responsabilidade do legislador diante da garantia do administrado quando diz que:

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. (BRASIL, 1988).

Nesse contexto é que se iniciam as considerações essenciais para o estudo da constitucionalidade da lei de arbitragem como um contributo para a o estudo do Direito Constitucional.

Um capítulo ficou destinado a análise da arbitragem no cenário em Portugal principalmente a arbitragem necessária que parece ir na corrente contrária do princípio basilar arbitragem que é a autonomia da vontade.

Uma quebra de paradigma deverá acontecer. Um paradigma traça as pré-condições conceptuais fundamentais na base as quais se desenvolvem as diferentes teorias. Por paradigma entende-se, no Direito Constitucional, que o Estado é o centro do Direito Constitucional. O paradigma a ser derrubado é que o centro do Direito Constitucional são os Direitos Fundamentais - pessoais, civis e políticos bem como também econômicos, sociais e culturais.

O presente estudo deverá contribuir para a disseminação da confiabilidade do instituto da Arbitragem uma vez que perdeu, por vários motivos a sua real identidade. A hipótese é de que a constitucionalidade deve estar comprovada através da presente pesquisa em todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final, foi dado o enfoque ao Direito Português, embora não foi possível estabelecer uma comparação entre a legislação dos dois países face a dificuldade do acesso às bibliotecas por motivo da pandemia de 2020.

Logo o problema da pesquisa é: *A constitucionalidade da arbitragem é um instrumento legal previsto no ordenamento jurídico brasileiro?*

CAPÍTULO I - A LEI DE ARBITRAGEM (LEI Nº 9.307/1996)

1.1 DA ARBITRAGEM

O termo arbitragem na terminologia jurídica brasileira faz a diferença entre o “arbitramento”, gênero probatório a que corresponde o exame pericial; e “arbitragem”, atividade ou ato do árbitro do juízo arbitral. O direito italiano também faz a mesma diferença, invertendo os termos: *arbitrato*, que corresponde ao juízo arbitral; e o *arbitraggio*, que diz respeito à perícia desenvolvida por um terceiro, na determinação da prestação da obrigação. Em francês e espanhol não existe tal distinção: *arbitrage*, em francês; e *arbitraje* ou *juicio arbitral*, em espanhol, não exibem sinónimos e nomeiam indistintamente as diversas figuras arbitrais.

Barreto Filho (1951, p. 836) explica que se pronuncia em favor do vocábulo “arbitramento” ou “arbitragem” para a hipótese em exame, e diz que *“este último tem sentido próprio em economia internacional, pois designa a atividade comercial que tende aproveitar, para a realização de lucros, as diferenças de preços entre duas ou várias praças bolsistas”*.

1.2 DO TERMO ARBITRAGEM

No direito brasileiro, o termo “arbitragem” é utilizado como “espécie”, pois este termo não tem aplicação inequívoca. Enquanto que “arbitramento” traduz o que o autor denomina de exame pericial ou aferimento de preços. (BARRETO FILHO, 1951).

Cabe acrescentar que a referência ao termo correto pode evitar erros a que a homonímia poderia levar pois no direito internacional há expressões já consagradas a interferir na solução dada ao caso em concreto.

Por outro viés, uma vez que o direito tem como intuito garantir a justiça e a segurança jurídica, as leis como consequência, devem ser eficazes de tal modo que, quando aplicadas, surtam os efeitos adequados. Observa-se, ainda, que os remédios tradicionais do direito civil não são satisfatórios o bastante para assegurar os objetivos acima destacados. (WALD, 2007, p. 458).

Com a crescente busca de soluções que não necessariamente na via judicial, tendo em vista que a mesma há muito tempo vem falhando ao suprir necessidades do setor de produção, na esfera nacional e internacional, Neves e Soares (2012, p. 21)

afirmam que “[...] a morosidade, a falta de especialização e a previsibilidade das decisões e o impacto financeiro causado no negócio empresarial tem levado os executivos a optar pela arbitragem como forma de solução dos conflitos nos contratos celebrados”.

Diversas são as definições de arbitragem, precisadas pelos mais variados juristas e doutrinadores do mundo, entretanto, todas estas se assemelham, sem que haja divergência quanto ao seu conteúdo.

Assim, um conceito que melhor pode ser utilizado é o de Carmona (2009) que diz que a arbitragem é o meio extrajudicial de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem seu litígio a um árbitro ou tribunal arbitral.

Também, nesse sentido, Araújo (2016, p. 136) descreve que “a arbitragem é um meio jurídico de soluções de controvérsias presentes ou futuras, baseado na vontade das partes envolvidas, as quais elegem por si mesmas e diretamente, ou através de controvérsia”, confiando-lhes a missão de decidir de forma obrigatória o litígio através da prolação de um laudo arbitral.

A arbitragem é um atraente meio de resolução de controvérsias no âmbito privado. Primeiramente por conta da autonomia das vontades das partes envolvidas, bem como do princípio da boa-fé dessas mesmas partes e de outro lado, é cabível citar a imparcialidade e especialidade dos árbitros.

Uma das características da arbitragem é a celeridade do procedimento durante o processo, tendo às partes a liberdade para delimitar o prazo para que o procedimento seja realizado. Outra característica é o caráter definitivo da sentença arbitral, não permitindo os níveis de recursos permitidos no poder estatal, o que dá termo ao conflito.

Por fim, a confidencialidade, sendo importante diferenciar que, enquanto um dos princípios sedimentares do processo judicial é a publicidade, no procedimento arbitral será realizado somente na presença dos árbitros e das partes, sendo que, um terceiro somente poderá presenciar ou visualizar documentos do julgamento se assim as partes permitirem. (ROQUE, 1997, p. 73).

Destarte, sem qualquer dúvida um sedimentar e determinante motivo à utilização da arbitragem, em qualquer parte do mundo, decorre justamente da inegável morosidade dos feitos judiciais e por conta disto, tem-se no meio arbitral a chance de se entregar o julgamento da lide nas mãos de pessoas mais familiarizadas e

especificadas no tema em discussão, sendo preciso lembrar que não é requisito necessário aos árbitros a formação na área do direito. (ROQUE, 1997, p. 73).

O termo utilizado no Brasil para a arbitragem não internacional é “arbitragem doméstica” enquanto a arbitragem de cunho internacional mantém o nome de “arbitragem internacional”.

Cumprir referir as questões já dirimidas sobre o tema, que já não causam mais controvérsia, como por exemplo: I) a arbitragem é convencionada pelas partes e não imposta às partes; II) há igualmente o acesso ao tribunal estadual por pedido de anulação da sentença arbitral; III) o poder coercitivo da sentença arbitral não advém do tribunal arbitral e sim do poder judiciário o que implica que a execução da sentença tem as vias do estado garantidas; IV) as medidas de urgência, acautelatórias, inibitórias ou coercitivas passam pelo crivo da jurisdição do Estado; V) a resistência de uma das partes quanto a fixação da cláusula compromissória e a instauração do juízo arbitral passará igualmente pelo crivo da jurisdição estadual; VI) o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é quem homologa a sentença estrangeira para execução e reconhecimento.

O maior desafio, porém, é o da constitucionalidade, tema da presente dissertação, pela qual vários países já passaram. Nesse sentido Rozas (2008, p. 300 apud FICHTER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019) explica *que “dicha superación se acredita, en primer lugar, en que cada vez es más frecuente la referencia directa a este procedimiento de arreglo de controversias em las Constituciones, de lo cual América Latina es un ejemplo ilustrativo”*.

O autor utiliza como exemplos de textos constitucionais, como expressa previsão de arbitragem na América Latina, a Constituição da Costa Rica de 1949 (artigo 43); a Constituição do Equador de 1998 (artigo 191, §3º); a Constituição de El Salvador de 1983 (artigo 23); a Constituição de Honduras de 1982 (artigo 110); a Constituição do Paraguai de 1992 (artigo 248, §2º); a Constituição do Peru de 1993 (artigo 139, §1º) e a Constituição do Panamá (artigo 202). (ROZAS, 2008).

1.3 DA INCONSTITUCIONALIDADE ALEGADA

No Brasil a Lei de Arbitragem foi desafiada. O STF teve que se impor com base no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, ao expor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Porém, isso entra em dissonância com o artigo 6º, parágrafo único da LAr (execução específica da convenção de arbitragem); artigo 7º e §§ (execução específica da convenção de arbitragem); artigo 18 (inexistência de recurso e dispensa de homologação judicial da sentença arbitral); artigo 31 (equiparação entre sentença arbitral e sentença judicial); artigo 41 (convenção de arbitragem como causa para extinção de processo judicial sem resolução do mérito); e artigo 42 (efeito meramente devolutivo da apelação interposta contra sentença que constitui o compromisso arbitral judicial). (BRASIL, 1996).

Disso tudo, o que causou mais furor foi o intenso debate no STF sobre a substituição da vontade da parte recalcitrante pelo juiz togado. A parte que não deseja firmar o compromisso arbitral não deveria ser impelida a tal, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da CF/88. (BRASIL, 1988).

Outro elemento que ameaçava a constitucionalidade da cláusula arbitral era que o juiz togado não poderia substituir a vontade da parte resistente para a fixação do compromisso arbitral judicial, com aspecto preliminar, porque este não abrangeria todos os mesmos pontos do compromisso arbitral do contrato principal.

A arbitragem é um meio alternativo de acesso à justiça, classificado como heterocompositivo. Possui esta divisão devido à sua principal característica, que “é a intervenção de um terceiro estranho às partes e ao conflito, que irá julgá-lo. É uma forma de jurisdição privada e opõe-se à jurisdição estatal”. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 8).

Pode ser considerado um dos meios mais antigos de composição de conflitos através da intervenção de terceiro imparcial e já era utilizada pelos Hebreus na antiguidade. No Direito Romano, a jurisdição privada era admitida e amplamente estimulada, nas formas voluntária e facultativa.

No Brasil, apesar de prevista no Código Civil de 1916 como meio indireto de pagamento, nos artigos 1.037 a 1.048, não obteve grande utilidade, tendo em vista que o Código de Processo Civil de 1973, nos artigos 1.085 a 1.102³ previa a necessidade de homologação judicial do então denominado “Laudo Arbitral”, o que transformava o Poder Judiciário num segundo grau de jurisdição da arbitragem. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 1).

³ Art. 1.098. É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originalmente tocar o julgamento da causa. (Revogado pela Lei n. 13.105/2015).

Entretanto, apesar da dependência deste método em relação ao Poder Judiciário, a arbitragem era tradicionalmente utilizada nas questões relacionadas ao comércio internacional, com destaque para a Câmara de Comércio internacional, em Paris, e da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL, conforme expõe Franco Filho (1997, p. 9). O autor ainda destaca a utilização da arbitragem em conflitos envolvendo o Brasil:

Recuando na história brasileira, verifica-se que nosso país tem tido razoável experiência em matéria de arbitragem, a partir de 1863, quando enfrentamos grave crise diplomática com o Reino Unido. Foi a conhecida “Questão Christie”, que levou à ruptura das nossas relações com aquele país, em decorrência da detenção de tripulantes de um navio da armada britânica, no Rio de Janeiro, que provocaram desordens em um bairro daquela cidade. Levada à arbitragem do Rei Leopoldo, da Bélgica, o laudo arbitral foi favorável ao Brasil. (FRANCO FILHO, 1997, p. 10)

Franco Filho (1997, p. 10-11) lembra, também, que em divergências que incluam o Brasil, a arbitragem foi praticada e adotada referente a aspectos fronteiriços, como meio de resolução de conflitos entre os países.

1.4 DA DOUTRINA

Passadas as considerações iniciais acerca da arbitragem, faz-se necessário trazer os aspectos doutrinários sobre o tema. O Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (INAMA/RS, 1997, p. 13), conceitua a arbitragem como justiça, sendo “[...] uma técnica extrajudicial de solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebe(m) poderes de uma convenção privada (cláusula ou compromisso arbitral), para proferir uma decisão definitiva e obrigatória para os desavindos”.

É, portanto, um recurso para auxiliar a missão estatal na distribuição da Constituição. “É uma via parajudicial de solução de desavenças que permite as partes elegerem cidadão com elas identificados, de livre escolha dentro de seu meio social ou profissional, proporcionando que sejam julgados de acordo com seus próprios princípios e valores”. (INAMA/RS, 1997, p. 14)

Para Scavone Junior (2016, p. 01) a arbitragem pode ser definida como

[...] o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral,

definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

O referido autor destaca, ainda, que “a arbitragem resulta de negócio jurídico mediante o qual as partes optam pela solução arbitral, abdicando da jurisdição estatal em razão dos seus direitos patrimoniais e disponíveis”. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 01). Em outras palavras, a arbitragem é escolhida pelas partes através de um compromisso arbitral ou cláusula de arbitragem prevista num contrato, onde os contratantes optam por esta jurisdição privada para dirimir os problemas relacionados à determinado contrato ou assunto.

Basso (2017, p. 2), por sua vez, enfatiza a necessidade de permear as particularidades do processo arbitral frente à jurisdição estatal, como a flexibilidade e a informalidade, essenciais ao seu funcionamento. Para a autora, trata-se de um “instituto privado de escopo pacificador de conflitos em âmbito nacional e internacional e enquanto processo adjudicatório, são inerentes os atributos da ‘celeridade’ e a da ‘desformalização’ [...]”. Estas características são primordiais para limitar o âmbito de negociações de modo a atingir o objetivo pretendido por ambas as partes, além de moderar a espera pela melhor decisão. E adiciona:

A arbitragem, não é demasiado lembrar, não tem o caráter formal e contencioso que permeia tradicionalmente a jurisdição estatal. A arbitragem é, em sua essência e originalidade, mecanismo misto de composição de conflitos, baseado tanto em negociação, como em adjudicação, no qual as partes investem de poder os árbitros para que cheguem à solução satisfatória dotada de reconhecimento e identidade jurisdicional. (BASSO, 2007, p. 2).

Complementando os conceitos de arbitragem, Cretella Junior (1988, p. 128 apud STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 24) a define como:

[...] sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Já Naves (1925, p. 15 apud STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 15) conceitua arbitragem como “a discussão e julgamento de uma controvérsia entre duas ou mais pessoas, sobre determinada relação de direito, perante árbitros”.

A partir destas concepções, Stersi dos Santos (2004, p. 24) destacou alguns pontos importantes sobre a arbitragem, sendo eles: a resolução da lide por um terceiro, o árbitro ou um órgão colegiado de julgadores, escolhido pelas partes, de modo que a decisão proferida, ou seja, a sentença arbitral, vincula as partes e pode ser executada perante o Poder Judiciário, e a capacidade de exclusão da jurisdição estatal desde que haja uma escolha válida pela arbitragem.

1.5 DA NATUREZA JURÍDICA

Acerca da natureza jurídica da arbitragem, há certa divergência na doutrina, a qual por um lado a classifica como contratual e, por outro, como jurisdicional. Enquanto a vertente contratual vincula este instituto à convenção de arbitragem a um contrato, firmado entre as partes, conferindo à arbitragem poder para dirimir determinado conflito; a segunda corrente considera a sentença arbitral como núcleo da arbitragem sendo, portanto, jurisdicional. (STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 32-33). Entretanto, o autor entende ser a arbitragem de natureza mista:

As características contratuais da arbitragem são evidentes diante da convenção de arbitragem. Por outro lado, a sentença arbitral não é resultado da obrigação estabelecida pelas partes na convenção de arbitragem, e sim, decorrente da delegação da sociedade, pela via do Estado, da função jurisdicional. (STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 33).

Para Magalhães e Baptista (1986 *apud* STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 33), “[...] se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral [...]”.

Outrossim, Scavone Júnior (2016, p. 3), citando Nery Junior (1997), entende que a arbitragem advém da natureza jurisdicional:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial.

Desse modo, ainda que o árbitro não detenha capacidade de executar a sentença proferida ou conceder tutelas provisórias, de urgência, cautelares ou

antecipações de tutela ou de evidência, tal fato não é capaz de retirar o caráter jurisdicional. (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 3).

1.6 A LEI Nº 9.307/96 E O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.6.1 Projeto de Lei

A Lei nº 9.307/96, sancionada em 23 de setembro de 1996, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, dispõe sobre a arbitragem. O projeto de lei nº 78/1992 foi apresentado pelo Senador Marco Maciel, emendado em Plenário pelo Senador Presidente Humberto Lucena, recebendo o nº 4.018-8/1993, cuja lei foi “inspirada na regulamentação da arbitragem segundo diretrizes adotadas pela comunidade internacional, nos moldes da Convenção de Nova York, de 1958, e da Convenção do Panamá, de 1975”, passando por pareceres das Comissões de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Constituição e Justiça. (AMARAL, 2008; BRASIL, 1992; 1993; 1996). A lei é composta de 44 artigos e foi recentemente alterada por meio da Lei nº 13.129/2015. (BRASIL, 2015).

Em seu artigo primeiro, estabelece que a arbitragem é restrita à direitos patrimoniais disponíveis e que podem utilizar-se dela as pessoas capazes de contratar, inclusive a administração pública direta e indireta. (BRASIL, 1996; 2015b).

O método a ser utilizado pelo árbitro poderá ser de equidade ou de direito, conforme estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem. Neste sentido leciona Stersi dos Santos (2004, p. 40):

[...] Quando a escolha recair em regras de direito, as partes terão que definir se aplicam: a lei substancial de um determinado Estado; os princípios gerais de direito; a lex mercatória; os usos ou os costumes. Quando a escolha recair na equidade utilizar-se-á o parâmetro de justiça adotado pela sociedade naquele momento histórico ao caso concreto.

Scavone Júnior (2016, p. 11) acrescenta:

Não há confundir a forma de solução dos conflitos, que pode ser pelo meio tradicional, ou seja, pela jurisdição estatal, e a forma estabelecida pela Lei 9.307/1996, que estabelece a possibilidade alternativa e privada de solução de conflitos pela via da jurisdição arbitral.

O que se quer dizer é que, se a decisão for pela solução arbitral do conflito, que substitui a via judicial, como os direitos são patrimoniais e disponíveis, *as partes podem escolher quais normas de direito material serão aplicadas pelo árbitro.*

Cabe ressaltar, ainda, que a autonomia da vontade das partes ao determinar o método utilizado é limitada pela ordem pública. Nos casos em que as partes não determinem quais normas de direito material serão aplicadas pelo árbitro, de modo a evitar afrontas à ordem pública, será utilizado o direito nacional, de acordo com o que determina o artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 11-12).

A LINDB foi decretada em 1942, pelo Presidente Getúlio Vargas, e registrada como Decreto-Lei nº 4.657/42. (BRASIL, 1942).

A escolha pela arbitragem, conforme prevê o artigo 3º da Lei, será feita através de Convenção de Arbitragem, e esta poderá ser a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A convenção de arbitragem refletirá a manifestação da autonomia de vontade das partes contratantes e poderá atingir litígios futuros ou já existentes e definirá limites da arbitrabilidade, bem como a competência do árbitro. (STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 42-43).

Os artigos 4º e 9º definem a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, respectivamente:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

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

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. (BRASIL, 1996).

A cláusula compromissória é parte ou termo anexo a um contrato e responsável por determinar à jurisdição privada a responsabilidade de resolver os conflitos dele oriundos. Como é instituída no momento de realização do contrato, os conflitos ainda não existem, e competirá ao árbitro dirimir qualquer tipo de lide envolvendo o contrato, seja na sua interpretação ou acerca do cumprimento. (ROCHA, 1998, p. 59-60 *apud* STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 45).

Strenger (1998, p. 36) ensina que:

A cláusula compromissória, que também pode intitular-se de convenção de arbitragem, é a chave mestra da arbitragem comercial internacional. Entre as diversas funções da cláusula compromissória ressalta a de constituir-se prova de que as partes admitiram submeter-se ao regime arbitral para solver suas pendências na execução de contrato. Esse é o elemento consensual, sem o qual a arbitragem não pode existir validamente. O procedimento arbitral é considerado, assim, como expressão da vontade das partes [...]. É condição imperativa dessa cláusula que as partes, uma vez que a tenham estipulado, não possam unilateralmente renunciar a esse propósito.

O compromisso arbitral, diferente da cláusula, é acordado pelas partes após o surgimento do conflito, ou seja, enquanto na cláusula de arbitragem a derrogação da jurisdição ordinária é eventual, no compromisso arbitral ocorre a supressão atual, uma vez que o conflito já está instalado. Baptista (1994, p. 113, *apud* STERSI DOS SANTOS, 2004, p. 49) completa dizendo que “O compromisso é negócio jurídico de características muito especiais, pois através dele as partes deliberam, de modo irreatável, colocara solução em mãos do árbitro para pôr fim a um litígio já existente”.

Sobre a escolha do árbitro, o artigo 13 da Lei de Arbitragem determina que este pode ser “qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. (BRASIL, 1996). A lei permite, ainda, que as partes nomeiem um ou mais árbitros, sendo sempre um número ímpar.

Já o artigo 14 da referida lei trata acerca do impedimento de atuar como árbitros aqueles que tenham qualquer relação com as partes ou com o conflito que lhes for submetido a resolução, de modo que aos árbitros aplica-se as mesmas situações de impedimento e suspeição que se aplicam aos juízes, inclusive as responsabilidades e deveres, conforme previsto no CPC. (BRASIL, 1996; 2015a).

O artigo 17 trata de assunto já evidenciado no parágrafo anterior e equipara os árbitros à funcionários públicos, quando no exercício de suas funções e para fins penais; e o artigo 18, por sua vez, eleva a sentença arbitral ao mesmo nível da sentença proferida pela jurisdição estatal, *in verbis*:

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. (BRASIL, 1996).

Restou, portanto, afastada a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário prevista no antigo CPC (Lei nº 5.869/1973, revogada pela Lei nº 13.105/2015), bem como qualquer possibilidade de recurso. (BRASIL, 1973; 2015a).

Apesar de ser o árbitro equiparado ao juiz estatal, Strenger (1998, p. 117-118) ressalta que o trabalho do árbitro ainda é limitado:

No que concerne ao art. 18, a atribuição ao árbitro da qualidade de juiz de fato e de direito valoriza, sem dúvida, a função, mas se afigura exagerada e inconsoante com os principais sistemas vigentes. A equiparação encontra na prática percalços, porquanto, dispositivamente, os árbitros não têm os mesmos poderes do juiz de direito, descabendo-lhes conduzir e ordenar medidas cautelares e faltando-lhes ainda *imperium* para compelir certas decisões incidentais ou interlocutórias. Existe uma certa afinidade entre o ofício do árbitro e o ofício do juiz, mas é uma identidade pura e simples. A similitude se manifesta na missão jurisdicional do árbitro. A aproximação entre o juiz e o árbitro apresenta uma limitação importante. À diferença de um julgamento ordinário, a sentença deve revestir-se de condições de *exequatur* para poder ser executada. O árbitro tem o poder de dizer o direito (*jurisdictio*), mas não aquele de apor sobre seu julgamento a fórmula executória, que só permite recurso às vias de execução. Assim sendo, os árbitros, juízes privados, não estão investidos de autoridade pública análoga àquela dos magistrados.

A sentença arbitral produz coisa julgada, porém ela não possui força executiva de imediato. Aliás, o artigo 515, VII do novo CPC, categoriza a sentença arbitral como título executivo judicial e que seu cumprimento se dá por cumprimento de sentença, *in verbis*: “art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste título: [...] VII – a sentença arbitral”. (BRASIL, 2015a).

Scavone (2016, p. 1) destaca que, afastada a necessidade de homologação do poder judiciário, conforme o art. 18 da Lei de Arbitragem, a jurisdição estatal ainda tem importante participação na utilização da arbitragem, tendo em vista que, conforme previsto nos artigos 337, inciso X e 485, inciso VII, do novo CPC, o juiz pode extinguir a ação sem resolução de mérito quando o réu, em preliminar de contestação, comprovar a existência de convenção de arbitragem. (BRASIL, 1996; 2015a).

O capítulo IV da Lei de Arbitragem trata de como se dará o procedimento arbitral. Neste capítulo, o §2º do artigo 19, trouxe significativa e recente mudança ao procedimento arbitral, ao estabelecer que “A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”. (BRASIL, 1996).

As questões relacionadas à competência, suspeição ou impedimento dos árbitros, ou nulidade, invalidade e ineficácia da convenção de arbitragem, segundo o artigo 20, devem ser arguidas na primeira manifestação das partes após a instituição da arbitragem, devendo o árbitro ser substituído ou a causa submetida ao órgão do Poder Judiciário competente:

Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei. (BRASIL, 1996).

No que concerne ao procedimento a ser seguido, podem as partes estabelecer na convenção de arbitragem que competirá ao árbitro ou tribunal arbitral regular o procedimento ou seguir às regras de determinado órgão arbitral (artigo 21 da Lei nº 9.307/96). Deve o árbitro, no início do procedimento, tentar conciliar as partes (artigo 21, §4º), bem como “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício” (artigo 22 da Lei nº 9.307/96). (BRASIL, 1996).

Conforme já mencionado anteriormente, os árbitros não possuíam competência para conceder tutelas cautelares ou de urgência. Entretanto, após a Lei nº 13.129/2015, que incluiu o Capítulo IV-A na Lei de Arbitragem, as partes podem recorrer ao Poder Judiciário de modo a obter a concessão de medida cautelar ou de urgência, conforme o *caput* do artigo 22-A. O parágrafo único deste artigo estabelece que, após a efetivação de tal medida, deve o interessado requerer a instituição da

arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de cessar a medida. (BRASIL, 2015b).

Após a instituição, poderá o árbitro manter, alterar ou revogar a medida e, caso não tenha sido requerida antes da instituição, pode ser requerida diretamente aos árbitros, de acordo com o artigo 22-B da Lei nº 9.307/96. (BRASIL, 1996).

A carta arbitral, previsto no artigo 22-C da Lei, foi incluída recentemente, pela já mencionada Lei nº 13.029/2015. Trata da possibilidade do árbitro ou do tribunal arbitral de “expedir carta para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro”. (BRASIL, 1996; 2015b).

Por fim, a sentença arbitral equivale à sentença dada pela jurisdição estatal. Ela deve ser proferida no prazo acordado pelas partes ou, na ausência de determinação, no prazo de seis meses, contados a partir da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro (artigo 23 da Lei nº 9.307/96), estando sujeita à anulação caso não seja observado o prazo legal ou convencionado. Porém, segundo Scavone Junior (2016, p. 206), a nulidade não é automática, “Compete ao prejudicado, se quiser arguir a causa de nulidade da sentença arbitral, como condição específica da posterior ação de nulidade, notificar o árbitro, manifestando inequivocamente seu inconformismo com a demora”.

O capítulo destinado à sentença arbitral trata também dos requisitos desta, semelhantes aos previstos no novo CPC, no artigo 489⁴, tais como relatório, fundamentos, dispositivo e data e lugar em que foi proferida. Conterá também decisão acerca da responsabilidade das custas e despesas de arbitragem, além de eventual acordo realizado entre as partes durante o procedimento arbitral. (BRASIL, 2015a).

Após notificadas quanto a decisão arbitral, no prazo de cinco dias, as partes podem requerer a correção de eventual erro material ou obter esclarecimento de qualquer obscuridade, dúvida ou contradição que tenha encontrado na decisão, de

⁴ **Art. 489.** São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

acordo com o artigo 30. Este dispositivo equivale-se ao procedimento de embargos de declaração, previstos no artigo 1.022⁵ do CPC brasileiro. (BRASIL, 2015a).

Ainda, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, a contar da notificação, as partes podem suscitar a nulidade da sentença perante o Poder Judiciário, caso ocorra alguma das situações previstas no artigo 32 da lei em comento. (BRASIL, 2015a).

Complementando o que já foi dito acerca do artigo 18 da Lei de arbitragem e a sentença arbitral, o artigo 31 expõe 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”. (BRASIL, 1996).

Este artigo reforça o que já dizia o artigo 584, inciso VI, do antigo CPC, revogado pela Lei nº 13.105/2015; e também o artigo 515, inciso VII, do Código de Processo Civil vigente, citado acima; indicando que a sentença arbitral será executada judicialmente por meio do cumprimento de sentença. (BRASIL, 2015a).

Por fim, o capítulo VI da Lei de Arbitragem prevê acerca das possibilidades de reconhecimento, homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, competindo tal função ao STJ, e o Capítulo VII trata das disposições finais, alterando os dispositivos do então vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73) e Código Civil (Lei nº 3.071/16), ambos atualmente revogados. (BRASIL, 1916; 1973).

1.7 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APROVADOS NOS TERMOS DO ART. 5º, §3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Foi através da Emenda Constitucional nº 45/2004, que o artigo 5º, §3º da CF/88, assevera que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988; 2004).

Foi dessa forma que os Tratados Internacionais entraram na hierarquia das leis. O remédio jurídico para o caso de algum tratado internacional estar eivado de alguma

⁵ **Art. 1.022.** Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º. (BRASIL, 2015a).

ilegalidade é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), conforme ensina Accioly (1995) e Piovesan (2015).

A partir deste raciocínio e em nível de esclarecimento, é válido lembrar que os tratados internacionais comuns, como por exemplo os que versam sobre comércio de importação ou exportação, possuem *status* de lei ordinária. Os Tratados Internacionais sobre direitos humanos que não forem aprovados pelo Congresso Nacional com o procedimento do artigo 5º, §3º da CF/88, ingressarão no direito brasileiro como norma infraconstitucional e supra legal acima das leis ordinárias (ex: Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica). (BRASIL, 1988; MAZZUOLI, 2002; PIOVESAN, 2015).

Logo, as leis que tratam sobre Direitos Humanos e não são aprovados pelo quórum qualificado, segundo o STF, se situam no nível intermediário, ou seja, possuem *status* de norma supralegal e infraconstitucional. (REZEK, 2007).

Por fim, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 (três quintos) dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2004).

Hoje o único Tratado ou Convenção Internacional de Direitos Humanos aprovado que restou assinada em Nova York (2007), nos termos do referido artigo, é a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (PCD), pelo Decreto nº 6.949/2009, que foi internalizado no ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional, garantindo assim um maior respeito pela dignidade e liberdade das pessoas com deficiência, bem como a sua não discriminação, maior acessibilidade e inclusão social. (BRASIL, 2009a; CRUZ, 2018).

Sendo assim, hoje se pode dizer que o Decreto nº 6.949/2009 tem natureza constitucional, ocupando o topo da pirâmide jurídica, junto com a CF/88. Tanto é que recentemente, a fim de fortalecer os direitos das pessoas com deficiência, restou instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), recebido como lei infraconstitucional e nomeado de Estatuto da Pessoa com Deficiência. (BRASIL, 2009; 2015).

E, dessa maneira, qualquer lei ou ato normativo que infrinja quaisquer de seus artigos poderá ser alvo de controle de constitucionalidade, notadamente através de uma ADIN. (ACCIOLY, 1995).

1.8 TRATADOS RATIFICADOS PELO BRASIL

A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados (1969)⁶ preceitua no artigo 2º, para os efeitos da presente Convenção que tratado significa “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular”. Anos mais tarde, a partir do que restou firmado na Convenção de Viena, o Brasil decretou em 2009 a Promulgação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ficando registrado sob o Decreto nº 7.030/2009. (BRASIL, 1969; 2009b).

Tratado, de acordo com o artigo 2º, “a” do Decreto nº 7.030/2009 “significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. (BRASIL, 2009b).

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, nos comentários “ao projeto de artigos sobre o direito dos tratados” elaborado no 18º período de suas sessões acentuou que “o termo tratado se utiliza em todo o projeto de artigos num sentido genérico para denominar toda classe de acordos internacionais celebrados entre Estados e consignados por escrito”. (BRASIL, 2009b).

Os tratados podem ser fechados ou abertos de acordo com a permissão ou não de adesão de outros estados restringindo-se ou não exclusivamente aos contratantes.

Para Süsskind (1981, p. 9-13) “se o respeito à soberania do estado constitui um dos principais basilares do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acatamento ao enunciado “pacta sunt servanda”, em razão de que o estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob o tema de responsabilidade na esfera internacional.

Daí estatuir o artigo 26 da Convenção de Viena, de que “Todo tratado em vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. Ainda, restou previsto no artigo 27 que “Uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno

⁶ Essa importante Convenção foi adotada em 23.05.69 pela Conferência das Nações Unidas sobre o direito dos tratados, tendo entrado em vigor, para os países que a ratificaram em 27.01.80, isto é, 30 (trinta) dias após o depósito do 35º instrumento de ratificação. Até a presente data o Brasil ainda não ratificou a Convenção.

como justificaco de incumprimento de um tratado. Esta norma se entender sem prejuízo do disposto no artigo 46”⁷. (BRASIL, 2009b).

Rezek (2018, p. 111) diz que os tratados:

[...] por criarem ou modificarem situaoes jurídicas objetivas, produzem sobre toda a comunidade internacional o mero efeito da exortao ao reconhecimento. Outros, expressivamente, repercutem sobre terceiros no como normas jurídicas, mas como fatos. Menos comuns so as hipóteses em que o tratado realmente opera como norma sobre terceiros determinados, quer no sentido de conferir-lhes direitos, quer no sentido de obrig-los.

Entretanto, a reserva  um qualitativo do consentimento. Definida pela Conveno de Viena como a declarao unilateral do Estado, que consente, visando a “excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposioes do tratado em relao a esse Estado”. (REZEK, 2018, p. 92). Na Conveno de Viena sobre o direito dos tratados, caso haja silêncio no texto sobre a questo da Reserva, vale a disciplina estabelecida pela Conveno de Viena: “a reserva  possível, desde que compatível com o objeto e a finalidade do tratado”. (REZEK, 2018).

Quanto ao descumprimento do Tratado, o artigo 60 da Conveno de Viena esclarece que por violao substancial devem entender-se tanto o repúdio puro e simples do compromisso quanto a afronta a um dispositivo essencial para a consecuio de seu objeto e finalidade. (BRASIL, 2009b).

Em 2005, a Alemanha denunciou um tratado preventivo da bitributao que a vincularia ao Brasil por trinta anos. Uma das razões transparentes desse gesto, e a principal segundo seus analistas no Brasil, foi o infiel cumprimento do tratado por parte de agentes do Estado brasileiro no domínio da imposio dos tributos. (REZEK, 2018).

Nesse sentido a Conveno de Viena trata da boa-f, que segundo a Conveno  o sentimento que deve revestir o próprio intrprete da lei e destaca sua preocupao com a hermenêutica. A interpretao visa a um contexto que compreende no apenas a parte dispositiva do tratado, mas tambm se recorre aos trabalhos negociais preparatórios do compromisso a ser celebrado e das circunstncias da celebrao, valendo-se tambm dos meios de interpretao suplementares.

⁷ O artigo 46 da Conveno de Viena trata da nulidade do consentimento do estado, quando manifestado com violao a norma fundamental do seu direito interno. (SSSEKIND, 1981).

Assim, a era das organizações internacionais trouxe consigo alguma coisa nova. A Arbitragem hoje concorre, no plano das vias jurisdicionais, com as cortes permanentes, entre as quais a Convenção de Haia é um exemplo.

1.8.1 Do Caráter Diplomático da Arbitragem

Rezek (2018, p. 400) expõe que a construção de um ambiente fora do meio judicial cuidou de um acervo diplomático, o que significa que a solução de conflitos internacionais tem mecanismos diferentes parecidos com os do meio diplomático, no que tange à plasticidade de sua operação e de seus resultados.

Tanto o meio político como o diplomático, distanciam-se dos meios jurisdicionais, pelo fato de faltar-lhes um compromisso elementar com o primado do direito. Com efeito, ao juiz e ao árbitro incumbe aplicar ao caso concreto a norma jurídica pertinente: mesmo quando inexistente, incompleta ou insatisfatória a norma, eles irão supri-la mediante métodos integrativos de raciocínio jurídico, analogia e a equidade. Diferente do mediador ou conciliador que não trabalham a base desse compromisso, compondo as partes, ainda que com eventual sacrifício, diante das circunstâncias e da norma aplicável. (REZEK, 2018).

O juiz ou árbitro podem conseguir com êxito a recomposição e o fim do conflito, garantindo ou não o primado do direito.

Portanto, jurisdição é o foro especializado que examina o litígio a luz do direito e profere decisões. Para Rezek (2018), o que difere entre estes dois pontos é o plano de atuação quer seja internacional ou nacional.

No plano internacional, a arbitragem foi ao longo de séculos a única jurisdição conhecida, desde os gregos, que faz com que se tenha certeza que é um meio não judiciário.

O século XX traz esta jurisdição na qual o árbitro é independente o que faz a diferença entre juiz estatal e árbitro. Primeiro porque não tem permanência; segundo porque árbitro não é uma profissão.

Contudo, o árbitro é escolhido pelas partes litigantes, que diante do conflito passam a confiar-lhe a função de julgar, portanto uma função jurisdicional, com a finalidade de receber uma sentença que seja válida e apta a acontecer. O árbitro é por assim dizer, nesse curto espaço de tempo um verdadeiro juiz, o que quer dizer

que não lhe incumbe apenas serenar os ânimos apenas, mas sim aplicar o direito. (REZEK, 2018).

Assim, conclui-se que a arbitragem é uma via jurisdicional embora não judiciária e que completa os MESCS.

Nos Estados Unidos, o caso Alabama foi levado à arbitragem, em 1872, e inovou no sentido de colocar a cargo da decisão três juízes arbitrais, rigorosamente neutros e não somente um juiz estatal. Outra inovação neste caso foi que a indicação dos árbitros se deu pela confiança dos litigantes nos árbitros por seu talento pessoal estritamente considerado, à margem do suporte político de uma bandeira de uma Corte Permanente de Arbitragem. (REZEK, 2018).

1.9 A CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM (CPA)

A Corte Permanente de Arbitragem não é, na verdade, uma corte permanente como e da forma que se refere, mas, sim, é uma lista permanente de pessoas qualificadas para funcionar como árbitros. Estas pessoas podem ser escolhidas pelos Estados quando houver alguma litigância. São mais de 200 que compõe a lista, dentre os quais alguns são brasileiros. A Corte Permanente funciona na cidade de Haia, na Holanda, cuja secretaria é patrocinada pelos Estados litigantes. Cada entidade patrocinante pode indicar no máximo quatro pessoas. Essas pessoas proferem uma decisão arbitral. (REZEK, 2018).

O compromisso arbitral é o primeiro passo para quem opta pela arbitragem que é, segundo Rezek (2018), um tratado bilateral em que os contendores (a) descrevem o litígio entre eles existente, (b) mencionam as regras de direito aplicável, (c) designam árbitro ou o tribunal arbitral, (d) eventualmente estabelecem prazos e regras de procedimento, e, por último, (e) comprometem-se a cumprir fielmente, como preceito jurídico obrigatório, a sentença arbitral.

O árbitro deve consentir e expressar publicamente o seu consentimento em participar neste tratado bilateral. Mas, há casos em que a arbitragem se iniciará por um tratado anterior ao litígio que pode ser um tratado geral de arbitragem ou uma cláusula arbitral lançada em tratado de qualquer natureza⁸.

⁸ O Brasil celebrou tratados gerais de arbitragem, no século XX, com nações do continente americano e ainda com a China, a Grã-Bretanha, Portugal e os reinos escandinavos, entre 1909 e 1911. O Tratado de limites e Navegação, entre Brasil- Colômbia firmado em 24 de abril de 1907, que indicou os casos

Por ter a sentença uma natureza definitiva, dela não cabe recurso, desincumbindo-se o árbitro do encargo jurisdicional que assumira outrora cabendo às partes a execução fiel da sentença.

É sabido que uma das partes pode se dirigir ao árbitro para aclamar alguma ambiguidade, omissão ou contradição existente na sentença (correspondendo aos Embargos Declaratórios no Processo Civil), ou ainda a sentença pode não conter requisitos que a levem à anulação. Neste caso a anulação é feita pelo Poder Judiciário, sendo estes casos geralmente de desvio de cargo do árbitro em relação ao que lhe fora proposto inicialmente.

A Corte de Haia vem a ser hoje o mais importante dos tribunais internacionais em funcionamento. Também é o mais antigo tribunal visto que tem sua fundação em 1920. Após a segunda guerra mundial outras cortes surgiram. Ora regionais, ora especializadas *ratione materiae*.

A Corte de Haia foi instalada em 1922 e chamada de Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Mas não foi a primeira Corte, a anterior se chamava Corte de Justiça Centro-Americana. Porém foi o primeiro tribunal dotado de vocação universal, pronto assim a decidir sobre demandas entre quaisquer Estados.

Inicialmente seus juízes foram 15 (11 efetivos e 4 suplentes). Finda a segunda Guerra Mundial (1939-1945), a Corte de Haia, ressurgiu na mesma sede com o nome de Corte Internacional de Justiça (CIJ). Atualmente são 15 juízes e não há suplentes, todos efetivos. O mandato é de nove anos, permitida a reeleição. Os salários dos juízes equivalem a retribuição média dos juízes do mais alto nível nos países industrializados e correm as demais despesas da corte por conta do orçamento das Nações Unidas.

Quanto à competência, esta se dá mediante a aplicação do direito internacional (tratados, costumes, princípios gerais e outras normas porventura pertinentes) a Corte exerce sua competência contenciosa julgando litígios entre Estados soberanos. Rezek (2018) afirma que esta Corte de Haia não é acessível, no exercício de sua competência primordial, às organizações internacionais, tampouco aos particulares.

Desse modo é necessária uma aceitação dos Estados à jurisdição da Corte para que esta possa levar a termo seus trabalhos. Isto impõe uma não rejeição das partes a submissão do seu litígio a jurisdição da Corte como o fez a república da

de delimitação de fronteiras. A Convenção sobre infrações a bordo de aeronaves (Tóquio, 1963) indica a arbitragem como instituto para a resolução das controvérsias. (REZEK, 2018, p. 420).

Albânia, em 1947, quando citada pela Corte de Haia face a ação britânica, sobre um incidente naval do *estreito de Corfu*.

Porém, pode acontecer de dois Estados aceitarem a jurisdição o que significa que não há autor nem réu. Por outro lado, o estado réu não pode recusar a jurisdição quando for obrigada a aceitá-la por ser signatário de cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

A cláusula facultativa de jurisdição obrigatória está agregada ao estatuto da Corte, portanto se aderir ao estatuto deve aceitar expressamente. Mas a aceitação é facultativa e pode o Estado ser membro das Nações Unidas e parte do Estatuto preferindo não a firmar. Mas por reciprocidade, sempre que demandados por Estado comprometido com a cláusula, estes se obrigam por antecipação a aceitar a jurisdição.

Esta se dá em semelhança como os outros indivíduos perante os tribunais do país onde se encontram, ninguém pergunta se aceitam ou não a jurisdição na qual foi ajuizada contra eles uma demanda.

Atualmente 72 Estados estão comprometidos com a cláusula. O Brasil que já esteve vinculado no passado à cláusula, não continuou favorecendo os meios diplomáticos e a arbitragem.

As línguas (idiomas) exercidas na Corte de Haia são o francês e o inglês. As provas usuais são admitidas e as razões escritas, bem como sustentações orais em sessão de julgamento. As decisões são tomadas por voto majoritário. As comunicações, desde a citação inicial à publicidade do acórdão, ficam a cargo do cartório da corte, atuante em sua sede em Haia.

A sentença arbitral é definitiva, obrigatória e não executória. Mas para Rezek (2018), quanto a recalcitrância, o artigo 94 da Carta da ONU começa por dizer que os Estados-membros se comprometem a cumprir as decisões do CIJ que lhes digam respeito. É considerado ato ilícito e pode ser denunciado ao Conselho de Segurança. O Conselho de Segurança segue medidas próprias para fazer cumprir o acórdão.

Outras Cortes de foro judiciário internacional estão em funcionamento e vem crescendo. Além dos tribunais penais, que julgam crimes definidos em direito das gentes, diversas outras cortes, ora de âmbito regional, ora especializadas em razão da matéria, operam independentes e sem uma hierarquia judiciária no plano internacional. Ao menos não como aquela que existe no plano inteiro de cada Estado.

A Corte de Justiça da União Europeia com sede em Luxemburgo, merece destaque porque é especializada no direito comunitário e incumbe-lhe a interpretação

do vasto arcabouço jurídico e normativo da comunidade europeia. Esta corte, porém, tem um diferencial de ser aberta aos estados membros da comunidade bem como a particulares, indivíduos ou empresas nacionais daqueles estados membros.

A Convenção de Montego Bay (1982) criou o Tribunal Internacional do Direito do Mar, com sede em Hamburgo na Alemanha e conduz todo o direito moderno referente aos espaços marinho e às suas extensões. A este tribunal podem ascender empresas privadas e os Estados-partes, e a autoridade e empresa internacionais instituídas pela Convenção.

1.10 ARBITRAGEM E NEGÓCIOS

A realidade econômica internacional sugere aos grandes investidores e empresas de vulto bem como a multinacionais que se insiram no direito internacional público. Seu objetivo básico é a evasão ao direito interno e à jurisdição dos países que se relacionam economicamente.

Assim, as partes cuidam que as minúcias da negociação estejam contidas no contrato sem mencionar o direito interno e dão vez a arbitragem, fugindo da justiça estatal quando necessário a solução para determinado conflito.

Inicialmente essa espécie de arbitragem seguia o direito das gentes com cada uma das partes (o Estado e o particular), indicando um ou dois árbitros de sua confiança e estes escolhendo por consenso o árbitro principal. Para Rezek (2018) tudo estava “à luz de um novo compromisso que descrevesse o litígio, lembrasse qual o direito aplicável, estabelecesse algumas regras de procedimento e confirmasse a obrigatoriedade da sentença”.

O Centro Internacional para Solução de Litígios Relativos a Investimentos (ICSID), fundado em 1965 e patrocinado pelo Banco Mundial, cuja parte do Tratado entrou em vigor em 1966 e na qual o tribunal contém uma lista de possíveis árbitros e oferece serviços de secretariado, mais de 100 países são hoje partes na Convenção do ICSID, no qual o particular pode oferecer demanda contra o Estado que lhe lesou alegadamente. Tudo isso sob a égide de um contrato bilateral em que a máxima é o consentimento mútuo explícito. (REZEK, 2018).

CAPÍTULO II - DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

2.1 DOS ARGUMENTOS EM DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

2.1.1 Historicamente falando

É preciso saber como nasceu a arbitragem, de verdade, e embrionariamente, para entender o seu real objetivo. Pode-se dizer que nasceu como uma instituição social, fruto da racionalidade humana, como meio de controlar a ordem social numa chamada prática natural dos cidadãos em utilizar-se das ferramentas humanas como meio de manter a ordem social e manter as diferenças neutralizadas.

Numa visão antropológica, de acordo com Martins (apud ARAÚJO, 2018, p. 11) “A arbitragem nasceu [...] como uma espécie de instituição social, fruto da racionalidade humana, como meio razoavelmente eficaz de restabelecer a ordem social”, noutras palavras, seria “[...] uma espécie de ‘prática natural’ dos indivíduos em utilizar a liberdade humana para resolver suas diferenças com a colaboração de um espectador imparcial”.

O autor também acrescenta que “Essa etapa pressupõe certa maturidade alcançada pelas antigas tribos e pela sociedade, que viram no diálogo e na escolha de um árbitro um método novo para que os homens exerçam o diálogo e, através dele, resolvam suas diferenças”. (ARAÚJO, 2018, p. 11).

Os autores Paashaus e Caetano (2006, p. 43) descrevem que a arbitragem é “[...] um dos mais vetustos entre os processos dos quais se há servido a Humanidade em sua perquirição da paz e da Justiça”. Para eles, “muito antes que se estabelecessem leis e que tribunais fossem organizados, ou que juízes houvessem formulado princípios de Direito, já os homens recorriam à arbitragem para terminar discórdias, acertar diferenças e compor suas controvérsias”⁹.

Havia na antiguidade muitos conflitos políticos e administrativos criando um clima favorável à arbitragem como, por exemplo, o Tratado de Tordesilhas, conflito

⁹ Trecho da Ilíada: “[...] e deixou à mesa um pomo de ouro com a inscrição ‘à mais bela’. As deusas Hera, Atena e Afrodite disputaram o pomo e o título de mais bela. Para não arranjar confusão entre os deuses, Zeus então ordenou que o príncipe troiano Páris [...] resolvesse a disputa. Para ganhar o título de mais bela, Atena ofereceu a Páris poder na batalha e sabedoria; Hera, riqueza e poder; e Afrodite, o amor da mulher mais bela do mundo. Páris deu o pomo a Afrodite, ganhando assim sua proteção, porém atraindo o ódio das outras duas deusas contra si e contra Troia”. (CAHALI, 2015, p. 30).

entre Portugal e Espanha mediado pelo papa Alexandre VI. (STRASSMANN; LUCHI, 2006; ARAÚJO, 2018).

Na Idade Média houve a cristianização maciça do continente europeu, aumentando o prestígio do papa, chamado para arbitrar disputas públicas, inclusive nos conflitos intercomunais, que eram resolvidos pelos tribunais eclesiásticos, em detrimento, por exemplo, do aparelho judiciário do Sacro Império Romano-Germânico. (STRASSMANN; LUCHI, 2006; ARAÚJO, 2018).

Segundo Araújo (2018, p. 15), “O Código Visigótico, aprovado no VIII Concílio de Toledo (ano 653), serviu de base para o desenvolvimento do direito português e garantiu às partes a possibilidade de se louvarem em árbitros, dando às sentenças arbitrais a mesma força que as sentenças judiciais”.

Séculos depois, as Ordenações Filipinas, aprovadas em 1595, regularam a arbitragem em Portugal¹⁰, estabelecendo que as sentenças, quando irrecorridas, seriam executadas pelos juízes ordinários. Havendo inconformidade de uma das partes, poderia haver revisão da decisão arbitral, considerando-se válida a instrução processual realizada pelos árbitros, salvo imperfeições detectadas naquela fase. A morte do único árbitro tornava o compromisso arbitral sem efeito. Havendo dois árbitros com votos divergentes, um terceiro previamente escolhido pelas partes preferiria decisão desempadora. Havendo três árbitros, a decisão era tomada por maioria. (ARAÚJO, 2018).

No Brasil, as Ordenações Filipinas foram igualmente aplicadas em nosso país no período do Brasil-Colônia e foram mantidas após a proclamação da nossa independência em 1822. A Constituição monárquica, outorgada em 1824, facultou que nas ações cíveis e penais “civilmente intentadas” poderiam as partes nomear árbitros e suas sentenças seriam executadas sem recurso, se assim convencionassem as partes (artigo 160). (ARAÚJO, 2018).

O artigo 294 do Código Comercial de 1850 instituía a arbitragem para resolver questões entre sócios na vigência da sociedade, inclusive durante a sua liquidação e partilha e contratos de locação mercantil (artigo 245). Conquanto, o Regulamento 737, que disciplinou o processo comercial, fez distinções entre a arbitragem voluntária e compulsória. (ARAÚJO, 2018).

¹⁰ As Ordenações foram aprovadas no período do domínio castelhano em Portugal – 1580 a 1640 –, mas mantiveram vigência em Portugal depois que o país se libertou da soberania espanhola.

O artigo 1.072 do CPC/73, indicava que as pessoas capazes de contratar poderiam se louvar, mediante compromisso escrito, em árbitros que “lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação”. Já o artigo 1.076 dispunha que as partes poderiam nomear um ou mais árbitros, sempre em número ímpar. Quando se louvassem apenas em dois árbitros, estes nomeavam, desde logo, terceiro árbitro. (BRASIL, 1973; ARAÚJO, 2018).

No procedimento então vigente, foi autorizado o juízo arbitral a determinar a produção de provas, tais como depoimento das partes, inquirição de testemunhas e realização de perícia (artigo 1.086), designando, para tanto, audiência de instrução e julgamento. Não obstante, o “laudo arbitral” que dirimisse a controvérsia teria que ser necessariamente homologado pelo Poder Judiciário, determinando o magistrado que as partes se manifestassem no prazo de 10 dias, seguindo-se igual prazo para homologação, “salvo se o laudo for nulo” (artigo 1.099). Cabia apelação da decisão que homologasse ou não o laudo (artigo 1.101). (BRASIL, 1973).

Cabe mencionar, nesse passo, que a Lei nº 9.099/1995 que criou os Juizados Especiais Cíveis, apesar de proporcionar avanço para a sociedade no acesso à Justiça para causas de menor complexidade, manteve a arbitragem subordinada ao crivo judicial (artigo 26). (BRASIL, 1995).

Entretanto, foi com a vigência da Lei de Arbitragem, em 1996, que se pode “libertar” a sentença arbitral da exigência relativa à homologação judicial, revolucionando o direito brasileiro. Esta lei permitiu que, no Brasil, os processos arbitrais se desenvolvessem na sua amplitude. (BRASIL, 1996; ARAÚJO, 2018).

Lobo (2016, p. 20) faz uma retrospectiva desses aspectos históricos e os avanços da arbitragem no Brasil, relatando que:

[...]. Daí em diante, a arbitragem não para de crescer no Brasil. Multiplicam-se as instituições de arbitragem, revistas jurídicas especializadas divulgam estudos de alta qualidade sobre arbitragem; decisões da justiça estatal cada vez mais prestigiam e respeitam a via arbitral; [...] tratados e compêndios de arbitragem são editados; congressos, seminários e simpósios se realizam com notável presença de interessados. Hoje, temos no país uma comunidade numerosa e competente de árbitros e advogados especializados. As diversas instituições de arbitragem em funcionamento disponibilizam regulamentos adequados e assistência eficiente aos tribunais e às partes [...].

Cumprir referir que o artigo 114, §1º, da CF/88, pertinente a área trabalhista, oportuniza a eleição de árbitros pelas partes interessadas no caso de frustrada a

negociação coletiva, mas, não se constata, na prática, qualquer relevância à sua aplicação no direito brasileiro, o que faz crer que a arbitragem na área laboral não tem muita atuação. Todavia, a partir da Reforma Trabalhista (2017), foi criada a Lei nº 13.467/2017 que incluiu/alterou o artigo 507-A da CLT, que prevê a arbitragem nas relações individuais de trabalho, desde que o empregado receba valor de remuneração superior ao dobro do teto da aposentadoria do INSS, norma que ainda carece de análise pela sua recenticidade. (BRASIL, 1943; 1988; 2017; ARAÚJO, 2018).

2.1.2 Do Déficit no Sistema Judiciário

O Poder Judiciário atualmente, a mercê das deficiências de material humano e estrutura administrativa, não mais consegue cumprir o mandamento constitucional que determina a duração razoável do processo e a utilização de meios para alcançar a celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF). (BRASIL, 1988).

O acúmulo exagerado de processos compromete a legitimidade e a sustentabilidade dos órgãos oficiais de resolução de conflitos aumentando a angústia da população e o atingimento da Justiça, pois como é tardia, fracassa. Ademais, o fenômeno da judicialização conhecido no Brasil e em outros países torna a segurança jurídica vulnerável, além da incapacidade de gerar, acessibilidade, celeridade, transparência e efetividade. (ARAÚJO, 2018).

Trata-se de uma questão cultural. Uma questão de educação para acessar os meios extrajudiciais de conflitos, os quais poderão ser mais eficazes para a obtenção de seus pleitos. Bacellar (2016 apud ARAÚJO, 2018, p. 23) destaca que até “relações ilícitas têm sido objeto de demandas nos juízos brasileiros, tais como pedidos de restituição de valor de propina, cobrança de dívidas de jogo, exigência de troca na compra de produtos pirateados e outros exemplos”.

Por outro lado, “há carências na capacitação de servidores públicos e na estruturação funcional dos cartórios, o que atrai a necessidade de se identificar melhor os pontos de ineficiência da Justiça, que se ressentem de uma visão”. (ARAÚJO, 2018, p. 23-24).

Não iremos adentrar em duas searas, passíveis de outra tese, uma gerando os outros efeitos negativos, por causa da intervenção exagerada do Poder Judiciário na vida pessoal dos cidadãos e em suas relações sociais, através de um excessivo

ativismo judicial que pode redundar, em alguns casos, até na politização da Justiça e outra, em que remanesce a cultura do litígio nos meios acadêmicos, formando nas faculdades de Direito estudantes com viés de “guerreiros” e não de pacificadores. (ARAÚJO, 2018).

O que prevalece é a mentalidade de se resolver o conflito pelo juiz, numa perspectiva “carnelutiana” de valorização da lide e inspirada ainda em Von Jhering, em sua famosa obra *Luta pelo direito*, em que o processo é apresentado como campo de batalha e os seus instrumentos como armas, segundo Araújo (2018). Para ele, “a postura mental que passa, em múltiplas gerações, de professor para aluno, influenciando juízes, advogados e membros do Ministério Público são tendências que migram das bancas acadêmicas até o jurisdicionado vendo no juiz a solução do problema”.

E como bem disse Theodoro Júnior (2014, p. 49):

Este intenso movimento reformador não é fenômeno isolado do processo brasileiro. Todo o mundo ocidental de raízes romanísticas tem procurado modernizar o ordenamento positivo processual segundo orientação mais ou menos similar, cuja preocupação dominante é a de superar a visão liberal herdada do século XIX, excessivamente individualista e pouco atenta ao resultado prático da resposta jurisdicional. A nova orientação, dominada pelos ares do Estado Social de Direito, assume compromisso, a um só tempo, com a celeridade processual e com uma justiça mais humana a ser proporcionada àqueles que clamam pela tutela jurídica.

2.1.3 As brechas que se abriram

Uma das brechas quanto a constitucionalização da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro veio com a Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Imobiliário e prevê a arbitragem como uma das formas de solução rápida nos casos de inadimplemento de adquirentes de imóveis financiados. (BRASIL, 1997). O mesmo ocorreu com a vigência da:

- a) Lei nº 9.611/1998, que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas e faculta ao proprietário da mercadoria e ao operador de transporte dirimir os seus conflitos pela via arbitral (BRASIL, 1998a);
- b) Lei nº 10.101/2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, com previsão de oferta de mediação e

arbitragem (art. 4º), no caso de insucesso de negociações entre empregados e empregadores (BRASIL, 2000);

- c) Lei nº 10.303/2001, que instituiu na Lei das Sociedades Anônimas a arbitragem para aplacar divergências entre os acionistas e a companhia ou entre os acionistas controladores e os minoritários, quando previsto nos estatutos sociais, de acordo com o artigo 109, §3º, da Lei nº 9.307/1996, cominado com o artigo 136-A, introduzido pela Lei nº 13.129/2015 (BRASIL, 1996; 2001; 2015);
- d) Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que trouxe a concepção do Tribunal Multiportas (*Multi-Door Courthouse*), ou Justiça Multiportas, que foi idealizada pelo jurista norte-americano Frank Sander na década de 1970 (BRASIL, 2010).

Como se pode observar, nasceu um movimento de democratização do Judiciário, com novos padrões na solução de conflitos, principalmente no direito processual, além daqueles já realizados. Esse contexto de Multiportas é explicado com mais propriedade pelos professores Zaneti Junior e Cabral (2017):

A Justiça Multiportas é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos. Ao invés de uma só porta que permite o acesso de todos e a qualquer tempo, sem distinções subjetivas, objetivas ou teleológicas, a Justiça passa a apresentar muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade. Abandonam-se as linhas clássicas para aceitar a construção de um edifício pós-moderno, contemporâneo e atual, com “design” arrojado e funcional, sintonizado com o nosso tempo.

Traduzindo, poder-se-ia dizer que a solução é customizada de acordo com as necessidades e conveniências do demandante. Nesse sentido, Figueira Júnior (1999, p. 36) completa:

O novo regime da arbitragem é simplesmente mais um instrumento válido e colocado à disposição dos interessados para a solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição, bem como da jurisdição estatal [...]. Assim, como não existe no processo civil comum procedimento melhor ou pior, mas sim tutelas diferenciadas mais ou menos adequadas aos respectivos ritos diversificados, escolhidos pelo autor de acordo com o sistema posto no ordenamento jurídico positivado, não há que se falar também de maneira absoluta em melhor ou pior forma de prestação da tutela jurisdicional para a solução dos inúmeros conflitos qualificados por pretensões resistidas, isto é, se estatal ou paraestatal.

Tudo dependerá, portanto, da natureza do conflito apresentado no caso concreto e a opção que as partes irão fazer, espontaneamente e em comum acordo, a respeito da prestação da tutela pelo Estado-juiz ou pelo árbitro. Em outros termos, será a escolha (adequada ou inadequada) que norteará os resultados mais ou menos vantajosos decorrentes da opção.

Araújo (2018, p. 3) retrata que “Há que se registrar com satisfação que atualmente o Poder Judiciário, outrora com postura ranheta e desconfiada a respeito das fórmulas extrajudiciais para abordagem dos conflitos, encontra-se num movimento de franca renovação, que aceita e incentiva as práticas alternativas”.

A ação proativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se dispôs a enfrentar os problemas do aparelhamento judiciário, mensurando a chamada “taxa de congestionamento” de processos, a identificação dos gargalos e a fixação de metas para exigir dos juízes maior produtividade quantitativa de julgamentos é plenamente louvável.

Acredita-se que, com isso, a tentativa de baixar o número de processos nos gabinetes dos juízes, viabilizando o acesso à justiça, seja dos que aguardam sentenças, seja dos que ingressam com novos processos, que novamente se acumulam nos escaninhos dos cartórios tenha sido pertinente. Aliás, antes mesmo do advento do novo CPC, o CNJ já tinha preocupações com a demora dos processos, tanto é que foi através da Resolução nº 125/2010 que se procedeu com a tentativa de mitigação aos efeitos da excessiva corrida a justiça estatal verificada no Brasil. (CNJ, 2010).

Nesse sentido Moreira (2004, p. 74) diz que a Resolução nº 125/2010 do CNJ é lastreada em objetivos estratégicos do Poder Judiciário, tais como a eficiência operacional, a responsabilidade social e o tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, “que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

E “tais mecanismos devem ser incentivados por uma ‘política pública permanente’, pois constituem instrumentos efetivos de pacificação social, prevenção de litígios e redução da excessiva judicialização das controvérsias, segundo Araújo (2018, p. 34).

A Resolução instituiu, em seu artigo 1º, a “Política Judiciária Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses”, a serem solucionados “por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Estabeleceu ainda que o CNJ organizará programa com o objetivo de “promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação” mediante constituição de uma “rede” integrada por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino. (CNJ, 2010).

A respeito disso, Araújo (2018) expõe que “também foi prevista a elaboração de conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais para habilitar servidores, mediadores, conciliadores”, tudo como meio de criar “facilitadores da solução consensual das controvérsias, medida estendida também aos juízes com a criação de ‘módulo’ de ensino nas escolas de magistratura”.

Por sua vez, o artigo 7º da Resolução instituiu os “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, os quais passariam a ter de, entre suas atribuições, “instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação” no âmbito de todos os tribunais brasileiros (artigo 7º, inciso IV e artigo 8º). (CNJ, 2010).

A partir disso, pode-se dizer que o mais recente avanço da legislação processual brasileira em matéria de métodos alternativos de solução de controvérsia ocorreu com a promulgação da Lei da Mediação (Lei 13.140/2015) que, em síntese, o texto legal estabelece alguns princípios que presidem a mediação, como por exemplo a imparcialidade do mediador; a autonomia da vontade das partes; a confidencialidade, dentre outros; estabelecendo, em seguida, que se existir cláusula contratual de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião para debate das controvérsias, embora não sejam obrigadas a prosseguir com o procedimento. O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. (MOREIRA, 2004; BRASIL, 2015).

Há ainda a previsão de mediação extrajudicial, com livre escolha do mediador pelas partes. A confidencialidade das informações será preservada ainda que as partes recorram à Justiça ou à arbitragem, salvo deliberação em contrário das partes. Há capítulo específico sobre a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, podendo a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos.

(BRASIL, 2015). Araújo (2018, p. 39) completa, apresentando o que ocorre no caso de controvérsias:

As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, em caso de autorização do advogado-geral da União, com base em jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal ou de tribunais superiores. Há, no entanto, a possibilidade de que simples parecer daquela autoridade autorize a transação, desde que aprovado pelo presidente da República. Por outro lado, os órgãos e entidades da administração pública poderão criar Câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas. Serão admitidas mediações comunitárias e escolares, bem como aquelas que forem realizadas por serventias extrajudiciais, não se aplicando, porém, a Lei 13.140/2015 às relações de trabalho, que será regulada por lei própria. Faculta-se a mediação realizada pela internet ou qualquer outro meio de comunicação que permita a transação a distância.

No método adversarial praticado em juízo, há uma dialética mais ortodoxa. Formula-se a demanda, faculta-se a produção de provas, ouvem-se os argumentos finais e se produz, ao final, um veredicto que dá ganho de causa a uma das partes. Os procedimentos são mais rígidos, pois o julgamento é realizado nos limites em que os fatos são apresentados pelas partes. As decisões são verticais (produzidas de cima para baixo por uma autoridade) e substituem a vontade dos litigantes. Não existe, em regra, cooperação entre as partes, embora o novo Código de Processo Civil tenha inovado ao estabelecer, em seu artigo 6º, que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (BRASIL, 2015a).

Ainda, no que diz respeito a este método, as questões são resolvidas, em geral, dentro da trilogia de Hegel, na qual existe sempre: a tese (o pedido do autor), a antítese (o que o réu contesta) e a síntese, materializada na sentença do julgador. Se o indivíduo que demanda preferiu optar por esse método, incide, em sua plena eficácia, a regra constitucional, segundo a qual ninguém poderá privar qualquer pessoa de buscar a via judicial, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV da CF). (BRASIL, 1988).

Obedece-se, igualmente, outro mandamento oriundo da Lei Maior, qual seja, o princípio do juiz natural, eis que a competência judicial é pré-constituída, não havendo juízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII da CF). (BRASIL, 1988). Disso, entende-se que, ao recorrer ao judiciário, o demandante não poderá escolher seu juiz

predileto, pois terá que respeitar a estrutura do Poder Judiciário, que define as diferentes competência processuais (competências cíveis, trabalhistas, eleitoral, criminal, de direito de família, e outras) como fronteiras específicas da jurisdição estatal por áreas e especialidades de atuação.

Por outro lado, o artigo 5º, inciso LIII da CF/88 garante que “ninguém poderá ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. E nesse mesmo caminho, a Constituição também prevê “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV da CF). (BRASIL, 1988). Quem escolhe o método adversarial judicial terá se submeter obrigatoriamente a seguir tais regras, que são estanques e sistematizadas, com pouco espaço para manifestação da vontade das partes.

Bacellar (2016, p. 68) faz relação deste método com o princípio da inafastabilidade do controle constitucional. Ele expõe que:

[...] o princípio da inafastabilidade do controle constitucional hoje tem uma nova concepção e deve ser entendido, à luz dos valores de nosso dia, em que se quer um processo de resultados, como inspirador da regra de que todos têm o direito a uma tutela efetiva e eficaz [...]. Desde que as pessoas se manifestem livremente, com consciência e vontade no sentido de resolver a pendência diretamente, sem intervenção do Poder Judiciário, nenhum juiz poderá alterar essa relação ou afetar esse consentimento.

A partir disso denota-se algumas vertentes (teorias) no que diz respeito a arbitragem. Araújo (2018, p. 51) explica que “A teoria privatista considera a arbitragem um mero negócio jurídico, um acordo firmado pelas partes para a escolha de um árbitro para resolver um litígio, no qual ambas estão envolvidas”. Dessa forma, fica claro que “o ato de julgamento proferido por terceiro seria apenas o resultado daquilo que foi contratado. Haveria apenas um vínculo jurídico entre os interessados e o árbitro, fruto da autonomia de vontade desses personagens”. Logo, “o veredicto do árbitro teria a mesma força vinculante de um contrato, dentro do conceito de *pacta sunt servanda*”.

Outra teoria é a jurisdicional, pela qual se entende que, se a lei permite que um árbitro realize um julgamento que envolve a composição do litígio. Significa que “o Estado chancelou poderes ao julgador privado para proferir sua decisão, tanto quanto outorgou para o juiz togado, ou seja, ambos estão habilitados para dirimir interesses divergentes e contrapostos, havendo quem interprete que árbitros seriam juízes com ‘jurisdição extraordinária de caráter público’”. (ARAÚJO, 2018, p. 52).

E tem ainda a intermediária mista, como a própria denominação revela, é a mescla dos fundamentos das teses anteriores, na qual se reconhece a arbitragem como negócio jurídico inerente a um sistema jurídico preexistente, que lhe dá legitimidade para proferir julgamentos e, conseqüentemente, outorga ao juízo arbitral poderes de jurisdição. (ARAÚJO, 2018).

Diante da sistemática legal adotada no Brasil para regular a arbitragem, não remanesce dúvida de que a arbitragem nasce de um ato voluntário, pois ambas as partes concordam livremente em se submeter a um julgamento por ato de terceiro. Nessa primeira fase, o ato é realmente negocial, mas se transmuda em jurisdicional quando a arbitragem é instituída, sendo pertinente, portanto, a adoção da teoria mista, plenamente adequada à legislação pátria.

Na análise da vertente jurisdicional da arbitragem, pode-se mencionar o famoso arbitralista francês Matthieu de Boissésou (1990 apud LEMES, 2001, p. 45) quando diz que:

[...] a cláusula compromissória [...] é uma convenção de investidura. A investidura é o ato de fundação do poder jurisdicional conferido a uma jurisdição [...]. A investidura diz respeito à fonte jurídica do poder jurisdicional [...]. Assim, a cláusula compromissória é o ato que investe os árbitros, de maneira contratual, de um poder jurisdicional. A competência dos árbitros para conhecer certos litígios e, por consequência, a incompetência das jurisdições ordinárias, analisa-se unicamente como um dos efeitos, dentre outros, do ato fundador que conferiu aos árbitros seu poder de julgar.

Os apontamentos legais atualmente previstos no Direito brasileiro são instrumentos de embasamento da arbitragem como forma de jurisdição privada. Em primeiro lugar, a partir do disposto no artigo 31 da Lei 9.307/1996, a sentença arbitral possui o mesmo “status” da sentença judicial e constitui título executivo ao ser realizada de modo condenatório. Por outro lado, o artigo 18 também prevê que a sentença “não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”, facilitando o procedimento e a apuração do caso. (BRASIL, 1996).

Alterou-se, portanto, de forma substancial, o antigo regime arbitral que vigorava enquanto a matéria era regida pelo Código de Processo Civil de 1973, o qual exigia homologação judicial para todo e qualquer “laudo arbitral”. (CAHALI, 2015).

A quebra de paradigmas gerou natural perplexidade, face ao que dispõe expressamente o artigo 5º, inciso XXXV da CF. Numa perfunctória análise, alguns ainda entendiam que haveria na arbitragem sem homologação judicial uma aparente

inconstitucionalidade, já que se estaria extirpando a análise judicial sobre pretensões jurídicas dos litigantes. Seria, consoante já destacamos acima, a suposta violação do “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”.

Segundo Dinamarco (2013 apud ARAÚJO, 2018), a jurisdição “visa resolver crises jurídicas sofridas pelos que pretendem obter um determinado bem da vida. Sabemos, no entanto, que essa tarefa pode ser igualmente exercida por outras instâncias de ADRs, por outras formas de pacificação social”. Araújo (2018) sustenta que “Essa realidade permite marcharmos um passo adiante, construindo-se um novo pensamento jurídico no qual é possível não só abdicar do socorro do Poder Judiciário, mas, sobretudo, renovar o conceito de jurisdição, de molde a admitirmos francamente a sua modalidade privada”.

Theodoro Junior (2014) chama de “substitutivos da jurisdição” as formas de “autocomposição da lide e de solução por decisão de pessoas estranhas ao aparelhamento estatal (árbitros)”, ao passo que Dinamarco (2013, p. 126) as denomina de “justiça parajurisdicional”:

Essa perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência funcional entre a pacificação estatal imperativa e aquelas outras estatais, e jamais dotadas do predicado da inevitabilidade, com que se buscam os mesmos objetivos e a mesma utilidade social. Na doutrina moderna, há prestigiosa voz afirmando a natureza jurisdicional do juízo arbitral (Carlos Alberto Carmona) e sabe-se que, em alguns casos, os meios alternativos são capazes de produzir resultados melhores que os da jurisdição estatal. Nesse quadro, é legítimo considerar ao menos parajurisdicionais as atividades exercidas pelo árbitro.

Ainda que Dinamarco (2013) e Theodoro Junior (2014) pareçam visualizar os meios alternativos de solução de conflitos como fórmulas assemelhadas de jurisdição, acredita-se que se pode avançar mais nessa abordagem.

Denota-se que tanto os conciliadores quanto os mediadores são auxiliares do Direito, mas só por isso não significa dizer que estes podem “dizem o Direito”, ou seja, não proclamam o Direito. Eles são inevitavelmente intermediários que incentivam uma solução de conflito que, em última análise, nasce a partir da vontade manifesta de comum acordo pelas partes.

No entanto, jurisdição é poder (embora não apenas estatal) de “formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 48). É sabido que conciliadores e mediadores exercem relevantíssimo papel na condução de solução

satisfatória para os interessados, mas estes não praticam atos imperativos a que se sujeitem as partes. Daí porque não se amoldam exatamente dentro do exercício de uma função jurisdicional, embora sejam bons meios condutores de resultados positivos quando há conflitos de interesses. (ARAÚJO, 2018).

Na arbitragem, há elementos que consideram, conclusivamente, que nesse procedimento há a presença de uma jurisdição privada. Positivada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem passou a adotar uma posição soberana no desate de disputas, com algumas exceções que, em raras as vezes, necessitou de interferência do Poder Judiciário. Essa soberania das decisões que, hipoteticamente, se tornam irrecorríveis, vai de encontro ao direito do cidadão quanto a segurança jurídica prevista no artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL, 1988; 1996).

Isso porque os árbitros são erigidos à condição de “juiz de fato e de direito” (artigo 18 da Lei 9.307/1996), com os atributos da “imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (artigo 13, §6º) e com os mesmos impedimentos ou suspeição de juízes togados, aplicando, no que for cabível, os “mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil” (artigo 14).

Como característica tipificadora da função jurisdicional da arbitragem, tem-se a sua equiparação aos servidores públicos, para os efeitos da legislação penal (artigo 17). E ainda, revelando a enorme similitude do processo judicial com o processo arbitral, o artigo 21, §2º, da Lei 9.307/1996 define que “serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. (BRASIL, 1988; 1996; 2015a).

O novo indicativo da equivalência da decisão arbitral em razão das decisões judiciais, de acordo com Araújo (2018), “situa-se nas exigências relativas de validade da sentença produzida pelos árbitros, que deverá conter o relatório, os fundamentos da decisão e a parte dispositiva (artigo 26)”. A jurisdição deve ser considerada uma atividade, independente do agente que a pratica.

Os elementos objetivos preponderam porque “o julgador será todo aquele que for devidamente investido para a aplicação do direito, sobrepondo-se às posições adotadas pelas partes”. (MALAFAIA, 2014). Nesse sentido, deve-se reiterar a regra do artigo 5º, inciso XXXV da CF, de modo que não significa que o indivíduo tenha que optar exclusivamente pela solução jurisdicional do Estado, mas pode, certamente, adotar uma hipótese de solução alternativa de conflitos, como a arbitragem. (ARAÚJO, 2018).

Acrescenta-se, também, como um fator revelador da existência da jurisdição, a prerrogativa de cognição do árbitro, que é praticamente idêntica ao magistrado, eis que tem plena possibilidade de colher provas e conduzir a instrução do processo. Tanto que o artigo 22 da LAR relata que ele poderá exercer, com absoluta aptidão legal, suas atribuições de colher o depoimento das partes, ouvir testemunhas “e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias”. A ele, igualmente, fica facultado a possibilidade de determinar “medida cautelar ou de urgência” em razão de risco de perecimento de direito. (BRASIL, 1996).

Na hipótese de ter sido escolhido a arbitragem, mas a parte se encontra em razões emergenciais, tendo que ingressar primeiro na Justiça para buscar tais medidas, o Poder Judiciário poderá concedê-las, desde que o interessado requeira a instituição da arbitragem no prazo de 30 dias. Essa deliberação meramente transitória da Justiça, porém, cede ao poder soberano do árbitro, cuja decisão será prevalente em relação àquela tomada pelo juiz togado, se resolver alterar ou revogar tal medida (artigo 22-B). (BRASIL, 1996; ARAÚJO, 2018).

Os traços identificadores do caráter jurisdicional da arbitragem são demonstrados sobretudo pela perfeita identidade de propósitos da sentença arbitral com a sentença judicial, eis que ambas possuem: a) mesma finalidade, que é a aplicação do direito para solucionar o conflito; b) característica de substitutividade, ou seja, impõem a vontade do julgador em substituição à vontade das partes; c) com a decisão, irrecorrível, surge igualmente a coisa julgada; d) por fim, a sentença passa a ser imutável e definitiva. (ARAÚJO, 2018).

O juízo arbitral, nos mesmos moldes que a sentença judicial, é inerte, pois precisa da motivação e provocação das partes para dar início. Por fim, ambas as decisões são imperativas, podendo ser executadas de forma coercitiva. (ARAÚJO, 2018).

A respeito da questão da jurisdicionalidade ou não da sentença arbitral, Dias (2016 apud ARAÚJO, 2018) entende que o novo CPC colocou uma pá de cal nessa discussão, pois “oficializou a arbitragem como jurisdição no direito brasileiro e encerrou a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da arbitragem”.

Dias (2016) lembra que o texto codificado consagrou o princípio da inafastabilidade dessa jurisdição e implementou a carta arbitral, garantindo a efetividade da medida concedida pelo árbitro. O juiz estatal está obrigado a “cumprir a determinação do árbitro, sem avaliar o mérito da decisão”.

De fato, ao estabelecer uma postura amigável e harmônica em relação ao instituto da arbitragem, o novo CPC lhe conferiu inegável prestígio, garantindo à sentença arbitral a mesma força obrigacional que uma sentença judicial, de acordo com o artigo 3º, §1º cominado com o artigo 515, inciso VII do CPC. (BRASIL, 2015a).

No mesmo diapasão, exclui previamente a atuação judicial, sempre que invocada por uma das partes a existência de convenção de arbitragem, o que leva à extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VII do CPC. (BRASIL, 2015a).

Consoante o entendimento do professor Didier Junior (2013), com fundamento na alteração e edição do novo CPC, firmou-se o posicionamento majoritário adotado a anos pela doutrina, de que “a arbitragem é, no Brasil, jurisdição”, concretizando, assim, o princípio de que a jurisdição é uma hipótese “universal” na resolução de conflitos, regulada pelo CPC; e a jurisdição civil, arbitral, regulada por lei extravagante; formando um novo microsistema jurídico.

Tanto é verdade que o Projeto de Lei do Senado Federal nº 406, de 2013, de autoria do Senador Renan Calheiros, que originou o atual CPC, visava justamente alterar a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem. (SENADO FEDERAL, 2013).

Os princípios constitucionais que supostamente estariam feridos, de acordo com o Projeto apresentado, seriam: a) a inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, LV); b) a garantia do devido processo legal (art. 5º, LVI); c) a ampla defesa e a dupla instância de julgamento (art. 5º, LVII), d) o juiz natural (art. 5º, LIII); e) o princípio que impossibilita a criação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII), todos de acordo com a Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

O Juízo arbitral já existia e não foi por motivo da criação da Lei nº 9.307/96 que a arbitragem passou a desrespeitar estes princípios. Sem falar que o sistema jurídico brasileiro admite outras formas de composição de conflitos além da jurisdição estatal, como por exemplo a transação. Entretanto, com a aplicação da arbitragem a partir do novo CPC, visa-se direcionar a jurisdição para um agente privado, mas a parte não se deixa de ter o direito da jurisdição.

Noutras palavras, entende-se que escolher um árbitro não significa renunciar a um direito de ação, mas sim, passa a ser uma liberalidade das partes de escolherem previamente entre o juízo arbitral ou o estatal. Até mesmo porque, a qualquer momento, a parte que sentir-se lesada poderá acionar o Poder Judiciário, qual tem a competência, ainda, para: a) decidir questões que versem sobre direitos indisponíveis; b) declarar a nulidade da sentença arbitral; c) homologar uma sentença arbitral estrangeira; d) assegurar a execução coercitiva da decisão arbitral; e) efetivar medida cautelar deferida pelo árbitro; f) um meio pelo qual se solucionará o conflito. (BRASIL, 1996; 2015a).

O artigo 21, §2º da Lei 9.307/96, dispõe sobre a atividade instrutória do procedimento arbitral cobrindo o princípio da ampla defesa, do contraditório e o princípio da igualdade de tratamento a ser dispensado às partes. Conquanto o artigo 33, dispõe sobre o princípio da dupla instância de julgamento porque a parte pode pleitear mediante o judiciário a anulação da sentença arbitral. (BRASIL, 1996).

Assim, a grande pergunta é: A arbitragem é constitucional?

Esse debate tomou força a partir de uma decisão preferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2001 e passou a ser um paradigma no direito brasileiro. Isso, porque, o STF ao decidir um Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7¹¹ Reino da Espanha, movido pela empresa *MBV Commercial and Export Management Establishment* contra a empresa Resil Indústria e Comércio Ltda., em que o STF homologou sentença arbitral estrangeira oriunda da Espanha para que tivesse validade como título executivo judicial no Brasil.

E justamente neste caso foi abordada a questão da constitucionalidade da Lei 9.307/1996, travando-se um intenso debate sobre o tema entre os ministros da Corte, que concluíram pela inteira adequação da legislação à ordem constitucional brasileira. Desse modo, o acórdão prolatado constou que a Constituição não permite e sequer concedeu a Lei de Arbitragem a vedar o acesso ao Judiciário daquele que lhe deseje submeter um determinado conflito, mas não obsta que o interessado renuncie ao direito de ação na jurisdição pública, em prol de uma solução alternativa de conflitos, se esta ocorrer. (STF, 2001).

Foi relevante, naquela oportunidade, o posicionamento do Procurador-Geral da República que ao lançar parecer quanto a matéria debatida nos autos, dispôs que:

¹¹ STF. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7 Reino da Espanha. Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.12.2001.

[...] Penso ainda que a Lei 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da CF. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à Justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda a vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação. Não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma 'faculdade inerente à própria personalidade', não um dever. O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito' [...].

Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência a Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. (STF, 2001, p. 981).

O raciocínio adotado no processo nos leva a observar que o “direito de ação” não se confunde com “dever de ação”. Haverá sempre renúncia à jurisdição pública quando duas partes resolvem escolher um tom amistoso em suas desinteligências e partem para uma negociação direta. (ARAÚJO, 2018).

Ao final, “se celebram uma transação, teriam que submeter essa transação à homologação judicial, só porque renunciaram à via estatal? Da mesma forma, também não podem efetivar essa renúncia mediante acordo em que delegam a um terceiro a solução de suas divergências?”, foram algumas das perguntas levantadas pelo doutor Araújo (2018, p. 58).

Não há diferença substancial entre as duas hipóteses, eis que a única preocupação do Constituinte foi não privar o cidadão de perseguir o caminho judicial, se ele assim desejar. É uma garantia, não um constrangimento ou imposição. Ao acolher esses fundamentos e outros argumentos análogos, o STF reconheceu inequivocamente naquele acórdão a constitucionalidade do juízo arbitral no Brasil. Valorizou-se profundamente a autonomia da vontade, já que, em se tratando de direitos disponíveis e, por consequência, transacionáveis, a ninguém se pode impor a via jurisdicional pública, assim também como não há que se falar em arbitragem

compulsória, que, por sinal, chegou a vigorar, durante breve tempo em nosso país, no período do Império. (ARAÚJO, 2018).

Não foi por outra razão que o relator Sepúlveda Pertence declarou que “a constitucionalidade da arbitragem repousa essencialmente na voluntariedade do acordo bilateral”. (STF, 2001, p. 998). Por outro lado, Araújo (2018) contrasta dizendo que a Constituição não estaria estabelecendo uma renúncia abstrata à jurisdição, mas sim uma renúncia específica à lide judicial em determinado conflito ao ter optado pela cláusula arbitral. “Na arbitragem, existe, num caso concreto, a possibilidade de um litígio determinável, decorrente de uma relação contratual específica. A renúncia à ação judicial tem, portanto, esfera circunscrita ao negócio jurídico que foi realizado”. (ARAÚJO, 2018, p. 58).

Segundo Miranda (2002, p. 162), ao relatar este tema:

O compromisso tem de referir-se à arbitragem sobre determinado litígio já pendente, ou a determinada controvérsia que surgiu ou pode surgir de negócio jurídico. São essas as chamadas controvérsias compromissíveis. Se o conteúdo é indeterminado, como se os contraentes submetessem todas as controvérsias que surjam entre eles, não vale o compromisso, porque falta a determinação ou, pelo menos, a determinabilidade do objeto do litígio.

Sob outra ótica, observa-se o posicionamento do Ministro Nelson Jobim ao proceder com sua análise do referido recurso submetido ao STF, demonstrando que o dispositivo que propugna a inafastabilidade do Poder Judiciário em solução de conflitos sempre foi mal interpretado pela doutrina do passado (STF, 2001). Tanto é verdade que se a Constituição Federal trata que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, é notório que o principal beneficiário e destinatário é o cidadão e não a lei em si.

Aliás, observando estes fatores é que restou posicionado no acórdão do recurso que seria uma verdadeira miopia hermenêutica a interpretação de que a regra constitucional estaria impondo um dever processual ao indivíduo:

Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo e verificando o caráter deste dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito: em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]. 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 pela via judicial. Abre-se ao cidadão, portanto, o respeito à sua liberdade: a liberdade de tentar compor os 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, como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. (STF, 2001, p. 1.019-1.020).

Imaginemos que a lei liberasse alguém (uma autoridade, por exemplo) das consequências de uma demanda judicial, garantindo à determinada pessoa que ninguém poderia contra ela demandar em casos de dano por responsabilidade civil. “Além de ser privilégio odioso e flagrantemente contrário aos elementares princípios da isonomia, a norma que estabelecesse esse tipo de imunidade, esse verdadeiro escudo legal, incidiria também em inconstitucionalidade”, indo contra o previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF, pois a parte lesada estariam privada de buscar o Judiciário contra aquele que lhe causou danos (irresponsável), socorrendo-se em alguma situação específica, o que escaparia da obrigação jurídica de reparação do dano. (BRASIL, 1988; ARAÚJO, 2018).

Outros exemplos são atinentes à imposição, por lei, de determinados óbices que dificultam ou inviabilizam o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Assim, a Ministra Ellen Gracie destacou que “*O cidadão pode invocar o Judiciário para solucionar os conflitos, mas não está proibido de acessar outros meios*”. (STF, 2001).

Retomando o acórdão proferido pelo STF no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, a Ministra Ellen Gracie, ao proferir seu voto, lembrou sobre as barreiras econômicas criadas por determinada legislação, citando a decisão do STF na ADIN nº 1.074-3/DF¹², que eliminou a vigência do artigo 19, caput da Lei 8.807/1994, o qual impunha a obrigatoriedade de depósito preparatório nas ações que tenham por objeto discutir débitos perante o INSS. (STF, 2001; 2007). Agora, ao proclamar a constitucionalidade da Lei 9.307/1996, o STF “estabeleceu um divisor de águas, que semeou segurança jurídica e estabilidade à jurisprudência sobre esse tema, permitindo que os julgamentos por arbitragem se desenvolvessem normalmente

¹² STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.074-3 do Distrito Federal. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 28.03.2007.

em nosso país, posto que praticados em inteira consonância com a nossa Lei Maior”. (ARAÚJO, 2018, p. 60).

Após o julgamento deste recurso, encerraram-se definitivamente as discussões a respeito da constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Desde então, tem se registrado inúmeros casos com sucesso de arbitragem, o que se verá mais a diante.

O relatório anual da Corte Permanente de Arbitragem (PCA), provê informações anuais sobre os casos que administra na extensão que lhes permite a sigilosidade. A Corte Permanente administra litígios em várias partes do mundo incluindo Bruxelas, Kathmandu, Londres, Nova Iorque, Paris, Singapore e Washington D.C. Os setores econômicos concernentes aos litígios são, em suma, os de óleo e gás, construção civil, financeiros e investimentos, seguradoras, energia e telecomunicações, transporte e logística. (PCA, 2019).

2.2 DAS COMPETÊNCIAS

2.2.1 Diferença entre Jurisdição e Competência

O conceito de juiz natural nasce de preceitos constitucionais, sobretudo daquele que proclama que não haverá júízo ou tribunal de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII da CF). A competência judicial é pré-constituída. Em verdade, o juiz natural é aquele que a Constituição e a lei escolhem, através da junção de normas constitucionais com normas processuais e de organização judiciária, obedecidos os critérios territoriais, funcionais ou materiais. (BRASIL, 1988).

Jurisdição é o poder que o Estado detém, constitucionalmente assegurado, para aplicar a lei a fim de resolver conflitos. Como expressão de um poder do Estado, o qual não pode ser fracionado, a jurisdição tem caráter uno e indivisível. Mas, para viabilizar o melhor exercício da jurisdição, por razões práticas e para melhor administração de justiça, ela é distribuída entre os órgãos jurisdicionais. Os critérios determinados pela legislação para essa distribuição chamam-se competência.

A competência é delineada como a medida ou a fração de jurisdição que cabe a cada juiz ou, em outras palavras, trata-se da repartição da jurisdição entre os diversos órgãos judiciários, determinando, no caso concreto, qual deles irá atuar. Não há, porém, limitação ao poder jurisdicional do qual cada juiz é investido, havendo

apenas uma demarcação dos limites de atuação de cada órgão judicial (TEIXEIRA; MOREIRA PINTO, 2016, p. 123).

Para alguns doutrinadores, a jurisdição pode ser concebida como sendo ao mesmo tempo, “função, poder e dever”. Na ótica de atividade destinada a dirimir os conflitos de interesse, a jurisdição detém uma função. Esta “função”, por sua vez, se reveste de conteúdo imperativo, em que o único titular é o próprio Estado por se tratar do exercício legal do “poder político”. Por outro lado, também é visto com um “dever”, isto, porque, se os homens cederam parte de sua liberdade para a formação de um ente tutor do interesse coletivo e do individual, este ente, o Estado, tem o dever de dispor de um mecanismo hábil a compor as controvérsias entre os cidadãos. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 241).

Assim, trata-se do poder/dever do Estado de, quando provocado (princípio da inércia), intervir numa relação entre duas partes para solucionar uma lide. Se jurisdição é o poder de dizer a lei, competência é a delimitação desse poder, que é estabelecida através das normas. Assim, competência é uma permissão legal para exercer uma fração do poder jurisdicional.

A jurisdição gera, então, por meio de um representante do Estado (Juiz), uma solução impositiva e definitiva, substituindo a vontade das partes, vez que a sentença gera coisa julgada, não podendo mais as partes buscarem o judiciário para resolver o mesmo conflito. Por outro lado, a competência representa uma fração da jurisdição. A jurisdição é o poder/dever do Estado de resolver uma lide quando for provocado pelas partes, e competência são os critérios determinados pela lei para distribuir a jurisdição, facilitando o seu exercício.

Os dois institutos possuem como fontes normativas a Constituição Federal e o Código de Processo Civil. Trata-se de dever porque, conforme o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, não pode o juiz se omitir de resolver a lide alegando o caso não ser disciplinado pela lei ou por conter obscuridade.

Assim, o Estado exerce a jurisdição geral e exclusiva sobre o seu território terrestre sendo assim possui competências para atuar com autoridade nas esferas legislativa, administrativa e jurisdicional. A questão da exclusividade significa que o estado não responde a outro ente e não enfrenta concorrência de outra soberania, cabendo ao Estado tomar as medidas restritivas.

O Brasil, por força de divisão político-administrativa, é organizado por Estados e estes, por Municípios, que serão os limites territoriais da jurisdição. Algumas vezes,

como no caso das Justiças Estaduais, a divisão da jurisdição territorial é feita por Comarcas, que compreendem um ou mais de um município, conforme o movimento de processos existentes e as possibilidades financeiras do Estado (CASTRO, 2016, p. 71).

A competência é, desta forma, a atribuição da função de cada órgão jurisdicional. “A Constituição Federal, ao se referir aos órgãos que compõem o Poder Judiciário, preocupou-se, ainda, em fixar quais as matérias que estariam afeitas a cada um deles, de maneira a organizar a tutela jurisdicional estatal e evitar eventuais invasões de competência”. (CASTRO, 2016, p. 72).

Para Rocha (2009, p. 157) “se a divisão do trabalho entre os órgãos visa realizar a função jurisdicional, então essa divisão de trabalho é ditada, em princípio, pelo interesse público na boa administração da justiça, vez que a função jurisdicional é, evidentemente, pública”. Caso não houvesse tal divisão, ao se fixarem as competências de um e outro órgão judiciário, certamente que as dificuldades para distribuição da justiça seriam maiores, criando-se enormes confusões e propiciando, inclusive, a prolatação de mais de uma sentença acerca da mesma lide.

Assim, por exemplo, se alguém resolve intentar ação contra alguém em um determinado município de um Estado brasileiro, onde o réu reside, e se a matéria for submetida a esta localidade (jurisdição), de acordo com o Código de Processo Civil Brasileiro, as partes se submeterão à esta jurisdição estadual em razão da competência indicativa pela matéria. Agora, se por livre distribuição, a ação recair em determinada vara da justiça estadual, então o juiz que estiver atuando naquele Juízo/Vara será o juiz natural.

No fundo, é um processo de escolha, ainda que um tanto complexo, porque não se conjugam as normas da Lei Maior com regras infraconstitucionais de jurisdição e competência. (ARAÚJO, 2018). Nasce daí a noção de “autoridade competente”, a quem cabe processar o feito e lançar a sentença (artigo 5º, inciso LIII da CF). (BRASIL, 1988).

Antigamente havia objeções à arbitragem, porque nela não incidiriam os princípios constitucionais sobre o juiz natural. Mas não é bem assim, porque tais princípios foram interpretados como se fossem exclusivamente destinados à jurisdição estatal. (ARAÚJO, 2018).

Na arbitragem, que possui modelo institucional distinto, juiz natural nasce também de um processo de escolha, embora diferenciado, mas perfeitamente

legitimado por padrões legais prévios, que facultam às próprias partes elegerem seu próprio julgador. “Ele exercerá uma jurisdição que aplicará o direito ao caso concreto, com capacidade de produzir coisa julgada material, mediante sentença equiparada ao veredicto judicial, que não mais comporta recurso”, segundo Araújo (2018).

Para ilustrar essa situação, constamos o posicionamento da jurisprudência brasileira, citando decisão do STJ (2008)¹³:

A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267¹⁴, inciso VII, do CPC à matéria ‘sub judice’ afasta a jurisdição estatal, *in casu*, em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LIII, da Constituição Federal de 1988 [...]). É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes. Inaplicável de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o ‘risco’ de serem derrotadas na arbitragem (Precedente; RESP 450.88, de relatoria do ministro Castro Filho, publicado no DJ de 26/05/2003).

Destarte, uma vez convenionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo, como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

Outrossim, vige, na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência [...].

Ademais, se houve hesitações, o artigo 42 do novo CPC põe fim a possibilidade de dissensos ao estabelecer expressamente que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz, nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”. (BRASIL, 2015a).

2.2.2 Competência Internacional e Nacional

Antes de aferir a competência dos órgãos jurisdicionais nacionais, é necessário verificar se a jurisdição brasileira pode ser exercida no caso concreto. Em regra, “podem ser processadas e julgadas no Brasil as causas em que a Justiça brasileira possa efetivamente exercer a jurisdição, para solucionar eficaz e plenamente as demandas, bem como fazer executar e cumprir as suas decisões, limitando-se ao território do Estado onde exerce soberania”. De acordo com este critério, a competência é internacional e nacional. (MARCATO, 1992, p. 27).

¹³ STJ. Mandado de Segurança nº 11.308/DF. 1ª Seção. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.04.2008.

¹⁴ Obs.: o artigo 267, inciso VII, do antigo CPC corresponde ao atual artigo 485, inciso VII, do CPC de 2015 (BRASIL, 1973; 2015a).

A competência internacional, ao contrário da competência nacional, “[...] não é simplesmente a medida da jurisdição, mas trata dos limites de jurisdição de cada Estado soberano, e sua falta resulta na própria ausência de jurisdição nacional”. (BOCHENEK; DALAZOANA, 2016, p. 36).

Quando se diz que “nenhum juízo brasileiro é competente para conhecer determinada demanda, não se está fazendo uma distribuição da jurisdição entre juízos, mas se afirmando que falta à autoridade brasileira o próprio poder jurisdicional”. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 261).

Nos comentários anteriores reconhecesse a competência da justiça brasileira mas não se tem a certeza de saber qual autoridade judiciária interna é competente para conhecer e julgar a ação. Considera-se a arbitragem como atividade jurisdicional e resta saber à quais normas sobre competência estará sujeita uma vez que foro diz respeito à competência territorial. “De acordo com a previsão legislativa, se houver para determinada causa somente um foro competente, a competência é privativa ou exclusiva; se houver mais de um foro competente, é concorrente”. (BOCHENEK; DALAZOANA, 2016, p. 57).

Nos casos de competência concorrente, os órgãos jurisdicionais têm sua competência previamente definida segundo as normas legais, e, portanto, não se pode falar em alteração ou prorrogação da competência absoluta, ao contrário do que ocorre com a competência relativa, que pode ser modificada. “Significa dizer que a ação pode ser proposta em qualquer um dos foros competentes, sem que esteja caracterizado qualquer vício”. Neste caso, ocorre um concurso de foros igualmente competentes, cabendo ao autor a escolha do local de sua preferência para a propositura da ação, sem possibilidade da impugnação da parte contrária. “Realizada a escolha e proposta a demanda em um dos foros competentes, este se torna preventivo em relação aos demais, que abstratamente tinham competência para a demanda, e, agora, concretamente, deixam de tê-la”. (BOCHENEK; DALAZOANA, 2016, p. 57).

A competência de foro concorrente caracteriza-se, consoante disposição legislativa, pela existência de um foro competente (princípio constitucional da liberdade das partes). (BOCHENEK; DALAZOANA, 2016). Cabe a escolha ao autor, no momento do ajuizamento da ação, entre as opções predefinidas, ou em razão de uma situação de subsidiariedade prevista pela norma.

Competência de juízo concorrente é a competência de mais de um órgão jurisdicional para julgar determinadas causas no mesmo foro. Neste caso, a questão se resolve com a utilização de regras de distribuição, incluídas as regras de distribuição por dependência, independentemente da vontade do autor. (BOCHENEK; DALAZOANA, 2016, p. 58).

No caso da competência internacional, diz-se que a competência é concorrente quando se admite a competência de justiça internacional paralelamente à competência da autoridade judiciária brasileira. Diversamente, nas hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, a lei impede o reconhecimento, no Brasil, dos efeitos de decisão estrangeira que verse sobre certas matérias.

2.2.3 Competência Absoluta e Competência Relativa

Os vários critérios para a repartição da competência entre os órgãos jurisdicionais podem envolver interesse público ou das partes. Como maior interessado na distribuição da justiça e na pacificação dos conflitos surgidos na sociedade, o Estado, monopolizando o exercício da atividade jurisdicional, estabelece várias regras para determinar qual de seus órgãos será competente em cada demanda que lhe é apresentada. Por isso, em regra, a delimitação da competência interessa ao próprio Estado, não se admitindo alterações segundo a vontade dos litigantes. Entretanto, não são poucas as situações em que o Estado procura atender o interesse das partes, fixando regras mínimas sobre a competência, mas permitindo que o processo tramite no juízo que mais atenda à conveniência dos sujeitos parciais do processo. (TEIXEIRA; MOREIRA PINTO, 2016, p. 128).

A partir dessa diversidade de interesses, a competência é classificada em duas categorias, com significativos reflexos no desenvolvimento do processo: a) competência absoluta: quando há interesse público, não sendo admitida a sua prorrogação, incumbindo ao juiz reconhecê-la de ofício; b) competência relativa: quando prepondera o interesse das partes, admitindo-se a sua prorrogação e vedado o conhecimento de ofício. (TEIXEIRA; MOREIRA PINTO, 2016, p. 129).

No caso da arbitragem, as partes apenas podem sujeitar à atividade arbitral os chamados direitos patrimoniais disponíveis. Se o que está em deliberação são direitos

indisponíveis, em relação aos quais as partes não podem renunciar, os relativos litígios têm de, basicamente, ser resolvidos pela jurisdição estatal.

No Novo Código de Processo Civil, ambas devem ser alegadas como preliminar de contestação (art. 337, II), cabendo ao juiz decidir após ouvir a parte contrária. Acolhida a alegação, os autos são encaminhados ao juízo competente, sendo que, salvo decisão judicial em sentido contrário, serão conservados os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente até eventual alteração no juízo competente (art. 64). (BRASIL, 2015a; TEIXEIRA; MOREIRA PINTO, 2016, p. 129).

Já na arbitragem, para Azevedo (2004, p. 68) “há um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de solucionar seus conflitos de interesse presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros”. Portanto ao submeter um conflito à arbitragem os contendores assumem um compromisso de obedecer o dispositivo proferido na sentença. Assim, o instituto da arbitragem se funda na voluntariedade das partes e não há interferência estatal.

A doutrina de Muniz (2015, p. 22) destaca três características que, segundo o autor, constituem os traços distintivos da arbitragem:

- a) sua natureza “heterocompositiva”, vale dizer, um terceiro impõe sua decisão às partes. A arbitragem, portanto, não é um método “amigável”, em que o conflito se resolve por acordo entre as partes;
- b) ser meio de resolução de conflitos privado, isto é, a princípio sem a interferência de órgãos estatais, o que a distingue do processo judicial; e
- c) a força vinculante de suas decisões, equiparadas legalmente, como regra, àquelas proferidas pelo Poder Judiciário, embora seja um método privado.

Nestes institutos partes elegem os árbitros que são altamente especializados, tecnicamente preparados pela experiência e estudos técnicos na matéria em que recaia o litígio, diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal, em que as partes não escolhem o juiz estatal que julgará seu caso concreto.

A arbitragem é, portanto, um mecanismo paraestatal de resolução de conflitos, escolhido voluntariamente por pessoas jurídicas ou físicas maiores e capazes para contratar, que confiam a árbitros a solução de controvérsias de interesse no presente ou no futuro, desde que relativas a direitos patrimoniais disponíveis. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 288).

Silveira (2016, p. 56) diz que uma importante inovação contida no novo Código de Processo Civil refere-se à inclusão do processo no contexto social que o circunda, dando-se ênfase à possibilidade das partes de colocarem fim ao conflito por meio da mediação ou da conciliação. Nesse sentido, o legislador entendeu que a satisfação efetiva das partes ocorre por meio da solução criada por elas mesmas, e não pela decisão imposta pelo juiz.

Os Tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a auto composição (art. 165 do CPC). (BRASIL, 2015a).

Nessa linha, o novo Código Processual conferiu um tratamento mais adequado à arbitragem, reconhecendo definitivamente a sua natureza jurisdicional alinhando-a com a justiça tradicional. O artigo 42 reconhece que o juízo arbitral não está sujeito às regras de competência do CPC, *in verbis*: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”. (BRASIL, 2015a).

No mesmo diploma legal, o artigo 337, §5º dispõe que, a existência de convenção arbitral deve ser suscitada pela parte como preliminar e não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz: “Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo”. (BRASIL, 2015a).

Por sua vez, o artigo 337, §6º, da referida lei, determina que a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral. (BRASIL, 2015a).

Compreendendo isso, denota-se que na arbitragem a competência do árbitro ou do tribunal arbitral está associada a sua especialização. Segundo Paumgarten (2015, p. 323), “O árbitro será escolhido a partir de acordo de vontades validamente firmado e conforme critérios voltados para a disputa em particular, garantindo que ele possua maior capacidade e a experiência necessária para compreender a praxe e as particularidades da questão que lhe controversa”.

2.3 DA SENTENÇA ARBITRAL

A Lei nº 9.307/96 não distingue entre arbitragens domésticas e estrangeiras, com fins de estabelecer regras distintas. A lei restringe-se a diferenciar apenas a nacionalidade da sentença arbitral que será doméstica ou estrangeira, dependendo do local de prolação. (BRASIL, 1996).

De acordo com Muniz (2015), a sentença doméstica é aquela proferida no Brasil e estrangeira a proferida no exterior, sendo que a nacionalidade da sentença arbitral tem consequências práticas relevantes. Dentre elas se destaca o fato de que “a execução de sentenças arbitrais estrangeiras está condicionada ao seu prévio reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Já as sentenças domésticas podem ser executadas, diretamente, perante o Poder Judiciário de primeira instância”. (MUNIZ, 2015, p. 248).

Como regra geral, a decisão proferida em uma jurisdição não produz, automaticamente, todos os seus efeitos nas demais jurisdições. Daí a necessidade de reconhecimento da sentença estrangeira no país em que se pretende executá-la. Por exemplo, a sentença estrangeira não produz efeitos nem é exequível no Brasil antes de ser objeto de reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, procedimento esse conhecido como “homologação”. (MUNIZ, 2015, p. 249).

Assim, mesmo que a sentença arbitral observe a lei brasileira no que tange ao procedimento ou ao mérito do julgamento, as partes estejam domiciliadas no Brasil, mas a arbitragem tenha se realizado em outro país, por acordo entre as partes, a decisão ficará sujeita a homologação do Superior Tribunal de Justiça por ser considerada estrangeira. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 333).

A isso se soma outros efeitos igualmente relevantes, como a identificação da lei que regula os procedimentos arbitrais (*lex arbitri*) e a identificação do Poder Judiciário nacional competente para conhecer e decidir sobre questões incidentais conexas à arbitragem e à anulabilidade da sentença arbitral. (MUNIZ, 2015, p.248).

O juízo arbitral se limita a exercer a tutela em processo de conhecimento, cabendo ao Poder Judiciário os atos coercitivos ou de execução e cumprimento de sentença, bem como o poder cautelar, na hipótese residual de que trataremos adiante, prevista no artigo 22-A da Lei 9.307/1996. (BRASIL, 1996).

Nos últimos tempos, nota-se um maior incremento das ações anulatórias de sentença, o que se mostra preocupante, pois tal tendência poderia, mais adiante, colocar em risco o instituto da arbitragem. Em 2017, isso ficou visível a partir de uma publicação feita no jornal Valor Econômico em que uma dessas ações, movida pelo

Consórcio de Energia Sustentável do Brasil (ESBR) contra a empresa Camargo Correa, foi rechaçada pela 18ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), com uma advertência do Desembargador Claudio Deli'Orto, que merece exposição:

A doutrina vem apontando a existência de uma tendência em se utilizar, impropriamente, a ação anulatória de sentença arbitral como uma instância recursal e, assim, evitar os efeitos de decisão desfavorável aos interesses das partes [...]. Antecipar a tutela de mérito fazendo preponderar a alegada nulidade da sentença arbitral, lançada em mais de 200 laudas por três renomados árbitros, significaria desconstruir todo o arcabouço conceitual da arbitragem [...].” (VALOR ECONÔMICO, 2017, p.E1).

Somente o controle judicial, e o firme posicionamento da jurisprudência brasileira, poderá evitar que prospere tendência tão nefasta, que redundaria em redução progressiva dos processos arbitrais e um verdadeiro retrocesso institucional no campo das resoluções de nossos conflitos.

A maioria das grandes instituições de arbitragem do Brasil, tais como a Câmara de Mediação e Arbitragem (CIESP/FIESP), a Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB), o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) que possuem cláusulas-modelo, valendo citar, em relação a esta última, o texto reproduzido:

1. Qualquer disputa oriunda deste contrato ou com ele relacionada será definitivamente resolvida por arbitragem.
- 1.1. A arbitragem será administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato [...]. (CAM, 2019, online).

A partir da ratificação pelo Brasil de diversas Convenções Internacionais (Protocolo de Genebra, de 1923, Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975, o Protocolo de Las Leñas, de 1992, e tantas outras), a jurisprudência pátria vem adotando uma postura favor *arbitratis*, ou seja, uma hermenêutica tendente a abarcar a arbitragem dentro do contexto contratual, desde que o assunto em tela tenha uma mínima correlação com a matéria agasalhada por cláusula compromissória de teor genérico. (ARAÚJO, 2018).

2.3.1 Carta Arbitral

A nova sistemática processual brasileira busca normatizar a efetivação de medidas voltadas a evitar o perecimento do objeto durante ou no futuro processo arbitral, esboçando a necessária conduta cooperativa entre o Poder Judiciário e a jurisdição arbitral. A interação entre o juiz estatal e o arbitral não era regulada pelo CPC/73. (BRASIL, 1973). Quando o árbitro necessitava deprecar ao juiz togado a execução de uma medida de urgência ou qualquer outro ato que implicasse constrição física sobre pessoas ou bens eventualmente deferidos, que eles próprios não podem realizar utilizava-se de simples ofício, que na prática já era denominada carta arbitral, distribuída para um dos juízes competentes para a apreciação de feitos dessa natureza. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 386).

O novo CPC/2015, no entanto, parece ter resolvido essa lacuna referente ao *modus operandi* dessa interação, especialmente para a efetivação de medidas urgentes e coercitivas deferidas pelos árbitros, uniformizando o assunto com a regulamentação da carta arbitral que já era deste modo chamado na prática. De acordo com o artigo 260, §3º, “a carta arbitral expedida deverá ser instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e da sua aceitação para o exercício da função”. (BRASIL, 2015a). Por outro lado, também é importante instruir a carta arbitral com o termo de arbitragem (ou ata de missão), quando existir, “por ser instrumento que contém as adaptações, alterações ou previsões de regras aplicáveis àquela arbitragem, como as particularidades quanto à prática dos atos processuais, informações a respeito do local, legislação aplicável, delimitação do objeto e pedido das partes, entre outras indicações”. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 386).

Além disso, deverá atender no que couber, aos requisitos exigidos para as demais cartas de ordem, precatória e rogatória, tais como: a) a indicação do árbitro de origem e ao juízo de cumprimento do ato; b) o inteiro teor da petição e do despacho do árbitro e do instrumento do mandato conferido ao advogado, se houver; c) a menção do ato processual que lhe constitui o objeto; d) o encerramento com a assinatura do árbitro, de acordo com Paumgartten (2015, p. 386).

Será fixado prazo para o cumprimento da carta arbitral, atendendo à facilidade da prática dos atos de comunicação e à natureza da diligência. Seguindo o pilar cooperativo entre as partes e o juiz sobre o qual se erige o novel sistema processual civil, Paumgartten (2015, p. 386) diz que “a parte a quem interessar o cumprimento da

diligência deverá cooperar para que o prazo estipulado para a realização da diligência contida na carta arbitral seja cumprido”.

Para Calluf Filho (2009, p. 18-19) “nas soluções de conflitos internacionais, as partes de uma arbitragem têm também como vantagem escolher a legislação aplicável ao litígio, além de poder escolher o local da arbitragem”.

Nessa ótica, cabe mencionar o artigo 34 da Lei de Arbitragem que adota o critério geográfico para determinar a nacionalidade da sentença arbitral, exatamente como é aplicado pela Convenção de Nova Iorque:

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. (BRASIL, 1996).

Mais a diante, no artigo 35 da Lei de Arbitragem, trata-se da sentença arbitral estrangeira que está sujeita à sua homologação pelo STJ, corroborando com o artigo 961 do CPC que dispõe que “a sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado”.

Dentro das disposições do Capítulo IV do CPC que prevê “a homologação de decisão estrangeira e da concessão do exequatur à carta rogatória” serão aplicadas à ação de homologação de modo subsidiário, o que é corroborado no artigo 960, §3º do CPC, *in verbis*: “A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e em lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo”. (BRASIL, 1996; 2015a).

Assim, fica claro que o reconhecimento que se busca através da homologação de sentença (decisão) arbitral estrangeira deverá ser obtido unicamente através de processo proposto perante o STJ, cuja natureza do processo de homologação não é de jurisdição voluntária, mas sim determinada, conforme prevê o artigo 960 do CPC: “a homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado”. (BRASIL, 2015a). “É, portanto, verdadeira ação, com partes, causa de pedir e pedido, garantindo-se o contraditório”. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 413).

Ademais, cabível reiterar, com base no ordenamento legal, que a decisão arbitral estrangeira somente terá eficácia no Brasil depois de transitada em julgado a sentença de homologação que pode ser deferida total ou parcialmente (art. 961, §2º do CPC). O requerimento de homologação da sentença arbitral estrangeira deve apresentar os mesmos requisitos da petição inicial, em conformidade com o art. 319 do CPC, além de ser instruído, obrigatoriamente, com o original da sentença arbitral ou com cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial e o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial. (BRASIL, 2015a).

Ausentes os requisitos essenciais a sua propositura não ensejará a extinção imediata do feito, mas será determinado a sua emenda, assim como ocorre nas demais ações judiciais. “Caberá, inclusive, pedido de concessão de tutela de urgência nas ações de homologação de sentença estrangeira”. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 413).

A sentença conferida no Brasil passará a ter força e natureza constitutiva, pois criará uma situação jurídica ao solicitante a partir da eficácia que a sentença estrangeira passará a produzir no Brasil.

Importante destacar que a análise da sentença estrangeira pelo STJ se restringe à verificação do cumprimento dos requisitos formais exigidos, não sendo feita a análise do mérito da decisão estrangeira, muito embora possa verificar se ela ofende ou não os bons costumes, a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e se o objeto é arbitrável segundo a lei nacional. Nestes casos, o pedido de homologação será necessariamente indeferido. (PAUMGARTTEN, 2015, p. 414).

Sendo assim os meios adversário que tentam resolver conflitos que fazem parte do meio social procuram meios de resolvê-los numa busca de superar os obstáculos, a fim de reivindicar seus direitos, e criar caminhos para evitar a burocracia por intermédio de um procedimento mais célere e adaptado. O novo CPC brasileiro reconhece a arbitragem como instituto jurisdicional, garantido desta forma, o direito das partes de optarem pela jurisdição arbitral.

Essa prerrogativa, por seu turno, gera a necessidade de se analisar a competência na legislação processual civil. No caso da arbitragem, conforme se verificou, é importante determinar se a competência é exclusiva ou relativa, uma vez que, nos casos de competência exclusiva, as partes não podem optar pelo juiz arbitral, devendo se sujeitar ao juiz estatal.

Assim se a arbitragem possui natureza jurídica jurisdicional e se se determina a nacionalidade da sentença arbitral pela incidência de um único sistema jurídico ou pelo local em que a sentença arbitral é proferida: temos que se dentro do nosso país, será interna e se fora do Brasil, será internacional.

Portanto quando a competência for exclusiva, a lei brasileira impede o reconhecimento, no Brasil, dos efeitos de decisão estrangeira que verse sobre certas matérias, ou seja, se o objeto é arbitrável segundo a lei nacional. E quando for feito o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira utiliza-se primeiramente as regras da Lei nº 9.307/96, sendo as regras do CPC utilizadas de forma subsidiária como já dito anteriormente. (BRASIL, 1996).

2.4 ARBITRAGEM DE DIREITO OU POR EQUIDADE

Segundo Araújo (2018, p. 67) “A arbitragem de direito requer que o julgamento busque direto amparo nas regras jurídicas vigentes, subordinando o julgador à perfeita aplicação da lei interna ou da lei internacional”. Enquanto que “a arbitragem por equidade traz como consequência que a matéria controvertida não seja julgada exclusivamente com o direito estatal”, conforme dispõe o mesmo autor.

Mas existe uma flexibilização na interpretação da norma com o intento de evitar que ela venha a ferir os ditames básicos da Justiça, em relação a um determinado caso concreto, que possa provocar o desequilíbrio de uma das partes. “A equidade traz, portanto, em seu bojo, um efeito de moderação dos efeitos do contrato, em busca de uma solução justa”. (ARAÚJO, 2018, p. 67).

Só que para isso, tais ditames, necessariamente, precisam estar constando em cláusula compromissória e sobretudo no compromisso arbitral, pois a forma de arbitragem é regulada “a critério das partes”, conforme dispõe o artigo 2º da lei. Agora, se houver omissão legal, o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito, de acordo com o artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.647/1942, que veio registrado na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB). (BRASIL, 1942).

Não obstante, ainda que o dispositivo legal não tenha se referido à equidade, Antunes (2011) retrata que este “é um instrumento de adequação e integração da norma jurídica, na medida em que o mesmo diploma legal permite relativizar a lei em prol dos fins sociais e do bem comum”, seguindo os ditames do artigo 5º da Lei de

Arbitragem. O autor complementa, ainda, dizendo que “Essa interpretação mais extensiva é legítima e se coaduna com a noção aristotélica de que equidade constitui um ‘corretivo do justo legal’, ou seja, uma adequação da norma ao caso concreto, para torná-la mais equânime e razoável possível dentro de uma realidade social”. (ANTUNES, 2011, p. 1).

O termo equidade advém do pensamento promovido por Aristóteles, como restou citado por Antunes (2011, p. 1), e está relacionado à Justiça, sendo esta a primeira das virtudes que se manifesta “na aplicação da excelência moral em relação às outras pessoas’. Ela diz respeito à nossa relação com o próximo, na busca do ‘bem do outro’, pois ‘as ações humanas estão voltadas para atingir um fim, que é o bem supremo (*summum bonum*)’, ou seja, ‘o bem e o melhor dos bens’”.

Comparando Justiça com equidade, Aristóteles (apud ANTUNES, 2011) destaca que o equitativo é justo, “mas não justo segundo a lei”. Essa noção perpassou os tempos, porque equidade nada mais é do que corrigir a lei. “Em outras palavras, um ajustamento entre Justiça e lei, em prol de uma solução virtuosa. Um instrumento maleável, imaginando-se o que o legislador teria normatizado se houvesse previsto um caso concreto e peculiar”, conforme complementa Araújo (2018, p. 68).

A equidade então seria um contrapeso ao “*dura lex, sed lex*”, eis que, de acordo com Ferraz Junior (apud ANTUNES, 2011), “o sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O justo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da Justiça enquanto igualdade proporcional”.

Araújo (2018, p. 68) descreve que “o juízo de equidade é sempre dirigido e identificado ao caso particular, no sentido oposto à generalização da lei, aplicando-se unicamente a uma situação específica, sem estendê-la, portanto, a outras, ainda que semelhantes”.

Nesse sentido, Strenger (1998, p. 19) explica a equidade no âmbito da lei de arbitragem como:

[...] a integração em uma gama de meios, de interpretação e de decisão, colocados à disposição do árbitro, de critérios variados, dos quais pode livremente fazer uso da maneira que lhe parecer mais adequado a dirimir o litígio. Segundo expressão de um autor, a cláusula alarga os poderes do árbitro sobre a maneira de apreender o litígio.”

Ao buscar Justiça na aplicação da lei, “a equidade criaria uma espécie de ‘norma jurídica individual’, apta a produzir efeitos satisfatórios aos fatos e atos postos especificamente sob apreciação do julgador”. Por esse modo, “a equidade age nos efeitos da norma legal para que ela não se torne iníqua no contexto de uma determinada realidade, tornando-a, portanto, contrária à sua própria finalidade social”. (ARAÚJO, 2018, p. 68).

2.5 DA CRISE DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Bonavides (1988) afirma que o Estado Constitucional se acha sujeito a três crises: a crise constitucional, a crise constituinte e a crise da inconstitucionalidade.

Considerada como a terceira, a crise de inconstitucionalidade é chegada toda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. (BONAVIDES, 1988, p. 400).

O autor continua dizendo que “caso haja também acumulação de contradições insolúveis no sistema constitucional, a ponto de quebrantar-se o axioma da unidade da Constituição, o caminho estará aberto ao ingresso da crise de inconstitucionalidade”. (BONAVIDES, 1988, p. 402). Nesse caso, a funcionalidade e juridicidade dos valores, bem como regras e princípios tendem a desaparecer.

[...] sintomas de inconstitucionalidade já se fazem sentir no Brasil com o atraso constitucional na formulação de leis complementares, que são a outra metade viva da Constituição ainda por elaborar-se, e também na falta de seriedade com que alguns constituintes estaduais promulgaram as Cartas em cujo texto se estampam normas e preceitos violadores do pensamento e do título de legitimidade que elas deveriam incorporar. (BONAVIDES, 1988, p. 404).

Na Lei de Arbitragem, decorrente do Projeto de Lei nº 78/1992, o qual teve como autor o então Senador Marco Maciel, foram levadas em conta as diretrizes da comunidade internacional em especial as fixadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Lei Modelo sobre Arbitragem Internacional formulada pela *United Nations Commission on International Law* (UNCITRAL) e a Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais firmada em Nova Iorque (1958)

e, por fim, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial firmada no Panamá. (GUILHERME, 2007).

Em julho de 2002 foi promulgado o Decreto nº 4.311/2002 que garante que os laudos arbitrais com partes brasileiras serão executados sem transtorno jurídico tanto no País como no território brasileiro. (BRASIL, 2002). A promulgação do acordo demanda 40 anos de distanciamento da Convenção de Nova Iorque que foi firmada em 1959, no âmbito da ONU e já foi assinada por mais de 130 países. O Brasil ingressou, respectivamente, em 5 de setembro de 1959.

O Decreto acima citado garante a eficácia da Convenção de Nova Iorque o que se corrobora no Capítulo IV da Lei de Arbitragem, o qual reconhece a execução das decisões arbitrais proferidas em países estrangeiros, sem a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário do país de origem. (BRASIL, 2002).

O Decreto dá vigência a Convenção na esfera nacional possibilitando que as decisões proferidas no Brasil sejam executadas no exterior. O artigo 1º diz que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles sobre os quais os titulares têm a plena disposição e giram em torno da esfera patrimonial. (GUILHERME, 2007).

Esses direitos devem ser entendidos, segundo Guilherme (2007, p. 79), como “aqueles que possuem por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser apropriado ou alienado”.

É pela cláusula compromissória que as partes submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros. “O Poder Judiciário tem interpretado a cláusula arbitral como uma simples promessa de constituir o juízo arbitral”, como bem restou posicionado em decisão conferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em Apelação Cível nº 083.125-4/2, que restou julgado em 1998¹⁵. (TJSP, 1998).

Carmona (apud GUILHERME, 2007, p. 91) afirma que “não será necessário firmar compromisso, de sorte que, encontrando as partes um mecanismo de indicação de árbitros, isto bastará para que estes, aceitando o encargo, dêem [sic] início à arbitragem; ao depois, o local da reunião para a qual será convocada a parte a fim de celebrar o compromisso [...]”. Existe sim na arbitragem um processo e nesse processo há uma jurisdição, uma ação e uma defesa.

¹⁵ TJSP. Apelação Cível nº 083.125-4/2. 3ª Câmara. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 01.12.1998.

O conhecimento sobre arbitragem só não basta para responder e argumentar da sua relevância no sistema jurídico, seja pelos seus próprios fenômenos internos, seja dos modos como ela se insere no universo do exercício da jurisdição e como se relaciona com esse exercício pelos integrantes do Poder Judiciário.

Dizer que a arbitragem é inconstitucional seria negar o instituto como estudo científico, porém não se pode excluir do seu estudo a teoria geral do processo e a teoria geral dos sistemas. Talvez por isso a sua insegurança, por renunciar ao estudo científico levando ao pragmatismo e incerteza.

Não se deve deixar de lado a ciência, dos princípios suficientemente definidos capazes de lhe dar a confiabilidade necessária.

Segundo Bacellar (2016), “a arbitragem deve se manter distante da sistematização da ação judicial com seu trinômio clássico: ação, jurisdição e processo.” E diz em seguida que “são semelhantes, em seus efeitos, a sentença judicial e a sentença arbitral, embora não se deva confundir poder jurisdicional com poder decisório convencional”. Como se vê este autor vai na corrente contrária nem reconhecendo a arbitragem como jurisdição.

Bacellar (2016) coloca a jurisdição estatal e a atividade arbitral no quadro dos métodos adversarias de resolução de conflitos, mas traça um perfil diferenciado em relação a cada uma delas. De outro lado há arbitralistas que de modo expresso desenvolvem suas exposições com apoio em conceitos e princípios inerentes ao direito processual comum. (GUILHERME, 2007).

No Brasil é muito importante dar valor a uma busca de linguagem adequada sob pena de este instituto não criar um verdadeiro campo dentro da teoria geral e sobretudo não ver o instituto da arbitragem como uma ciência.

O enriquecimento da linguagem e a assimilação dos conceitos é que vai criar um sistema próprio. A teoria geral do processo, nas palavras de Guilherme (2007 apud DINAMARCO, 2013) é “a condensação metodológica dos princípios, conceitos e estruturas desenvolvidos nos diversos ramos do direito processual, considerados aqueles em seus respectivos núcleos essenciais e comuns a todos esses ramos, sem descer às peculiaridades de cada um deles”.

Segundo Dinamarco (2013) é imperiosa a inclusão da arbitragem na teoria geral do processo considerando que ela contém em si um autêntico processo civil no qual exerce um verdadeiro poder, e a jurisdição, e que as atividades inerentes a esse exercício têm natureza inegavelmente processual.

Para Carmona (2009) o artigo 31 da Lei nº 9.307/1996 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória um título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria judicial.

O legislador optou assim por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, e “pôs-se termo a atividade homologatória do juiz estatal” eis que antes exigia a homologação do Estado. A lei determina que a sentença arbitral não precisa mais passar pelo controle prévio dos órgãos do Estado para receber a oficialização que lhe era outorgado pela sentença de homologação, diz ele. (CARMONA, 2009).

A arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial.

Muito embora tenha sido abolida a homologação obrigatória do laudo arbitral, a sentença arbitral não escapa do controle do Poder Judiciário pois nos termos do artigo 32 da LAr, pode a parte interessada pleitear ao juiz togado a anulação da decisão arbitral nos casos exemplificativos do artigo supra citado. (BRASIL, 1996).

Ademais o artigo 31 dá o poder a sentença arbitral de produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder judiciário o que está bem claro no termo utilizado pelo legislador de “sentença arbitral”. (BRASIL, 1996). Ao passo que Carmona (2009) diz que “esta, desde logo produzirá os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, constituindo título executivo (judicial) se for condenatória”.

Da obrigatoriedade da lei, em obediência ao artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, permitiu-se às partes ou a parte que se sentir lesada impetrar recurso ao Poder Judiciário para a anulação da decisão do árbitro, conforme prevê o artigo 33 da LA. (BRASIL, 1988; 1996).

A demanda de impugnação deve ser impetrada no prazo de 90 dias após a notificação da decisão final dos árbitros com base no artigo 32 da LAr. (BRASIL, 1996). A proposta deste artigo alarga muito mais o direito das partes do que o já revogado procedimento de homologação da sentença arbitral. Pressupõe uma confiabilidade no instituto cercando o instituto de garantias próprias de *due process of law*.

Carmona (2009, p. 391) explica em poucas palavras que:

[...] a demanda que o interessado pode promover, frente ao Poder Judiciário, para anular a sentença arbitral, tem conteúdo muito mais amplo do que o procedimento homologatório revogado. Substitui-se um mecanismo velho e bolorento (o a homologação) por outro, mais moderno e ágil (o da impugnação através da demanda própria), tudo do modo a tornar a solução arbitral de controvérsia a mais atraente para os litigantes.

Para reforçar, o art. 5º, inciso XXXV da CF/88, garante, mas não obriga, o acesso ao Poder Judiciário; e assim oferece, por meio de lei, uma outra alternativa aos que não querem se socorrer no judiciário.

O artigo 114, parágrafo 1.º da CRFB, corrobora que a questão da constitucionalidade da arbitragem está superada considerando que a Lei Maior garante, mas não obriga o acesso ao Poder Judiciário, promovendo outras formas de acesso à justiça através da conciliação, mediação e arbitragem, meios cada vez mais utilizados.

CAPÍTULO III – UMA VISÃO CONSTITUCIONAL

3.1 ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

3.1.1 O Supremo Tribunal Federal e a Arbitragem

O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, composto por onze ministros, todos brasileiros natos (artigo 12, §3º, IV da CF), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 101 da CF), sendo que lhes compete a guarda da Constituição (artigo 12 da CF). (BRASIL, 1988).

Os Ministros são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha feita pela maioria absoluta que compõe o Senado Federal (artigo 101, parágrafo único da CF). (BRASIL, 1988).

A principal atribuição do STF é julgar: a) ADI - ação direta de inconstitucionalidade de lei (ou ato normativo federal ou estadual); b) ADC - ação declaratória de constitucionalidade de lei (ou ato normativo federal); c) ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental (decorrente da própria Constituição); e d) Extradicação solicitada por Estado estrangeiro. (BRASIL, 1988).

Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros, nos termos do que dispõe as letras “a” e “b” do inciso I, do artigo 102 da CRFB vigente.

Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário: a) *habeas corpus*; b) mandado de segurança; c) *habeas data*; d) mandado de injunção; que são decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; e em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

A partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do que dispõe o artigo 103-A da CF (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o artigo 103-B, inciso I da CF incluído pela Emenda Constitucional nº 61/2009, determina que o Presidente do STF é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 1988; 2009).

Nos termos do que dispõe os artigos 3º e 4º, §1º do Regimento Interno do STF, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros cujo mandato é de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo dentre seus membros, pelo período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade. (STF, 2020).

O atual acervo do STF soma aproximadamente 31.149 processos, físicos e eletrônicos, dos quais a maioria já são processos eletrônicos (digitais).

Além deste quadro organizacional e da quantidade exacerbada de processos a sociedade brasileira recebe novas leis que muitas vezes causam um certo “desconforto” porque aparentemente algumas normas não parecem obedecer ao princípio da igualdade no que tange a sua aplicação e sua interpretação. Sobretudo, quando se trata de benefícios fiscais acessível a todos, mas que muitas vezes só alcança poucos ou então acaba sendo benéfica para um em detrimento doutrem.

O processo decisório no Brasil tem causado indignação pelo mundo afora, dada a sua reiterada contrariedade, por isso muitos pedem pela inconstitucionalidade de algumas leis, mas sem uma real fundamentação, pois, se o processo legislativo foi respeitado, a vontade da maioria prevaleceu, e se não se encontra dispositivo constitucional diretamente afrontado, qual seria o vício da lei?

A análise de uma norma jurídica deve ser feita à luz da Constituição. Tanto aspectos formais como materiais, o que já não é feito nos moldes do conceito de hierarquia vertical, segundo a pirâmide normativa definida por Kelsen (2006, p. 247) em que explica a estrutura escalonada da ordem jurídica, destacando que a hierarquia normativa reside nos mecanismos de produção legislativa:

A norma que regula a produção é norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é norma inferior. [...] A sua unidade [do ordenamento jurídico] é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. Ao que acrescenta que a Constituição, neste aspecto, é entendida [...] em sentido material, quer dizer: com esta palavra

significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.

Atualmente, o modelo constitucional contemporâneo obriga os envolvidos na realização da jurisdição constitucional um enfrentamento centrado na valorização e defesa dos direitos fundamentais, cujo papel se desloca de uma posição secundária para o centro do universo constitucional.

Os direitos fundamentais, por exemplo, após a Segunda Guerra Mundial alteraram os alicerces do constitucionalismo, funcionando como espaço para materializar os valores sociais mais relevantes se assentando na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico e tendo no topo da ordem legislativa a Constituição, devido à força normativa de seus comandos, em especial os direitos fundamentais.

Ferrajoli (apud CARBONELL, 2005, p. 18) sustenta que “a validade do direito infraconstitucional deixa de depender apenas de sua estrutura formal de produção, o que quer dizer que quando os valores sociais adquirem caráter positivo, configurados como direitos fundamentais, toda discussão recai sobre um problema interpretativo”.

Portanto, a solução reside em definir os conteúdos possíveis aos textos nos quais se assentam, sempre na tentativa de que as normas construídas efetivamente possam atender aos interesses de seus destinatários.

Assim o papel de garantir um horizonte normativo constitucional é dever de quem interpreta a lei e aplica o Direito o que já sabemos não é tarefa apenas dos juízes estatais.

Nesse caminho a consequência é a forma como se analisa a (in)constitucionalidade das normas.

Vejamos. Têm-se que o direito positivado só será válido quando conectado a um direito fundamental, assegurando o atendimento dos interesses. O fundamento material de validade de qualquer norma infraconstitucional é sua capacidade de conferir proteção e efetividade a algum direito fundamental que, por seu turno, funciona como seu alicerce e fonte de vida.

Os momentos podem ser diferentes. Sejam no momento em que são produzidas, interpretadas ou aplicadas, as normas jurídicas, os juristas terão que ter em mente a necessidade de assegurar que o elo que as mantém unidas a seu centro gravitacional não seja rompido. Se uma norma jurídica se mostra incapaz de assegurar a integridade e a plena aplicação de um direito fundamental, a consequência inevitável é sua inconstitucionalidade.

Como sustenta Ferrajoli (apud CARBONELL, 2005, p. 19), o sistema atual é pautado pela “subordinação das leis aos direitos fundamentais do homem positivados nas Constituições”, o que introduz uma dimensão substancial não apenas no que tange às suas condições de validade, mas também na natureza do sistema democrático.

3.1.2 Do Bloco de Constitucionalidade

A expressão “Bloco de Constitucionalidade”, definida por Favoreu (1991), advogado e jurista francês, refere-se a todas as normas do ordenamento jurídico francês que tenham status constitucional. Apenas as normas que servem de parâmetro ou referência fazem parte deste bloco, tomando a expressão em sentido estrito. Outros autores, como Mello (2009), Piovesan (2015), Gomes e Mazzuoli (2011), tomam a expressão com sentido amplo englobando não apenas as normas formalmente constitucionais, mas todas aquelas que versem sobre matéria constitucional, alcançando, assim, a legislação infraconstitucional, como por exemplo o Tratado Internacional de Direitos Humanos.

A Lei de Introdução do Direito Brasileiro, por exemplo, não faz parte do Bloco de Constitucionalidade por não ser norma materialmente formal ela é uma Lei Ordinária.

Na ADI nº 595/ES¹⁶ se discutiu a iniciativa legislativa do Ministério Público estadual para a proposição de projeto de lei versando sobre a fixação de vencimentos dos membros do Ministério Público e dos seus serventuários. Ela foi considerada prejudicada porque após o ajuizamento da ação houve reforma da Constituição (Emenda Constitucional nº 19/1998), alterando substancialmente as normas da Constituição que tinham sido originariamente utilizadas como parâmetro para suscitar o controle (cláusulas de parâmetro). Por sua vez, também tratou do significado do bloco de constitucionalidade como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais, bem como da necessidade da vigência atual, em sede de controle abstrato, do paradigma constitucional alegadamente violado. (BRASIL, 1988; 1998; STF, 2004).

¹⁶ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19.05.2004.

3.1.3 Do Controle de Constitucionalidade

A rigidez de uma Carta Magna serve para a existência de um Sistema de Controle de Constitucionalidade. Em relação a essa rigidez Kelsen (2006) expõe que:

[...] as constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.

A rigidez constitucional tem por escopo assegurar a estabilidade constitucional, através da dificuldade do processo reformador, ou seja, da dificuldade da atuação do poder constituinte derivado. A rigidez se baseia na diferenciação entre o poder constituinte e o poder constituído, onde o primeiro limita a atuação do segundo. O controle de constitucionalidade funda-se no princípio da supremacia da Constituição frente às outras espécies normativas. (MORAES, 2013).

Portanto, a rigidez constitucional não é elemento essencial à existência de uma Constituição. Esta pode existir sem aquela característica, mas esta rigidez é importante para um controle de constitucionalidade de suas normas. Noutras palavras, a rigidez serve para um Sistema de Controle de Constitucionalidade assim como para este controle também é necessário um órgão controlador.

3.1.4 Órgão Controlador

O guardião da constituição, o oráculo da constituição e outras denominações servem para o órgão controlador seja ele político, jurisdicional ou misto, o fato é que este deverá existir. A Constituição deve fixar expressa ou implicitamente qual será o órgão controlador, e somente a Constituição que poderá fazer tal fixação.

Quando a Constituição for omissa quanto ao órgão competente para controlar a constitucionalidade das normas, presumir-se-á que esta atribuição seja do órgão encarregado de aplicar o direito (Poder Judiciário). Desta forma, como é de competência dos tribunais dizer o direito, seriam esses, na inexistência de previsão expressa, os competentes para exercer o controle de constitucionalidade, salvo expressa exclusão de sua competência. Simão (2014) relata que:

[...] podemos afirmar que como a rigidez constitucional está para o Sistema de Controle de Constitucionalidade, o órgão controlador está para a rigidez constitucional. A ausência da primeira impede a criação de um controle, diante da falta de hierarquia entre as normas jurídicas, enquanto a ausência da segunda descaracteriza a rigidez constitucional, visto que apesar de existir hierarquia formal, ela não pode ser defendida, ou seja, por mais que a Constituição se autointitule rígida, ela não passa de flexível, diante da impossibilidade de controle.

Definido o órgão controlador, somente ele será competente para verificar a constitucionalidade das normas frente à Constituição, não podendo outro o fazer.

3.1.5 Das Modalidades de Controle

Os sistemas de controle de constitucionalidade mais usados são o americano, o austríaco e o francês. Para verificação de cada um desses controles devem ser levados em conta alguns aspectos objetivos, subjetivos e processuais, estabelecidos na seguinte classificação:

- a) Quanto à natureza do órgão de controle (controle político e controle judicial);
- b) Quanto ao momento de exercício do controle (controle preventivo e controle repressivo);
- c) Quanto ao órgão judicial que exerce o controle (controle difuso e controle concentrado);
- d) Quanto à forma ou modo de controle judicial (controle por via incidental e controle por via principal ou ação direta).

A natureza do órgão de controle pode ser política ou judicial. Como explica Barroso (2012, p. 64), o controle político “é o exercido por um órgão de natureza política, normalmente ligado de forma direta ao Parlamento. Essa espécie de controle de constitucionalidade normalmente é associada ao modelo francês”. Os países que detém o controle de constitucionalidade são predominantemente de natureza judicial e podem possuir instâncias de controle político também, tanto no âmbito do Poder Executivo (a fim de produzir o veto de uma lei), como no do Poder Legislativo (a fim

de inadmitir um projeto de lei), na ocasião de inconstitucionalidade. (BARROSO, 2012).

O controle judicial teve sua origem no direito norte-americano, fixado a partir da decisão da Suprema Corte, em 1803, ao julgar o caso *Marbury x Madison*. (BARROSO, 2012).

O sistema norte-americano tem por princípio basilar o da supremacia da constituição, cabendo ao Poder Judiciário o papel de seu intérprete maior e derradeiro. A lógica do *judicial review* está no fato da Constituição ser a lei maior, onde qualquer lei com ela incompatível é nula. Juízes e tribunais diante da situação de aplicar a Carta Magna ou uma norma com ela incompatível, deverão optar por aquela. Se o poder de controlar a constitucionalidade fosse estabelecido ao Poder Legislativo, ao invés do Poder Judiciário, um único órgão produziria e fiscalizaria a norma, o tornando onipotente. (BARROSO, 2012, p. 66-67).

A técnica do controle de constitucionalidade somente alcançou o velho continente com a Carta Magna da Áustria (1920), segundo os ensinamentos de Kelsen. Adotou-se uma forma diversa do modelo norte-americano, com a criação de órgãos específicos para o exercício da função: os tribunais constitucionais, com natureza jurisdicional, embora não integrem necessariamente a estrutura do Poder Judiciário. (BARROSO, 2012).

Por sua vez, o exercício do controle de constitucionalidade pode-se realizar de forma preventiva ou repressiva, ou seja, anteriormente à formação da norma ou posteriormente.

Nos ensinamentos de Barroso (2012, p. 67), o “Controle preventivo, prévio ou *a priori* é aquele que é efetivado anteriormente à conversão de um projeto de norma em norma e objetiva impedir que um ato inconstitucional entre em vigor”. Neste caso, denota-se que “O órgão controlador não declara a nulidade do ato, mas propõe a extirpação de inconstitucionalidades por ventura existentes”, seguindo o modelo francês. Para Simão (2014, p. 118), “essa modalidade de controle procura evitar que uma norma inconstitucional seja introduzida no ordenamento jurídico de um país”.

Já “o controle repressivo ou sucessivo ou *a posteriori* é aquele efetivado quando a norma já se encontra em vigência, e destina-se a retirar-lhe a eficácia”. (BARROSO, 2012, p. 69). E esse tipo de controle, no parecer de Simão (2014, p. 119), “tem por objeto uma norma já introduzida no ordenamento jurídico (em vigor) e, com finalidade, afastar sua aplicabilidade (eficácia)”.

No que diz respeito ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade, este pode ser “difuso”, ou seja, qualquer órgão judicial pode reconhecer a inconstitucionalidade; ou “concentrado”, que significa dizer que somente determinados órgãos judiciais podem declarar a inconstitucionalidade.

Barroso (2012, p. 69) explica que “é difuso quando é reconhecido a todo e qualquer órgão jurisdicional, de primeiro ou segundo grau, o direito de declarar a inconstitucionalidade de uma norma e, por consequência, sua inaplicação ao caso concreto levado ao conhecimento do juízo”. Sem falar que “qualquer dos órgãos judiciais, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, detêm o poder e o dever de não aplicar as normas inconstitucionais levadas à sua análise”. Sua origem é a mesma do controle de constitucionalidade judicial (o caso *Marbury x Madison* – 1803).

Simão (2014, p. 120) complementa ao subdividir o controle difuso em duas subcategorias, como sendo “difundido ou distribuído”. Ele “é difundido quanto ao seu destinatário (qualquer juiz ou tribunal), bem como quanto ao legitimado (qualquer pessoa)”. Aqui “a inconstitucionalidade é verificada *incidenter tantum*, ou seja, como fundamento do pedido ou causa de pedir. Cuida-se de uma questão prejudicial, que deve ser solucionada, para ser possível deferir ou não o bem da vida buscado (principal)”.

Mas Barroso (2012, p. 70) também relata que “pode ser denominada, também, via incidental, visando designar o controle que se soluciona *a priori*, ou, preferencialmente, conjuntamente com a questão principal, porquanto é *conditio sine qua non* à solução desta última”.

Por outro lado, o controle concentrado “é atribuído a um único órgão jurisdicional, ou a um número limitado de órgãos criados especialmente com esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal”, que decorre do modelo Austríaco ou Europeu e é exercido pelo corte constitucional, a partir da constituição de 1920, tendo como grande influência os ensinamentos de Kelsen. (BARROSO, 2012, p. 70).

Simão (2014, p. 126) diz que também pode ser chamado de abstrato, já que não envolve questões subjetivas, ou seja, “o controle tem por finalidade unicamente proteger a ordem constitucional, não estando vinculada a interesses subjetivos”. Por conseguinte, “Como não se refere a interesses subjetivos, também, é chamado de objetivo, expressão empregada com a finalidade de indicar um processo sem partes”.

A partir dessas duas modalidades (difusa e concentrada), surge ainda uma terceira situação, vista como modalidade mista. Isso é facilmente identificado, até

porque pressupõe a aplicação conjunta destas modalidades e em harmonia, sendo identificado como “o controle misto de constitucionalidade”, o que passou a ser adotado pelo Brasil. Como bem ensina Silva (2008, p. 49), o controle misto é exercido quando “[...] a constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional”. Os estados que adotam este tipo de controle, buscam aproveitar o que há de melhor em cada modelo.

Em conformidade com o disposto na Constituição Federal (1988), o Brasil adota o controle de constitucionalidade misto, sobretudo o controle difuso, mais especificamente o exercido pelos juízes de primeira instância.

Adentrando na análise quanto a forma ou modo como é exercido o controle de constitucionalidade, este pode ser por via incidental (*incidenter tantum*) ou por via principal ou de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN). (BARROSO, 2012).

O controle de constitucionalidade por via incidental ou *incidenter tantum*, que segue o modelo norte-americano, é a fiscalização constitucional exercida por juízes e tribunais na análise de casos concretos submetidos a sua jurisdição:

É o controle realizado quando a manifestação sobre a constitucionalidade ou não de uma norma integra o iter lógico do raciocínio jurídico necessário a ser desenvolvido à solução do litígio. Tecnicamente, a discussão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser resolvida como premissa necessária à resolução do litígio. A declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade é realizada no exercício habitual da função jurisdicional (aplicar a norma contenciosamente). (BARROSO, 2012, p. 72).

Já o controle por via principal ou ADIN é exercida fora de um caso concreto, independentemente de uma disputa entre partes, sendo que o seu intento é a apreciação quanto a validade da norma em si. “Não visa a tutela de direitos subjetivos, mas a preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Carta Magna”. (BARROSO, 2012, p. 73).

A ADIN, por exemplo, deve ser proposta através de um processo objetivo e específico, previsto na Constituição Federal, não há uma lide propriamente dita (no sentido técnico) e tem caráter institucional (não de defesa de interesses).

Desse modo, a legitimação para suscitar o controle direto de inconstitucionalidade é limitada a determinado número de entidades e órgãos. “Terá por objeto, como regra, o debate da norma existente e seu alegado contraste com a Constituição”. Esse controle, que advém do modelo austríaco, também pode ser aplicado no caso de “uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada”, a partir da redação da Constituição Federal, sendo declarada a inconstitucionalidade pelo tribunal constitucional. (BARROSO, 2012, p. 73).

3.1.6 O Controle de Constitucionalidade Difuso expresso na CF/88

Dois são os dispositivos basilares para o controle de constitucionalidade difuso na Constituição Federal brasileira, sendo estes o artigo 5º, inciso XXXV, já estudado, e o artigo 97, que define que “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”. (BRASIL, 1988).

Observa-se neste dispositivo que o controle difuso é exercido ao proceder com a reserva de plenário, ou seja, para que uma norma não seja aplicada a um caso concreto, por ser considerada inconstitucional, a maioria dos magistrados deve se manifestar a respeito. Porém, isso nada impede que se tenha uma decisão monocrática acerca da inconstitucionalidade de uma norma (juiz de primeira instância).

Seguindo-se o princípio da inafastabilidade das decisões judiciais (art.5º, §1º da CF), que se trata de garantia fundamental trazida no texto constitucional e que possui caráter pétreo. (ALMEIDA, 2008). Em comparação, destaca-se o artigo 60, §4º, inciso IV da CF, que dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda que tenda a abolir direitos e garantias individuais”. (BRASIL, 1988).

Nenhum juiz deve aplicar uma lei que seja considerada em dissonância com a Constituição Federal, seja por garantir a ordem pública como o interesse social, sendo devido a afastabilidade de sua redação no caso de ser considerada inconstitucional no intento de manter a integridade de sua decisão e para que sua sentença alcance seu objetivo social no caso concreto.

Sobre a adequação da norma jurídica, Maximiliano (1999, p. 16-17), traz o seguinte ensinamento:

A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. [...] O direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual.

Resta evidente que o controle difuso de constitucionalidade realizado pelos juízes é necessário para manter a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro, atendendo o seu aspecto social e segurança jurídica da sentença. Até porque, de nada valeria o juiz proceder com uma decisão que apresente uma solução instável para o conflito apresentado entre as partes que o procuraram no processo, qual detém a competência e jurisdição para dirimir o caso, porém se deixa de adotar as medidas cabíveis para apreciar toda e qualquer inconstitucionalidade de norma, certamente estará promovendo o desserviço judicial, até porque ocasionará a revisão de sua sentença.

Neste caso, cabe esclarecer que os juízes de primeira instância não possuem competência para exercerem o controle concentrado, sendo-lhes incumbido apenas afastar a aplicação de uma lei considerada inconstitucional em conformidade com o caso que está sendo apreciado, em razão do controle difuso.

Desta forma, o efeito da declaração de inconstitucionalidade feito pelo juiz de primeira instância é *inter partes* e, quando considerada inconstitucional, a norma não é revogada (excluída do ordenamento jurídico), tão e somente deixa de ser aplicada às partes que a invocaram e são destinadas à resolução deste caso específico. Tais considerações são importantes para a equiparação da atuação do árbitro ao do juiz de primeira instância, a ser realizado mais pra frente.

Outrossim, o controle difuso é fundamental para garantir o acesso à justiça, visando atender o disposto no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88. Efetivando-se o acesso à justiça de forma justa e eficiente, pode-se alcançar a garantia dos direitos fundamentais mais elementares, já que este figura como um dos direitos basilares de um sistema jurídico democrático.

3.2 INTERAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM *VERSUS* O JUÍZO ARBITRAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

As intervenções judiciais serão sempre moderadas e só ocorrerão a partir da provocação pela parte interessada. Elas foram criadas também para impulsionar a arbitragem, tais como a execução específica da cláusula compromissória (artigo 7º) ou quando o juiz escolhe um árbitro em caso de irremediável impasse dos interessados (artigo 13, §2º), de acordo com a Lei de Arbitragem. (BRASIL, 1996).

Mesmo quando a lei outorga ao judiciário a concessão de medida cautelar ou de urgência, ela é excepcional e somente será obtida no período inicial da arbitragem, sendo interpretada como uma decisão preparatório e emergencial já que poderá ser subsequentemente revista ou revogada pelos árbitros, segundo os artigos 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem (BRASIL, 1996).

Mas há de se ressaltar que a mínima intervenção do Judiciário nas decisões arbitrais não é uma regra da legislação brasileira, pois é reconhecido pelo legislador que, em determinadas situações, o juiz togado poderá exercer algum controle sobre uma Corte Arbitral, em casos de nulidades que não podem ser toleradas na resolução de um conflito, como resta preceituado no artigo 32 da referida Lei. Nesse caso, após a finalização do processo arbitral, poderá a parte irressignada pleitear que a sentença nele proferida seja declarada nula (artigo 33). (BRASIL, 1996).

Carmona (2009, p. 175) expõe que:

“[...] a competência do árbitro para decidir a sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via da cláusula compromissória, quanto por meio do compromisso arbitral.”

Nesse viés, ainda que se reserve ao Judiciário um campo restrito de atuação para apreciar supostas nulidades na arbitragem, o árbitro eleito ainda poderá analisar primeiro essas e outras questões que lhe forem suscitadas. Assim, há prioridade ao árbitro para julgar, até que profira uma sentença, tanto que assim restou firmado no artigo 18 da Lei que este seria visto como “juiz de fato e de direito” e a sua decisão, de natureza impositiva, não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Judiciário. (BRASIL, 1996).

De fato, se o árbitro não pudesse julgar todas as questões a ser enfrentadas num processo arbitral, seria um “meio juiz”, tendo que dividir suas atribuições concomitantemente com o juiz togado. Scavone Junior (2016, p. 108), diz que “a razão

do princípio competência-competência é manter a higidez da arbitragem como meio de solução de conflitos”. Em suma, sem a sua aplicação, “qualquer alegação de invalidade da convenção de arbitragem ou do contrato do qual decorre poderia permitir o acesso direto ao Judiciário e essa, definitivamente, não foi a intenção da lei”.

O princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), surgido na Alemanha Ocidental, em 1955, a partir de decisão proferida pela Corte Suprema daquele país, em que se proibiu o Poder Judiciário de utilizar suas prerrogativas processuais para definição de competências, desde que se constate a existência inequívoca de uma convenção de arbitragem. (ARAÚJO, 2018).

O árbitro, portanto, resolve sobre sua própria competência. “Se esse reconhecer que a competência é dele próprio, qualquer tentativa de ‘invasão’ da competência arbitral perpetrada na Justiça será prontamente repelida pelo próprio magistrado, caso verifique a existência da dita convenção”. (ARAÚJO, 2018).

Nesse caso, expulsará automaticamente o demandante das vias judiciais mediante a extinção do processo, sem tocar no seu mérito, de acordo como o artigo 485, inciso VII e artigo 337, X do CPC. (BRASIL, 2015a).

Portanto, o juiz togado é visto como um garantidor da arbitragem, e não exerce qualquer prerrogativa que não é sua, mas sim do julgador privado. Outra regra advinda do artigo 485, inciso VII do CPC, é o pressuposto processual negativo em relação à utilização da jurisdição pública em que, significa dizer, o juízo arbitral reconhece a sua própria competência, razão pela qual causará igualmente a extinção do feito na Justiça pública, sem julgamento de mérito. (BRASIL, 2015a).

Cremasco (2017, p. 7-23) destaca que o juízo estatal deixa de ter competência para atuar no caso “de forma absoluta”, e complementa:

Uma vez levada a questão ao conhecimento do magistrado, a regra inserta no artigo 485, VII, do novo Código de Processo Civil é clara e não comporta flexibilizações ou recusas: reconhecida a competência pelo juízo arbitral, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito. Eventual resistência do juiz em fazê-lo – notadamente de forma imotivada – não só autoriza a tomada de medidas administrativas junto aos órgãos disciplinares, como igualmente desafia agravo de instrumento, frente ao disposto no artigo 1015, inciso III.

Isso reafirma a tese de que a arbitragem deve ser vista como jurisdição privada. A Lei e o CPC estão em consonância quanto a isso e reforçam o poder soberano de decisão do árbitro durante todo o trâmite processual, sem que este padeça as restrições decorrentes de uma tutela do poder estatal. (ARAÚJO, 2018).

Com isso, “o processo arbitral passa a fluir livremente sem correr os riscos de uma intervenção judicial, sempre ressalvando, todavia, a excepcionalidade já mencionada, a ser adotada a posteriori, ou seja, no período pós-sentença (artigo 33)”, como descreve Araújo (2018, p. 116).

A respeito, o artigo 8º da LAr, dispõe a cláusula compromissória como autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta a aplicação da arbitragem, constando que “de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. (BRASIL, 1996). Isso significa que há de ser observado separadamente essas duas relações jurídicas: o negócio contratado e o pacto de arbitragem, já que ambas derivadas da vontade das partes. Logo, os vícios ou irregularidades de um não recaem sobre o outro, cuja análise jurídica de cada um é feita de forma separada, como se fossem dois instrumentos autônomos. (ARAÚJO, 2018).

De certo modo “isso faz com que uma cláusula compromissória possa ser considerada nula, por não ter como objeto matéria não arbitrável sem impedir que prossigam as discussões sobre o contrato na esfera judicial”. Se for o inverso, “se um contrato for resilido por vontade das partes, subsiste a competência do árbitro que verse sobre o contrato desfeito. É a arbitragem sobrevivendo ao contrato morto”. (ARAÚJO, 2018, p. 116). Tanto que para Cahali (2015, p. 117), se surgir “[...] controvérsia decorrente de contrato resilido” esta “[...] tocará ao árbitro – e não ao juiz togado – dirimir o litígio”.

O artigo 8º, parágrafo único da Lei de retrata bem esta preferência ao árbitro em detrimento do magistrado, ao declarar que “cabará àquele decidir, de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da ‘existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória’”. (BRASIL, 1996; ARAÚJO, 2018).

Complementarmente, o artigo 20 da referida lei, diz que incumbe ao juízo arbitral o poder de decidir “questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros”, bem como sobre validade, nulidade ou ineficácia da mencionada convenção, o que deverá ser suscitado pelas partes na primeira oportunidade em que puderem se manifestar, após a instituição da arbitragem. Se acolhida a suspeição ou impedimento, o árbitro é substituído. Agora, se o próprio árbitro reconhecer a sua incompetência ou vício insanável daquela

convenção, “as partes serão remetidas ao Poder Judiciário ‘competente para julgar a causa’ (artigo 20, § 1º)”. (ARAÚJO, 2018, p. 117).

O empoderamento do árbitro conduz, em paralelo, à necessidade de disciplinar seus deveres e suas responsabilidades processuais. Existe, na lei de arbitragem, uma nítida preocupação de equiparar árbitro e juiz. Se, como ressaltado, árbitro é juiz de fato e de direito, e se sua sentença produz os mesmos efeitos da sentença produzida pelo Poder Judiciário, evidentemente que ele deve ter os mesmos padrões de imparcialidade e independência exigidos aos magistrados (vide artigo 21, § 2º). (ARAÚJO, 2018, p. 117).

Ademais, o árbitro, no exercício de suas funções, é equiparado a funcionário público para os efeitos da legislação penal (artigo 17 da LAr). (BRASIL, 1996). Isso cria um distanciamento e evita uma relação direta entre o árbitro e as partes, diante de possível existência de impedimento ou suspeição. Para tal averiguação, aplicam-se as regras previstas no artigo 14 do CPC. (BRASIL, 2015a). Já o artigo 144 do CPC vem a enumerar as causas de impedimento, como por exemplo que não pode ser árbitro quem for parte ou estiver nesta condição seu cônjuge ou companheiro ou parente “consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive”; se o árbitro interveio na causa como mandatário da parte, perito ou testemunha, ou se for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo. (BRASIL, 2015a; ARAÚJO, 2018).

Por sua vez, o artigo 145 do CPC indica os casos de suspeição, valendo mencionar a situação do árbitro que é amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados, que recebe presentes de pessoas que tiverem interesse na causa “antes ou depois de iniciado o processo” ou quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, “de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive”. (BRASIL, 2015a; ARAÚJO, 2018).

Uma vez instituída a arbitragem, o árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após a sua nomeação. “Essa é a regra geral, podendo, no entanto, ocorrer duas exceções, quais sejam, quando ele não for nomeado diretamente pela parte ou o motivo para a sua recusa for conhecido posteriormente à sua nomeação (artigo 14, §§ 1º e 2º)”. Essa recusa se formaliza mediante uma exceção e será apresentada pelo interessado diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, acompanhada de suas razões e indicação das provas pertinentes (artigos 15 e 20 da LAr). Se acolhida a exceção, de acordo com o artigo 15, parágrafo único, será afastado e substituído o árbitro suspeito/impedido. (BRASIL, 2015a; ARAÚJO, 2018).

Para a substituição de árbitro, neste caso, adota-se a regra do artigo 16 da LAr, que alude ao árbitro que se escusa de assumir sua função “antes da aceitação da nomeação” ou, após a aceitação, vier a falecer ou for recusado, sendo assumido o encargo por um substituto indicado no compromisso arbitral - se houver. (BRASIL, 2015a). Agora, caso não tenha essa indicação de árbitro substituto, “aplicam-se as regras do órgão arbitral institucional ou da entidade especializada, caso essa hipótese estiver expressa em convenção de arbitragem”. (ARAÚJO, 2018).

Em caso negativo, mas perseverando um dissenso entre as partes sobre a escolha de novo árbitro, a última providência será transferir esse assunto para o Poder Judiciário decidir (artigo 7º e artigo 16, §2º da LAr). Mas observe-se que essa opção não poderá ser adotada se, na convenção de arbitragem, as partes declararem que não aceitam substituto. Tal impasse certamente frustrará o processo arbitral, salvo se as partes repactuarem aquela convenção para viabilizá-lo. (BRASIL, 2015a; ARAÚJO, 2018).

Sob esta ótica, pode-se dizer que arbitragem tem tomado força e tem sido aplicada cada vez mais no ordenamento jurídico, não apenas por causa da lentidão do provimento estatal (judiciário), mas porque é um sistema diferente e efetivo a partir de suas características bem delineadas.

Assim, pela escolha da arbitragem, há uma relação de cooperação entre as duas esferas (arbitral e judicial) em busca da solução do conflito apresentado pelo cidadão. Sempre importante lembrar que, para isso, é importante haver um diálogo das partes antes e durante o processo arbitral.

3.3 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS A SEREM RESPEITADOS NA ARBITRAGEM

As fronteiras da liberdade processual na arbitragem comportam limites, como todo e qualquer ordenamento jurídico, especialmente pela incidência de alguns princípios a serem respeitados, como por exemplo o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento, todos trazidos e elucidados na Constituição Federal.

Estes princípios, em conjunto, caracterizam o núcleo do devido processo legal na arbitragem, pois, se violados, poderão resultar em nulidade da sentença arbitral (artigo 32, VIII da LAr). (BRASIL, 1996). Portanto, a liberdade de escolha da arbitragem também colide na sua coerência com a ordem pública, conferindo-se às

partes condições iguais de participação e interação no processo arbitral. Gouveia (2015, p. 3) diz que o devido processo legal é como:

[...] o conjunto de garantias constitucionais que permitem que as partes exerçam suas faculdades e poderes processuais para o correto exercício da jurisdição, buscando-se como objetivo a existência de um julgamento justo. E, como sabemos, um julgamento justo apenas é obtido por meio de iguais condições de participação, na medida em que todo processo envolve a participação das partes envolvidas [...].

O contraditório é princípio de natureza constitucional, pelo que dispõe o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (BRASIL, 1988). Nas palavras de Cahali (2015, p. 234), contraditório significa “a possibilidade de ‘informação e de reação sobre questões relevantes ao julgamento da causa’, garantida a apresentação das respectivas provas a respeito”.

[...] integra o contraditório a prerrogativa das partes de levar ao juízo as suas razões, bem como as manifestações em contrário do adversário. Contraditório, portanto, compreende o direito de alegar, de requerer e de provar. Envolve enunciação hoje cristalizada no Código de Processo Civil, qual seja, a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (artigo 7º do CPC), na qual está insita a regra imposta ao juiz que lhe proíbe proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (artigo 9º).

Poder-se-á certamente transplantar para o direito arbitral, por analogia, outra salutar regra do direito processual civil, que veda ao magistrado decidir, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar (artigo 10 do CPC). (ARAÚJO, 2018, p. 122)

Segundo Calamandrei (apud ARAÚJO, 2018, p 122), “o processo não é um monólogo, mas sim uma ‘troca de proposições’, de respostas e réplicas, um cruzamento de ações e reações, de estímulos e contraestímulos, de ataques e contra-ataques [...]. Trata-se de uma esgrima de persuasões e de uma disputa de raciocínios”. E disso, sustenta-se que “o princípio do contraditório, um termo que expressa a provocação processual de uma parte, ao qual deve corresponder o direito de resposta e reação, ou seja, o direito de a parte contrapor-se à posição de seu adversário”. Tudo isso “[...] contribui para processo, para a pluralidade de opiniões e de fundamentos, nascendo daí a possibilidade de que o juiz ou o árbitro possa tudo ponderar na balança da Justiça”. (ARAÚJO, 2018, p. 122).

A ampla defesa não se encontra esculpida objetivamente na Lei de Arbitragem, mas detém correlação ao princípio do contraditório, pois não há contraditório sem defesa, como explica Cahali (2015). Na interpretação de Parente (2013, p. 1), “esse direito faz parte de ‘um conceito largo de devido processo legal’, plenamente aplicável por se tratar de norma fundamental estabelecida pela Constituição Federal”.

Quanto à igualdade das partes, “há uma similitude com o contraditório, na medida em que é princípio que reside na exigência de que se dê igual tratamento às partes, seja na idêntica oportunidade de apresentar provas, alegações, requerimentos, bem como na mesma isonomia para indicação de árbitros”. (ARAÚJO, 2018, p. 123).

Decorre igualmente do artigo 5º da CF, uma vez que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. (BRASIL, 1988). A igualdade perante a lei é premissa para que se possa exigir a igualdade perante o juiz ou árbitro. “O igual tratamento aos litigantes oferece o necessário equilíbrio processual, sem favorecimentos ou privilégios, tarefa que compete ao árbitro”, como descreve Araújo (2018, p. 123).

Este deve se abster de eventuais interesses ou simpatias subjetivas e discutir a matéria tal como suscitada no processo, além de rejeitar posições de superioridade de um litigante em relação a outro. Por conseguinte, impõe-se ao árbitro oferecer iguais chances às partes, ouvir ambas e cientificá-las de igual forma acerca de realização de atos processuais. Essa sua responsabilidade aumenta ainda mais, na medida em que requer vigilância na liberdade concedida às partes para estabelecer os procedimentos arbitrais, reprimindo-se os abusos que podem nulificar o processo. (ARAÚJO, 2018, p. 123).

A imparcialidade já foi tratada na parte disposta sobre a atuação dos árbitros, nos termos da Lei de Arbitragem. É considerado um atributo subjetivo do árbitro, mas também do próprio processo, por se tratar de condição que deve perdurar desde a constituição do árbitro até a prolação da sentença arbitral, de acordo com Araújo (2018, p. 123-124) que complementa:

Para a pessoa do árbitro, tal condição é personalíssima e, caso não se configure, gera sua suspeição ou impedimento e, por consequência, seu imediato afastamento. Não obstante, para o processo, pode gerar nulidade, fulminando toda a arbitragem. Conquanto a suspeição ou impedimento deva ser questionada na primeira oportunidade que a parte tiver para se manifestar no processo arbitral (artigo 20), essa questão não fica preclusa se a causa de afastamento do árbitro se manifestar por causa superveniente, diante de atos praticados na instrução probatória ou em fase de alegações. Em qualquer

instante do andamento processual, esse vício é relevante, pelo seu efeito devastador para a relação processual, que se desfaz por vício insanável.

O livre convencimento tem relação com o pilar de independência do árbitro, e “consiste na sua liberdade de apreciar e valorar provas e argumentos trazidos ao juízo arbitral, a serem devidamente ponderados”. (ARAÚJO, 2018, p. 124).

Entretanto, o árbitro precisa julgar com base na matéria fática e em suas motivações, devidamente fundamentadas, cumprindo-se, assim, com os requisitos de validade da sentença arbitral, consoante o artigo 26, inciso II da Lei de Arbitragem; como de uma sentença judicial, segundo o artigo 489, inciso II do CPC. (BRASIL, 1996; 2015a).

Araújo (2018, p. 124) explica que o livre convencimento “É o que se chama de persuasão racional, pois o árbitro possui autonomia para externar seu livre convencimento, mas seu julgamento terá que ter uma ‘razão de ser’ que seja subjacente à sua convicção da verdade”. Porém, salienta-se que:

Seu veredicto será gerado a partir de métodos concretos de análise do conteúdo do processo, sem a influência de elementos externos comprometedores de sua autonomia, com mínimo subjetivismo e com vigor analítico. Dadas as características da arbitragem, porém, o livre convencimento não se realizará da mesma maneira que num processo judicial, em que existe habitualmente o apego técnico à lei. O convencimento do árbitro é mais elástico, à mercê da maior liberdade que dispõe para invocar múltiplas fontes de direito, como a equidade, a legislação estrangeira, os princípios gerais de direito, usos e costumes, e as regras internacionais de comércio. (ARAÚJO, 2018, p. 124).

Existe sim uma distinção entre livre convencimento de “juiz arbitral” comparado ao do “juiz togado”, e isso ocorre, claramente, por conta das características diferenciadas entre estes ritos, sendo que um segue a regra geral da Lei da Arbitragem e outro o Código Processual Civil, mas ambos se complementam. (ARAÚJO, 2018).

Pelo judiciário, adota-se uma estrutura mais firme e procedimental, sendo formada pela coleta de fatos, prova e de argumentos; enquanto que na arbitragem, analisa-se os mesmos fatores de modo mais flexível e a convicção do árbitro surgirá de uma maneira diversa, a partir de regras peculiares de investigação que constam ditadas na Lei de Arbitragem e que tenham sido escolhidas pelas partes (artigo 21). (BRASIL, 1996; 2015a; ARAÚJO, 2018).

3.4 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO JUÍZO ARBITRAL

O controle de constitucionalidade no âmbito judicial pode ocorrer de forma principal ou incidental, como visto anteriormente, sendo que o “principal” é exercido em regra de forma concentrada, enquanto o controle “incidental” se dá de forma difusa. Este poder compete a todos os juízes, quanto a atividade inerente à sua jurisdição ao passo que se fundamenta na Constituição Federal que rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. (ARAÚJO, 2018).

Como declarado por Bonizzi e Ferreira (2017) “não se coaduna com o estado democrático de direito a possibilidade de que a supremacia da lei maior seja desconsiderada por quem detém poder de aplicar o direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica”.

Logo, se o árbitro possui a sua finalidade de “juiz de fato e de direito” (artigo 18 da LAr), resulta-lhe poderes para, além de dizer o direito e julgar o conflito apresentado, aplicar os ditames constitucionais, afastando as normas que com ela sejam incompatíveis e inconstitucionais. Nery Junior (2016, *online*), explica muito bem isso:

Se o árbitro pode decidir por equidade, até *contra legem*, quando investido do poder de “compositor amigável”, por que não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional, declarando-a apenas ineficaz na hipótese submetida a seu julgamento? Ressalte-se que o controle da constitucionalidade das leis pode ser feito pelo juiz estatal e pelo árbitro, *incidenter tantum*, valendo apenas para o caso concreto. O que o árbitro não possui, isto sim, é jurisdição para decidir em abstrato sobre a constitucionalidade de lei, porque neste caso a decisão teria eficácia *erga omnes*, transcendendo os limites do compromisso, restrito às partes.

Assim, se uma lei é inconstitucional, tal vício ocorre em sua própria existência ou da norma que se extrai dela em qualquer âmbito de aplicação. O árbitro, ao se deparar com tal questão, pode exercer o controle de constitucionalidade de forma incidental na apreciação do conflito que lhe foi submetido. Em análise ao direito comparado, Bonizzi e Ferreira (2017) dispõem que até mesmo nos países em que não é conferido ao árbitro a competência para o controle de constitucionalidade, isso acaba ocorrendo pois até mesmo no poder judiciário há tal limitação, e adota-se, nesse caso, o controle concentrado.

Os doutrinadores estrangeiros adeptos da tese que veda aos árbitros a declaração de inconstitucionalidade baseiam-se em sistemas jurídicos distintos do brasileiro, que adotam o controle concentrado de constitucionalidade exclusivo, razão pela qual esta tese não encontra defensores no Brasil, já que a adoção de institutos estrangeiros deve se adequar ao nosso sistema constitucional, tal como alertava Saulo Ramos, evitando-se a importação de teorias, conceitos, princípios e regras. (BONIZZI; FERREIRA, 2017).

Cabe empossar que, havendo conflito entre normas e obrigações, a Constituição Federal é aplicável até mesmo nas relações privadas (entre particulares), situação em que o Estado pode se imiscuir em tais searas e afastar negócio jurídico incompatível com a legalidade. Agora, o conflito submetido ao árbitro, a normatividade da Constituição seria enfraquecida, ante a ausência de quem a pudesse aplicar e defender em tal foro. Tal conclusão, a toda evidência, viola o princípio da máxima eficácia da Constituição, motivo pelo qual deve ser rejeitada. (BERNARDES; FERREIRA, 2016).

Não se trata apenas de poder conferido ao árbitro, mas um dever de exercer, *ex officio*, o controle de constitucionalidade incidental, caso contrário será considerada nula a sentença arbitral que aplicasse norma inconstitucional, visando obter também, com isso, a ordem pública. (BERNARDES; FERREIRA, 2016). Barrocas (2017) salienta que “[...] a ordem pública relevante em arbitragem constitui um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado que integra os valores essenciais de ordem ética, econômica e social próprios desse estado”.

Estabelecer uma “cláusula geral “no contrato arbitral, como meio de ordem pública, “é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa”, conforme ensinamento de Didier Junior (2017, p. 60).

No entanto, temos com comparativo o que acontece na Itália que, sempre que um caso considere a norma que seria aplicável como inconstitucional, o juiz de primeira instância suspender o litígio e encaminha a demanda para ser apreciada pelo órgão competente por já considerá-la, definitivamente, como inconstitucional. (WEBER, 2008). Deste modo, “assim como o juiz de primeira instância, o árbitro, na Itália, deve reportar à Corte Constitucional a apreciação a norma que é considerada inconstitucional”. (WEBER, 2008, p. 17).

Apesar de o sistema de controle de constitucionalidade italiano ser o concentrado, este precedente é muito importante até mesmo para os países que adotam modelos de controle diferentes, como o Brasil (misto e difuso), pois o que importa não é a forma como este controle é realizado, mas denotar que os árbitros são equiparados aos juízes de primeira instância e gozam das mesmas prerrogativas. Neste caso, deve-se perceber que os juízes ordinários do Brasil realizam o controle de constitucionalidade difuso e que, nessa mesma linha e função, os árbitros possuem as mesmas competências. (WEBER, 2008).

Portanto, se o árbitro aceitar norma inconstitucional na sua sentença arbitral, abre-se a possibilidade de posterior anulação da decisão por contrariar à ordem pública prevista na Constituição Federal, ao passo que lhe competia o controle de (in)constitucionalidade ao apreciar o conflito no curso da arbitragem.

Noutras palavras, deixar de atentar-se aos preceitos constitucionais e apurar eventual inconstitucionalidade de norma invocada pelas partes, numa perspectiva mais ampla, a própria utilidade e finalidade da arbitragem seria enfraquecida e derrubada, eis que o conflito teria que seguir com revisão no Judiciário.

3.4.1 Análise dos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem

Como estudado, na Lei de Arbitragem não previsão de se rever a decisão através de recurso, porém restou introduzido na lei, com o artigo 33, a possibilidade de controle judicial através de ação anulatória da decisão arbitral. (BRASIL, 1996).

É interessante se destacar que na Lei-Modelo apresentada pela UNCITRAL (2006), a perspectiva é um pouco diferente, uma vez que o pedido de anulação de sentença, previsto no artigo 34, é considerado uma espécie de “substitutivo do recurso”, um recurso “travestido”, já que tal lei estipula que “o recurso de uma sentença arbitral [...] só pode revestir a forma de um pedido de anulação”. (BRASIL, 1996).

Mas, no Brasil, este recurso não existe e a ação anulatória se transformou numa solução legal tendo similaridade com a ação rescisória. Cahali (2015) relata que a ação anulatória não é recurso, eis que não há análise da matéria de fundo, tão e somente revisa a existência de vícios processuais apontados na Lei de Arbitragem a fim de autorizar, posteriormente, a ação de nulidade, caso seja identificado qualquer ilegalidade de modo a desconstituir o julgado.

Por fim, de forma alguma se pode utilizar deste expediente para se rediscutir a matéria de fundo decidida. O inconformismo do vencido com a solução jurídica dada ao conflito pelo árbitro (ou tribunal arbitral) não é causa de invalidação de sentença arbitral. Ou seja, '*error em iudicando*' é matéria estranha à desconstituição do julgado pela forma prevista na lei de arbitragem e o Poder Judiciário não é instância revisora ou recursal da sentença arbitral. (CAHALI, 2015, p. 389).

As causas de nulidade estão apontadas no artigo 32 e incisos da Lei de Arbitragem, sendo situações taxativas e não exemplificativas. Scavone Junior (2016, p. 217) realizou um importante estudo sobre a nulidade e/ou anulabilidade do julgado arbitral, em atenção ao contido no rol indicado na LAr, e comenta que algumas devem ser consideradas absolutas e outras relativas. Isso, porque traz uma correlação com a teoria geral do negócio jurídico, prevista no artigo 104 do CC, de que todo negócio jurídico, para ser considerado válido, requer "agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou indeterminável e forma prevista ou não defesa em lei". (BRASIL, 2002). Ao passo que o artigo 166 também do CC dispõe que:

Artigo 166 - É nulo o negócio jurídico quando:
 I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
 II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
 III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
 IV - não revestir a forma prescrita em lei;
 V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
 VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
 VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (BRASIL, 2002).

Nestes casos indicados no artigo 106 do CC, as situações de nulidade são consideradas absolutas já que a norma tem caráter de ordem pública, tanto que o negócio jurídico nulo "não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo", segundo o artigo 169 do mesmo diploma legal. Sem falar que o artigo 171 do CC garante que: "além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de dolo, erro, coação, estado de perigo e lesão ou fraude contra credores". (BRASIL, 2002).

A partir desses conceitos genéricos de nulidade e anulabilidade, há consequências práticas em cada caso de invalidade da arbitragem, segundo o artigo 32 da Lei de Arbitragem, *in verbis*:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
 I - for nula a convenção de arbitragem;

- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- [...]
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. (BRASIL, 1996).

Como exemplo da apuração de nulidades no processo arbitral, se constatar a falta elementos obrigatórios previstos na Lei de Arbitragem para se firmar o compromisso arbitral, sem que tenha sido adotado os requisitos do artigo 26, esse documento será considerado nulo já que não se revestiu da forma prescrita em lei (artigo 166, inciso IV, do CC). (BRASIL, 1996; 2002). Veja o que prevalece no artigo 26 da Lei de Arbitragem:

- Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:
- I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;
 - II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;
 - III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e
 - IV - a data e o lugar em que foi proferida.
- Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato. (BRASIL, 1996).

Neste caso, se descumprido com os requisitos do artigo 26 para a confecção da sentença arbitral, que por sinal segue um padrão de formalidade e estruturação bem semelhante a sentença judicial (que deve conter o relatório, os fundamentos da decisão e aparte dispositiva) prevista no CPC exige para as sentenças judiciais, a sentença arbitral e considerada nula (em absoluto). (BRASIL, 1996; 2015a).

Portanto, é importante identificar e diferenciar as hipóteses de nulidade relativa e absoluta que possam estar presentes na demanda levada à análise da câmara arbitral, a fim de evitar a modificação da sentença a ser proferida. Porém, se uma das partes envolvidas no conflito se demonstrar insatisfeita com a atuação do árbitro, não tendo sido corrigida a nulidade, como já foi visto, poderá ingressar com ação declaratória de nulidade. Mas é orientação legal de que antes disso, nos termos do artigo 30, inciso II da LAr, deve apresentar “pedido de esclarecimentos” para que o

árbitro se pronuncie sobre o ponto omitido, a respeito do qual devia se manifestar. (BRASIL, 1996; ARAÚJO, 2018). Até porque, o artigo 33, §4º da lei garante a parte o direito de ingressar no judiciário para requerer a prolação de sentença arbitral complementar “se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”, mesmo antes de dar nova sentença. (BRASIL, 1996).

Por oportuno, vale lembrar que todo e qualquer ato que o árbitro deveria ter adotado no curso da resolução do conflito mas que, conscientemente deixou de se pronunciar, estando demonstrado que a sentença arbitral foi proferida a partir de ato de “prevaricação, concussão ou corrupção passiva”, além da sentença ser revertida – por ação rescisória (artigo 966, inciso I do CPC), pelo fato de estar incumbido e ser equiparados aos funcionário público, para os efeitos da legislação penal (artigo 17 da LAr), o árbitro também pode responder pelos crimes concernentes ao ato praticado, conforme disposto no Código Penal brasileiro. (BRASIL, 1996; 2015a).

Veja o que prevê o artigo 316, sobre “concussão”; o artigo 317, sobre “corrupção passiva”; e o artigo 319, sobre “prevaricação”; todos do Código Penal:

Concussão

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Corrupção passiva

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. (BRASIL, 1940).

Em todos esses casos, é evidenciado que se o objeto da sentença proferida tiver teor ilícito, a partir da conduta do árbitro, além da nulidade evidenciada (artigo 166, inciso II do CC), caberá também a sua responsabilização.

Por sua vez, ao analisarmos a questão de nulidade, ela não é absoluta, pois se a ação declaratória de nulidade não for proposta dentro do prazo legal estabelecido de 90 dias, a sentença convalidará nos termos do artigo 33, §1º da Lei de Arbitragem. (BRASIL, 1996).

Cabe salientar que a lei de arbitragem faculta que o requerimento de declaração de nulidade da decisão arbitral seja formulado tanto em ação autônoma, como também na fase de execução judicial, na ocasião em que o interessado poderá impugnar a sentença, seguindo o rito dos artigos 525 e seguintes do CPC, assim identificado no artigo 33, §3º da LAr. (BRASIL, 1996; 2015a; ARAÚJO, 2018).

Cahali (2015, p. 383) menciona que artigos 32 e 33 da Lei 9.307/1996 devem ser analisados exclusivamente dentro do âmbito processual, à exceção do artigo 32, inciso I, que envolve questões de direito material. “A diferença desses dois enfoques é que nem sempre a dicotomia nulidade absoluta versus nulidade relativa é coincidente no Direito Civil e no Direito Processual Civil”.

Araújo (2018, p. 152) contrapõe que “isso traz consequências jurídicas consideráveis, pois, em caso de nulidade absoluta, o enfoque ‘civilista’ permitirá que essa seja invocada mesmo depois do prazo de 90 dias estipulado pelo artigo 33, §1º, da Lei 9.307/1996, já que esse vício é imprescritível e não convalida”.

O enfoque puramente processualista é diferente, considerando que passado aquele prazo, a ação anulatória prevista na lei de arbitragem não mais subsistirá, como asseverado na obra de Cahali (2015, p. 391):

No entanto, repita-se, mesmo sendo o caso de nulidade absoluta, o rompimento do julgado com base nesta causa específica por meio do ajuizamento da ação de desconstituição da sentença deverá obedecer ao prazo certo e decadencial de 90 dias.

De fato, o que precisa ser registrado, ainda pela ótica de Cahali (2015, p. 404-406) é “A sistematização apresentada pela escassa doutrina a respeito ainda merece amadurecimento, principalmente por se confundir, como antes referido, os vícios do artigo 32 da lei com aqueles defeitos do negócio jurídico”. O foco não é buscar a nulidade da sentença, mas garantir uma estabilização e segurança jurídica no âmbito arbitral; só que se isso encontra retenção, é plenamente devida a propositura da ação declaratória como expectativa de ver reconhecida a ineficácia do procedimento arbitral.

Portanto, segundo Araújo (2018, p. 153), o fundamento para esta ação “pode ser nulidade absoluta, ineficácia ou inexistência da convenção (cláusula ou compromisso) ou da própria instauração do processo arbitral (p. ex., imposto contra a vontade e sem a participação da parte)”.

3.4.2 Aspectos Essenciais da Lei de Arbitragem para o Controle de Constitucionalidade

De início, depara-se com o artigo 2º da LA que dispõe que as partes poderão escolher se a arbitragem será de direito ou de equidade. A que é relevante para este trabalho, é a de direito, pois somente nesta poderá haver conflito entre norma inferior e norma fundamental. Ainda, no §1º do referido artigo define-se que as partes podem convencionar livremente as regras de direito que serão aplicadas à arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. (BRASIL, 1996). Assim, consagra o entendimento de que as partes podem se utilizar de leis de um ordenamento jurídico tanto no que concerne ao mérito quanto ao processo no procedimento arbitral.

Por conseguinte, registra-se o teor do artigo 3º da LA que dispõe que “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Deste modo, fica evidente que para que se possa levar a solução de determinado litígio à uma corte arbitral, as partes devem previamente convencionar isso, por escrito e em contrato próprio, consoante disposição do artigo 4º, §1º da LAr. (BRASIL, 1996).

É importante, também citar os artigos 5º e 6º da mesma lei, pois estes diferenciam os tipos de cláusulas compromissórias: a cheia (a que prevê as regras às quais a arbitragem será submetida) e a vazia (a que não dispõe acerca da forma em que será instituída a arbitragem). No primeiro caso, o árbitro está sujeito a normas e regras de mérito e processuais pré-estabelecidas pelas partes; e no segundo caso, os árbitros devem escolher quais as regras e normas que se aplicam à lide (objeto da arbitragem). (BRASIL, 1996; ARAÚJO, 2018).

O art. 21 da LAr também deve ser mencionado, pois dispõe que “as partes podem facultar ao árbitro que defina as regras do procedimento arbitral” e, seu §1º,

reforça que “não havendo estipulação sobre o procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo”. (BRASIL, 1996).

A partir destes dispostos, nota-se que o árbitro, no exercício de suas atribuições, tem o dever de analisar a lei sempre de acordo com o caso concreto.

3.4.3 O Controle de Constitucionalidade exercido pela Corte Arbitral

A corte arbitral ao realizar o controle de constitucionalidade deve seguir os princípios constitucionais esculpados na legislação brasileira e, ocorrendo qualquer questão que aponte para a inconstitucionalidade de uma norma, esta deve ser declarada pela maioria (ou pelo árbitro com formação jurídica) segundo o artigo 97 da CF/88, justamente para atingir o objetivo social da arbitragem. (BRASIL, 1988).

Assim, se o controle não for realizado pelo árbitro de modo adequado e for empregado qualquer norma em discordância com a Constituição Federal, a sentença arbitral resta prejudicada, pois fere o disposto no artigo 2º, §1º da LA como já visto, de que as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem podem ser escolhidas pelas partes, desde que não violem a ordem pública. Logo, se a aplicação de uma norma inconstitucional transgride a ordem pública, “é manifesto que a corte arbitral tem o dever de afastar a norma que atente contra a Constituição”. (ARAÚJO, 2018).

Dessa forma, o controle de constitucionalidade difuso deve ser realizado pelo tribunal arbitral quando houver ameaça de lesão à Constituição Federal, até porque está ferindo-se o próprio interesse de não violação da ordem pública que está presente na lei de arbitragem. A Lei-Modelo da Uncitral de 1985, aprovada pelas Nações Unidas, explica no texto do que dispõe o artigo 17 que:

Salvo convenção em contrário das partes, o tribunal pode, a pedido de uma parte, ordenar a qualquer delas que tome as medidas provisórias ou conservatórias que o tribunal arbitral considere necessário tomar em relação ao objeto do litígio. O tribunal poderá exigir a qualquer das partes que, em conexão com essas medidas, preste uma garantia adequada. (UNCITRAL, 2020).

No Brasil, com as alterações feitas pelo CPC à Lei de Arbitragem, disponibilizou-se às partes recorrerem ao Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência, a fim de antecipar algum pedido e/ou resguardar direitos, como já visto, porém esta eficácia do judicial é temporária e se limita a instrumentalizar

o que for necessário para depois retomar a arbitragem. Assim, esta intervenção pode ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, bem como possibilita que o juiz, no intuito de fortalecer os efeitos da tutela concedida, adote medidas adicionais utilizando o seu poder geral de cautela para dirimir o conflito apresentado. Neste caso, a tutela provisória pode ser deferida em caráter de urgência (cautelar ou antecipada) ou de evidência. (BRASIL, 1996; 2015a).

Araújo (2018) expõe que a alterações advindas com o novo CPC permitiu que as partes antecipem medidas cautelares e de urgência perante o Judiciário antes da instauração da arbitragem, o que antes era admitida apenas pela jurisprudência. É o que restou visto no exemplo do acórdão do STJ proferido no Recurso Especial nº 1.297.974/RJ¹⁷:

Superior Tribunal de Justiça. Direito Processual Civil. Arbitragem. Medida cautelar. Competência. Juízo arbitral não constituído. 1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do árbitro, deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de “imperium”. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal. Mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar.

Como se verifica, essa possibilidade, de natureza excepcional, se explica pelas eventuais delongas ocorridas numa arbitragem até que ela seja constituída com a anuência dos árbitros escolhidos. “A jurisdição privada, porém, sempre prevalecerá sobre as determinações judiciais”, como relata Araújo (2018).

Entretanto, caso já tenha sido operada a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros, como dispõe o artigo 22-B e seguintes da Lei de Arbitragem. (BRASIL, 1996). Outrossim, há fortes influencias doutrinárias para que a convenção arbitral possa incluir ou excluir do processo arbitral

¹⁷ STJ. Recurso Especial nº 1.297.974/RJ. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 12.06.2012.

qualquer forma de tutela provisória, maximizando a vontade das partes para que o disposto no artigo 21 da LA tenha plena efetividade. (CAHALI, 2015).

3.5 JURISPRUDÊNCIA – A INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Dentre as reiteradas decisões conferidas nos Tribunais Superiores do Brasil concernentes a aplicação da Lei de Arbitragem nos casos em concreto, destacam-se: (ii) a comporvação e legalidade das partes ao firmarem cláusula arbitral, e também (ii) a alegação da respectiva (in)constitucionalidade da norma. Seguem a título de demonstração de tais fatos alguns exemplos do que acontece na prática para demonstrar tais fatos contribuindo assim para o presente estudo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) ao decidir o Agravo de Instrumento nº 174.874-9/02¹⁸, que tratava sobre a existência de cláusula compromissória de arbitragem para a celebração de compra e venda de energia, entre a Agravante (Energia Rio Pedrinho SA e outro) e Agravado (Copel Distribuição S.A.) o relator Fernando César Zeni “afirmou a validade de cláusula compromissória inserida em contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre a sociedade de economia mista e empresa privada”. (TJPR, 2005). Veja o que mais restou apontado:

[...] a autora é sociedade de economia mista, com personalidade de direito privado (...). Desta maneira, evidente que os contratos celebrados entre a autora e a ré se regulam pelo direito privado e nada impede que solução dos conflitos se dê pela arbitragem prevista em nosso ordenamento jurídico. Segundo, a atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado e demais atividades correlatas e afins, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II), por versar sobre intervenção do Estado no domínio econômico, sob a forma de monopólio, nos termos do art. 177, inciso IV, da Constituição Federal. Terceiro, o fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem.

O embasamento adotado para a possibilidade de aplicação da cláusula arbitral decorreu do fato de que a questão objetiva prevista no contrato tinha finalidade econômica (entre as partes envolvidas) e não pública (interesse público), razão pela qual deveria preponderar a apresentação do conflito ao juízo arbitral. Inclusive, pelo

¹⁸ TJPR. Agravo de Instrumento nº 174.874-9/02. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Fernando César Zeni, julgado em 13.04.2005.

fato de que este tipo de empresa (sociedade de economia mista) sujeitava-se às regras de mercado e à legislação civil em termos de contratos, no que dispõe os artigos tanto do Código Civil bem como da Lei de Arbitragem.

Restou pontuado no referido acórdão a validade e prevalência da expressão da vontade das partes no contrato firmado (*pacta sunt servanda*), nomeadamente dizendo-se mais: “Não há possibilidade, sequer, de anular administrativamente contratos, que regulam relações da Administração em caráter privado, não pode a Administração anular atos realizados sob o império do direito privado”, citando-se um precedente do mesmo Tribunal¹⁹. (TJPR, 2004; 2005).

Cumprе ressaltar que além de discorrer sobre os artigos 8º e 25 da LA, o julgado também foi correto e preciso ao determinar a manutenção do juízo arbitral em relação aos demais dispositivos de direito material e processual constantes no processo. O nobre juiz assim discorreu:

[...] por isso afirmo, que as alegações da Copel não são maduras, mas sim, inconvenientes, e visam, em última análise impedir, por via oblíqua (a propalada ação popular), alterar todo o regime jurídico instituído pela Lei nº 9.307. Seria muito conveniente eleger um árbitro, pagar por isso (com dinheiro público, frise-se) e depois, de maneira simplória, por meio das ações judiciais, alegar que o direito discutido na arbitragem é indisponível (compra e venda !?!?) e, portanto, não pode prosseguir. Simplesmente ininteligível. (TJPR, 2005).

Esta passagem da decisão em comento é da maior importância para a efetividade da arbitragem, principalmente para dar ênfase às causas nas quais dentro da arbitragem figuram entes públicos. É possível argumentar que ao valer-se de ações judiciais impróprias para obstaculizar o regularmente pactuado, agride também a sociedade de economia mista os princípios jurídicos da boa-fé e confiança, que devem reger todas as obrigações, em especial as firmadas pela Administração.

Importa realçar que a participação do Judiciário em reconhecer os princípios da arbitragem tem repercussão tanto jurídica como econômica já que representam diminuição nos custos de transação. (TJPR, 2005).

O relator do processo faz uma contraproposição da norma e correlaciona o referido caso a outros precedentes do TJPR e STJ, ressaltando que “O mesmo ocorre no

¹⁹ TJPR. Apelação Cível nº 247.646-0. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, julgado em 11.02.2004.

âmbito recursal e de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, que com a EC nº 45/2004, passou a ser competência do STJ”. (TJPR, 2005).

Neste sentido sobressaem-se as decisões proferidas pelo STJ no Recurso Especial nº 712.566/RJ, j. 18.08.2005, Min. Rel. Fátima Andrighi e na Sentença Estrangeira Contestada nº 856, j. 18.05.05, Min. Rel. Carlos Alberto M. Direito, que denotam esta preocupação, tal como assentado pelo Ministro Gilson Dipp, que ao exarar seu voto na SEC 856, a primeira sentença arbitral estrangeira em que o STJ aplicou a Convenção de Nova Iorque acentuou que: [...] gostaria de salientar que tem sido altamente positiva a manifestação da doutrina, da advocacia, e da magistratura quanto ao procedimento por este Superior Tribunal de Justiça em relação à homologação de sentença estrangeira e ao exequatur na carta rogatória, restando correspondidas as expectativas surgidas após a EC n. 45/04. Considero que este Tribunal tem, a partir deste momento e a partir deste voto do Sr. Ministro-Relator, imensa responsabilidade em atuar, modernizar, arejar a matéria sobre esse enfoque. (TJPR, 2005).

Este precedente, além do enfoque administrativo do tema, retrata entendimento quanto ao artigo 25 da LAr, contemplando os dois princípios estatuídos no artigo 8º da Lei, quais sejam o da autonomia da cláusula compromissória e competência-competência.

Ressalte-se, que na mesma linha de argumentação do relator no acórdão em comento (, que enaltece a prevalência da arbitragem, o árbitro Gustavo Tepedino ao manifestar-se aduziu que:

a tramitação, pois, da referida ação judicial não tem o condão, nos termos da ordem jurídica material e processual, nem mesmo em tese, de paralisar os efeitos entre as partes do contrato que, por permanecer plenamente válido, e eficaz, se sujeita, por si mesmo, à jurisdição arbitral em curso; tão pouco é juridicamente possível, para dela eximir-se, invocar prevenção em favor do órgão da justiça estatal, quando as partes elegem o juízo arbitral. (TJPR, 2005).

Outra peculiaridade do artigo 25 da LAr, “é que compete aos árbitros verificar, durante o curso da arbitragem, a questão prejudicial que afetaria o julgamento a ser proferido na arbitragem”. Destarte, “no caso em comento, considerando o tribunal arbitral que tanto os contratos como as cobranças eram suscetíveis de serem apreciadas na arbitragem, não haveria razão para suscitar a questão e, muito menos, para encaminhá-la ao Judicial”. (TJPR, 2005).

Desse modo, com a aplicabilidade do artigo 25 da lei, faz com que a questão prejudicial decorrente do conflito levado ao judiciário nasça e, a partir disso, venha a ser deliberada no âmbito da arbitragem, pelo árbitro ou tribunal arbitral, e não mais

pelo Judiciário. Seguindo este raciocínio, o magistrado constata que “Após verificação e julgada pertinente, se fosse o caso, seria remetida a questão referente à indisponibilidade de direitos ao Judiciário. Assim, compete ao árbitro configurar ou não a indisponibilidade do direito em questão”. (TJPR, 2005).

Neste sentido o acórdão analisado trouxe um correto entendimento ao esclarecer a interpretação dos artigos 8º e 25 da Lei de Arbitragem, mesmo porque o tribunal arbitral tinha competência para analisar a validade do contrato. “*Não se pode permitir que por vias oblíquas a Lei de Arbitragem seja reduzida à inutilidade*”. (TJPR, 2005). Esta é a lição pedagógica que fica deste precedente jurisprudencial.

Com efeito, construir a jurisprudência brasileira de arbitragem, atentando para seus princípios e conceitos, procurando um ponto de equilíbrio na constelação legal, sua interação com o direito administrativo, civil, processual civil, empresarial etc. é tarefa que exige bom senso e equilíbrio do Judiciário, intérprete autêntico, no dizer de Kelsen. Por fim, impende salientar que para o jurista português Cabral de Moncada este consenso judicial denota que “*a razoabilidade não é apenas a qualidade subjetiva do juiz. É um predicativo objetivo do direito a constituir*”, ou melhor, “*a construir*”.

Focados no aspecto de controle de constitucionalidade, a partir do direito comparado, completa-se o estudo com o acórdão nº 256/2012²⁰ conferido pelo Tribunal Constitucional de Porto – Lisboa, o seguinte precedente:

[...] foi interposto recurso[...] para que seja apreciada a constitucionalidade da norma extraída do artigo 28º, n.º 2, da Lei da Arbitragem Voluntária (aprovada pela Lei n.º 31/86, de 29 de agosto), quando interpretada no sentido de que “*o prazo de propositura da ação de anulação, mesmo havendo duas decisões arbitrais, a inicial e outra complementar, se conta logo da primeira, independentemente e sem o conhecimento do resultado da arguição de nulidades e pedido de reforma suscitados e em apreciação*” (fls. 627), por violação do direito de acesso à Justiça, consagrado no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa. Neste caso a interpretação do Art. 28º n.º 2 LAV, julgada conforme ao Art. 20º CRP, determinou a improcedência da ação por se julgar caducado o direito dos recorrentes a intentarem, uma vez que havia duas sentenças arbitrais com datas diferentes. [...] O direito de obter tal reparação nada tem que ver com o direito a recorrer, esse sim, totalmente afastado das partes ao aderirem à convenção de arbitragem referida nos autos. [...] Assim, era obrigatório que os recorrentes aguardassem a posição final do Tribunal Arbitral, a qual nos termos da lei se integra na decisão inicial — cfr. n.º 2 Art. 670º CPCiv na redação aplicável — para, obtida a decisão final, definitiva, corrigida ou não de tais vícios, propor, caso ainda se justificasse ou quisessem, a ação de anulação. [...] Em resumo — mesmo quando uma decisão arbitral padece de ilegalidades gritantes as mesmas teriam que se manter na ordem jurídica como se nada se passasse

²⁰ PGDL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 256/2012 originário do Processo nº 97/11 de Lisboa, 3ª Secção. Rel. Conselheira Ana Maria Guerra Martins, julgado em 04.01.2011.

pois que não há nenhum órgão jurisdicional - ainda que o próprio tribunal arbitral — perante o qual se possa levantar as competentes questões de direito de modo a que os interesses e direitos da parte lesada sejam objeto de efetiva apreciação jurisdicional, em clara violação do art. 20º da Constituição da República Portuguesa; [...] Um e outro resultados inadmissíveis, estribados numa interpretação do nº 2 do Art. 28º LAV que, salvo o devido respeito, consubstancia grosseira violação do direito à efetiva apreciação e tutela jurisdicional consagrado no Art. 20º da Constituição da República Portuguesa.» (fls. 673 a 681). [...] III — A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INCONSTITUCIONALIDADE NA INTERPRETAÇÃO DADA PELO DOUTO ACÓRDÃO RECORRIDO À DISPOSIÇÃO DO ART. 28 N 2 DA LAV [...] Por outro lado, Nessa expressa admissibilidade de recurso a meios e instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos está contida naturalmente a possibilidade de as partes acordarem sobre as regras de processo a observar na arbitragem, tal como previsto no art. 15 n2 1 e 2 da LAV. [...] A conformidade com a CRP de tal possibilidade acha-se prevista na disposição do art. 16º da LAV, que contém os princípios fundamentais a que a essa tramitação processual deverá necessariamente subordinar-se, sob pena de a decisão arbitral que venha a ser proferida vir a ser anulada (arf. 27 nº 1 ai c) da LAV). (...)

No caso dos presentes autos, e ressalvando a situação do erro material e mero lapso de escrita a que já acima se fez referência, viu-se já também que as hipóteses de nulidades invocadas pelos recorrentes na sua “reclamação” assentavam na alegada contradição entre os fundamentos e a decisão, por um lado, e na omissão de pronúncia do douto acórdão arbitral.

No que toca ao primeiro de tais vícios, como no que respeita às apontadas ilegalidades que estão subjacentes à pretendida reforma do douto acórdão do Tribunal Arbitral, e como é fácil de concluir, está em causa uma discordância dos recorrentes relativamente ao teor e sentido da decisão proferida, implicando a sua apreciação uma reanálise do mérito da questão. Ora tal reanálise está, no caso presente, e por acordo das partes, de todo afastada, uma vez afastada a possibilidade de recurso do douto acórdão arbitral. E não existe dúvida legítima sobre a admissibilidade constitucional de tal renúncia, expressa ou implícita, ao direito de recorrer, dispondo o legislador de liberdade para estabelecer os meios de impugnação que considere oportunos e de os condicionar a determinadas exigências. Ponto é que tais exigências se não afigurem como obstáculos injustificados e arbitrários o que seguramente não se verifica no caso presente.

Não pode ignorar-se que se está, no caso presente, perante direitos disponíveis pelas partes, como bem salienta o douto acórdão recorrido, e que no âmbito do processo que correu seus termos pelo tribunal arbitral, os recorrentes dispuseram das mais amplas possibilidades de defesa.

Não pode também ignorar-se que, relativamente ao instituto da arbitragem voluntária, e havendo renúncia ao recurso, a “filosofia” subjacente à respetiva regulamentação é a de que, no que toca à decisão relativa ao mérito da causa, é ela definitiva, esgotando-se o poder jurisdicional dos árbitros com o depósito do acórdão arbitral na secretaria ou com a sua notificação às partes. Essa é, como se viu, a solução consagrada no Regulamento do Centro de Arbitragem Comercial da Associação Comercial do Porto, que as partes expressamente adotaram na convenção arbitral entre elas celebrada.

Relativamente aos vícios de forma, ou àqueles que se traduzam na violação de princípios fundamentais de qualquer processo, a impugnação da decisão arbitral apenas pode ser desencadeada por força da ação de anulação, nos termos do disposto no art. 27 nº 1 da LAV, ação essa a propor no prazo de 30 dias a contar da data da decisão arbitral em causa. (...) Por outro lado, Nem sequer podem os ora recorrentes invocar ter sido aqui desrespeitado o princípio da proporcionalidade, tido como marcante em termos da

regulamentação e condicionamento dos direitos fundamentais por parte do legislador ordinário.

É que a arbitragem voluntária como instrumento de resolução de conflitos privados, para além de ter reconhecimento constitucional como se viu acima, tem por finalidade a maior celeridade na realização da justiça, com uma aceitável redução das formalidades inerentes à normal tramitação processual. [...] Mas no caso presente nada disso ocorreu, isto é, tais limites foram seguramente respeitados como os recorrentes bem sabem, tendo-se o legislador ordinário, na redação dada ao art. 28 n.º 2 da LAV, e com a interpretação acolhida no douto acórdão recorrido, mantido dentro dos seus poderes de livre conformação concreta do direito à proteção jurídica e de acesso aos tribunais. (...) Não faz, assim, qualquer sentido dizer-se aqui que o legislador criou, de forma desproporcionada, um obstáculo ao direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva.

[...] 5. Note-se, antes de mais, que é jurisprudência consolidada neste Tribunal (cfr., a mero título de exemplo, o Acórdão n.º 250/96, disponível *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>) que a compatibilização entre o direito de acesso à Justiça (artigo 20º, da CRP) e a legitimação constitucional dos tribunais arbitrais (artigo 209º, n.º 2, da CRP) impõe uma garantia de não privação do direito de acesso aos tribunais comuns, com vista a um controlo – mais ou menos amplo, consoante a vontade expressa pelo legislador – daquelas decisões arbitrais. [...]

Em suma, não se julga inconstitucional uma interpretação normativa extraída do n.º 2 do artigo 28º da Lei de Arbitragem Voluntária, segundo a qual *“o prazo de propositura da ação de anulação, mesmo havendo duas decisões arbitrais, a inicial e outra complementar, se conta logo da primeira, independentemente e sem o conhecimento do resultado da arguição de nulidades e pedido de reforma suscitados e em apreciação”*.

Como se pode notar na consistente decisão proferida pelo Tribunal Constitucional de Porto, a partir de matéria levada a debate, quanto a suposta inconstitucionalidade de sentença arbitral que denegou pedido da parte em relação ao prazo de propositura de ação de anulação, eis que não exerceu seu direito no prazo legal e, conseqüentemente, ao ter optou pela cláusula compromissória, submete-se as regras da referida norma. A parte levou ao conhecimento do Tribunal a questão de que a sentença tenha ferido seus direitos constitucionais, porém com acatado posicionamento, defendeu-se como válida a arbitragem voluntária como instrumento de resolução dos conflitos originados pelo caso concreto, considerando que as partes expressamente adotaram a convenção arbitral. Com isso, não se julgou inconstitucional a interpretação dada pelo árbitro, sendo julgado improcedente o recurso, mantendo-se a sentença arbitral. (PGDL, 2011).

Ademais, seguindo-se os estudos quanto as decisões brasileiras, de acordo com o CBAr (apud FGV, 2010), as sentenças direcionadas ao Judiciário (STF e STJ) no período de 10 anos (1999 a 2009), objetivando-se modificações em sentenças estrangeiras com efeitos no Brasil, “a validade da cláusula compromissória esteve no cerne do debate para o deferimento ou não da homologação da sentença arbitral

estrangeira em 12 (doze) casos” que constaram como Sentença Estrangeira Contestada, abaixo relacionadas:

- 1) STF, SEC 5.487 (L´Aiglon v. Teka), Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, julgado em 01.12.1999, DJ de 17.12.1999;
- 2) STF, SEC n. 6.753 (Plexus v. Santana), Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 13.06.2002, DJ de 04.10.2002;
- 3) STJ, SEC n. 856 (L´Aiglon v. Têxtil), Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, Corte Especial, julgado em 18.05.2005, DJ de 27.06.2005;
- 4) STJ, SEC n. 967 (Plexus v. Santana), Rel. Min. José Delgado, Corte Especial, julgado em 15.02.2006, DJ de 20.03.2006;
- 5) STJ, SEC n. 866 (Oleaginoso v. Moinho Paulista), Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 17.05.2006, DJ de 16.10.2006;
- 6) STJ, SEC n. 507 (Grain Partners v. Coopergrão e Oito), Rel. Min. Gilson Dipp, Corte Especial, julgada em 18.10.2006, DJ de 13.11.2006;
- 7) STJ, SEC n. 833 (Subway v. HTP), Rel. Min. Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 16.08.2006, DJ de 30.10.2006;
- 8) STJ, SEC n. 611 (First Brands v. STP), Min. Rel. João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 20.09.2006 (julgamento parcial) e 23.11.2006 (julgamento final), DJ de 11.12.2006;
- 9) STJ, SEC n. 1.210 (ICT v. Odil Pereira), Min. Rel. Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 20.06.2007, DJ de 06.08.2007;
- 10) STJ, SEC n. 831 (Spie v. INEPAR), Min. Rel. Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 03.10.2007, DJ de 19.11.2007;
- 11) STJ, SEC n. 894 (Litsa v. SN Engenharia), Min. Rel. Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 20.08.2008, DJ de 09.10.2008;
- 12) STJ, SEC n. 978 (Indutech v. Agocentro), Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 17.12.2008, DJ de 05.03.2009.

Os principais questionamentos (argumentos) levantados nestes procedimentos que visavam contestar a validade da cláusula compromissória arbitral foram: a) necessidade de cláusula compromissória por escrito ou assinada; b) Invalidez da cláusula compromissória incorporada ao contrato por referência; c) nulidade da convenção de arbitragem em razão de indução a erro com relação à pessoa; d) necessidade de celebração de compromisso arbitral; e) invalidez da cláusula compromissória inserta em contrato de adesão; f) invalidez da cláusula compromissória em razão da cessão do contrato ou incorporação da contratante; g) Invalidez da cláusula compromissória em decorrência da inconstitucionalidade do art. 7 da Lei de Arbitragem. (FGV, 2010, p. 32-33).

Nos casos levados ao STF, diante a sua competência, verificou-se claramente a “possibilidade da aceitação tácita da cláusula compromissória”. No entanto, perante o STJ é que se teve mais oportunidade de formar um debate sobre o tema. Isso, porque, “nos casos em que a parte arguiu a invalidade da cláusula compromissória perante o juízo arbitral, esse argumento foi levado em consideração pelo STJ; contudo, quando a participação se deu sem qualquer questionamento da jurisdição do tribunal arbitral, o STJ entendeu que houve aceitação tácita”. (FGV, 2010, p. 33).

Resumidamente, os resultados desse estudo jurisprudencial foram bem valiosos, pois, dos 12 (doze) casos em que houve o questionamento em relação a validade da cláusula compromissória, em 7 (sete) processos restaram reconhecidas a validade da cláusula ou tiveram a aceitação tácita da arbitragem, com a consequente homologação da sentença arbitral estrangeira; e apenas 5 (cinco) processos que não reconheceram a validade da cláusula acabaram culminando na denegação do pedido. (FGV, 2010).

Em relação a estes cinco casos que foram recusados, notou-se que os fatores determinantes para a invalidade da cláusula compromissória estavam relacionados à “necessidade de comprovação do consentimento das partes com a existência de cláusula compromissória por escrito e assinada e trocada entre as partes, e não meramente por referência ou entre outros que não as partes”. (FGV, 2010, p. 40).

Isso demonstra uma forte providência em relação a validade do compromisso arbitral pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem falar que “a grande maioria das decisões proferidas em sede de homologação de sentença estrangeira respeitou os preceitos da Lei de Arbitragem e, portanto, foram consideradas adequadas”, consoante estudo da FGV (2010, p. 80).

No aspecto de constitucionalidade, é possível observar que os Tribunais Superiores tomam bastante atenção no que diz respeito à aplicação da Lei de Arbitragem nos casos em que as partes convencionaram o compromisso arbitral, sustentando-se a sua validade e preponderância na resolução de conflitos que seja avocado tal direito, desde que se atente aos preceitos da lei, não havendo qualquer ofensa à Constituição Federal as sentenças arbitrais que restaram firmadas sob os princípios basilares do direito brasileiro.

É imperioso dizer que, a Constituição Federal é norma máxima do direito brasileiro, devendo ser adotada a todas as relações jurídicas, mas isso não vem a invalidar as disposições de vontade pactuadas entre as partes, como no caso de

convenção de cláusula arbitral. Tampouco poderá ocorrer sobreposição do judiciário ao juízo arbitral, eis que também é imprescindível adotar a norma mais específica para cada caso concreto.

CAPÍTULO IV – A ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO PORTUGUÊS

4.1 SOBRE O CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA – CAAD

O Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), em Lisboa - Portugal, é um centro de arbitragem institucionalizada de caráter especializado onde podem ser resolvidos os litígios de Direito Público nas áreas administrativa e também tributária.

O CAAD, no que tange a questões de cunho administrativo é competente para formar e constituir tribunais arbitrais julgando matérias jurídico-administrativas, envolvendo Ministérios da Justiça, Cultura, da Educação e de várias instituições do ensino superior, todas estas pré-vinculadas. Mas também atende entidades que não estejam pré-vinculadas mediante a outorga de compromisso arbitral.

Segundo o site²¹ do CAAD, na área tributária o Regime Jurídico de Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado em 2011 prevê a via arbitral como forma de apreciação dos litígios sobre a legalidade de atos tributários.

Nesse sentido Portugal vem avançando na legislação desde 2004 com a Reforma do Contencioso Administrativo, em 2009 cria o CAAD e em 2009 concretiza o regime inovador de arbitragem tributária.

4.2 LEI DE ARBITRAGEM VOLUNTÁRIA – LAV

A Lei de Arbitragem Voluntária (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro), LAV, entrou em vigor em 14 de Março de 2012, numa solução trazida da Lei Modelo da UNCITRAL da qual se extrai particularidades próprias e fórmulas tradicionais para a solução de litígios.

A Associação Portuguesa de Arbitragem apresentou ao Governo um projeto que fora acolhido pela Assembleia da República e desse modo Portugal tem uma legislação que abarca o mundo da arbitragem. Assim também apoia a arbitragem brasileira, ao menos é o que consta nos artigos 27.º, número 1. e 38.º número 2.

A lei de arbitragem, denominada LAV, e sob o número Lei 63/11 traz a intervenção de terceiros no que dispõe o artigo 36.º, e os quesitos para a anulação da

21 <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>

sentença arbitral (artigo 46.º) e no artigo 51.º está disposto o que seria *in favor validatis* que seria a validade substancial da convenção de arbitragem.

Nas questões de direito público, o direito administrativo toma como exemplo a arbitragem comercial, de nível privado, elevando Portugal ao nível mais alto da arbitragem quer seja interna ou mesmo internacional.

Qualquer litígio de natureza patrimonial pode ser submetido a decisão de árbitros, mediante convenção de arbitragem segundo a vontade das partes, ao menos é o que dispõe o artigo 1.º da LAV. Porém há permissão para os litígios cuja matéria é passível de transação em relação ao direito controvertido.

Para BARROCAS, em Portugal, “todas as questões podem ser submetidas a um tribunal do Estado que seja competente, a menos que as partes tenham celebrado uma convenção de arbitragem para submeter o litígio a arbitragem voluntária (...) e neste caso os tribunais estaduais deixam de ser competentes em favor da arbitragem voluntária.” (BARROCAS, 2018)

Para ele, “a convenção de arbitragem constitui, assim, um autêntico pacto privativo de jurisdição dos tribunais estaduais.” (BARROCAS, 2018).

A alteração recente feita na LAV foi conceitual no quesito arbitrabilidade e diferencia a arbitrabilidade objetiva da arbitrabilidade subjetiva, demonstrando assim que a capacidade das partes em celebrar uma convenção de arbitragem é subjetiva e produz efeitos de validade da convenção de arbitragem trazendo assim toda a sua subjetividade. Já a arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto do litígio.

A LAV atual dá a devida competência ao tribunal arbitral através dos árbitros aplicando o princípio da competência – competência. Todavia, a recente legislação regula as arbitragens administrativas e a arbitragem tributária através do CPTA (Código de Processo dos Tribunais Administrativos) na sua versão de 2015 que regula a arbitragem administrativa em termos alargados e certos atos e a contratos administrativos e a outras matérias. Por sua vez a arbitragem tributária tem sua base legal no Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro.

O professor CARLOS BLANCO DE MORAES (BLANCO DE MORAIS, 2014) escreveu um artigo²² sobre as vicissitudes constitucionais da arbitragem necessária em Portugal. Já que falamos da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade,

procuramos ser práticos na colocação do tema e o jurista explica em seu artigo que *“na ordem jurídica portuguesa, a arbitragem necessária envolve a obrigatoriedade de os litigantes submeterem o litígio, não a tribunais estaduais mas a instâncias arbitrais previamente constituídas para o efeito (arbitragem institucionalizada) ou a instâncias “ad hoc” em que cada parte indica um árbitro, sendo o árbitro presidente em regra cooptado. Com esta via arbitral o Estado pretende e descongestionar os tribunais estaduais em relação a uma massa processual geradora de sobrecargas.”*

Porém, o tema sobre a arbitragem necessária não é pacífico. Alguns juristas consideram uma intromissão do Estado nas questões privadas outros consideram uma restrição à autonomia privada, inibida de solucionar um conflito com recurso aos tribunais estaduais ou a instâncias arbitrais voluntárias.

Para GOMES CANOTILHO, *“ficam impedidos de recorrer diretamente aos tribunais ordinários normalmente competentes, podendo pôr em causa não apenas o acesso aos tribunais (...) mas o princípio da igualdade”*.

Portugal decide modificar a Constituição originária incluindo os tribunais arbitrais dentre outros tribunais, é o que o nº 2 do art. 209 da Carta Magna dispõe, não fazendo uma expressa distinção entre tribunais arbitrais voluntários e tribunais arbitrais necessários (Acórdão 52/92 do Tribunal Constitucional)²³.

Conclui assim, o professor BLANCO DE MORAES que *“a obrigatoriedade de os particulares submeterem certos litígios à arbitragem necessária visa descongestionar os tribunais estaduais(...).”*

Desse modo a celeridade é o princípio que prevalece por se tratar de questões de cunho econômico.

Ainda conclui o Professor BLANCO DE MORAES que, *“o tribunal, não é linear no balanceamento entre o peso do direito de propriedade e o imperativo de celeridade: Nas decisões relativas a um tribunal sacrificou a celeridade ao direito de acesso aos tribunais; já no caso do Ac. 251/2017 em matéria de medicamentos fez prevalecer a celeridade sobre o Direito de Propriedade.”*

23 **ACÓRDÃO Nº 52/92**-Processo: n.º 10/89-Plenário-Relatora: Conselheira Assunção Esteves.Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:I — O Provedor de Justiça requereu, nos termos do artigo 281.º, n.º 1, alínea a), da Constituição da República (na redacção resultante da revisão constitucional de 1982) e do artigo 51.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 49.º das Condições Gerais de Venda de Energia Eléctrica em Alta Tensão (C.G.V.E.E.A.T.), anexas ao Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de Novembro de 1960.

Assim também cita que “*Nuns casos faz prevalecer, nos medicamentos, o direito de propriedade sobre a iniciativa privada (Ac. 123/2015) e noutros, a iniciativa privada sobre a propriedade (Ac. 251/2017)*”.

4.3 DA ARBITRAGEM NECESSÁRIA

Em Portugal, a arbitragem necessária é tida como vantajosa apesar das polémicas em relação a algumas matérias, e é justificada por razões económicas, de celeridade processual, mas principalmente por uma questão de especialidade da matéria por parte dos julgadores, leia-se árbitros, para que as decisões possam ser as mais equitativas possíveis.

O advogado e professor MANUEL PEREIRA BARROCAS (BARROCAS, Lei de Arbitragem Comentada, 2018), não considera a arbitragem necessária como verdadeira arbitragem e escreve que “*a natureza jurídica da arbitragem necessária, isto é, imposta por lei como o único meio de contencioso suscetível de ser usado, não corresponde à que é própria de uma verdadeira arbitragem*”.

4.4 DO CÓDIGO DE PROCESSO DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS

O novo CPTA, Código dos Tribunais Administrativos dispõe no artigo 180.º que, pode ser constituído tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes, a) *a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução bem como de b) questões de responsabilidade civil extracontratual, incluindo a efectivação do direito de regresso e c) as questões relativas a atos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva e por fim d) dispõe que os litígios emergentes de relações jurídicas de emprego público, quando não estejam em causa direitos indisponíveis e quando não resultem de acidente de trabalho ou de doença profissional.*

Mas excluem os casos em que existam contra-interessados, salvo se estes aceitarem o compromisso arbitral.

Desse modo a revisão do Código de Processo dos Tribunais Administrativos – CPTA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015 de 2 de Outubro, veio alargar o objeto de apreciação dos tribunais arbitrais, no sentido de permitir a constituição de

tribunal arbitral para o julgamento de questões respeitantes à validade de atos administrativos, salvo se alguma lei o vedasse.

Conclui-se que a arbitragem administrativa surge como meio de jurisdição paralela à jurisdição administrativa e que apesar de a Constituição Portuguesa prever a possibilidade de existência de tribunais arbitrais, o entendimento tradicional foi o de que onde existisse ato administrativo seria vedada a apreciação da sua validade em sede arbitral.

Cabe questionar se a LAV está formatada para uma lógica de autorresponsabilidade das partes. No âmbito privado prescindem de certas formalidades processuais, com vista à obtenção de uma decisão célere, que tenha força de caso julgado sobre o litígio em causa.

No entanto, a Administração enquadra-se numa posição jurídico-institucional, onde a lógica da autorresponsabilidade e da autonomia privada perdem o seu sentido útil. O princípio da kompetenz- kompetenz consagra assim a autonomia da jurisdição arbitral em relação aos tribunais estaduais.

Por tudo isso, se pode dizer que, o tribunal arbitral tem competência própria para decidir sobre o conhecimento do litígio porém esta decisão sobre a competência não está isenta de fiscalização do tribunal estadual ao menos é o que se interpreta no que dispõe o número 3, do artigo 46.º, alínea a), subalínea i), que diz , em resumo, que a sentença arbitral só poderá ser anulada pelo tribunal estadual competente se a parte que faz o pedido demonstrar que um das partes da convenção de arbitragem estava afetada por uma incapacidade ou ainda que essa mesma convenção arbitral não seria válida por causa da lei escolhida pelas partes.

Se a convenção de arbitragem for nula, ineficaz ou inexecutável nem por isso o tribunal arbitral deixa de ter competência para se pronunciar sobre a validade desta convenção.

Nesse sentido BARROCAS, diz que "(...) a eficácia ou a exequibilidade da convenção de arbitragem, estando, porém, impedido nesse caso de dirimir o litígio por falta de poderes para o efeito se concluir pela sua nulidade, ineficácia ou inexecutabilidade. A validade da sentença arbitral pressupõe, portanto, a validade da convenção de arbitragem." (BARROCAS, 2013).

O artigo 187.º do CPTA dispõe que o Estado pode, nos termos da lei, autorizar a instalação de centros de arbitragem permanente destinados à composição de litígios no âmbito das matérias de contratos, responsabilidade civil da administração, relações

jurídicas de emprego público, sistemas públicos de proteção social e Urbanismo²⁴.

Quanto às questões apreciadas pelos tribunais arbitrais, os litígios que envolvam contratos, tanto quanto sobre a validade, a interpretação ou execução são os tipos autorizados por serem atos públicos e que são de autoridade da administração. Cabe ressaltar, ainda, que a arbitragem em matéria contratual poderá ser convencionada tanto por cláusula compromissória (nos termos do artigo 188º do CPA), quanto por compromisso arbitral.

Sem dúvida a grande inovação do CPTA em matéria de Arbitragem é a previsão constante da alínea c), nº 1, do artigo 180º, que dispõe que pode ser constituído tribunal arbitral nas questões referente aos atos administrativos.

Nesse sentido, Mário Aroso de Almeida diz que *“A solução introduzida pelo artigo 180º, nº 1, alínea c), assenta, entretanto, no entendimento de que os atos administrativos que, nos termos da lei, podem ser revogados sem fundamento na sua invalidade são atos disponíveis, no sentido em que a lei não exige a demonstração da sua invalidade para que a Administração os possa retirar da ordem jurídica.”*

O ato que viola a juridicidade é considerado inválido, nomeadamente pelo princípio da separação de poderes e sendo assim, a questão está em admitir se o árbitro poderá julgar da conveniência ou oportunidade da atuação Administrativa.

4.4.1 Dos contrainteressados

O CPTA dispõe no nº 2 do artigo 180º sobre a possibilidade de arbitragem nos casos em que existam contrainteressados, desde que estes aceitem a convenção de arbitragem. Mesmo a convenção de arbitragem sendo um negócio inter partes (que vincula apenas os outorgantes), as características próprias do direito administrativo, que muitas vezes apresenta relações jurídicas “multipolar”, tornam fundamental o respeito pelo direito de terceiros.

Um problema que terá de ser enfrentado, o qual não encontra resposta nem no CPTA nem na LAV diz respeito à constituição dos Tribunais Arbitrais quando haja contrainteressados. A composição do tribunal arbitral pode ser um problema a ser

24 Diversas jurisprudências são acessíveis em matéria tributária <https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?id=4675>

enfrentado pela doutrina e jurisprudência, uma vez que o n.º do artigo 181.º do CPTA diz que a LAV é quem dá as cartas para a constituição do tribunal arbitral.

4.4.2 Dos tribunais administrativos

Os tribunais arbitrais administrativos, (artigo 209, nº 2, da Constituição), interpretados restritivamente como tribunais arbitrais voluntários, constituem-se, portanto, ad hoc, com base em compromissos arbitrais ou em cláusulas compromissórias inseridas nos contratos. Assim, conforme o disposto no artigo 11º da LAV, quem pretender instaurar o litígio no tribunal arbitral deverá notificar a parte contrária, indicando a convenção de arbitragem e precisando o objeto do litígio.

A validade da cláusula compromissória nos contratos administrativos está prevista no artigo 188º do CPA. O compromisso arbitral, por sua vez, é regulado nos artigos 182º e 184º do CPTA.

O artigo 186º dispõe sobre a possibilidade de impugnação da decisão arbitral. O nº 1 determina que as decisões proferidas pelos tribunais arbitrais poderão ser anuladas pelo Tribunal Central Administrativo com base em qualquer dos fundamentos previstos pela LAV. O nº 2 também prevê a possibilidade de recurso para o TCA, nos moldes previstos na lei de arbitragem voluntária para o Tribunal de Relação, desde que o tribunal arbitral não tenha decidido segundo a equidade.

Por último, o artigo 187º CPTA possibilita que o Estado venha a autorizar a instalação de centros de arbitragem permanentes com competência para composição de litígios no âmbito das matérias referentes a contratos, responsabilidade civil da administração, funcionalismo público, sistemas públicos de proteção social e urbanismo.

A arbitragem institucionalizada, prevista no artigo 38 da Lei de Arbitragem Voluntária e regularizada pelo Decreto-Lei nº 425/86, tem sido constituída não como tribunais, mas como centros que prestam serviços de arbitragem.

Vejamos ainda o nº 2 do artigo 187º no qual a vinculação dos ministérios (vinculação unilateral) substitui a necessidade de convenção de arbitragem, pelo que bastará ao interessado dirigir-se diretamente a esses centros. Entretanto, por um lado, os ministros não são obrigados a se vincular ao Centro de Arbitragem Permanentes, e, por outro, os administrados são livres para buscar diretamente a via judicial.

A arbitragem, meio alternativo e adequado à jurisdição do Estado, caracteriza-

se por ser um mecanismo jurisdicional, heterocompositivo, convencional e formalizado de resolução de litígios. Sua natureza, no ordenamento jurídico português, é jurisdicional: os árbitros se equiparam aos juízes, valendo as respectivas decisões como verdadeiras sentenças, estando incluído o Tribunal Arbitral na categoria de tribunais por previsão constitucional.

Apesar dos mecanismos de autocomposição de conflitos (conciliação, de mediação ou de transação) poderem ser empregados nas relações jurídicas administrativas, apenas a arbitragem, por ser um mecanismo de heterocomposição, integra a estrutura da Justiça Administrativa.

Até a entrada em vigor do CPTA, conclui-se que o âmbito da arbitrabilidade nos litígios jurídico-administrativos era pacificamente aceito e abrangia os contratos administrativos e responsabilidade civil por atos de gestão pública. Os litígios suscitados na esfera do direito administrativo de autoridade encontravam-se, por definição, fora da área de disponibilidade da Administração Pública.

Com a reforma do contencioso administrativo, a matéria deixou de ser regulada pelo Estatuto dos Tribunais e passou a constar do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Ao contrário do que ocorria no regime anterior, o CPTA não se limitou a autorizar a arbitragem e a delimitar o âmbito da arbitrabilidade, passando a estabelecer um regime jurídico próprio para a arbitragem administrativa, ainda que de forma incompleta. Ainda, previu dois tipos de arbitragem a ad hoc (artigos 181º a 186º) e a institucionalizada (artigo 187º).

Quanto ao âmbito de jurisdição, o Código trouxe algumas alterações relevantes que implicaram numa ampliação da arbitrabilidade das relações jurídicas administrativas. A mais importante dessas alterações é a que prevê a possibilidade de instituição de tribunais arbitrais para o julgamento de questões relativas a certos atos administrativos e não se limita mais a questões patrimoniais, tendo sido abandonado o critério tradicional.

Para JOÃO CAUPERS, a lei administrativa estabelece os parâmetros da decisão e condiciona, porém, as decisões administrativas são fundamentadas. Para ele, do ponto de vista da ciência da administração a discricionariedade é uma característica da própria atividade administrativa. (CAUPERS J. , 2002).

A arbitragem de direito público beneficia de previsão na Constituição da República Portuguesa, no n.º 2 do artigo 209, como já anteriormente citado, que dispõe expressamente sobre os tribunais arbitrais admitindo reserva de competência

dos tribunais administrativos e fiscais nos termos do que dispõe o n.º 3 do artigo 212 da CRP.

Para RICARDO PEDRO, as soluções em matéria de arbitragem de direito público revelam uma autonomização face às soluções legislativas previstas na LAV nos termos do que dispõe o n.º 5 do artigo 1.º que prevê que: “*O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado*”.

Corroborando com isto o artigo 180.º a 187.º do CPTA, apesar de suas diversas alterações, cuja onda ainda não deve ter fim, em 2019 uma nova proposta de alteração dos artigos 180.º, n.º 3; 181.º, n.º 3 e n.º 4; 185-B, n.º 2 - Proposta de Lei n.º 168/XIII.

Destaca-se que o meio para resolução de litígios é a arbitragem face às suas próprias características como a especialidade e a celeridade.

Ainda para RICARDO PEDRO, o regime a prever em sede de arbitragem não tem de estar em conformidade com o regime previsto no CPTA, deve é cumprir e estar em conformidade – assim impõe o princípio da efetividade do direito da União Europeia e com o disposto nas Diretivas Recurso.

Uma das mais recentes novidades em matéria de arbitragem administrativa resulta do Código de Contratos Públicos (CCP), com base na alínea a), do n.º n e n.º 3, do artigo 180.º do CPTA, que prevê um regime especial de arbitragem administrativa para a resolução de litígios resultantes de contratos públicos ou emergentes de procedimentos pré-contratuais aos quais se aplique ao CCP, nos termos do artigo 476.º.

4.5 DOS RECURSOS

A Lei 62/2011, a LAV criou um regime específico de composição de litígios e prevê um específico processo arbitral e o regime de recurso para os tribunais estaduais. Este tema dos recursos é sem dúvida, tanto para o direito brasileiro como para o direito português, muito importante.

Em Portugal o RJAT prevê um regime muito restrito no que tange ao recurso de mérito da decisão arbitral tributária zelando pela uniformização jurisprudencial, mas sempre admite um recurso para o Tribunal Constitucional (TC) de acordo com LTC, Lei de Organização que impõe o princípio da *kompetenz-kompetenz*, ou seja, o

tribunal arbitral que julgou, deverá também apreciar do recurso.

Para, RICARDO PEDRO (PEDRO, 2019), há aí uma desconformidade constitucional entre a LTC e o RJAT que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem decidido, desde logo (Acórdão do TC, de 6.05.2015, n.º 262/2015, P.713/2012) que quando está em causa o recurso ao TC a manutenção deve ser garantido o poder jurisdicional arbitral para além da emissão da decisão arbitral.

Por fim, o tema é motivador e carece de uma análise mais profunda, mas tudo indica que a LAV será a base legal subsidiária a diversas áreas do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir que a Lei 9307/96 é inconstitucional é preciso verificar quais são as críticas que são desenvolvidas contra essa afirmação. Os argumentos contrários fortalecem a tese da constitucionalidade da lei.

Com a chegada da Lei 9.307/96 e as afirmações no decorrer deste trabalho, dentre elas a execução compulsória da cláusula arbitral, a decisão do árbitro e a dispensa de homologação de sua decisão, bem como a irrecorribilidade da sentença arbitral, entra no cenário jurídico brasileiro o tema da constitucionalidade da lei referida.

Ficou claro que o juízo arbitral já figurava no direito brasileiro tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil e dessa forma não é a entrada em vigor da Lei de Arbitragem que tornaria a própria arbitragem inconstitucional, não ferindo portanto o princípio do controle judicial disposto no art. 5.º, inciso XXXV.

Ademais o nosso sistema jurídico permite outras formas de composição de litígios como meios legais de resolução dos conflitos, dentre elas o juízo arbitral, principalmente quando há o compromisso arbitral, transferindo às partes uma grande responsabilidade sobre a causa a ser resolvida.

A jurisdição estatal é um direito a ser exercido, mas que pode não ser exercido, se as partes assim o convencionarem, o que jamais significaria uma renúncia ao direito de ação. O que as partes elegem é a forma, ou melhor, o procedimento, pelo qual irão resolver o que pretendem. Portanto, em breves linhas o juízo arbitral não fere este princípio.

No julgamento da sentença estrangeira n.º 5206-7 explica como surgiu o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal e diga-se de passagem nada tem a ver com a arbitragem, consta na página 10 do presente trabalho. Este princípio nasce no Governo Vargas quando não se permitia a ampla defesa e o contraditório em algumas decisões. Esta reinterpretação foi portanto utilizada de argumento para invocar falasamente a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Segundo a Lei de Arbitragem existe a possibilidade de solucionar litígios por vias alternativas ao poder judiciário, como é o caso da arbitragem, nascida do art. 5º,

inciso XXXV - que contempla o direito fundamental de acesso à justiça - em consonância com o inciso LXXVIII, do mesmo artigo; verifica-se que as atribuições do juiz de primeira instância são delegadas ao árbitro para que alcance a finalidade social em sua sentença arbitral. Assim como a sentença judicial não tem a intenção de ser temporária, a mesma pretensão tem a sentença arbitral. O árbitro não tem a pretensão de aplicar uma norma em desarmonia com os pressupostos constitucionais, nem ir ao encontro das leis que norteiam todo o ordenamento jurídico.

A exemplo dos artigos 6.º e 7.º da Lei 9307/1996, no qual a cláusula compromissória prescinde do ato subsequente do compromisso arbitral. A cláusula por si só está apta a constituir um juízo arbitral porém deve ser respeitado o livre consentimento tomando todos os cuidados para que a cláusula de compromisso não transfere a arbitragem em compulsória.

Neste caso, a cláusula deveria ser seguida de uma Convenção em separado, assinada pelas partes, o que, ainda assim poderia não ser justo quando tratamos de Direito do Consumidor, no caso de a parte mais forte poder escolher os árbitros, e mesmo neste caso o contrato de adesão ao consumidor ser considerado abusivo pelo STJ frente aos consumidores. Vejamos parte do acórdão : “...***Em se tratando de relação de consumo, inafastável a aplicação do art. 51, VII, do CDC, que considera nula de pleno direito, cláusula que determina a utilização compulsória de arbitragem, presumindo-se recusada a arbitragem pelo consumidor, quando proposta ação perante o Poder Judiciário, convalidando-se a cláusula compromissória apenas quando a iniciativa da arbitragem é do próprio consumidor (súmula nº 45 do TJGO). “(TJGO, 2ª CC, AC nº 5201336-92, Rel. Des. Leobino Valente Chaves , DJe de 29/05/2020). Negritei.***

A escolha de um árbitro não nega ao cidadão o direito de acesso ao judiciário apenas permite decidir sobre a forma de solucionar a questão em torno desse direito disponível: se pela jurisdição estatal ou pela jurisdição privada.

Da leitura da própria lei, quando houver ameaça ou lesão ao direito patrimonial disponível e uma das partes não aceitar voluntariamente a arbitragem, deverá socorrer-se através do poder judiciário para impor a jurisdição privada à partes recalcitrante, caberá também a intervenção da jurisdição estatal para, nos termos do artigo 32 da LAr declarar nula a sentença arbitral, homologar sentença arbitral estrangeira, bem como assegurar o cumprimento da sentença. O judiciário intervém

tambem nas questões que versem sobre direitos indisponíveis e nas medidas cautelares.

Nesse sentido é falso crer que a arbitragem possa ferir os princípios da ampla defesa e da duplo grau de defesa, ambos assegurados pela CF/88, nos incisos LIV e LV do artigo 5.º.

Nossa conclusão é de que cada vez mais torna-se importante a criação de uma Corte Arbitral Estatal, tendo como centro a Constituição que no estado moderno implica na ligação jurídico positiva dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana que só começa nos textos constitucionais.

A supremacia da Constituição e sobretudo a sua proteção traz a existência necessária de mecanismos de proteção da sua integridade. Neste aspecto invalidar uma norma constitucional para fazer valer uma lei seria desmontar a afirmação da supremacia da Constituição.

Assim reconhecemos a Constituição como norma interpretativa, norma de resolução e norma de resolução de conflitos. Afirmamos isto porque não existe um setor do ordenamento que não deva ser lido à luz da Constituição e submetido a vontade do legislador constituinte.

Nesta linha, a Constituição Federal Brasileira de 1988 está determinada em tutelar os direitos humanos. O artigo 1.º, enumera os princípios fundamentais do estado, que são a cidadania dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho posto juntamente com a livre iniciativa. Ao que parece há o interesse de evitar ao máximo as desigualdades sociais através da livre iniciativa atrelada aos valores sociais do trabalho.

O parágrafo único deste artigo 1.º dispõe que o povo é o legítimo detentor do poder. As eleições de representantes através do voto direto, secreto e universal e ainda do plebiscito, referendo, iniciativa popular e ação popular. Já no artigo 2.º encontramos a disposição sobre a separação de poderes e no artigo 3.º os objetivos fundamentais da República.

Estes objetivos consagram metas previstas na maioria dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Assim também o diálogo entre Direito Constitucional e Direito Administrativo. A atividade da Administração Pública e seu relacionamento com os particulares só pode funcionar se lida à luz do constituição vigente. Portanto, o começo da desjudicialização está no exemplo da própria

administração pública. A leitura dos diplomas fundamentais de Direito Administrativo deve ser à luz da Constituição brasileira.

Nosso Ministro Barroso, diz que a Constituição deve ser concebida como um sistema, de regras e princípios que tem como destinatários os titulares do poder. Desde a Queda da Bastilha entende-se que há dois elementos essenciais no núcleo da Constituição, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e a constituição como limitador destes poderes.

Nesse sentido depreende-se que a Constituição deve dar ordens, uma ordem base, uma ordem fundamental, ou seja, o que for necessário constitucionalmente e deve também proibir, o que estiver proibido o legislador não pode exercer sua discricionariedade desrespeitando a constituição.

Dáí entramos na seara dos "trunfos", que o professor Jorge Reis Novaes tão bem descreve, no sentido de o que prevalecer mais merece ser mais considerado como direito fundamental que representa um sistema de ponderação de valores, numa síntese do que quer dizer o artigo 3.º da nossa CR/88 para enfim alcançar um objetivo único : " uma sociedade livre, justa e solidária". Nesse intuito de buscar o objetivo a "quatro mãos" , ou seja estado e sociedade em conjunto, buscando as metas a serem atingidas voltadas a realização do estado democrático de direito por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais.

Para tanto é necessário que haja uma educação do povo, das pessoas que vivem em sociedade pois são estas que buscam a dignidade humana, a liberdade e a fraternidade através do conhecimento dos mecanismos que transformarão essa mesma sociedade.

Assim a arbitragem vem no galope para alcançar esse pensamento e chamar à responsabilidade os litigantes e transformá-los em negociadores e donos de seus problemas e conseqüentemente das resoluções.

Mas a forma para garantir a eficácia as vontades traduzem-se em contratos eliminando os conflitos por meios não coercitivos. Porém não podemos esperar que desde logo os cidadãos acertarão as normas jurídicas. Assim a democracia disciplinará quais as decisões mais assertivas em relação a vontade da maioria. Porém essas decisões devem ser pelo procedimento pela forma. O conteúdo da decisão deve ser com base no poder do povo mas não decidida pela maioria e sendo assim devemos ter a forma escrita e positivada no intuito de limitar os poderes para que não se tornem absolutos.

Mas vejamos que a Constituição não apenas não proíbe a arbitragem como estimula esse e outros meios de resolução de litígios.

Porém há uma vedação quanto ao que é arbitrável ao estabelecer a diferença entre direitos fundamentais e patrimoniais. Os direitos fundamentais (art. 5.º, decorrem da constituição, explícita ou implicitamente, são comportamentais e mudam a todo instante conforme a sociedade vai se desenvolvendo. Os direitos patrimoniais estão dispostos na lei e sendo exercidos por pactos negociais entre os interessados sejam através de contratos, doações, testamentos, sentenças, atos administrativos , que os produzem modificam ou extinguem.

Outra questão a ser levantada é sobre os termos defendidos pelos que pregam a inconstitucionalidade. O inciso XXXV, do art. 5.º, da CF/88 dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) – mas e se não estiver em causa lesão ou ameaça ao direito, se for apenas negocial, ou se estivermos diante de uma alteração de contrato? Necessito da máquina do judiciário?

Clóvis Beviláqua, jurista renomado escreveu o projeto do Código Civil Brasileiro em 1899, durante 6 meses, de próprio punho e o Congresso precisou de 15 anos para aprovação. Somente em 1916- 1917 passou a vigorar. Depois foi substituído somente em 10 de janeiro de 2002 pela Lei 10.406/2002.

Rui Barbosa, denominado o “Águia de Haia”, foi delegado do Brasil na II Conferência de Paz, em Haia, já notado por defender a igualdade nos estados, em 1907. A Corte de Haia é um organismo de âmbito universal e a CIDIP é um organismo de âmbito regional. Há uma proposta para instituir tribunais arbitrais em Portugal.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Controle difuso da constitucionalidade como garantia constitucional fundamental (art. 5º, XXXV, da CF/88)**. LFG, 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101665/breve-historico-do-controle-difuso-ou-aberto>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: **MEDIAÇÃO, arbitragem e conciliação**. Coordenação de Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2008. (Grandes temas da atualidade, 7). p. 01-16.

ANTUNES, Fábio Luiz. Equidade como instrumento de integração de lacunas no direito. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Primeiras linhas sobre arbitragem (Lei 9.307/96)**. Rio de Janeiro: CNC, 2018. 172 p.

ARBITRAGEM TRABALHISTA DIVIDE OPINIÕES NO TST. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-14/arbitragem-contrato-trabalho-divide-opinioes-ministros-tst>>. Acesso em 6 maio 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. **Revista CEJ**, Brasília, n. 24, p. 67-74, jan./mar. 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. Coordenação de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 213 p.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa, Portugal; Edições 70, LDA, 2011.

BARRETO FILHO, Oscar. **Revista de Direito Mercantil**, 1951, vol. I, p. 836.

BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 54, jul-set, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASSO, Maristela. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, In Memoriam**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-17.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito constitucional**. Tomo I – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

BOCHENEK, Antônio César; DALAZOANA, Vinicius. **Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais federais**. 3. ed, rev. e atual de acordo com a Lei 13.105/15 - Novo Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

BONIZZI, Marcelo José; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 274, ano 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Decreto nº 4.311**, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Decreto nº 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. 2009b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>.

Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Emenda Constitucional nº 61**, de 11 de novembro de 2009. Altera o art. 103-B da Constituição Federal, para modificar a composição do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc61.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002 (vigência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Revogada pela Lei nº 13.105, de 2015 (vigência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. **Lei nº 9.307**, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

_____. **Lei nº 9.514**, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9514.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 9.611**, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre o Transporte Multimodal de Cargas e dá outras providências. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9611.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 9.615**, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 10.101**, de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 10.303**, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. 2015b. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm#art1>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2015c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Lei nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Mensagem nº 162**, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara PLC 38/2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5252522&disposition=inline>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 565 p.

CALLUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional**: o local da arbitragem. Curitiba: Juruá, 2009.

CAM-CCBC. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. **Resolução de disputas**: modelos de cláusulas. 2019. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CANDEMIL, Alexandra da Silva. **A arbitragem nos conflitos individuais de trabalho no Brasil e nos demais países-membros do Mercosul**. Florianópolis: Oab/sc Editora, 2006. 152 p.

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

CASTRO, João Marcos Adede e. **Novo código de processo civil comentado para concursos**. v. I. Parte Geral (arts. 1º ao 317). De acordo com a Lei 13.256/2016. Curitiba: Juruá, 2016.

CBAR. Comitê Brasileiro de Arbitragem. Valor econômico – arbitragens envolveram R\$3 bilhões em 2013. CBAR, **Notícias**, publicado em 27.01.2014. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/valor-economico-arbitragens-envolveram-r-3-bilhoes-em-2013/>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

_____. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

CREMASCO, Suzana Santi. O artigo 485, VII, do novo Código de Processo Civil e o reconhecimento da competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 14, p. 7-23, 2017.

CRUZ, Lucas Coelho. A incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 28, nº 1497, 2018. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/>>. Acesso em: 5 jan. 2018.

DA SILVA, Deise; DE BONA, Douglas. Arbitragem no Direito do Trabalho. **AMICUS curiae - Revista do Curso de Direito da UNESC**. Criciúma, ano 1, n. 1, 2004, pp. 175-187.

DIAS, Patrícia. **Arbitragem como jurisdição no novo Código de Processo Civil**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<http://patriciadiass.jusbrasil.com.br/artigosd/420226544/arbitragem-como-jurisdição-no-novo-código-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013.

_____. **Curso de direito processual civil**. v. 1. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiro, 2013.

FAVOREU, Louis; RUBIO LLORENTE, Francisco. *El bloque de la constitucionalidade*. **Simposium Franco-Espanhol de Derecho Constitucional**, Sevilla: Civitas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. in CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

FGV. Fundação Getúlio Vargas. 2ª fase da pesquisa Direito GV-CBAR “arbitragem e poder judiciário”. Relatório do tema: homologação de sentença arbitral estrangeira. Flávio Foz Mange e Priscila Knoll Aymone (cood). **Artigos DIREITOGV** (working papers), n. 61, set. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7713/Working%20paper%2061.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FICHTER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. **Teria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 789 p.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**. LTr, 1999.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997. 100 p.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A arbitragem no direito individual do trabalho. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**, Porto Alegre, v. 17, n. 201, p. 07, mar. 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Valor dos tratados internacionais: do plano legal ao ápice supraconstitucional?** (Parte I). LFG, São Paulo, nov. 2011.

GOUVEIA, Livia. Princípios processuais constitucionais na arbitragem. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<http://ligouveia.jusbrasil.com.br/artigos/203495909/principios-processuais-constitucionais-na-arbitragem>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem: Doutrina – Legislação - Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. 348 p.

INAMA. Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem. Flávio Obino Filho (Org.). **Mediação e arbitragem: estratégia de desenvolvimento**. 2. ed. S.I, Rio Grande do Sul, 1998. 164 p.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMES, Selma Ferreira. **Árbitro, princípios da independência e da imparcialidade**. Rio de Janeiro: LTr, 2001.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: um novo campo de trabalho**. São Paulo: Iglu Editora, 1998. 116 p.

LOBO, Carlos Alberto da Silveira. História e perspectivas da arbitragem no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 50, p. 90, set. 2016.

MALAFAIA, Evie Nogueira e. Natureza jurisdicional da arbitragem. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14549>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MARCATO, Antônio Carlos. Breves considerações sobre jurisdição e competência. **Revista de Processo**, n. 66, abr./jun. 1992.

MARTINS, Ângela Vidal Gandra da Silva. **Arbitragem e mediação: uma breve reflexão antropológico-filosófica**. São Paulo: Fecomércio-SP, [s.d.]

MATTAR, Fauze Najib. **Pesquisa de Marketing: metodologia, planejamento, execução, análise**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: Especial Enfoque para os Contratos de Alienação Fiduciária em Garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Vitor Tadeu Carramão. O bloco de constitucionalidade como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais. 2009. Disponível em: <http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo4.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença arbitral. In: **Anais das Palestras Proferidas em 2004**, Rio de Janeiro: Secretaria Geral Pro Tempore do Conselho de Câmaras de Comércio do Mercosul, 2004.

MORGADO, Isabelle Jacob. **Arbitragem nos conflitos de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1998. 71 p.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Curso básico de direito arbitral**. Teoria e prática. 3. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 2. ed. em e-book baseada na 12. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAASHAUS, Gustavo Cintra; CAETANO, Luiz Antunes. **Do juízo arbitral**. Arbitragem e mediação hoje. 2. ed. São Paulo: Pílares, 2006. 263 p.

PARENTE, Eduardo. Princípios constitucionais integram processo arbitral. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/eduardo-parente-principios-constitucionais-integram-processo-arbitral>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Novo processo civil brasileiro**: métodos adequados de resolução de conflitos - função judicial - negociação - conciliação - mediação - arbitragem - conforme o novo código de processo civil - lei 13.105 de 16.03.2015. Curitiba: Juruá, 2015.

PERMANENT COURT OF ARBITRATION. **Annual Report 2019**. Disponível em: <<https://docs.pca-cpa.org/2020/03/7726c41e-online-pca-annual-report-2019-final.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RASZL, Simone Moraes. **Orientação TCC**. Florianópolis: SENAI/SC Florianópolis, 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito internacional público**: curso elementar. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RICCI, Eduardo F. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando Silva Soares, *In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 402-412.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2009

ROZAS, José Carlos Fernandez. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales** (REEI), Madrid, Iustel, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 185 p.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 406**, de 2013. Autoria do Senador Renan Calheiros (MDB/AL). Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114641>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 395 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971779/cfi/6/44!/4/28@0:45.8>>. Acesso em: 29 out. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Inovações no processo civil brasileiro**. Comentários tópicos ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Lei 13.256/2016. Curitiba: Juruá, 2016.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRASSMANN, Karin; LUCHI, Cinthia. História da Arbitragem. **Revista Jus Vigilantibus**, São Paulo, jan. 2006. Disponível em: <<http://tribunalarbitralbrasileiro.org/site/historia-da-arbitragem/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: Ltr, 1998. 273 p.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7** – Reino da Espanha, Tribunal Pleno, presidente Ministro Marco Aurélio, julgado em 12.12.2001. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1065_SE-AgR_5.pdf_parte_5.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 595/ES**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19.05.2004. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. **Regimento Interno atualizado até a Emenda Regimental n. 54/2020**. Brasília: 2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 11.308/DF**. 1ª Seção. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.04.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. **Recurso Especial nº 1.297.974/RJ**. 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 12.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Tratados ratificados pelo Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. 471 p.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. **Direito Processual Civil - Institutos fundamentais - Edição Revista e Atualizada de Acordo com o Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TJPR. Tribunal de Justiça do Paraná. **Apelação Cível nº 247.646-0**. 7ª Câmara Cível. Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, julgado em 11.02.2004. Disponível em: <<https://tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. **Agravo de Instrumento nº 174.874-9/02**. 1ª Câmara Cível. Rel. Des. Fernando César Zeni, julgado em 13.04.2005. Disponível em: <<https://tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 083.125-4/2**. 3ª Câmara. Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 01.12.1998. Disponível em: <<https://tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

UNCITRAL. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional - 1985**. Com as alterações adotadas em 2006. Viena, Austria: UNCITRAL, 2006. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

VALOR ECONÔMICO. TJ-RJ mantém sentença arbitral favorável à Camargo Corrêa. **Jornal Valor Econômico**, publicado em 23.06.2017, p. E1. Disponível em: <<https://valor.globo.com/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

WEBER, Ana Carolina. Controle de Constitucionalidade no procedimento arbitral. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**, Faculdade Dom Bosco, Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito, Curitiba, v. 1, n. 4, jul./dez. 2008.

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017. 816 p.