

O JUÍZO ARBITRAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

José Galbio de Oliveira Júnior⁶⁴

INTRODUÇÃO

A arbitragem é tema de grande relevância no direito pátrio, ocupando posição de destaque com o advento do novo código de processo civil. Ainda, com a recente reforma trabalhista, realizada pela lei nº 13.467, este meio alternativo de solução de conflitos passa a ser aplicado em seara até então de duvidosa aceitação.

O sistema jurídico, aliado ao cada vez maior interesse dos indivíduos por meios alternativos ao poder judiciário para resolver conflitos, ora buscando agilidade, especialização, ou flexibilização, tem ampliado cada vez mais o uso da arbitragem.

Seja nos processos judiciais, seja nos processos arbitrais, a Constituição Federal irradia seus efeitos (posição ativa), devendo-se observância aos seus princípios, como o devido processo legal e todos os seus consectários. E no sentido inverso, no processo arbitral a Constituição Federal encontra a mesma proteção (posição passiva) que no processo judicial, em que o magistrado realiza o controle de constitucionalidade difuso, afastando normas incompatíveis com a *lex legum*?

Em outros termos, o processo arbitral é um campo aonde a Constituição Federal deve ser observada e protegida com o mesmo ferramental que há no processo judicial no controle de constitucionalidade difuso, ou seria legítimo defender que a proteção ao texto maior é mitigado quando a dicção do direito no caso concreto é imputado ao juízo arbitral?

1. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

A arbitragem é técnica para solução de conflitos relacionados a direitos disponíveis, por meio do qual se submete a sua solução a um terceiro imparcial, que não o estado-juiz, dando-se à decisão eficácia equivalente à de uma sentença judicial.

⁶⁴ Pós-graduando em nível de especialização em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG. Graduado em Direito pela UEMS. Servidor Público do TRT da 24ª Região. Assistente Especializado.

Tal meio de heterocomposição é regulada pela lei n. 9.307/1996, constituída por um negócio jurídico processual prévio, que, na forma do art. 3º da referida lei, poderá ser por cláusula compromissória⁶⁵ ou compromisso arbitral⁶⁶.

Questionamento fundamental para análise do objeto do presente estudo é acerca da natureza jurídica da arbitragem. Ou seja, questiona-se se a arbitragem é manifestação de jurisdição, de equivalente jurisdicional, ou se apenas um negócio jurídico.

A jurisdição, na lição de Fredie Didier é⁶⁷:

A função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo / efetivando / protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.

Feito o cotejo entre o conceito de jurisdição e a arbitragem, é de rigor a conclusão de que a sua natureza jurídica é de jurisdição, conforme propõe a teoria publicista:

A teoria publicista ou jurisdicionalista confere à arbitragem a natureza jurisdicional. E assim se entende por considerar que o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para resolver conflitos de interesses. Os árbitros, assim, são verdadeiros juízes, pois lhes é atribuída a autoridade para resolver o litígio⁶⁸.

Nesse sentido, com o advento da lei n. 9.307/1996, sendo a sentença arbitral considerada título executivo judicial, dispensando-se a homologação pelo poder judiciário, e, atribuindo-se ao árbitro os atributos de juiz, as teses contrárias ao reconhecimento da natureza jurídica de jurisdição da arbitragem perderam força. Ademais, relevante a própria

⁶⁵ "é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem" (DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 19. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 192).

⁶⁶ "é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário" (DIDIER, Fredie. *op. cit.* p. 192).

⁶⁷*Op.cit.* p. 173.

⁶⁸ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6.ed. em e-book, baseada na 7.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

previsão da arbitragem no texto da Constituição Federal (art. 114, §2º), e no art. 3º do Código de Processo Civil, ao dispor que não será excluída da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, não subsumindo a sua apreciação ao poder judiciário, como o fez o art. 5º, XXXV, do texto Constitucional⁶⁹.

Bem estabelecido que na atualidade a arbitragem é compreendida indubitavelmente como manifestação da jurisdição, é cediço que existem limitações diversas a este modelo: a arbitragem depende de prévia pactuação entre as partes de um negócio jurídico, a convenção de arbitragem; o objeto da arbitragem deve ser um direito disponível; as partes devem ser capazes etc. Ainda, existem limitações à competência do árbitro, como o fato de que não pode executar suas decisões, cabendo tal providência ao magistrado integrante do poder judiciário.

Quanto à tutela de urgência, o árbitro ou o tribunal arbitral têm competência para processar e julgar o pedido, todavia, o cumprimento das medidas é competência do poder judiciário⁷⁰.

Diante de tal quadro, questão das mais interessantes, e objeto do presente estudo é se o árbitro poderia realizar o controle de constitucionalidade, ou se tal atividade seria exclusiva do poder judiciário.

Para responder a questão é relevante tecer breves considerações acerca da posição das Constituições no ordenamento jurídico brasileiro, sua eficácia, e como se dá o controle de constitucionalidade no Brasil.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O movimento constitucionalista bem sedimentou a Constituição como a norma jurídica que ocupa o ápice de todo o arcabouço jurídico dos estados democráticos de direito. Por consequência, o ordenamento jurídico não deve, em regra, admitir normas que em desconformidade com o bloco de constitucionalidade, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico, declarando-se a sua nulidade, em regra, ou anulabilidade, a depender de outras circunstâncias do caso concreto.

Tal providência é fundamental para o reconhecimento da supremacia da

⁶⁹ Para um aprofundamento da tese acerca da defesa da natureza jurisdicional da arbitragem, remete-se o leitor à lição de Fredie Didier, no volume 1 de seu Curso.

⁷⁰ CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de Urgência e Processo Arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Constituição no estado moderno. Conforme aduz Gilmar Ferreira Mendes, “é inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica”⁷¹.

O Brasil, sempre aberto a adoção de teses gestadas em outros países, consolidou um sistema de controle de constitucionalidade bastante peculiar, conjugando diversos métodos para a defesa da *lex legum*. Desse modo, não há no Brasil um legítimo tribunal constitucional⁷², havendo uma conjugação de controle concentrado e difuso de constitucionalidade.

Quanto ao controle difuso, que interessa para os objetivos deste estudo, reconhece-se a competência para análise da constitucionalidade das leis ao juiz da causa, alargando sobremaneira os legitimados para a defesa da Constituição. Sem dúvidas, esse modelo simplifica e potencializa a fiscalização constitucional.

Por tal meio, em que o controle difuso é cometido ao juiz da causa, tal espécie de controle é realizado de forma incidental, ou seja, a validade de determinada norma a luz da Constituição é feita como questão prejudicial, e não como o objeto principal da ação. A declaração de inconstitucionalidade da norma pode ser feita ainda de ofício, bem como é possível realizar a modulação dos efeitos da declaração de nulidade da norma, de modo a conferir segurança jurídica a depender das circunstâncias específicas do caso concreto.

Em rápido aporte teórico, portanto, ante o consenso doutrinário do quadro atual, o reconhecimento da inconstitucionalidade implica em regra a nulidade, mas também a anulabilidade a depender do caso concreto. Outrossim, o controle pode ser realizado de forma abstrata e concentrada, no STF e nos Tribunais de Justiça locais, ou difuso e concreto⁷³, tendo competência para tanto o juiz da causa.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO JUÍZO ARBITRAL

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. ed. 12. São Paulo: Saraiva, 2017. p.937.

⁷² BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA. Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I - teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁷³ Além do que é o mais comum, o controle concreto e difuso, ou o controle abstrato e concentrado, ainda é possível que o controle seja feito de forma concreta concentrada, como no mandado de segurança impetrado por congressista no bojo do processo legislativo, no STF.

Como se viu, o controle de constitucionalidade no âmbito de um processo judicial pode se dar de forma principal ou incidental. Enquanto o controle de constitucionalidade principal se dá em regra de forma concentrada, o controle incidental se dá de forma difusa, competindo tal poder a todos os juízes em geral, porquanto atividade inerente à jurisdição.

Considerando que a Constituição Federal é a norma que rege todo o ordenamento jurídico, ocupando posição central no edifício normativo interno, não apenas é um poder do magistrado afastar a aplicação no caso concreto das normas incompatíveis com ela, como também é um dever. Como bem afirmado por Bonizzi⁷⁴, “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”.

Assim, em sendo o árbitro juiz de fato e de direito (art. 18 da lei 9.307), este detém poderes para não apenas dizer o direito, julgando a causa sob análise, como também todos aqueles poderes correlacionados, dentre eles, o de fazer aplicar a constituição, afastando as normas que com ela sejam incompatíveis.

Essa é, ademais, a conclusão de Nelson Nery Junior⁷⁵:

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.

Com efeito, é pacífico no atual estágio da ciência do direito que a Constituição em Estados de direito, como o Brasil (art. 1º da Constituição Federal) possui

⁷⁴ BONIZZI, Marcelo José. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever. Revista de Processo. São Paulo, v. 274, 2017.

⁷⁵ NERY Jr. Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 2.ed. em e-book baseada na 12.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

eficácia irradiante, aplicando-se em todos os âmbitos da realização do direito. 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, e, negar-se ao árbitro a realização do controle de constitucionalidade de forma incidental na apreciação do conflito submetido ao seu julgamento, em última análise, seria concluir que naquele campo a constituição surtiria seus efeitos de forma mitigada, prevalecendo a presunção da constitucionalidade da lei. Ou seja, admitir-se-ia, embora jamais seria colocado em tais termos, que a Constituição é aplicável até mesmo nas relações privadas entre particulares, podendo o estado se imiscuir em tais searas e afastar negócio jurídico incompatível com a *lex legum*, assim como nas relações entre particulares e o Estado, ou até mesmo em relações entre entes estatais, mas quando uma lide fosse submetida à apreciação de um 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 eficácia⁷⁶ da Constituição, motivo pelo qual deve ser rejeitada.

Nesse sentido, a aplicação da Constituição por quem tem o poder de dizer o direito, com aptidão para a coisa julgada, tem, de forma indissociável, o poder dever de afastar as normas incompatíveis com ela.

Analisando a questão no direito comparado, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira⁷⁷ aduzem que mesmo nos países em que não é dado ao árbitro a competência para o controle de constitucionalidade, tal ocorre em geral pois até mesmo no poder judiciário há tal limitação, adotando-se unicamente 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

⁷⁶ "Chamado por Hesse de critério interpretativo relativo à força normativa da Constituição, consiste em atribuir à norma (ou melhor, ao dispositivo) o sentido que mais lhe dê eficácia, segundo as circunstâncias de cada caso" (BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I - teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016).

⁷⁷ BONIZZI. *op. cit.*

como alertava Saulo Ramos, evitando-se a importação de teorias, conceitos, princípios e regras.

Para além do que até aqui afirmado, e corroborando que não é apenas um poder, mas efetivamente um dever de o árbitro exercer *ex officio* o controle de constitucionalidade incidental, é que, a despeito de ausência específica nesse sentido, corrente doutrinária advoga no sentido de que seria nula a sentença que aplicasse norma inconstitucional.

De acordo com tal entendimento, se o legislador demonstrou preocupação com a proteção da ordem pública interna, impedindo a homologação de sentença arbitral estrangeira que a viole, não há razão para menor proteção diante de sentença arbitral interna.

A ordem pública, cláusula geral⁷⁸, é assim definida por Manuel Pereira Barrocas⁷⁹:

(...) 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.

Nesse sentido, sem dúvida a Constituição Federal positiva diversos elementos decorrentes de valores sociais e econômicos, de modo que a violação daquela, em geral culmina em algum grau, violação a estes.

Vê-se, portanto, que se o árbitro aplica norma inconstitucional, abre-se a possibilidade de posterior anulação da sentença arbitral por violação à ordem pública, demonstrando-se que em verdade é um dever do árbitro realizar tal controle, sob pena de desfazimento posterior de sua decisão.

Sob uma perspectiva mais ampla, a própria utilidade da arbitragem seria enfraquecida, dado que somente seria seguro levar determinados conflitos a tal procedimento se não houvesse naquele momento nenhuma controvérsia no meio jurídico sobre a constitucionalidade das leis que incidem no caso concreto.

É certo, porém, que o tema ainda merece aprofundamento e maior

⁷⁸ "Cláusula geral 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" (DIDIER, Fredie. 2017. p. 60)

⁷⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. A Ordem Pública na Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 54, jul-set, 2017.

assimilação pela doutrina nacional, dado que, a despeito da notória importância da questão, é ainda pouco tratada nos manuais e revistas especializadas.

CONCLUSÃO

A posição de centralidade da Constituição no estado moderno tem como consequência necessária a existência de mecanismos de proteção da sua integridade. Sob outro ponto de vista, a declaração da invalidação das normas inconstitucionais é condição necessária à afirmação da supremacia da Constituição.

Desta constatação circular não se furta o juízo arbitral, que também tem o poder-dever de declarar a invalidade da norma inconstitucional de forma incidental.

Retirar do árbitro a competência para tal atividade equivale, em última instância, a afirmar que em tal seara, a Constituição tem sua proteção, e por consequência, sua normatividade, mitigada.

Ademais, dado que a decisão arbitral tem aptidão para a coisa julgada, e que o próprio sistema normativo prevê a possibilidade de anulação da sentença arbitral que viola a ordem pública, em que aqui está contida a decisão que aplica norma inconstitucional, ao fim e ao cabo, não conferir ao árbitro a competência para o controle difuso esvazia sobremaneira a segurança jurídica que buscam as partes que submetem o seu litígio a esta forma de solução de conflitos.

Portanto, em prestígio à segurança jurídica, e à força normativa da Constituição, deve-se reconhecer a competência do juízo arbitral para o controle de constitucionalidade difuso.

BIBLIOGRAFIA

BARROCAS, Manuel Pereira. A Ordem Pública na Arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 54, jul-set, 2017.

BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I – teoria da constituição. Salvador: Juspodivm, 2016.

BONIZZI, Marcelo José. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de Inconstitucionalidade pelo Árbitro: vedação ou dever. Revista de Processo. São Paulo, v. 274, 2017.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 19. Ed. Salvador: Juspodivm,

2017.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. Mediação, conciliação, tribunal multiportas. 6.ed. em e-book, baseada na 7.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de Urgência e Processo Arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. ed. 12. São Paulo: Saraiva, 2017.

NERY Jr. Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 2.ed. em e-book baseada na 12.ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.