



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEI
POR JURISDIÇÃO ARBITRAL

Bárbara Yumi dos Santos Kikuchi Sato

Rio de Janeiro
2020

BÁRBARA YUMI DOS SANTOS KIKUCHI SATO

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEI
POR JURISDIÇÃO ARBITRAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2020

A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE LEI POR JURISDIÇÃO ARBITRAL

Bárbara Yumi dos Santos Kikuchi Sato

Graduada pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – diante do aumento pela busca de métodos alternativos ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos, a arbitragem tornou-se um meio bem utilizado. A lei da arbitragem brasileira, em seus artigos 18 e 31, equipara o árbitro ao juiz, dessa forma, questiona-se se possível que aquele deixe de aplicar uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade. Após breves comentários quanto à natureza jurídica da arbitragem, conclui-se pela sua natureza jurisdicional, o que autorizaria, a princípio, o controle de constitucionalidade pela jurisdição arbitral. Nesse raciocínio, o presente trabalho analisa os limites do poder do árbitro, bem como o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro que, por autorizar um controle difuso, acaba por permitir que a jurisdição constitucional também seja exercida pelo árbitro.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Controle de Constitucionalidade Difuso. Arbitragem. Poderes do árbitro.

Sumário – Introdução. 1. A relevância de redefinir a natureza da arbitragem como jurisdição. 2. A definição dos limites dos poderes do árbitro. 3. O controle de Constitucionalidade realizado pelo árbitro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 adotou, no seu artigo 3º, a ideia da tripartição dos poderes, dessa forma, incumbiu ao Poder Judiciário o protagonismo na resolução de conflitos. Assim, o processo judicial tornou-se o meio para os cidadãos em conflito resolverem seus litígios, o que gerou um cenário caótico dentro do sistema judicial brasileiro.

Dados elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, no relatório “Justiça em Números” de 2019, inclusive, demonstram que o ingresso de processos no judiciário chega à casa dos milhões, com alta taxa de congestionamento, bem como um crescimento do tempo médio decorrido entre a petição inicial e a sentença, ou seja, há uma nítida morosidade dentro do sistema.

Nessa conjuntura, o sistema jurídico aliou-se a meios alternativos ao Poder Judiciário como forma de dirimir conflitos de maneira menos morosa. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, todavia, os números do CNJ exprimem uma lenta evolução dessa via de resolução de conflitos.

Outrossim, o instituto da arbitragem, por conta da Lei nº 9.307/96, bem como pelo advento do atual Código de Processo Civil, passou a ser, assim, por muito utilizado. O instituto vem apresentando tamanha relevância que a sentença arbitral passou a ter a mesma força da sentença judicial e tal meio alternativo passou a encontrar a mesma proteção que o processo judicial, sofrendo inclusive os efeitos irradiantes da Constituição Federal.

Destarte, pela presente pesquisa científica discute-se a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei pela jurisdição arbitral. O tema é ainda pouco discutido na doutrina; contudo, dado o crescente uso da jurisdição arbitral, merece atenção.

Para tanto, abordam-se diferentes posições doutrinárias a respeito do tema, pelas quais o árbitro teria o exercício de um controle de constitucionalidade, de maneira a garantir a supremacia da norma fundamental, qual seja a Constituição Federal.

Para melhor compreensão do tema, busca-se questionar os limites do poder do árbitro, mormente no que tange à possibilidade de controle de constitucionalidade das leis. Constata-se atualmente a equiparação entre árbitro e juiz pelo artigo 18 e 31 da Lei nº 9.307/96, dessa forma, depara-se com o seguinte questionamento: seria possível que aquele deixe de aplicar uma lei sob o argumento de sua inconstitucionalidade?

Inicia-se o primeiro capítulo com o antigo debate em torno da natureza jurídica da arbitragem. Sendo assim, apresentam-se três teorias a respeito da questão, quais sejam: teoria privatista, publicista e mista.

Segue-se, no segundo capítulo, com a análise dos limites do poder do árbitro. Explicita-se que a arbitragem é baseada na autonomia da vontade das partes, que possuem a liberalidade na escolha da lei aplicável e das regras processuais do procedimento arbitral. Não obstante essas determinações das partes, procura-se analisar se o árbitro estaria limitado às regras procedimentais e às leis previstas.

O terceiro capítulo, por sua vez, inicia-se com a análise do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, por meio de suas premissas, bem como seu modelo concentrado e difuso; abstrato e concreto. Ato contínuo, abordam-se teorias favoráveis ao exercício do controle de constitucionalidade na jurisdição arbitral, quais seja, a teoria do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição arbitral simétrica” e a teoria do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição autônoma”.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, com objetivos descritivos e explicativos. Para tanto a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco para consolidar a sua tese da problemática exposta.

1. A RELEVÂNCIA DE REDEFINIR A NATUREZA DA ARBITRAGEM COMO JURISDIÇÃO

O debate quanto à natureza jurídica da arbitragem é uma questão muito debatida pela doutrina e, até o momento, não atingiu uma unanimidade. O tema é de extrema importância, haja vista que a depender da natureza jurídica concedida diferente será a definição da atuação do árbitro e a limitação de seus poderes.

A discussão não se restringe ao Brasil, uma vez que vem sendo tratada por diversos doutrinadores estrangeiros há tempos. Nesse sentido, surgiram três correntes sobre o assunto.

A doutrina clássica, capitaneada por Chiovenda e Calamandrei, entende que a arbitragem é um instituto de direito exclusivamente privado¹. Para eles o instituto resulta de uma obrigação contratual firmada por meio de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral.

Esse ponto de vista ficou conhecido no meio jurídico como “teoria privatista ou contratual”, segundo a qual a opção pela arbitragem seria um acordo derivado da autonomia de vontade das partes que, por sua vez, optam pela renúncia à jurisdição.

Trata-se de uma forma de pensar derivada do direito romano, no qual a solução dos conflitos era dada pelas próprias partes ou pelo agrupamento a que pertenciam. Com o tempo e a evolução do direito romano, a sociedade da época chegou ao entendimento de que um terceiro, escolhido pelas partes, poderia fornecer soluções mais justas ao conflito².

Nesse sentido, observa-se que, logo na antiguidade, o árbitro iniciava seu papel de julgador, oferecendo uma justiça privada.

A teoria privatista possuía maiores adeptos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem –³. Pelo antigo sistema, era necessária homologação judicial do laudo arbitral; somente esse ato judicial conferia força final de sentença ao laudo, possibilitando a incidência da coisa julgada⁴.

¹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 43.

² BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem>. Acesso em: 06 out. 2019.

³ BRASIL. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_02_05.pdf>. Acesso em: 06 out. 2019.

Sobre o assunto, José Cretella Neto⁵ afirma que:

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

Com o advento da lei de arbitragem, uma segunda teoria ganhou mais força, a “teoria publicista ou jurisdicional”. Os defensores da teoria publicista sempre defenderam que a jurisdição não é monopólio do Estado, visto que seria possível que um terceiro fosse escolhido para atuar como Estado-juiz, manifestando a jurisdição⁶.

Diferentemente do defendido pela teoria privatista, a premissa da teoria publicista não está na vontade das partes, mas sim na vontade do Estado, na sua função de legislador. Para ela, o Estado escolhe outorgar poderes aos juízes e árbitros para que eles exerçam uma função judicante, resolvendo litígios, na diferença que, no caso da arbitragem, caberia às partes a escolha dos árbitros.

Os críticos a essa corrente baseiam-se no fato de o árbitro não possuir todos os poderes de um juiz, mormente o *coertio* e o *executio*, isto é, malgrado possuir o poder de conhecer (*notio*) e esclarecer (*iudicium*) uma demanda, o árbitro não pode coagir as pessoas a cumprir suas decisões⁷. Outrossim, muitos rejeitam a teoria sob o argumento de que a jurisdição é indelegável, razão pela qual não poderia ser atribuída ao árbitro.

Diante da existência das duas teorias supracitadas, uma parte da doutrina passou a defender uma teoria mista ou intermediária. Por uma reunião de elementos de direito público e privado, entende-se que a origem da arbitragem é contratualista, isto é, pela autonomia da vontade, todavia, sua finalidade é a atividade jurisdicional⁸.

A crítica à teoria mista trata exatamente da mistura realizada, uma vez que a arbitragem iniciar-se-ia por meio do processo arbitral, no entanto, terminaria apenas na fase de execução, a qual ocorre no poder judiciário e de acordo com Ricardo Ranzolin⁹:

⁵ CRETILLA NETO apud BORBA, Thiago Medeiros de Borba. *A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro*. 2018. 66 f. Trabalho de conclusão final de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018. p. 19.

⁶ WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no Procedimento Arbitral. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano III, nº 4, v. I, p. 8-25.

⁷ MUNIZ, op. cit., p. 45.

⁸ BORBA, op. cit., p. 21.

⁹ RANZOLIN apud *ibid.*, p. 22.

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

Por derradeiro, a Lei nº 9.307/1996 afirma, no artigo 18, que o “árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”¹⁰, em seguida, em seu artigo 31, a lei disciplina que a sentença arbitral produzirá “os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário”.

Destarte, pela análise do ordenamento jurídico, conclui-se que legislação vigente corrobora o caráter jurisdicional da atividade arbitral. O árbitro ao prolatar a sentença arbitral declara o direito aplicado ao caso concreto e, dessa maneira, extingue a lide.

Essa decisão, conforme artigo 18 da Lei nº 9.307/1996 tem natureza de título executivo, não necessitando de homologação judicial, sendo esse o argumento que melhor fulmina a alegação de ausência de jurisdicionalidade da Lei nº 9.307/1996.

Importante ressaltar que o Código de Processo Civil¹¹ ao estabelecer, no artigo 42 e §1º, artigo 3º, 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”, não afasta a natureza jurisdicional da arbitragem. Desta feita, a interpretação correta do Código de Processo Civil seria pela jurisdição como regra geral, o gênero, e a arbitragem, como aplicação concreta da regra, a espécie¹².

Por fim, parece correto afirmar que a arbitragem possui natureza jurisdicional que representa o início da desestatização dos litígios, sem, contudo, visar à criação de um poder paralelo ao judiciário, mas apenas permitir outros meios de solução das lides¹³.

2. A DEFINIÇÃO DOS LIMITES DOS PODERES DO ÁRBITRO

Precipuamente cumpre estabelecer uma distinção entre árbitro e arbitrador. Aquele se traduz na pessoa física indicada pelas partes para solução de controvérsia a respeito de direito

¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 3.

¹¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 6 out. 2019.

¹² MUNIZ, op. cit., p. 44.

¹³ SOMBRA, Thiago Luís. *A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 out. 2019. p. 276.

disponível, já este, é a pessoa física indicada pelos contratantes para compor conteúdo de um negócio jurídico¹⁴.

Por conseguinte, o primeiro, árbitro, visa solucionar um litígio com a imposição, declaração de norma aplicável, enquanto, que o segundo, arbitrador, apenas integra, com sua vontade, negócio jurídico antes incompleto. Evidencia-se, assim, que as partes, ao nomearem um árbitro, buscam decisão para o caso concreto, uma sentença arbitral com os mesmos atributos da decisão estatal.

A nomeação do árbitro, entretanto, não pode se dar de forma livre. A princípio, o único requisito legal exigido é a capacidade civil, prevista nos artigos 3º e 4º do Código Civil¹⁵, contudo, existem vedações legais à figura do árbitro.

O juiz togado, por exemplo, não poderá ser árbitro, consoante ao previsto no artigo 26, II, alínea “a” da Lei Orgânica da Magistratura – Lei Complementar nº 35 de 1979¹⁶, recepcionada pela Constituição de 1988¹⁷. Tal legislação apenas autoriza ao magistrado o exercício de um cargo de magistério superior, sob pena de perda do cargo.

Ultrapassada certas vedações e requisitos, determinadas qualidades são exigidas do árbitro, quais sejam: imparcialidade; independência; competência; diligência e discricção.

Quanto à imparcialidade, inegavelmente, requer-se do árbitro a mesma equidistância que o juiz guarda em relação às partes do processo, a fim de garantir a justiça. Provavelmente, na situação em que o árbitro é escolhido pela parte, levanta-se a possibilidade de comprometimento dessa qualidade, por essa razão, diversas entidades arbitrais criam códigos de éticas com recomendações¹⁸.

Por sua vez, a imparcialidade diferencia-se da independência. Nesta o árbitro não mantém quaisquer relações de ordem econômica, afetiva, moral ou social com as partes. Trata-se de uma situação fática que pode ser avaliada objetivamente.

Pedro Baptista Martins apresenta o seguinte conceito de independência:

[...] a qualidade do que se mostra e age sem vinculações. Independente é o árbitro que não está ligado por algum vínculo próximo profissional ou pessoal com uma das partes ou seus patronos, ou tampouco possui interesses no objeto do conflito. Trata-

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96.3*. ed. rev., atual. e ampl. São Paul: Atlas, 2009. p. 228.

¹⁵ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

¹⁶ BRASIL. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 02 mar. 2020.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

¹⁸ CARMONA, op. cit., p. 240.

se de critério objetivo de apuração que deve ser avaliado com lógica, ponderação e bom senso¹⁹.

Seguindo essas duas características, há a possibilidade de apresentação de exceção de impedimento e suspeição nos mesmos casos de impedimento ou suspeição de juízes. A competência para o julgamento da exceção será exclusiva do árbitro, cabendo à parte vencida fazer valer suas razões ao juiz.

Existe, aliás, tentativa de padronização via *soft law* da *International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (IBA Guidelines)*. O objetivo é traçar princípios gerais relativos a imparcialidade e independência do árbitro, segundo os quais, o árbitro deve permanecer imparcial e independente até a prolação da sentença arbitral²⁰.

Deste modo, como o magistrado, presume-se que o árbitro seja competente, isto é, tenha conhecimento específico capaz de dirimir a controvérsia suscitada. Essa competência, ainda, é expandida pelo dever de agir com diligência, melhor, o árbitro empenha-se na busca da verdade de forma a prolatar decisão com o maior zelo e cuidado.

Por fim, o árbitro age com discrição, sendo essa uma das vantagens da escolha pelo procedimento arbitral. As partes podem, inclusive, exigir segredo do árbitro, o qual quando violado, gera responsabilidade por perdas e danos.

Com as qualidades supramencionadas, percebe-se que o árbitro não se diferencia tanto de um juiz de direito, um magistrado. Por essa razão, o artigo 18 da Lei de Arbitragem, seguindo a tradição iniciada pelo art. 1.041 do Código Civil de 1916²¹, determina expressamente que “o árbitro é juiz de fato e de direito”. Segundo Carlo Alberto Carmona:

[...] talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juízes de fato (privados), as sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quando com as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito²².

¹⁹ MARTINS apud MUNIZ, op. cit., p. 138.

²⁰ ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. 2014. 252 f. Trabalho de conclusão final de curso (Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, 2014. p. 55-57.

²¹ BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 05 mai. 2020.

²² CARMONA, op. cit., p. 269.

Essa equiparação pode ser, igualmente, observada quando o artigo 17 da Lei de Arbitragem dispõe que “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”.

Com essa hipótese, surge a questão se o ordenamento jurídico poderia restringir os poderes do árbitro, assim como, as partes. Como se sabe a arbitragem é caracterizada pela liberdade das partes escolherem o procedimento a ser aplicado, por essa razão, as partes poderiam limitar a atividade cognitiva do árbitro em matéria de direito, sempre respeitando os bons costumes e a ordem pública²³.

Em contrapartida, as partes não poderão limitar a atividade cognitiva do árbitro, visto que como destinatário da prova e em razão do princípio do livre convencimento, não podem as partes ou o tribunal limitar o conhecimento ou impedir produção de provas.

Quanto à limitação pelo Poder Judiciário, esse não pode controlar a aplicação da lei material pelo árbitro, tampouco opinar quanto ao mérito. Ocorre que o juiz togado poderá, no caso de provimento cautelar ou execução de sentença arbitral, negar a aplicação da medida cautelar ou execução da sentença quando houver violação dos bons costumes e da ordem pública.

3. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE REALIZADO PELO ÁRBITRO

O ordenamento jurídico brasileiro é um sistema composto de ordem e unidade, qualquer quebra nessa harmonia é capaz de deflagrar uso de mecanismos de correção, como o controle de constitucionalidade. Com efeito, esse controle baseia-se, mormente, em duas premissas: supremacia e rigidez constitucional²⁴.

A supremacia é assegurada essencialmente por uma questão formal; o fato de a constituição brasileira ser rígida, ou seja, possuir processo legislativo para a mudança do texto constitucional muito mais solene que outros atos normativos, a coloca em uma posição de hierarquia.

O jurista austríaco Hans Kelsen, mestre da Escola de Viena, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, segue a ideia de Adolf Merkl sobre uma formação escalonada do sistema

²³ AMADEU, Rodolfo da Costa Manso Real; HUCK, Hermes Marcelo. *Árbitro*. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/arbitro_juiz_fato_direito.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2020.

²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 23.

jurídico, segundo a qual há uma norma de elaboração jurídica “superior” que condiciona a norma “inferior”²⁵. Essa norma superior seria a Carta Magna de 1998.

Mister salientar que para Kelsen²⁶:

Uma pluralidade de normas forma uma unidade, um sistema, um ordenamento quando sua validade pode ser atribuída a uma única norma, como fundamento último dessa validade. Essa norma fundamental, como fonte comum, constitui a unidade na pluralidade de todas as normas que integram um ordenamento²⁷.

O segundo pressuposto do controle é a rigidez constitucional, uma vez que se tem necessário um processo de elaboração diverso e mais complexo da norma constitucional, caso contrário, inexistiria diferença formal entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ultrapassada essa questão a respeito da necessidade do controle de constitucionalidade, analisam-se os tipos de controle dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Os sistemas constitucionais modernos consagraram três modelos de Controle de Constitucionalidade: o *judicial review*, o dos Tribunais Constitucionais e aqueles que consagram o controle difuso e concentrado de constitucionalidade. A constituição federal de 1988 optou pelo último modelo, trazendo um sistema híbrido de controle de constitucionalidade²⁸.

No que tange o controle quanto ao órgão judicial que o exerce, ele pode ser de forma difusa ou concentrada. O controle difuso é o adotado pelo direito norte-americano com origem no caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte Americana em 1803. Por tal modelo, todo e qualquer juiz ou tribunal pode reconhecer a inconstitucionalidade da norma e, conseqüentemente, afastar sua aplicação no caso concreto²⁹.

Em oposição ao sistema difuso de controle, há o controle de constitucionalidade concentrado. Nesse sistema concentrado, o controle é exercido por um único órgão criado especialmente para esse fim, que decidirá o tema como questão principal e com eficácia *erga omnes*. A decisão proferida por esse órgão deveria ser tomada *in abstracto*, ou seja, sem ter por base a análise de um caso concreto.

²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [e-book]. p. 50-51.

²⁶ *Ibid.*, p. 121.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ WEBER, op. cit., p. 14.

²⁹ BARROSO, op. cit., p. 69.

Portanto, conhece-se o segundo modelo como controle difuso e abstrato de constitucionalidade. É o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, assim denominado por ter sido adotado pela primeira vez na constituição da Áustria de 1920.

O Brasil, conforme explicitado, adota o modelo híbrido, visto que desde a primeira Constituição Republicana adota o controle difuso e, desde a emenda constitucional nº 16 de 1965, introduziu o controle concentrado a ser realizado no Superior Tribunal Federal³⁰.

Na arbitragem, assim como os juízes, o árbitro possui a obrigação de julgar o caso concreto segundo o direito aplicado. Pode ocorrer de durante a análise do caso concreto, surgir uma questão prejudicial quanto à constitucionalidade da lei a ser aplicada. Nasce, então, a pergunta: poderia o árbitro, em conformidade com o artigo 18 da Lei de arbitragem, declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma?

Esclarece-se, de início, que o controle de constitucionalidade a ser, possivelmente, exercido pelo árbitro e o difuso e concentrado, tendo em vista que realizado incidentalmente no julgamento de mérito do procedimento arbitral. Ademais, não se poderia falar em um controle abstrato da jurisdição arbitral haja vista que os árbitros não podem proferir decisões com eficácia *erga omnes*, por extrapolar os limites da jurisdição previstos convenção de arbitragem³¹.

Com o objetivo de responder à questão levantada, duas teorias acerca dos poderes do árbitro para exercer o controle de constitucionalidade surgiram. A primeira seria a do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição arbitral simétrica”, segundo a qual o árbitro só poderá exercer o controle de constitucionalidade se igual competência for outorgada aos juízes estatais:

De acordo com Pierre Mayer, há, portanto, uma verdadeira simetria de poderes entre a jurisdição estatal e a arbitral, estando os árbitros limitados àquelas atribuições conferidas, expressa ou implicitamente, ao juízo estatal para fins de controle de constitucionalidade de leis. Em síntese, se o juiz estatal não estiver autorizado a declarar inválida a norma, não se poderá conferir ao árbitro tal atribuição³².

Por certo, essa teoria, em uma arbitragem doméstica, isto é, realizada no território nacional, permite concluir pela possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de um

³⁰ Ibid., p. 70-71.

³¹ ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e controle de constitucionalidade: algumas reflexões*. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2017/08/gustavo-fernandes-de-andrade-arbitragem-e-controle-de-constitucionalidade-algumas-reflexes-1006805061.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2020, p. 739.

³² Ibid., p. 741.

ato normativo pelo árbitro, em razão de sua equiparação ao juiz de fato e direito, o qual, este, pode realizar um controle de constitucionalidade difuso.

De outro ponto de vista, a teoria do “Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição autônoma” segue a tese kelsiana da validade da norma estar condicionada à norma superior que lhe serve de fundamento. O fundamento não está na simetria entre o árbitro e o juiz, mas no reconhecimento de que aos árbitros se confere jurisdição.

Dessa maneira, como se é conferido ao árbitro poderes para julgar o mérito nos limites da convenção arbitral, lhe deve ser reconhecido o poder de resolver, de forma incidental, as questões a respeito da validade constitucional da norma, visto que prejudicial ao mérito arbitral³³. Por esse entendimento, o árbitro também estaria autorizado a realizar um controle de constitucionalidade.

A conclusão acima pela possibilidade de controle de constitucionalidade pela jurisdição arbitral não é aplicável a todos os ordenamentos jurídicos. Na Itália, país que segue o sistema de controle concentrado, no caso *Consortio Ricostruzione vs. Comune di Napoli*, o Tribunal concluiu que o árbitro deve suspender o procedimento arbitral e submeter eventual incidente de inconstitucionalidade de lei italiana a Corte Constitucional³⁴. Sem embargo, deve-se considerar que esse precedente provém de um ordenamento jurídico que não aceita o controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual esse precedente cai por terra quando trazido ao direito brasileiro.

CONCLUSÃO

O sistema jurídico brasileiro segue o princípio da supremacia da Constituição, assim, para manter a unidade e ordem dentro ordenamento jurídico, não é possível aplicar normas contrárias, formal e materialmente, a lei magna.

Como observado no primeiro capítulo do presente trabalho, a arbitragem é um instituto de natureza jurisdicional que representa o início da desestatização dos litígios; no momento da prolação da sentença arbitral, o árbitro declara o direito aplicado ao caso concreto. Esse direito leva em consideração a escolha pelas partes das leis aplicáveis ao procedimento arbitral.

³³ Ibid.

³⁴ WEBER, op. cit., p. 17.

Apesar do predomínio da autonomia da vontade das partes no procedimento arbitral, o árbitro ainda está submetido à Constituição Federal exatamente em razão da supremacia constitucional supramencionada. Nessa perspectiva, não se poderia aplicar a lei escolhida quando inconstitucional.

Nessa linha de raciocínio, o árbitro, agindo como juiz de fato e de direito, conforme o artigo 18 da Lei nº 9.307 de 1996, possuiria a obrigação de julgar o caso concreto em conformidade com a constituição, afastando, em uma análise incidental, a aplicação de ato normativo a ela contrário.

Essa conclusão é possível em razão do sistema de controle de constitucionalidade adotado pela constituição de 1988, qual seja, o sistema misto que adota tanto o controle pela forma difusa quanto concentrada.

Destarte, entendeu-se pela relativização da competência para o exercício do controle constitucional, possibilitando tanto ao Estado-juiz quanto ao árbitro a possibilidade da declaração de (in)constitucionalidade de lei.

Outrossim, o não afastamento da norma inconstitucional, suscita uma sentença arbitral inconstitucional que, conseqüentemente, será nula, como todo e qualquer ato inconstitucional.

Em conclusão, não obstante a existência de sistemas jurídicos que vedem o exame da constitucionalidade de ato normativo pelo árbitro, como o caso da Itália, a existência do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no Brasil, consente que a questão constitucional seja tratada com questão incidental ao julgamento do mérito da ação arbitral.

REFERÊNCIAS

AMADEU, Rodolfo da Costa Manso Real; HUCK, Hermes Marcelo. *Árbitro*. Disponível em: <http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/arbitro_juiz_fato_direito.pdf> Acesso em: 27 fev. 2020.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. *Arbitragem e controle de constitucionalidade: algumas reflexões*. Disponível em: <<https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2017/08/gustavo-fernandes-de-andrade-arbitragem-e-controle-de-constitucionalidade-algumas-reflexes-1006805061.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. *Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jul-31/notas_introdutorias_natureza_juridica_arbitragem> Acesso em: 06 out. 2019.

BONIZZIO, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 42, n. 274, p. 543-578, 2017.

BORBA, Thiago Medeiros de Borba. *A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro*. 2018. 66 f. Trabalho de conclusão final de curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Justiça em Números 2019*. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> Acesso em: 04 mai. 2020.

_____. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em: 05 mai. 2020.

_____. *Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

_____. *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm> Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. *Lei nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> Acesso em: 06 out. 2019.

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

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade dos árbitros*. 2014. 252 f. Trabalho de conclusão final de curso (Pós-graduação em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 9. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [e-book].

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís. *A constitucionalidade da arbitragem e sua disciplina no Anteprojeto de CPC*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242958/000940009.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 out. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_02_05.pdf> Acesso em: 06 out. 2019.

TIBURCIO, Carmen. *Controle de Constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32144/30939>> Acesso em: 11 mai. 2020.

WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no Procedimento Arbitral. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano III, nº 4, v. I, p. 8-25.