

IDP - BIBLIOTECA

IDP - BIBLIOTECA

CARLOS ALBERTO CANTANHEDE

**A ARBITRAGEM E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS ELENCADOS
NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE
1988.**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP e UNIVERSIDADE DO RIO
DE JANEIRO – UNIRIO.**

**Brasília, DF
Março de 2003**

CARLOS ALBERTO CANTANHEDE

**A ARBITRAGEM E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS ELENCADOS
NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE
1988.**

**Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em
Direito Público do Curso de Pós-graduação do Instituto Brasiliense
de Direito Público – IDP e Universidade do Rio de Janeiro –
UNIRIO.**

BRASÍLIA

2003

TERMO DE APROVAÇÃO

**Título: A ARBITRAGEM E SUA RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS
ELENCADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL DE 1988.**

Autor: Carlos Alberto Cantanhede

Data da Aprovação: ____/____/2003.

Nota: _____

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP e UNIVERSIDADE DO RIO
DE JANEIRO – UNIRIO.**

Dedico esta monografia a todos os operadores do direito que, a despeito do volume de trabalho que executam com garra e profissionalismo, acham tempo para o estudo e aprimoramento constantes.

Externo os meus agradecimentos a todos que, de forma direta e indireta, contribuíram para a realização deste trabalho.

Se você possui paz interior e tranqüilidade de espírito, nada poderá perturbar sua existência, e você será plenamente feliz, sejam quais forem as circunstâncias. Se estiver desprovido delas, o único fato de possuir uma boa situação e de viver no conforto não lhe propiciará felicidade durável. A estabilidade inerente à paz interior é a verdadeira fonte de felicidade.
(Dalai Lama)

SUMÁRIO

RESUMO _____	8
RESUMO _____	10
INTRODUÇÃO. _____	12
CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM _____	14
1.1 – Histórico. _____	14
1.2 - Natureza jurídica _____	21
1.3 - Convenção arbitral _____	22
1.4 - Cláusula compromissória _____	23
1.5 - Compromisso arbitral _____	32
1.6 - A sentença arbitral. _____	38
CAPÍTULO II – CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALIDADE _____	43
2.1 – A Constituição _____	43
2.2 – Constitucionalidade das leis _____	44
2.3 – Princípio da Inafastabilidade do Controle Judiciário. _____	50
2.4 – Princípio do Juiz Natural. _____	51
2.5 – Princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa. _____	53
2.6 – Princípio do Duplo Grau de Jurisdição. _____	55
CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM. _____	56
3.1 – Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. _____	56
3.2 - Art. 5º, incisos XXVI e LIII, da Constituição Federal. _____	65
3.3 - Art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. _____	67
CONCLUSÃO _____	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	73

RESUMO

Em 24 de setembro de 1996, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 9.307 dispondo sobre a arbitragem. No seu bojo, trouxe modificações significativas, notadamente a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juiz togado da decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral, o que não existia na legislação anterior. Com as inovações trazidas na Lei de Arbitragem, reacenderam-se discussões acerca de sua constitucionalidade notadamente em face dos princípios constitucionais insculpidos no artigo 5º, incisos XXXV, XXXVILIII, LIV e LV, todos da Carta da República. Daí o objetivo do presente trabalho: saber se a mencionada lei afronta tais princípios. Para tanto, usando o método monográfico e como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental passou-se ao levantamento e posterior leitura de literatura especializada, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Projeto de Lei nº 4018/93 que deu origem à mencionada lei. Ao cabo, constatou-se que, de fato, a lei nº 9.307/96 é constitucional posto que não ofende aos referidos princípios constitucionais, resultado este, inclusive, pautado em jurisprudência de peso da Excelsa Corte do país. Quanto ao artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, pode-se extrair a conclusão de que o comando legal estar dirigido ao legislador e não ao jurisdicionado. A constituição, em momento algum, não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. E em se tratando de direitos disponíveis, nada impede que a pessoa física ou jurídica, venha a transigir a respeito dos mesmos direitos, pactuando formas extrajudiciais de solução dos seus litígios. Concluiu-se também que no próprio texto da lei existem vários comandos legais que prestigia o princípio da inafastabilidade do controle judiciário (artigos 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39). No que toca à vedação aos tribunais de exceção constatou-se que a hipótese não se trata de tribunal de exceção, uma vez que a possibilidade de criação e as normas que irão regê-lo, encontram-se estabelecidas em lei, cujo processo legislativo seguiu todos os trâmites legais. Quanto à hipótese de negação do juízo natural, constatou-se que as partes não o renunciaram, mas transferem a um destinatário privado, além do fato da determinação da competência dos poderes, da investidura e dos limites de atuação do árbitro ser feita pelo Estado, através de lei. No que toca aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa constatou-se que a lei nº 9.307/96, artigo 21, § 2º, estabeleceu como princípios norteadores do procedimento arbitral, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade, a imparcialidade e o livre convencimento do julgador. E relativamente ao princípio do duplo grau de jurisdição – que se

refere ao controle das sentenças proferidas, observou-se que as partes podem estabelecer órgão revisor da sentença arbitral, a quem caberá julgar eventuais recursos, no próprio Juízo arbitral, cabendo, ainda, ao Judiciário apreciar ação de nulidade da decisão proferida e eventual controvérsia acerca de direitos indisponíveis, que suspende o procedimento arbitral. Constatou-se que o mencionado princípio é posto à disposição das pessoas que poderão não fazer uso do mesmo caso resolvam abrir mão de tal garantia. Observou-se que a nossa legislação é rica de exemplos de irrecorribilidade de decisões como a hipótese do artigo 92 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

RESUME

In September 24th, 1996, it was published in "Diário Oficial da União" the Law 9.307 about arbitration. This law brought great modifications specially about the compulsory execution of arbitration clause, the dismissed of legal ratification from a court of an arbitrator's decision and the unapealable award, that didn't exist in the legislation. With the inovations of the Law of Arbitration, new discussions were brought out about its constitutionality mainly derived from constitutional principles insert in the 5^o clause, subsections XXXV, XXXVILIII, LIV and LV, of the Federal Constitution. This is the scope of the present work: knowing if the mentioned law goes against these principles. For that, using the monographic method and the bibliography and documental technics of search, it was done a finding and a reading of the specialized literature, case law of the Supreme Court and the Bill 4018/93 that originated the mentioned law. At the end, it was checked out that the Law 9307/96 is constitutional because it doesn't ofend the constitutional principles, conclusion that is based in the case law of the Supreme Court of Brasil. Over the clause 5^o, subsection XXXV, of the Constitution, it can be extracted the conclusion that the clause is directed to the legislator and not to the jurisdictionated. The Constitution doesn't establish, in any moment, that people can not exclude their litigation from the judiciary apreciation. And talking about the avaiable rights, there's nothing forbiding that the natural person or the legal entity transact over these rights, getting to an extrajudicial way of solving their litigations. Also, in the text of the law there are many legal commands that gives prestige to the unremovable principle of the Judiciary control (clauses 6^o, 7^o, 32, 33, 38 and 39). It was evidenced that the hypothesis does not deals about extraordinary court, once that the possibility of creating it and its rules are established in law wich the legislative procedure followed the formality. About the hypothesis of negation of the original court, it was evidenced that the parts quit claim it, but transfer it to a private destinatary, besides the fact that the determination of power competence, the installation and the limits of the arbitrator performance are made by the State, through law. In relation to the due process of law and to the legal defense principles, it was verified that the Law 9.307/96, clause 21, §2^o, established as main principles of the arbitration proceeding, the adversary, legal defense, equality, impartiality and the judicial discretion of the judge. And related to the double degree of jurisdiction- that refers to the control of the decisions pronounced- it was observed that the

parts can establish a reviewer body of the arbitrate decision, who will judge the appeals, in the arbitration panel itself, and the judiciary will also be responsible for appreciating the claim of nullity of the decision pronounced and an eventual controversy about the unavaiable rights, that suspends the arbitration proceeding. It was verified that the mentioned principle is avaiable for the people that can decide to use this garantee or not. It was observed that our legislation is rich in examples of unappealed decisions as the hypotesies of the clause 92 of the Internal Regulation of the Supreme Court.

INTRODUÇÃO.

A arbitragem não é instituto novo no mundo jurídico. Antes mesmo do Estado avocar para a si o monopólio da Justiça, os homens já utilizavam a arbitragem como forma de solução de seus conflitos. A arbitragem existente nos dias atuais segue os mesmos princípios de quando criada. As partes envolvidas em um dado conflito elegem um terceiro, no caso, o árbitro, para que decida em caráter irrevogável, a questão posta em análise.

Em que pese regulada nas Ordenações Filipinas, no Decreto nº 737, de 1850, no Código Comercial de 1850, no Código Civil de 1916, no Código de Processo Civil de 1939 e no de 1973, a arbitragem não tinha grande aplicabilidade devido a uma tendência nacional de se apegar ao Estado para a ele reportar todas as mazelas da sociedade, mesmo aquelas cuja solução não é de relevante papel estatal. Some-se, também, a insatisfatória regulamentação legal incapaz de atender aos propósitos inerentes ao instituto (notadamente a simplicidade de procedimento e celeridade).

Em 24 de setembro de 1996, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 9.307, dispondo sobre a arbitragem, dando-lhe nova "roupagem". É que a legislação de então, não permitia a sua utilização no Brasil. A cláusula compromissória contida no contrato original firmado pelas partes, estipulando a submissão de qualquer litígio à arbitragem, não configurava garantia de instauração do juízo arbitral. Somente se efetivava após a celebração do compromisso arbitral, que pressupunha uma nova manifestação de vontade das partes pela realização da arbitragem, após o surgimento do conflito. Assim, recusando-se a parte recalcitrante em firmar o compromisso, transformava a promessa inserta nos contratos em letra morta, verdadeiros pactos sem maior efeito, senão o de gerar perdas e danos. De outra parte, a obrigatoriedade que se impunha de se fazer homologar o laudo arbitral pelo Poder Judiciário tornava o procedimento complexo e lento, suprimindo, assim, duas das mais importantes vantagens do instituto, qual seja, o sigilo e a celeridade.

Daí a grande satisfação da comunidade jurídica com a nova lei.

Já a Lei nº 9.307/96 trouxe substancial alteração no que toca ao juízo arbitral com a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juiz togado da decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral até então inexistente na legislação pátria.

E com ela, retomaram-se velhas discussões acerca da constitucionalidade do instituto à luz dos princípios insculpidos no art. 5º da Constituição Federal.

Já no seu nascedouro, o mencionado diploma legal se viu diante de sua primeira prova de fogo quando, nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, foi suscitado incidente de inconstitucionalidade, envolvendo o parágrafo único do art. 6º e, o art. 7º e dos dispositivos que deles derivam (no caso, os artigos 41 e 42).

Daí a hipótese a se pesquisar: a Lei 9.307/96 afronta os princípios constitucionais constantes do artigo 5º, incisos XXXV, XXXVI, LIII, LIV e LV da Carta da República?

Para responder à formulação foi adotado como teoria de base postulado de ALEXANDRE DE MORAES, segundo o qual “(...) *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (arts. 59 a 69, da Constituição Federal).*¹

Para tanto, foi usado como método de abordagem, o indutivo; como método de procedimento, o monográfico; e como técnica de pesquisa, a bibliográfica e documental.

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 579.

CAPÍTULO I – A ARBITRAGEM

1.1 – Histórico.

A história noticia que as primeiras formas assumidas pela sociedade para a resolução de conflitos entre os homens era da autotutela que nada mais era do que a aplicação da lei do mais forte.

Com o desenvolvimento da sociedade surge a autocomposição. Assim, desde a remota antiguidade, os litígios passaram a ser resolvidos por meio de árbitros.

No Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, a Mediação já era empregada, como nos casos entre Cidades-Estados da Babilônia, cerca de 3.000 a.C. Ainda no Oriente antigo, mencionase o caso de hebreus que, na Câmara composta por três árbitros, a *Beth-Din*, resolviam todas as pendências de direito privado pela via arbitral.²

A arbitragem, contudo, encontrou na Grécia seu maior desenvolvimento. Daí dizer-se ser a Grécia o seu berço.

A prática da arbitragem era reflexo da própria religião grega cuja cultura trazia em sua mitologia a resolução das questões entre deuses e heróis através da presença de um terceiro chamado a intervir. A evolução do instituto acompanhou o desenvolvimento da sociedade grega, a princípio dentro da delimitação de cada cidade e, aos poucos, foi se inserindo e delineando sua forma nos costumes, leis e tratados firmados entre as cidades gregas.³

Tanto que, Fróes afirma que o embrião da arbitragem repousa na mitologia grega, mais precisamente, numa disputa travada entre Atena, Hera e Afrodite em torno da maçã de ouro destinada pelos deuses à mais bela. Paris figurou como árbitro que decidiu a favor de Afrodite, que o havia subornado, prometendo-lhe em troca o amor de Helena, raptada por Paris, o que deu como resultado a guerra de tróia.⁴

No direito romano, o Estado começava a se firmar no sentido de compor os conflitos interpessoais dos cidadãos romanos.

Os cidadãos em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido e esse compromisso era necessário porque a mentalidade da época repudiava ainda qualquer ingerência do Estado (ou de quem quer que fosse) nos negócios de

² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem. Alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas S.A., p.27.

³ MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá editora, 1999. p.21.

⁴ FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. *Boletim Doutrinário*, ano 1, número 1, 1996, p. 13.

alguém contra a vontade do interessado, recebia o nome de *litiscontestatio*. Em seguida, escolhiam um árbitro de sua confiança, o qual recebia do pretor o encargo de decidir a causa. O processo civil romano, desenvolvia-se, assim, em dois estágios: perante o magistrado, ou pretor (*in jure*), e perante o árbitro, ou *judex (apud judicem)*.⁵

A legislação lusitana herdou o instituto e também disciplinava sua prática, conforme as Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 113), Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 81) e Ordenações Filipinas (Livro III, Título 16).

No Assento de 10 de novembro de 1644 noticiava-se o uso da arbitragem como forma de composição dos conflitos:

“98.º

Ord. Liv. 1, Tit. 6, §§ 6 e 7.

À Mesa dos Aggravos pertence o conhecimento dos que se interpõem de Juizes Compromissários.

(1644) Em 10 de Novembro de 1644, havendo dúvidas e demandas entre o Regedor João Gomes da Silva com seus irmãos Fernão Telles, e Antonio Telles de Menezes, sobre as heranças de seus Pais nomeando Juizes Compromissários, cada um por sua parte ; os quaes conheceriam das causas das partilhas da dicta sua Mãe; e das que já antes d'elle ser Regedor corriam e estavam em execução na Relação, conheceriam os mesmos Juizes, que haviam sido das sentenças: e por queixas que algumas das partes fizeram, resolveu Sua Magestade, que Deus guarde, por seu Alvará, que todas as causas, sem embargo do concerto e Compromisso, que haviam feito, fossem aos Juizes Compromissários. Este se embargou diante dos dictos Compromissários; e na Relação, dos Juizes; que eram antes das execuções, os Precatórios, em que o dicto Alvará vinha inserto pelo dicto João Gomes da Silva: o qual, por se lhe não receber pelos dictos

⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992, p.26.

Compromissários uma excepção prejudicial, com que por sua parte veio, porque pertendia mostrar, que em quanto na Relação se não determinasse a remissão das dictas causas, devia sobrestar a dos embargos do dicto Alvará, que diante d'elle corria: aggravou, e veio em dúvida se a Relação podia tomar conhecimento do dicto aggravado, e mandar responder os dictos Juizes Compromissários. E se assentou pelos Desembargadores abaixo assignados em presença do Doutor Francisco Lopes de Barros, do Conselho de Sua Magestade, que não somente pela generalidade da *Ordenação* Liv. 4, Tit. 6, §§ 6 e 7, se podia tomar conhecimento de todos os agravos, que se tirassem para dicta Mesa, e mandar ajuntar a petição aos autos, e responder a todos os Julgadores, ainda que Compromissários; por ser aquella a Mesa superior de todos os agravos, e o maior Tribunal de Justiça, a quem ficam inferiores todos o quaesquer Julgadores do Reino no districto de cada uma das Casas: mas que n'este caso ficava mais sem dúvida; pois além de não haver Lei em contrário, a Provisão e Alvará de Sua Magestade estava embargado, e juntamente os Precatórios passados diante dos Juizes, que eram das dictas causas de umas e outras partilhas; e em quanto se não determinava, cuja era a jurisdição, por isso pertencia somente aos Juizes da Relação, que a tinham fundada por Direito, e n'ella se devia conhecer de todos os agravos; porque também parecia assistir a esta opinião a *Ordenação Livro 3, Tit 16*. E porque semelhante matéria não viesse mais em questão, se mandou fazer este Assento, que todos assignaram. Lisboa 10 de Novembro de 1644. Lourenço da Gama Pereira. Barreto. João Velho. Francisco Lopes de Barros. Estevam de Foyos. Pedro Paulo de Sousa. Diogo Lietão Fonseca. Martim Affonso de Mello. Francisco Cardoso. Gaspar Rodrigues. Diogo Marchão Themudo.

Livro 2 da Supplicação, fol. 11.⁶

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 dispunha a respeito da arbitragem:

⁶ VIANNA, Paulo Francisco da Costa. *Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível*, 4ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1827, p.74 e 75.

“Art. 160. Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.

Art. 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum.”

Por sua vez, o Decreto nº 353, de 12 de julho de 1845, e o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, deram ao instituto as primeiras forma e desenvolvimento, tornando-o obrigatório, até o advento do Decreto nº 3.900, de 26 de julho de 1867, que tratando detalhadamente do assunto, abolindo a obrigatoriedade do Juízo Arbitral.

As primeiras Leis Federais e os Códigos Estaduais de Processo o regulamentaram, destacando-se como os mais completos os de São Paulo, Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal e Rio Grande do Sul.

O Código Civil (artigo 1.045)⁷ e o Código de Processo Civil de 1939 (artigos 1.041 a 1.043)⁸ representaram verdadeiro retrocesso, tratando o juízo arbitral como letra morta em razão da obrigatória subordinação da arbitragem à homologação judicial, sob pena de invalidade da decisão proferida no juízo arbitral.

Ora, como se sabe a função do juízo arbitral era justamente fulminar a lide de modo mais rápido e preciso, fora do âmbito do judiciário o que, na prática, não se dava em face da sujeição da decisão do juízo arbitral à homologação judicial.

De outra parte, a homologação havia de ser processada perante o judiciário no prazo assinalado de 5 dias sob pena de nulidade, constituindo a mesma ato final e derradeiro do processo arbitral.

Já a redação do Código de Processo Civil de 1973 modificou parcialmente o princípio até então adotado, retirando o efeito da nulidade do laudo pela ausência de homologação. É

⁷ Artigo 1.045 - A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado pelas partes.

⁸ Art. 1041. A execução da sentença arbitral de penderá de homologação. Art. 1042. Será competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que, originariamente, competir o julgamento da causa. Art. 1043. No prazo de cinco (5) dias, contados da data da assinatura, o laudo será depositado no cartório do juízo competente para a homologação. Parágrafo único. Feito o depósito dentro do prazo e verificada a regularidade do laudo, o juiz o declarará executório, conferindo-lhe força de sentença, intimadas as partes.(...) Art. 1045. Será nula a decisão arbitral: (...) VII – quando o laudo não for depositado no prazo do art. 1.043.

que, entre as hipóteses elencadas no artigo 1.100 do mencionado código, não consta dentre os casos de nulidades do laudo disposição expressa neste sentido.

Contudo, a homologação continuou indispensável para a execução, eis que não é o laudo que se executa judicialmente e, sim, a sentença que o homologa (artigo 584, III, do CPC).

Na década de 1980, tivemos três anteprojetos objetivando a modernização do instituto da arbitragem. Um em 1981, o segundo em 1987 e o terceiro em 1988.

Em 1992 começou a correr o projeto de lei que deu origem a Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996.

É inegável a contribuição e, por que não dizer, a modernização que se implementou no instituto.

De fato, consta da exposição de motivos:

“4 – As linhas mestras do Projeto de Lei

Antes de mais nada, prestigiou-se o princípio da autonomia da vontade, de tal sorte que as partes têm a liberdade de escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, prevendo, inclusive, a aplicação dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio e da equidade, e assim dispuserem as partes, desde que não haja violação à ordem pública e aos bons costumes.

Nada prevendo as partes sobre o procedimento arbitral, competirá ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) fixá-lo.

Foi mantida a tradicional distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, ambas espécies do gênero convenção de arbitragem. Contudo, a cláusula compromissória comporta, pela técnica adotada no projeto, execução específica, evitando-se com isso que o contratante, que assumiu a obrigação de solucionar eventuais litígios pela via arbitral, recuse-se a cumprir a avenção, sem maiores conseqüências, como acontece hoje.

O processo arbitral foi cercado das mais importantes garantias fundamentais da tutela jurídica efetiva, ou seja: contraditório,

igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e convencimento racional do julgador.

Quanto à conduta dos árbitros, foi albergado um verdadeiro código de ética para o julgador, no desempenho de suas funções, proceder com absoluta imparcialidade, competência, diligência e discrição. Foi enfatizada, por outro lado, a função conciliadora do árbitro, propiciando-se a tentativa de composição amigável dos litigantes.

O recurso à arbitragem institucional foi notoriamente incentivado, destacando o texto do projeto, em não poucas passagens, a possibilidade da arbitragem administrada por entidades especializadas, de tal forma a proporcionar o crescimento e implantação destes órgãos no Brasil, trazendo para nosso País a solução de controvérsias que acabavam sendo levadas a entidades estrangeiras (American Arbitration Association, em Nova Iorque, Chambre de Commerce Internacional, em Paris, etc.) Tudo isto, entretanto, não prejudica a possibilidade das arbitragens não institucionais, com regras especificadas pelas próprias partes envolvidas.

O princípio da autonomia da cláusula arbitral foi integral e expressamente adotado: ainda que questionada a validade do contrato em que se insere a cláusula, esta tem sua validade resguardada, cabendo ainda aos árbitros a competência para decidir sobre a nulidade, invalidade e ineficácia tanto da cláusula arbitral quanto do compromisso arbitral.

A previsão expressa da possibilidade de substituição do árbitro em caso de falecimento, impedimento e suspeição evita que o compromisso arbitral se extinga, acarretando o término infrutífero da própria arbitragem. O projeto cuidou de evitar, sempre que possível, o fracasso da experiência arbitral.

Outro problema crucial resolvido refere-se à decisão dos árbitros (sentença arbitral), que não necessitará mais de homologação pelo Poder Judiciário: a sentença arbitral, desde que notificada às

partes, produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal e poderá ser impugnada através de ação própria ou em embargos à execução, sendo previstos, também, os embargos de declaração para sanar obscuridades, dúvidas ou contradições.

No que se refere ao reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, o projeto vem a preencher uma lacuna existente na legislação nacional, que não contempla qualquer procedimento para dar validade, em território nacional, aos laudos arbitrais proferidos no exterior. O que existe, hoje, é o sistema da dupla homologação, ou seja, segundo orientação firme do Supremo Tribunal Federal, só são homologáveis as sentenças judiciais estrangeiras que, por sua vez, homologam sentenças arbitrais. Tal providência cria infundáveis óbices à parte requerente, pois não são poucas as hipóteses em que o laudo estrangeiro não requer nenhuma providência homologatória no país de origem.

Para obviar tal problema, competirá ao Supremo Tribunal Federal, no procedimento de homologação, observar os requisitos específicos previstos em lei e, supletivamente, as normas do Código de Processo Civil referentes à homologação de sentença estrangeira, cumprindo observar que, entre as causas obstativas do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, estão incluídas, basicamente, aquelas também constantes da Convenção de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975)".⁹

Entretanto, a mencionada lei foi objeto de incidente de inconstitucionalidade suscitado nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

A matéria veio a ser pacificada em 12 de dezembro de 2001, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciando o incidente acima reportado, decidiu acerca da matéria, nos termos seguintes, cujo acórdão encontra-se pendente de publicação:

⁹ Projeto de lei 040187/1993 dispondo sobre a arbitragem.

“O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio”.¹⁰

Tal decisão trouxe alívio à comunidade jurídica e pacificou, neste primeiro momento, o clima de insegurança jurídica que se arrastava até então quanto ao futuro do mencionado diploma legal.

1.2 - Natureza jurídica

A doutrina não é unânime quando se trata de determinar a natureza jurídica da arbitragem.

Três correntes se apresentam para explicitar a mencionada natureza jurídica, a saber: a *contratualista*, a *jurisdicional* e a *mista ou híbrida*.

Para a primeira, a *contratualista*, arbitragem tem sua origem em razão da cláusula compromissória firmada de forma contratual entre as partes, antes mesmo de qualquer litígio.

Os contratualistas privilegiam a convenção arbitral, na qual as partes designam as diretrizes e o conteúdo da arbitragem, estendendo para o juízo arbitral seus efeitos e retirando o fundamento da obrigatoriedade do cumprimento da decisão da própria vontade das partes, não considerando jurisdição por estar despido o juízo arbitral da “coertio” e da “executio”.¹¹

No entanto, a Lei nº 9.307/96 assegurou a autoridade expressa na sentença arbitral, fazendo coisa julgada e formando título executivo.

Já para os adeptos da corrente *jurisdicional*, a jurisdicionalidade do instituto baseia-se nos seguintes argumentos: 1 - a função dos árbitros é substancialmente a mesma dos juízes:

¹⁰ Ata nº 40 da Sessão ordinária de 13/12/2001, publicada no DJ de 19/12/2001.

¹¹ MUNIZ, Tânia Lobo. *Op. cit.*, p. 35.

decidir litígios. Árbitro e juiz estatal, constituem exteriorização do poder jurisdicional; 2 – o exercício da função jurisdicional, ainda que seja pretendido pelas partes, não decorre de sua vontade, mas da lei. Uma vez constituído o juízo arbitral, as partes se submetem à sentença arbitral proferida por força de disposição legal; 3 – a arbitragem é prorrogação convencional da competência para solução de determinados litígios por previsão legal. O poder jurisdicional da Arbitragem decorre, portanto, da ordem jurídica estatal ao tipificar o instituto e estabelecer suas conseqüências no plano jurídico; 4 – a sentença arbitral reveste-se dos efeitos da autoridade da coisa julgada; 5 – prerrogativa estabelecida em lei de prorrogação convencional da competência sem excepcionar a aplicação dos mesmos princípios que informam os demais procedimentos do Código de Processo Civil; 6 - reconhecimento *ex lege* do árbitro como Juiz de fato e de direito no artigo 18 da Lei nº 9.307/96.

Temos, finalmente, a terceira corrente, *mista ou híbrida*.

Para os seus adeptos, devido às características do instituto da arbitragem, não podemos considerar unicamente o aspecto contratual ou o jurisdicional. Em posição conciliadora surge a noção da natureza jurídica híbrida, apresentando aspecto contratual em sua primeira fase, em razão da convenção arbitral que lhe dá nascimento, e jurisdicional na segunda, vista como forma privada de dizer o direito, fazer justiça, solucionar o litígio, através de uma atividade ordenada para tal fim que se dá com a instalação e desenvolvimento do juízo arbitral e, principalmente ante a sua natureza pública, por decorrer de lei a possibilidade de sua utilização, a criação do órgão arbitral (com função e competência próprios) e os efeitos da sentença arbitral que o encerra.¹²

1.3 - Convenção arbitral

Convenção de arbitragem (ou convenção arbitral) é o meio pelo qual as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao Juízo arbitral, subtraindo-os do âmbito do Poder Judiciário, compreendendo-se, a teor do art. 3º da lei nº 9.307/96, como modalidades de convenção de arbitragem, a “cláusula compromissária” e o “compromisso arbitral”.

Pela convenção arbitral, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direito patrimoniais disponíveis (art. 1º da lei nº 9.307/96). Ou seja, pelo instituto, pessoas plenamente capazes podem atribuir a decisão de

suas pendências e controvérsias, relativamente a direitos patrimoniais disponíveis, à decisão de um árbitro por elas escolhido, furtando-se assim de recorrer diretamente ao Poder Judiciário.

A convenção de arbitragem produz o efeito de desprezar a jurisdição ordinária em prol da jurisdição convencional ou privada. É a chamada eficácia negativa da convenção que ainda irradia, no que toca à cláusula compromissória (de forma inovadora no direito positivo brasileiro), a consagrada eficácia positiva, pois confere à parte o direito de exigir o cumprimento compulsório da obrigação de instituir a arbitragem.¹³

1.4 - Cláusula compromissória

Por sua vez, cláusula compromissória é a convenção mediante a qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (Lei nº 9307/96, art. 4º), cabendo estipular-se essa cláusula por escrito quer no próprio contrato, quer em documento apartado que a ele se referia (Lei nº 9307/96, art. 4º, § 1º).

Como podemos inferir, a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, no próprio contrato, ou em apartado que a ele se refira, não havendo que se falar em pacto verbal. Até porque, de acordo com o disposto no artigo 401 do Código de Processo Civil, a prova da existência do contrato, por meio único de testemunhas, somente é admissível naqueles em que o negócio jurídico não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foi celebrado.

Recentemente, em acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de outubro de 2002, nos autos da Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciando pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira evidenciou de forma cabal e incontroversa da necessidade de se pactuar por escrito, no próprio contrato, ou fora dele, a convenção de arbitragem, negando a homologação pleiteada em acórdão cuja ementa é a seguinte:

¹² MUNIZ, Tânia Lobo. *Op.cit.*, pp. 35-36.

¹³ MARTINS, Pedro A Batista. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p. 208.

EMENTA: SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II e 39, II; RISTF, artigo 217, I).
2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação da cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular.
3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

Pedido indeferido”.¹⁴

No voto condutor do aresto, sua Excelência, o Senhor Ministro Maurício Correia, em lição magistral, assim se manifestou:

“6. O cerne da questão está em saber se efetivamente as partes elegeram a LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION como órgão de arbitragem, daí decorrendo sua competência para proferir a sentença homologanda. Conforme exige expressamente o artigo 37 da Lei 9.307/96, o pedido de homologação deve vir instruído, obrigatoriamente, com a sentença arbitral estrangeira e a convenção de arbitragem.

7. Por outro lado, o artigo 38 da referida lei prevê as hipóteses em que a sentença estrangeira pode ter sua homologação negada pelo

¹⁴ *Sentença Estrangeira Contestada nº 6753-7*. Relator Min. Maurício Corrêa. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 04/10/2002.

Supremo Tribunal Federal. De todos os seus incisos subsume-se a existência da convenção de arbitragem, ou em outras palavras, que as partes tenham firmado cláusula compromissória ou haja compromisso arbitral, sem o que sequer pode cogitar-se de validade de sentença arbitral.

8. A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum.

9. Tal possibilidade, aplicável aos conflitos envolvendo interesses disponíveis, traduz-se, na realidade, em exclusão da jurisdição estatal. Deve, por isso mesmo, diante de sua excepcionalidade e importância, revestir-se de expressa e manifesta vontade dos contratantes, na forma do que estabelecem os artigos 4º, 5º e 6º da Lei de Arbitragem.

10. No caso concreto, é incontroversa a instrução do pedido com a sentença arbitral (fls. 78/102), transitada em julgado, estando centrado o litígio na existência efetiva da convenção de arbitragem a que alude o inciso II do artigo 37 da Lei antes referida. Para tanto, a requerente juntou aos autos os Contratos 2.303 e 2.786, lavrados em formulário padrão da Liverpool Cotton Association, em que as partes, teriam indicado *“expressamente, em cláusula compromissória, o LCA como Tribunal competente para dirimir quaisquer lides acerca daqueles contratos, cláusula esta que permaneceu inalterada em aditamento posterior”*(fl. 03).

(...)

12. Ainda assim, da análise desses contratos constata-se a inexistência específica de cláusula compromissória. O primeiro documento apresentado, refere-se ao **Contrato 2.786**, datado de 27 de maio de 1997, cuja tradução se encontra às fls. **46/51**. Todas as suas cláusulas, sem exceção, tratam de questões comerciais apenas, não se referindo, em momento algum, quer expressamente quer de forma

remissiva, à eleição de um juízo arbitral. A cláusula quarta invocada pela requerente não existe, e o aditivo contratual mencionado não consta dos autos.

13. O segundo documento acostado, na verdade o que seria o primeiro contrato, que tem o número **2.303**, traduzido às fls. **57/62**, foi redigido no mesmo “*formulário 1 do contrato de embarque internacional*” e tem idêntico conteúdo do contrato anterior, contendo as mesmas cláusulas relativas ao negócio, como quantidade de algodão, preço, seguro, prazo, responsabilidades recíprocas, condições de entrega e pagamento, entre outras. Nesse documento verifica-se o acréscimo da cláusula quarta, invocada pela requerente para justificar a instituição do juízo arbitral.

14. Está assim redigida, *verbis*: “**AS NORMAS DA LCA ANULAM TODAS AS NORMAS DESTE CONTRATO ONDE A JURISDIÇÃO FOR QUESTIONADA**” (fl. 59). Esse enunciado apenas declara nula qualquer outra previsão do próprio contrato – inexistente registre-se -, que de alguma forma questione a jurisdição da instituição. Por outro lado, pergunta-se, a que jurisdição se refere a previsão? Se de arbitragem do mencionado ajuste comercial, em que extensão pode ser ela exercida? Não há, nos autos, resposta para tais indagações.

(...)

19. De fato, não há nos autos qualquer prova de que a empresa compradora tenha concordado ou mesmo tomado ciência da existência de cláusula compromissória, seja por meio de troca de correspondências ou de quaisquer outros documentos que a tornassem expressa.

20. Ora, se a requerida não pactuou nenhuma cláusula compromissória, dando-lhe a sua adesão de modo formal e acabado, não pode ela prevalecer se instituída apenas por uma das partes, sobretudo pelas conseqüências que dela resultam, em especial a renúncia da jurisdição natural do estado.

21. Em que pese não se exija, ao menos segundo a lei nacional, uma forma solene rígida para a cláusula compromissória, é essencial que o ajuste, além de escrito, surja de uma comunhão de vontades. Admite-se, é certo, sua convenção mediante troca de correspondência, telegrama, fac-símile, ou outro modo expresso qualquer, desde que, conforme assevera Carreira Alvim, “*comprovada a proposta de uma das partes e a aceitação da outra*”.

22. A propósito, quando do julgamento da SEC 5.847, de que fui relator, DJ de 17/12/99, ao analisar a constitucionalidade dos artigos 6º e 7º da Lei 9.307/96, deixei clara a imprescindibilidade de cláusula compromissória expressa e firmada pelas partes, até para delimitação da abrangência, em relação ao contrato, da renúncia à jurisdição estatal ordinária. Como bem salientou Joel Dias Figueira Júnior, o “*juízo arbitral depende sempre da comprovação cabal de prévia existência de cláusula arbitral firmada pelas partes contratantes*”.

(...)

27. Por outro lado, verifica-se que a lei brasileira sobre o tema exige clara manifestação escrita das partes quanto à opção pela jurisdição arbitral (Lei 9.307/97, artigos 3º, 4º e 5º). Tanto que nos contratos de adesão requer-se destaque e a assinatura especial na cláusula compromissória e, nos ajustes remissivos não se dispensa que as partes reportem-se expressamente à opção. Não se admite, em consequência, até pela sua excepcionalidade, convenção de arbitragem tácita, implícita e remissiva, como se pretende.

(...)

32. Em conclusão, têm-se, em verdade, na espécie, tão-somente contratos de compra e venda comercial contraído verbalmente (fl. 209, *in fine*), em que as condições de preço, prazos de entrega e pagamento foram efetivamente acordados, nada existindo, contudo, que revele que as partes, por vontade própria e de comum acordo, elegeram de forma expressa e incontestável juízo arbitral para dirimir eventuais litígios decorrentes do negócio.

(...)

34. Assim sendo, não havendo sido demonstrado nos autos que as partes se sujeitaram, de forma legítima, às regras de arbitragem da LCA, não se pode ter a sentença homologanda estrangeira como proferida por juízo competente, razão pela qual procede a alegação de ofensa à ordem pública nacional. Restam, desse modo, desatendidas as exigências dos artigos 217, I do RISFT, 37, II, 38, I e II e 39, II da Lei 9.307/96, o que inviabiliza a homologação pretendida.

Ante tais circunstâncias, indefiro o pedido de homologação de sentença estrangeira e condeno a requerente ao pagamento das custas processuais e à verba honorária, que fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa¹⁵.

Por outro lado, antes do advento da Lei 9.307/96, os efeitos jurídicos da cláusula compromissória tiveram tratamento diversificado.

Num primeiro momento, afirmava-se ser ela mera promessa, a defender, para sua perfeição e execução, de novo e especial acordo das partes (artigo 9º do Decreto nº 3.900, de 26.06.1867).

Posteriormente, em face de pronunciamento de Clóvis Beviláqua no âmbito do Protocolo de Genebra de 1923, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer eficácia jurídica à cláusula compromissória unicamente para obrigar à parte inadimplente a perdas e danos.

Como assinala J. E. CARREIRA ALVIM,

“A doutrina nacional, antes da nova Lei de Arbitragem, via na cláusula compromissória um *pactum de compromitendo*, isto é, uma convenção celebrada entre os contratantes, pelo qual estipulavam que as divergências que viessem a surgir entre eles sobre um dado negócio jurídico (geralmente acerca da execução ou interpretação de um contrato) seriam resolvidas por meio da arbitragem. No entanto, os tribunais, seguindo a doutrina civilista de Clóvis Beviláqua, não conheciam valor vinculativo a esse pacto preliminar, vendo nele uma

¹⁵ *Sentença Estrangeira Contestada nº 6753-7*. Voto do Rel. Min. Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça de 04/10/2002.

simples obrigação de fazer (de celebrar o compromisso) que, descumprida, não comportava execução específica, rendendo apenas ensejo a perdas e danos (*Nemo praecise cogi potest ad factum* – Ninguém pode ser coagido a fazer alguma coisa)¹⁶.

Agora, com a Lei nº 9.307/96, a cláusula compromissória adquiriu eficácia positiva, com efeitos jurídicos próprios e capazes de afastar a jurisdição estatal. Dotou-se a cláusula arbitral de caráter imperativo e soberano, ao qual as partes se sujeitam, sendo os seus efeitos claros e precisos, quais sejam, derroga a jurisdição estatal, podendo o interessado buscar o resultado prático dela pretendido através da execução específica da obrigação.

Tanto que, existindo a cláusula,

“...as partes, tem a faculdade de exigir sua eficácia, justificando a intervenção judicial para a constituição definitiva da arbitragem, estabelecendo o compromisso arbitral e enviando as partes ao julgamento de árbitros; ou, se em descumprimento ao acordado, uma das partes iniciar ação perante o Judiciário, pode a outra defender-se invocando-a, e, comprovando sua existência, deve o juiz remetê-las aos árbitros. A cláusula tem como efeito principal **afastar a jurisdição do Estado**, se invocada pelas partes.

Ou seja, a cláusula compromissória **possui caráter obrigatório e efeito vinculante**, obrigando as partes a instituir a arbitragem. Assim, existindo a cláusula, em caso de negativa do outro contratante na instauração do juízo arbitral, poderá a parte interessada requerer, em ação própria (a execução específica), que seja firmada a cláusula arbitral (**art. 7º**)¹⁷.

Daí afirmar-se conveniente ao pactuar-se a cláusula compromissória ser esta exaustiva, de modo a limitar o poder discricionário do juiz no momento de definir e fixar os pontos referenciais do compromisso.

Como bem lecionar PEDRO A BATISTA MARTINS:

¹⁶ ALVIM, J.E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, pg.215.

¹⁷ MUNIZ, Tânia Lobo *Op. cit.*, pp. 87-88.

“Curial ressaltar que, a utilização do mecanismo processual previsto no art. 7º da Lei Marco Maciel é uma opção dada à parte, que poderá deixar de utilizá-la caso a arbitragem esteja sujeita ao regulamento de uma instituição arbitral, cujas regras contemplem medidas impositivas à parte resistente, que tornem desnecessária a cooperação do juízo estatal para suprir a declaração da vontade inadimplida.

Assim, prevista a intervenção da Câmara de Arbitragem, através de seu representante, para substituir a vontade da parte rebelde, e não afastada a aplicação desse dispositivo por cláusula expressa no contrato que contenha a cláusula compromissória, não precisará ser acionado o veículo legal previsto no artigo 7º da lei de arbitragem, dado seu caráter supletivo ou residual e a opção firme dos contratantes em desprezá-lo, em prol de outro meio equivalente, só que de cunho administrativo.

Segundo as *Rules of Arbitration* da ICC, em vigor a partir de janeiro de 1988, “*if one the parties refuses or fail to take part in the arbitration, the arbitration shall proceed notwithstanding such refusal or failure*” (art. 8,2).

Saliente-se que essa possibilidade não fere os princípios da Lei nº 9.307/96, pelo contrário, com eles coaduna-se, pois dá celeridade ao procedimento privado, evita a interferência do juízo estatal, e conforma-se com o disposto no art. 5º da referida lei.”¹⁸

Por isso é que a doutrina vem distinguindo entre *cláusula compromissória cheia ou completa da cláusula compromissória vazia ou incompleta*.

Considera-se *cláusula compromissória cheia* aquela em que as partes, valendo-se da faculdade contida no art. 5º da Lei de Arbitragem, reportam-se às regras de um órgão arbitral

¹⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. *Op. cit.*, p. 215.

ou entidade especializada, hipótese em que a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras; reputa-se *vazia* a cláusula que não se reporta às citadas regras, nem contenha as indicações para a nomeação de árbitros, de forma a possibilitar a constituição do juízo arbitral.¹⁹

De outra parte, 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 (Lei nº 9307/96, art. 4º, § 2º).

É que o contrato de adesão foge do tipo tradicional de contrato onde verifica-se a livre negociação das cláusulas. No seu caso, verifica-se que não há esta liberdade. Há tão somente a vontade de um dos contratantes. E como para se valer da arbitragem exige-se manifestação das vontades das partes contratantes, a lei condicionou a sua utilização no contrato de adesão caso a parte aderente tome a iniciativa de instituir o juízo arbitral ou concorde, de maneira expressa, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula, demonstrando, com isso, que aceita as cláusulas contratuais. Interessante salientar que, no que toca à outra parte, a cláusula é imperativa, bastando, para tanto, a vontade do aderente para que produza os efeitos de direito.

Destaque-se que o parágrafo segundo do artigo 4º da Lei de Arbitragem possibilitou pactuar-se nos contratos de adesão a cláusula compromissória ao contrário do estabelecido no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

.....

VII. determinem a utilização compulsória da arbitragem;”

Por outro lado, apesar de fazer parte do contrato, a cláusula compromissória é autônoma com relação ao mesmo. O contrato e a cláusula compromissória são independentes, de modo que a nulidade daquele não importa, necessariamente, na da cláusula compromissória e nem a invalidade desta importe na do contrato. Até porque se assim não

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo; Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 29 e 99.

fosse, argüida a nulidade da cláusula compromissória ou mesmo do contrato no qual está inserida, não mais produziria os efeitos, vedando a atuação do árbitro e retornando a apreciação ao Judiciário.

Como bem leciona TÂNIA LOBO DINIZ,

“A expressão da lei, seguindo a tendência mais moderna, dá aos árbitros competência para julgar e decidir acerca da existência, validade e eficácia, não somente da cláusula, mas também do contrato e da própria convenção de arbitragem no todo (**art. 8º e parágrafo único**). Vale dizer que, para que se discuta se há ou não contrato, cláusula ou convenção, é necessário que as partes instituem a arbitragem levando a apreciação da questão aos árbitros, que são os juizes de sua competência (**art. 20**), conservando-se assim sua independência”.²⁰

Aliás, é o que preceitua o artigo 8º da Lei de Arbitragem:

“Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro 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.”

1.5 - Compromisso arbitral

O compromisso arbitral é, nos termos do artigo 9º da lei em exame, “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

²⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. *Op. cit.*, pp. 98 -99.

Como podemos observar o elemento diferenciador entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral reside no fato de que, com relação à primeira, pactua-se em um contrato, o uso da arbitragem para solução de litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato, enquanto no compromisso arbitral as partes estão diante de um litígio, já definido e específico, judicial ou extrajudicial, cuja solução acordam submetê-la ao juízo arbitral.

Ou seja, quando surgida a pendência, as partes estabelecem sobre qual objeto recaem as dúvidas e as normas pelas quais irão se compor, se não o fizeram na cláusula compromissória. Pode ser contratada judicialmente, por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso o processo, devidamente assinado pelas partes ou por mandatário com poderes especiais e por seus respectivos advogados; ou extrajudicialmente, por instrumento público lavrado em tabelionato ou particular assinado pelas partes ou por quem legalmente as represente, estando munido do respectivo mandato com poderes especiais e por duas testemunhas. Tem necessariamente a forma escrita.

Segundo lição de CLÓVIS BEVILÁQUA:

“Podem ser objeto do compromisso quaisquer controvérsias jurídicas, já se achem ou não, submetidas ao exame dos representantes do Poder Judiciário. No artigo anterior, diz o Código Civil que o compromisso pode celebrar-se em qualquer tempo; de onde se infere que, se a questão já estiver submetida aos tribunais ordinários, o compromisso deve sustar o prosseguimento do processo, em qualquer instância. Neste caso, porém, ele se há de celebrar por termo nos autos perante o juiz, ou tribunal, por onde correr a demanda. Assiná-lo-ão as partes, ou seus representantes com poderes especiais. Dispensam-se as testemunhas, que somente são necessárias, quando o compromisso é celebrado por instrumento público ou particular.”²¹

O artigo 10 da Lei de Arbitragem alinha os requisitos obrigatórios do compromisso arbitral:

I – qualificação das partes: nome, profissão, estado civil e domicílio.

²¹ BEVILÁQUA, Clovis. Código Civil. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p.157.

II – qualificação do(s) árbitro(s) ou identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros.

III – a matéria objeto da arbitragem. Dado importante, na medida em que o objeto da arbitragem será o próprio fundamento desta, o que exige a perfeita indicação daquilo que será objeto da mediação e suas especificações para a solução de determinada pendência existente entre as partes. Veja-se a lição de J.M. DE CARVALHO SANTOS:

“Como requisito essencial para a validade do compromisso, exige o Código, como vimos, que conste do escrito o objeto preciso do litígio, que se submete ao juízo arbitral, com especificação de suas circunstâncias. O compromisso é ajustado para resolver uma pendência. A sua razão de ser, a causa determinante de sua existência não é senão a controvérsia que se quer dirimir. É lógico, pois, que a causa e a razão de ser do compromisso seja explícita e convenientemente precisada no ato escrito. Daí a lei exigir conste o objeto preciso no compromisso. A exigência da lei não vai ao ponto de querer que se desça a especificações minuciosas, contentando-se com uma especificação genérica, desde que aos árbitros seja fornecida por meio dela a indicação determinada e exata do objeto do compromisso. O que se quer é que o essencial seja determinado para, em confronto com o laudo dos árbitros, se ficar sabendo se eles não excederam no julgamento e se todos os pontos em litígio foram abordados”.²²

IV – o lugar onde será proferida a sentença arbitral, requisito importante para definição da nacionalidade da sentença, até porque, se estrangeira para seu reconhecimento no Brasil, importará na sua prévia homologação perante o Supremo Tribunal Federal(art. 35 da lei 9.307/96).

Além dos requisitos elencados no citado art. 10, o art. 11 alinha os seguintes elementos facultativos que poderão constar do compromisso arbitral:

²² CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. XIV, 9ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p.55.

I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem. As partes podem designar mais de um local, de acordo com o objeto e a conveniência para o levantamento dos fatos, coleta de provas e decisão, mas também podem deixar a critério dos árbitros que poderão decidir de acordo com a complexidade do objeto em litígio. A escolha é facultativa, levando-se em conta que é o local da sentença que designará sua nacionalidade.²³

II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes. Aqui, levanta-se a possibilidade de o julgamento ocorrer por equidade a critério das partes (art. 2º da lei 9.307/96). Estas poderão, no compromisso arbitral, autorizar que o(s) árbitro(s) julgue(m) por equidade. Note-se que o artigo 1.075 do Código de Processo Civil, revogado pela Lei de Arbitragem, dispunha que o compromisso poderia conter autorização aos árbitros para julgarem por equidade, fora das regras e formas de direito. Inexistindo tal pactuação, não haverá que se falar em julgamento por equidade, devendo este ser de direito. Destaque-se que tal permissão não obriga o árbitro ao proceder ao julgamento de tal forma nem o autoriza a violar a ordem pública.

III – prazo para apresentação da sentença arbitral. As partes podem estabelecer o prazo em que o(s) árbitro(s) deve(m) apresentar a sentença. Tal disposição constava do inciso I do artigo 1.075 do Código de Processo Civil. É que, dentre outros, o fator celeridade na arbitragem constitui elemento marcante, notadamente face a dinâmica das relações comerciais hoje existentes num mundo globalizado. Daí facultar-se as partes estabelecer um prazo para a apresentação da sentença de modo a não se permitir demora na solução da questão. Inexistindo tal previsão, prevalece o prazo estatuído do art. 23 da lei 9.307/96, qual seja,

“...seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”.

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes. Trata-se da opção pela lei nacional ou estrangeira, normas corporativas, princípios, usos, costumes e regras internacionais de comércio que se refere o art. 2º da lei em comento e que irão reger a arbitragem.

V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas com a arbitragem; e

²³ MUNIZ, Tania Lobo. *Op. cit.*, p.93.

VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

As partes poderão pactuar de quem será a responsabilidade por tais ônus. Destaque-se que a ausência da declaração consignada no item “V” acima, em nada prejudica. É que o art. 27 da comentada lei prevê a sentença arbitral decidirá, dentre outros, sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas coma a arbitragem. A declaração apenas está prevista para, se for o caso, facilitar para as partes, a utilização da alternativa arbitral. No caso de inadimplência no pagamento dos honorários do árbitro ou árbitros, se pactuados na convenção, esta constitui título executivo extrajudicial, podendo ser executado perante o órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originalmente, a causa. Não havendo a pactuação, o árbitro ou árbitros poderá se valer do mesmo órgão do Poder Judiciário, promovendo ação para sua fixação e cobrança. Tudo conforme parágrafo único do art. 11 da Lei nº 9.307/96.

Cabe aqui ressaltar o entendimento do Dr. CLÁUDIO VIANNA LIMA, segundo o qual:

“...é oportuno que se veja que há outras condições facultativas que o art. 11 não prevê, mas que a própria lei, em diferentes passagens, permite às partes. Assim:

1º A imediata nomeação dos eventuais substitutos dos árbitros (ou ÁRBITROS SUPLENTEs) no compromisso, na forma dos artigos 13, § 1º, no seu final, combinado com o art. 16, §§ 1º e 2º, e, também, com o art. 7º, evitando a ação na Justiça comum, com todos os seus inconvenientes, para se escolher, contenciosamente, o substituto;

2º A declaração, expressa, de não aceitar a parte, que assim o desejar, substituto para o árbitro que falecer ou ficar impossibilitado de dar seu voto, nos termos do art. 12, II, combinado com os artigos 16 § 2º e 7º da Lei de Arbitragem. Cabe alertar que, no caso, a arbitragem, ocorrendo a morte ou a impossibilidade do árbitro em dar o seu voto, se inviabilizará. Mas se foge da ação na Justiça, que no comum das vezes, não é de se desejar, na medida em que delonga a solução do conflito, pois a justiça decidirá, tão-só, a questão relativa à

substituição do árbitro, e não a questão principal submetida à arbitragem”.²⁴

O artigo 12 da comentada lei alinha três causas de extinção do compromisso arbitral:

I – escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto.

II – falecendo ou ficando impossibilitado de dar o seu voto alguns dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto.

Ocorrendo as hipóteses elencadas (escusa, falecimento de árbitro ou impossibilidade de dar seu voto) caso as partes já tiverem indicado substituto, procede-se à troca. Caso contrário, podem escolher novo árbitro de comum acordo ou se valer da via judicial utilizando o procedimento consignado no artigo 7º da Lei de Arbitragem, no que couber. No entanto, uma vez pactuado entre as partes, expressamente, não aceitar a substituição de árbitro, a recusa de qualquer dos árbitros antes da aceitação da nomeação, seu falecimento ou sua impossibilidade de dar o seu voto, importará na extinção do compromisso arbitral. É que, geralmente, esta hipótese decorre de escolha personalíssima pela confiança que as partes depositam no(s) árbitro(s).

III – tendo expirado o prazo a que se refere o artigo 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para prolação da sentença arbitral.

Este dispositivo objetiva garantir um dos benefícios buscados na arbitragem: a celeridade.

Como bem leciona PEDRO A BATISTA MARTINS,

“...caracterizado o descumprimento pelo árbitro, será este passível de responsabilização por perdas e danos, vez que o processo arbitral restará, de todo, prejudicado e a sentença arbitral não produzirá efeito jurídico algum já que maculada pelo vício da nulidade, conforme determina o inciso VII, do art. 32 da lei de arbitragem.

²⁴ LIMA, Cláudio Vianna de. *Curso de Introdução à Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 78-79.

Com a comprovação do dano e o arbitramento das perdas pode se tornar impreciso, ou resultar de difícil aplicação prática, cabe às partes pré-fixar essa compensação, no compromisso, ou reduzi-la à pena de não recebimento dos honorários ajustados com o árbitro.

Tendo em vista que o compromisso é de natureza contratual, onde se estabelecem os direitos e as obrigações das partes, não há que se negar a possibilidade acima mencionada da fixação de multa compensatória ou, simplesmente, moratória, pelo não cumprimento, pelo árbitro, do termo final da arbitragem.

Registre-se que a penalidade em questão não se confunde com outras extracontratuais, que o árbitro possa vir a sofrer e que o sujeita, inclusive, às sanções de natureza criminal”.²⁵

1.6 - A sentença arbitral.

Considera-se instituída a arbitragem quando o árbitro aceita sua nomeação sendo que, se vários, quando todos aceitarem suas respectivas nomeações. A partir de então, investe-se o árbitro da função de juiz, nascendo seus deveres e direitos, em relação às partes e ao Estado e passando o juízo arbitral a produzir efeitos.

Sua competência é delimitada e decorre do compromisso arbitral e da lei, pela qual o poder público o investe desta outorgando-lhe autoridade para emitir julgamento e produzir norma válida e eficaz e atribuindo à sua decisão força de sentença sem necessidade de qualquer revisão ou apreciação pelo Poder Judiciário. É o que preceituam os artigos 18 e 31 da Lei de Arbitragem:

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

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

É através da sentença arbitral que o árbitro exterioriza o seu livre convencimento acerca dos fatos apurados na arbitragem. Para tanto, deve estar balizada nos parâmetros e critérios delineados na convenção arbitral, além de preencher os requisitos legais insculpidos nos artigos 23 a 26 da Lei de Arbitragem, o que importa na apreciação das provas produzidas, dos fatos e argumentos trazidos pelas partes.

HAMILTON DE MORAES E BARROS discorrendo acerca do tema, assim se posicionou:

“Não é o laudo um julgamento de plano, uma decisão arbitrária, e muito menos caprichosa, inteiramente dissociada dos termos da controvérsia. Mesmo que esteja autorizado a decidir por equidade, “ex bono et aequo”, tem o árbitro de fundamentar a sua decisão, dizendo os fatos a que se apegou, os existentes e os inexistentes, bem como os motivos por que chegou a uma determinada solução. Decisão é o fim de um raciocínio e não o resultado de um jogo”.²⁶

Como dito anteriormente, a sentença arbitral há de observar os requisitos elencados nos artigos 23 e 26 da Lei 9.307/96.

O artigo 23 ressalta a necessidade da sentença arbitral ser proferida no prazo estipulado pelas partes ou, na ausência de convenção a respeito, no prazo de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou substituição do árbitro, prevendo, ainda, a prorrogação de dito prazo de comum acordo entre partes e árbitros.

O artigo 24 aduz que “a decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito”. Ou seja, a lei impõe a forma escrita, pena de ser considerada inexistente, enquanto decisão jurisdicional. No caso da arbitragem colegiada, a decisão será proferida por maioria, facultando-se ao árbitro divergente declarar o seu voto em separado. E se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral haja vista ser um imperativo categórico que seja dada uma solução ao conflito submetido à arbitragem.

A propósito do tema, J. E. CARREIRA ALVIM leciona:

²⁵ MATINS, Pedro A Batista. *Op. cit.*, p.224.

²⁶ BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 1980, p.150.

“Como o juízo arbitral pode ser composto de um único árbitro ou de mais de um, tratando-se de tribunal – que só pode ser ímpar -, a decisão é tomada por maioria simples de votos. Aliás, é o que diz a primeira parte do § 1º do art. 24 da Lei de Arbitragem: “Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria.” O *quorum* só pode ser da maioria do tribunal, na sua composição plena, de modo que, sendo três, decide-se por dois a um.

Determina a última parte do § 1º do art. 24 da Lei de Arbitragem que, “se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do *presidente* do tribunal arbitral”; justifica-se essa solução porque, se fossem três os votantes, cada um pode proferir uma decisão diferente. Pode, também, o terceiro árbitro só vir a votar se houver empate, e, mesmo assim, aderindo ao voto de um dos árbitros, sem poder de proferir voto diverso. Tudo depende do sistema jurídico ou da convenção das partes. Diante do texto expresso da lei brasileira torna-se impossível outra solução que não a legal”.²⁷

O artigo 25 prevê a suspensão do procedimento arbitral na hipótese de sobrevir, no curso da arbitragem, controvérsia acerca de direitos indisponíveis de cuja existência, ou não, dependerá o julgamento quando, então, o árbitro ou tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário para resolução da questão prejudicial. Resolvida esta, e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Já o artigo 26 alinha os requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio.

O relatório constitui a parte da sentença arbitral em que são identificadas as partes e feito uma síntese do litígio e dos principais incidentes ocorridos no curso do procedimento, e a solução que lhes foi dada.

Como bem leciona ROZANE DA ROSA CACHAPUZ,

²⁷ ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, p.415.

“O relatório a ser feito pelo árbitro visa esclarecer todas as situações que aconteceram durante a Arbitragem, inclusive na instrução desta. Faz-se, assim, um resumo do litígio, objeto da Arbitragem, declinando-se, ainda, os nomes das partes, a fim de individualizá-las. Cumpre o relatório dupla função: tecnicamente, serve para identificar o litígio que esta sendo dirimido, estabelecendo os parâmetros e as balizas da sentença; psicologicamente, mostra aos contendentes que as suas razões foram levadas em conta e devidamente analisadas para chegar-se a uma decisão”.²⁸

II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade.

A motivação das decisões é uma garantia constitucional insculpida no inciso IX do artigo 93 da Carta Magna e tem a finalidade de esclarecer as partes acerca dos motivos que formaram o convencimento do árbitro. É nela onde encontra-se exposta a base lógico-jurídica do julgamento, as premissas claramente fixadas e o enquadramento dos fatos nos dispositivos legais aplicáveis. É na motivação que o julgador apresenta sua convicção, as razões do seu efetivo convencimento, resultado de tudo que presenciou, observou e pôde extrair das audiências e dos autos do processo arbitral.²⁹

III – o dispositivo, em que os árbitros resolverão questões que lhe forem submetidas e estabelecerão o prazo para cumprimento da decisão, se for e caso.

O dispositivo é a parte em que o árbitro resolve a questão pondo fim ao conflito de interesse.

No dispositivo, portanto, o árbitro julgará procedente ou improcedente a pretensão (pedido) das partes, com as respectivas conseqüências a cargo do autor ou do réu, inclusive a responsabilidade pelas custas e despesas com a arbitragem e verba decorrente da litigância de má-fé (art. 27, LA). A verba honorária devida aos árbitros deve ser fixada no compromisso ou pelo Poder Judiciário (art. 11, parágrafo único, LA); compreendem-se, contudo, nas despesas, os honorários dos peritos.³⁰

IV – a data e o lugar em que foi proferida.

²⁸ CACHAPUZ, Rosane da Rosa. *Op. cit.*, p. 190-191.

²⁹ MARTINS, Pedro A Batista. *Op. cit.*, p. 392.

³⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Op. cit.*, p.419.

Importante para determinar-se a nacionalidade da arbitragem e o prazo para sua apresentação.

Por fim, deve a sentença ser assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros, cabendo ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Assim, proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

CAPÍTULO II – CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALIDADE

2.1 – A Constituição

A Constituição é considerada a lei maior, a lei fundamental de um Estado, a organização de seus elementos essenciais.

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto, for, enfim, conteúdo básico referente a composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição.³¹

Do ponto de vista formal, a Constituição é aquela consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos e formalidades especiais previstos no texto constitucional.

A Constituição de 1988 quanto ao conteúdo é formal; quanto à forma, escrita; quanto ao modo de elaboração, dogmática; quanto à origem, democrática; quanto à estabilidade, rígida; quanto ao modelo, dirigente; quanto à dogmática, eclética; e quanto ao tamanho, analítica.

A Constituição é a lei maior do país, localizando-se no vértice do sistema jurídico pátrio. É que as normas integrantes de dado ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide legal. E no ápice dessa pirâmide tem-se a Carta da República.

A supremacia da Constituição decore de sua própria origem, pois provém de um poder constituinte originário, de natureza absoluta, bem como do seu caráter de rigidez, sobrepondo-se as normas constitucionais em relação a todas as demais normas jurídicas.³²

Estando, pois, no ápice da pirâmide legal, a Constituição faz com que todas as demais normas que integrem o ordenamento jurídico a ela se conforme.

Até porque, é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Além disso, nas constituições rígidas se verifica a superioridade da norma magna em relação àquelas produzidas pelo Poder Legislativo, no exercício da função

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, p. 63

³² PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p.16.

legiferante ordinária. Dessa forma, nelas o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la.³³

É, pois, na idéia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País e em sua rigidez é que repousa o fundamento do controle de constitucionalidade.

2.2 – Constitucionalidade das leis

Constitucionalidade é a qualidade do que é constitucional, ou seja, é a compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, tanto sob o aspecto formal como material.

A *norma é constitucional sob o aspecto formal* quando a lei ou ato normativo obedeceu as regras referentes ao *Processo Legislativo*, constantes da Constituição. Quando cumpre os requisitos *subjetivos* (fase introdutória do processo legislativo - iniciativa) e *objetivos* (fase constitutiva e complementar do processo legislativo).

Como leciona o Professor ALEXANDRE DE MORAES,

*"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional (arts. 59 a 69, da Constituição Federal)"*³⁴.

Em apertada síntese, poder-se-ia dizer que a norma será constitucional, *sob o aspecto material*, quando o seu objeto for compatível com a Constituição.

A inconstitucionalidade (situação inversa da constitucionalidade), como o próprio nome diz, é a contrariedade à Constituição. Dá-se quando inobservados os aspectos formais ou materiais estabelecidos pela Carta Magna.

Somente se poderá falar em constitucionalidade ou inconstitucionalidade se houver instrumentos eficazes de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Este controle, no Brasil, funda-se pelos princípios da Supremacia da Constituição e da Rigidez Constitucional. Se a Constituição não é rígida, ou seja, se não possui requisitos rigorosos para

³³ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p 567.

³⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p 569.

que possa ser alterada, nunca estará num plano hierárquico superior às demais normas. Por outro lado, se não existissem mecanismos de controle de constitucionalidade, o legislador ficaria livre para criar quaisquer disposições legais e, igualmente, perderia o sentido a classificação das normas em constitucionais e infraconstitucionais³⁵.

Como lecionou o Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, citando Dostoievski:

“Se Deus não existe, então tudo é permitido”³⁶.

No Brasil, adotou-se o controle de constitucionalidade jurisdicional misto: o preventivo e o repressivo.

O preventivo, cuja finalidade é impedir o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais, opera-se em duas hipóteses:

- 1 – nas comissões de constituição e justiça.
- 2 – com o veto jurídico.

A primeira hipótese refere-se às comissões constituídas na forma e com as atribuições previstas nos respectivos regimentos ou ato de que resultar sua criação (artigo 58, da Constituição Federal). Os Regimentos Internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, prevêm, nos seus artigos 32, III e 101, respectivamente a *comissão de constituição e justiça e de redação* e a *comissão e constituição, justiça e cidadania*, com competência, dentre outras, de opinar sobre a constitucionalidade das matérias que lhe são submetidas.

A segunda hipótese versa sobre o veto jurídico. Trata-se da participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, previsto no artigo 66, § 1º, da Constituição da República:

“Art. 66 – (...)

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto”.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 581.

Ao Poder Judiciário cabe o controle (repressivo) da lei ou ato normativo editados perante a Constituição Federal, que se dá na forma difusa ou concentrada.

Na forma difusa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.³⁷

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965. Foi ela quem deu ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal e estadual em ação direta, proposta pelo Procurador-Geral da República, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade em tese, independentemente de lesão a direito individual. Destaque-se que na ação declaratória de inconstitucionalidade - ADI não há partes, é processo objetivo, ou seja, o interesse processual é genérico: interesse público de manter a ordem jurídica íntegra.

Ao apreciar uma ação declaratória de inconstitucionalidade, surge a possibilidade do Supremo Tribunal Federal prolatar decisão:

1 - deferindo o pedido.

Neste caso, a Excelsa Corte atua como legislador negativo, acolhendo o pedido, julgando-o procedente e extirpando a norma do nosso ordenamento jurídico.

2 - deferimento parcial.

Aqui abrem-se duas possibilidades:

2.1 – com redução de texto.

Nesta hipótese, o Supremo Tribunal Federal subtrai a parte do texto eivada de inconstitucionalidade.

2.2 – sem redução de texto.

O Supremo Tribunal Federal, sem reduzir o texto, dá à norma uma interpretação conforme à constituição, observados os termos da Representação nº 1.417:

“Representação de inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 65 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, introduzido pela Lei Complementar nº 54/86.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 156 - 160.

- O princípio da **interpretação conforme a Constituição** (Verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle de constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação.

A aplicação deste princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como **legislador negativo**, mas não tem o poder de agir como **legislador positivo**, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da **interpretação conforme a Constituição**, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

- Em face da natureza e das restrições da **interpretação conforme a Constituição**, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que converter-se, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta.

- No caso, não se pode aplicar a **interpretação conforme a Constituição** por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.

- O § 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 35/79, acrescentado pela Lei Complementar nº 54, de 22-12-86, é inconstitucional, quer na esfera federal, quer na estadual. Violação

³⁷ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 577.

dos artigos 57, II, 65 e 13, III e IV, bem como seu § 1º, da Carta Magna.

Representação que se julga procedente, para se declarar a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 65 da Lei Complementar nº 35/79, introduzido pela Lei Complementar nº 54, de 22-12-66.”³⁸

De outra parte, o § 2º do artigo 103 da CF/88 criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, **verbis**:

“Art. 103 – (...)

§ 2º. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Tal ação objetiva suprimir omissão do legislador que deixar de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais.

Neste caso, não se declara “nulidade”. O STF apenas declara a inconstitucionalidade por omissão e dá ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. Vale destacar que, em se tratando de órgão administrativo, referidas providências deverão ser tomadas em trinta dias.

Pode ser declarada a inconstitucionalidade por omissão de uma lei que tratou de forma incompleta um assunto que deveria regular. Nesse caso, dando uma interpretação conforme a constituição, o Supremo Tribunal Federal a interpretação com bem entender, observados os limites balizadores do retrocitado princípio.

Novo instrumento veio a ser introduzido pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, ao dar nova redação ao inciso “I” do artigo 102 da Constituição, conferindo ao Supremo Tribunal Federal competência originária para o processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (não há falar em lei ou ato normativo estadual), legitimando-se para a sua propositura tão-só o Presidente da República,

³⁸ Representação nº 1.417, publicada na RTJ 126, p. 48-71.

as Mesas da Câmara dos Deputados e Senado Federal e ao Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º, CF/88).

A ação declaratória de constitucionalidade consiste em típico processo objetivo destinado a afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, busca preservar a ordem jurídica constitucional.³⁹

Pressuposto básico para a sua propositura é a demonstração de “comprovada controvérsia judicial”.

Acrescentou-se ao artigo 102 da Constituição Federal de 1988 o § 2º, cujo teor é o seguinte:

“Art. 102 – (...)

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

Vê-se que o dispositivo reporta-se a “decisões definitivas de mérito” com eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Vale dizer, aqui não se cuida de mera consulta acerca da constitucionalidade ou não de determinada lei. O STF, ao apreciar o pleito decide (no exercício de sua função judiciária), como entender de direito, em face da Constituição, podendo a decisão definitiva ser pela procedência ou improcedência da ação declaratória. Se improcedente, declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal que lhe foi submetido a exame.

Declarada a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal pelo STF, em ADC, os juízes e tribunais “a quo” ficam inibidos de emitir entendimento diverso do decidido pela Excelsa Corte. É que caso haja pronunciamento diverso, caracterizado estará o desrespeito à decisão com eficácia “erga omnes” e vinculante, abrindo ensejo ao ajuizamento de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, “ex vi” do disposto no art. 102, I, “I”, da Constituição Federal e artigos 156, e 161, III, do RISTF.

³⁹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 624.

Tanto a ação declaratória de inconstitucionalidade quanto a ação declaratória de constitucionalidade têm o seu processamento disciplinado na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Após estas breves considerações a respeito da constitucionalidade e/ou inconstitucionalidade da norma, passaremos à análise dos princípios constitucionais de que lançam mão os adeptos da inconstitucionalidade da arbitragem.

2.3 – Princípio da Inafastabilidade do Controle Judiciário.

Constitui um dos sustentáculos do Estado de Direito.

Previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Foi na Carta de 1946, no seu artigo 141, § 4º, que, pela primeira vez, previu-se, expressamente, a garantia de amplo acesso à justiça, 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 da ampla defesa, pronunciando-se, a final, contra elas, decisões sumárias, finais e impositivas, insustentáveis de reexame pelo Judiciário. Vê-se, pois, que a intenção do constituinte de 1946 foi no sentido de proibir que a lei, e não os cidadãos, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário.

Tal dispositivo foi mantido nas Constituições de 1967, artigo 150, § 4º, e 1969, artigo 153, § 4º. Finalmente, a Constituição de 1988 o consagrou em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Trata-se de imperativo destinado a todos no sentido de que ninguém será privado de levar qualquer pretensão ao Poder Judiciário.

Como se sabe, o Estado chamou para si o exercício da função jurisdicional. Cabe-lhe, pois, dirimir as lides, de acordo com a norma jurídica reguladora do conflito de interesses. Contudo, a jurisdição é inerte, necessitando de provocação do titular de uma pretensão resistida de determinado caso concreto. Assim o fazendo, estará ele exercitando um direito, o direito de ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional. Até porque, ressalvadas as exceções previstas em lei, “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais” (artigo 2º do Código de Processo Civil).

Como bem leciona ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e outros:

“Trata-se de direito ao provimento jurisdicional, qualquer que seja a natureza deste – favorável ou desfavorável, justo ou injusto – e, portanto, direito de natureza abstrata. É, ainda, um direito autônomo (que independe da existência do direito subjetivo material) e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material. Nesse sentido é conexo a uma situação jurídica concreta”.⁴⁰

2.4 – Princípio do Juiz Natural.

Previsto no artigo 5º, incisos XXXVI e LIII, da Constituição Federal dispõe:

“Art. 5º.

(....)

XXXVI – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

Significa que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas legais. Ou seja, fixada a competência do órgão judiciário, o juiz natural nele investido não pode ser afastado da condução e julgamento do processo, observadas, evidentemente, as exceções legais. Tanto que a Constituição proíbe, expressamente, a instituição de tribunais de exceção, instituídos para o julgamento de certas pessoas ou de crimes de determinada natureza sem previsão.

Vejamos a lição de JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO a respeito:

“O conceito de juiz natural existe em função de dois grandes princípios: a) o da **legalidade** (a abstração do ordenamento jurídico impede, na lição de Piero Calamandrei que “a escolha dos juízes seja

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p.227.

feita “ad personam”, de forma a anular-lhes antecipadamente a independência e a imparcialidade) e b) o da **igualdade**.

A adoção do princípio do juiz natural (também denominado **juiz legal, juiz competente** ou **juiz constitucional**) leva às seguintes conseqüências jurídicas: a) ficam vedados os juízos extraordinários, constituídos **após o fato**, para o julgamento de determinados casos ou pessoas. Proscvem-se, destarte, os juízos “ad hoc” e os tribunais de exceção; b) fica subtraído ao controle do Poder Executivo o mecanismo de substituições, convocações e designações de juízes, a ser exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário; c) a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais são uma decorrência natural do princípio do juiz legal; d) somente os órgãos dotados de poder jurisdicional, previstos pela Constituição, é que se conformam ao princípio do juiz natural; e) o princípio do juiz natural também diz respeito a outros órgãos, estabelecidos na Constituição, como o poder de julgar, situados, porém, fora do âmbito do Judiciário, tais como o Senado Federal, nos casos de “impeachment” e os tribunais administrativos nas hipóteses de contencioso administrativo em sentido próprio, cujas decisões são finais e insuscetíveis de revisão judicial (v. art. 205, da EC 1 à Constituição de 1967).

A norma constitucional brasileira garante a todos o direito de serem julgados pelo seu **juiz natural**, ou seja, pelo juiz legalmente preconstituído.

Juiz natural, em essência, é aquele cuja competência foi estabelecida por uma norma anterior ao fato e que seja constitucionalmente legítima.

Esse princípio opõe-se a que o juiz venha a ser designado “a posteriori”, em relação a uma determinada controvérsia.

Constitui entendimento doutrinário predominante o de que o juiz natural é o juiz instituído com base em critérios gerais fixados antecipadamente, e não tendo em vista determinados litígios ou certas pessoas.

Historicamente, o conceito de juiz natural se põe em estreita relação com a garantia do direito de liberdade reconhecido ao indivíduo, projetando-se, portanto, tal princípio, no âmbito do Direito Processual Penal.

O princípio da naturalidade objetiva garantir a **independência** e a **imparcialidade** do ofício jurisdicional, assegurando, desta forma, ao indivíduo a sua situação ou posição de liberdade.

A função da norma constitucional, ao acolher o princípio do juiz natural, foi a de impedir que se registrasse o fenômeno da ingerência do Poder Executivo no exercício da atividade jurisdicional.

Para Taormina, é inegável a aplicabilidade do princípio da naturalidade do juiz ao **processo civil**, eis que a sua verdadeira “ratio” consiste na garantia de independência e de imparcialidade do magistrado, que possa apreciar serenamente o conflito de interesses. Também no processo civil as partes fazem jus a uma decisão imparcial”.⁴¹

2.5 – Princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa.

Estatuídos no artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal nos termos seguintes:

“Art. 5º.

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”;

⁴¹ FILHO, José Celso de Mello. *A Tutela Judicial da Liberdade*. Revista dos Tribunais, volume 526, p.291/302.

O princípio do devido processo legal remonta à “Magna Charta Libertatum” de 1215, figurando nas Emendas V e XIV à Constituição Americana de 1787 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo XI, nº 1.⁴²

O Devido Processo Legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁴³

O princípio do contraditório e da ampla defesa assegura ao réu condições de trazer ao processo todos os elementos que levem ao esclarecimento da verdade assim como o de omitir-se e calar-se, se entender necessário.

O contraditório se insere no contexto da ampla defesa, a ponto de quase com ela confundir-se, considerando-se que não há como uma defesa não ser contraditória.

Por sua vez, MARIA SYLVIA ZANELLI DI PIETRO leciona que:

“O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta.

O princípio do contraditório supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Ele exige: 1) notificação dos atos processuais à parte interessada; 2) possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3) direito de assistir à inquirição de testemunhas; e 4) direito de apresentar defesa escrita.”⁴⁴

É através da manifestação da parte interessada, dos elementos colacionados ao processo, que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório. É pela afirmação e

⁴² Artigo XI, nº 1: Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

⁴³ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p.121.

⁴⁴ PIETRO, Maia Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 10ª ed., Atlas, p. 412.

negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente.⁴⁵

2.6 – Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Insculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estatui que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Possibilita a revisão, através de recurso próprio, dos processos julgados pelo juiz de primeiro grau.

Funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir-se sua reforma em grau de recurso.

Destaque-se que inexistente a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. É posto à disposição das pessoas que poderão não fazer uso do mesmo caso resolvam abrir mão de tal garantia.

A própria Constituição prevê hipóteses em que inexistente o duplo grau de jurisdição. Exemplos clássicos são a inexistência de recursos contra a decisão do Senado Federal no julgamento de crimes de responsabilidade (artigo 52, I, CF) e de decisão do Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns em que figure o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (artigo 102, I, b, CF). E, na legislação infraconstitucional, os artigos 26 e 74 da Lei 9.099/95 e os artigos 92 e 328, inciso VII do Regimento do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 18ª ed., 1997, p. 226.

CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe significativas mudanças relativas ao Juízo Arbitral notadamente a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juízo togado da decisão arbitral e sua irrecorribilidade, a ponto de travar-se discussões doutrinárias e judiciais acerca da constitucionalidade da nova “roupagem” dada ao instituto. Para alguns, a Lei de Arbitragem violou os princípios da inafastabilidade do controle Judiciário, do juízo natural, da impossibilidade de criação de juízo ou tribunal de exceção, do devido processo legal, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição elencados no artigo 5º da Constituição Federal. O que, com a devida vênia, ousou discordar.

3.1 – Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

No que toca ao artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, pode-se extrair a conclusão de que o comando legal ali insculpido está dirigido ao legislador e não ao jurisdicionado. Na realidade, objetivou-se proteger o cidadão de eventuais abusos do Estado, garantido-lhe o direito de ação.

De outra parte, a Constituição, em momento algum, estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ninguém está obrigado, necessariamente, a levar suas demandas ao Judiciário. Trata-se, na realidade, de uma faculdade assegurada a todo cidadão de acesso à Justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito seu. E em se tratando de direitos disponíveis, nada impede que a pessoa física ou jurídica, venha a transigir a respeito dos mesmos, pactuando formas extrajudiciais de solução dos seus litígios.

Como bem leciona TÂNIA LOBO DINIZ:

“Na Constituição Brasileira, vigente atualmente, a proibição contida no art. 5º, XXXV visa proteger o cidadão de eventual desvio cometido pelo Executivo ou Legislativo. Nos casos de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal não podem as autoridades vedar ao cidadão o acesso à jurisdição do Estado, mas estes podem escolher,

dentro do âmbito de sua liberdade, da autonomia da vontade, se renunciam ou não.”⁴⁶

Por sua vez, ROZANE DA ROSA CACHAPUZ, apreciando a controvérsia à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, conclui:

“Pode-se concluir então, que a Arbitragem é uma opção concedida pelo sistema normativo vigente e, portanto, de faculdade oferecida às partes litigantes para buscarem essa forma alternativa de solução de conflitos. A inconstitucionalidade ocorreria se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a buscar a solução dos seus conflitos de natureza patrimonial por intermédio do juízo arbitral, o que significaria a inadmissível exclusão e, aí sim, afronta ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal”.⁴⁷

Há de salientar-se que o projeto de lei relativo à Lei 9.307/96 tramitou regularmente no Congresso Nacional passando, necessariamente, pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados que concluiu pela sua constitucionalidade. Vejamos tópicos do voto do Deputado RÉGIS DE OLIVEIRA, relator, acerca do tema:

“Impõe-se a análise do um primeiro problema que diz respeito à Constitucionalidade do projeto. Não atingiria ele a jurisdição, de forma a infringir a Constituição da República? Dispondo o inciso XXXV do at. 5º que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, não reservou a esse Poder o monopólio da jurisdição (...), a resposta é negativa. Não se pode descartar a natureza jurisdicional da arbitragem, uma vez que tem como escopo básico a composição dos litígios, e sua decisão adquire força de coisa julgada, art. 31 do projeto.

Note-se, entretanto, que o Poder Judiciário não rejeita a participação da sociedade ou do povo na prestação jurisdicional. Ao

⁴⁶ Muniz, Tânea Lobo. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁷ Rachapuz, Rasane da Rosa. *Op. cit.*, p. 47.

contrário, admite-a em diversos instantes. Em primeiro lugar, atente-se à instituição do júri na participação dos vogais na Justiça do Trabalho, da solução administrativa antes da jurisdicional, quando determina a solução (ininteligível) exaurível antes do recurso ao Judiciário, na admissão expressa de juízes leigos ou de juízes de paz também leigos.

(...)

Vê-se por consequência, que o instituto da arbitragem é, não só uma exigência moderna, como não atinge o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. Ao contrário, é mais uma oportunidade de participação leiga na prestação da justiça.(...)

É que, no caso da arbitragem, as relações jurídicas resolvem-se pela livre vontade das partes. Enquanto não há invasão ao direito que deva ser solucionado pela intervenção do Estado, o Estado mantém-se alheio à demanda. Apenas quando houver a possibilidade de lesão a direito ou efetivação dessa é que intervém o Estado juiz.

Vê-se claramente que não há superação do Poder Judiciário. Ao contrário, é ele chamado, convocado, sempre que houver necessidade da invasão da esfera jurídica íntima de uma das partes da cláusula compromissória.(...)

Não há, como se percebe, qualquer inconstitucionalidade no projeto em relação à quebra da cláusula pétrea..(..).

Vê-se, pois, que não resta qualquer dúvida sobre a constitucionalidade do texto em análise.(...) Caso incorra qualquer dúvida sobre o direito e as partes aceitem a solução sem qualquer controvérsia, saneia-se o problema como qualquer outra decisão dada entre as partes. Se estes concordam na solução, opera-se a pacificação da lide ao lado do Judiciário. Nem se pode dizer que a decidibilidade social seja de menor importância que a judicial. As lides são compostas amigavelmente, o que acelera o processo decisório e de pacificação. Apenas no confronto é que se busca o Judiciário. É o caso do projeto em tela. Tal como as lides são pacificadas socialmente, da mesma forma busca-se o árbitro informal para a solução das

pendências. Enquanto a solução é buscada e encontrada informalmente, o Judiciário mantém-se ao lado dela, mas permanece como poder, sobranceiro e à disposição das partes, para a solução da querela, quando do conflito e quando dele decorre lesão ou ameaça de lesão”.⁴⁸

E, uma vez submetido o projeto de lei ao crivo do Presidente da República (artigo 66 da Carta da República) este o sancionou, afastando, com isso, a incidência das hipóteses de veto elencadas no artigo 66, § 1º da Constituição Federal (inconstitucionalidade ou contrário ao interesse público).

Destaque-se que a matéria já foi apreciada em 14 de novembro de 1973 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181, Relator o Senhor Ministro BILAC PINTO. No seu voto, sua Excelência assim se manifestou, citando CASTRO NUNES:

“Seria, ainda, inconstitucional o Decreto-lei 9.521, por ter estabelecido a irrecorribilidade da sentença arbitral, com o que se afrontaria a norma do § 4º do citado art. 141 da Constituição vigente, posto que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

A isso responde CASTRO NUNES:

“o caráter consensual do compromisso arbitral está mostrando que a ele não diz respeito a *garantia* do § 4º, que supõe, ao seu natural, o *desacordo* das partes, assegurando-lhes o acesso aos tribunais. O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a Juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo. Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato de sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se

⁴⁸ Ata 57ª Reunião ordinária da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, realizada em 23.08.1995. Publicada no diário da Câmara dos Deputados – Suplemento, em 20.05.1996.

entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional.

É certo que o negócio jurídico pode exigir (e isso só pode ocorrer, aliás, em se tratando de causa em que seja parte a Fazenda Pública) uma autorização legislativa para a instituição do Juízo Arbitral, e, em tal caso, provindo de lei, como sucede na hipótese, a subtração do litígio às justiças regulares. Mas o compromisso firmado com a outra parte importaria na aceitação por esta via adotada em substituição à judiciária, conservando-se assim no plano consensual a solução arbitral”.⁴⁹

Por outro lado, em 17 de março de 1997, Sua Excelência, o Senhor Procurador-Geral da República, Dr. GERALDO BRINDEIRO, exarou nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, o parecer nº 8.062/GB manifestando-se assim sobre o tema:

“9. Penso ainda que a Lei nº 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 art. 5º, inciso XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça de direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigados 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 (vide CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* Execução Civil. Malheiros Editores, 4º ed., p. 364).

10. O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

⁴⁹ Agravo de Instrumento nº 52.181, Relator Ministro Bilac Pinto. Julgado em 14.11.1973. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 13.02.1974.

lesão ou ameaça a Direito”. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. 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 à 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.

11. E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direitos, é de se observar que a Lei nº 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus arts. 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem”.⁵⁰

Nesse ponto, oportuno lembrar que, recentemente, apreciando justamente o Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206 acima reportado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal proferiu decisão histórica na qual deu pela constitucionalidade da lei de arbitragem.

Em seu voto vencido, o Senhor Ministro Relator – SEPÚLVEDA PERTENCE, sustentou inconstitucionalidade da cláusula compromissória em branco dando por inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º e o art. 7º da Lei de Arbitragem. Entendeu Sua

⁵⁰ Parecer nº 8.062/GB exarado pelo Dr. Geraldo Brindeiro no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7. Relator Ministro Sepulveda Pertence. Acórdão pendente de lavratura e publicação.

Excelência que, sendo insuficiente a manifestação da parte na cláusula compromissória (no caso, cláusula compromissória em branco – cláusula em que as partes não previram o sistema ou regime de acordo com o qual a arbitragem deverá ser realizada), em face da indeterminação de seu objeto, a permissão conferida ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral importaria na violação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

No seu voto, sua Excelência assim se manifestou:

“Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (ob. Cit., p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possa vir a surgir. A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial, já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem.

(...)

Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação de seu objeto – e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. Cit., XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado, hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição – atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem”.⁵¹

⁵¹ Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206. Voto do Min. Sepúlveda Pertence. Pendente de publicação.

Contudo, no voto condutor deste aresto, da lavra de Sua Excelência o Senhor Ministro NELSON JOBIM restou consignado:

“A Constituição proíbe que a lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

Ela não proíbe que as partes pactuem formas extrajudiciais de solução de seus conflitos, atuais ou futuros.

Não há nenhuma vedação constitucional a que partes, maiores e capazes, ajustem a submissão de conflitos, que possam decorrer de relações jurídicas decorrentes de contrato específico, ao sistema de arbitragem.

Não há renúncia abstrata à jurisdição.

Há, isto sim, convenção de arbitragem sobre litígios futuros e eventuais, circunscritos a específica relação contratual, rigorosamente determináveis.

Há renúncia relativa à jurisdição,

Circunscreve-se a renúncia aos litígios que decorram do pacto contratual, nos limites fixados pela cláusula.

Não há que se ler, na regra constitucional (art. 5º, XXXV), que tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis, decorrentes de contrato específico.

Lá não se encontra essa proibição.

Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão. É o reconhecimento da liberdade individual.

É esse o âmbito de validade da L. 9.307/96.

Observo que a lei, quanto à solução arbitral de litígios futuros, só a admite quando decorrentes de relação contratual específica.

Não é admitida cláusula compromissória pura ou autônoma ou absoluta.

A lei não admite um pacto autônomo em que as partes se comprometem a submeter à arbitragem todos e quaisquer conflitos futuros, decorrentes de qualquer situação jurídica futura.

A lei não permite renúncia absoluta da ação judicial.

É necessário o contrato e a situação jurídica dele decorrente”.⁵²

Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação da vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Releva observar que em data de 1º de dezembro de 1999, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, apreciou a Sentença Estrangeira Contestada nº 5.847-1, Relator Sua Excelência o Senhor Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Na ocasião, sua Excelência, no seu voto, retomou “o tema da argüição de inconstitucionalidade que está sob apreciação nos autos da Sentença Estrangeira nº 5.206 do Reino da Espanha, de que é Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, com vista ao Ministro NELSON JOBIM (Sessão de 08.05.97), em que o Ministro MOREIRA ALVES, em questão de ordem, suscitou o exame da constitucionalidade de dispositivos da nova lei de arbitragem”.⁵³

Eis os termos do seu voto:

“12. Com todas as vênias, parece-me que a eleição do foro particular, como quer a lei, não obstante referir-se a litígio de forma genérica, adstringe-se aos limites do contrato, sendo irrelevante que no exato momento da assinatura da cláusula compromissória não exista controvérsia a ser dirimida. É que a noção genérica de litígio, objeto da renúncia, contém tão-só as espécies decorrentes de eventual inadimplemento das obrigações contratuais. Ocorre que o juiz estatal, quando acionado para compelir a parte recalcitrante a assinar o compromisso, não decidirá sem antes verificar se a demanda que se

⁵² Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206. Voto do Min. Nelson Jobim. Pendente de publicação.

⁵³ Sentença Estrangeira Contestada nº 5.847-1. Voto do Min. Maurício Corrêa proferido na qualidade de relator. Publicado no Diário da Justiça de 17.12.1999.

concretizou estava, ou não, abrangida pela renúncia declarada na cláusula compromissória. Se concluir que a espécie de conflito **que se concretizou** se incluía no objeto da renúncia, deferirá o pedido. Caso contrário, a arbitragem não terá êxito. É o que determina o § 7º do artigo 7º da lei em apreço, ao prescrever que “a sentença **que julgar precedente** o pedido valerá como compromisso arbitral”.⁵⁴

E adiante conclui:

“... na execução da cláusula compromissória o juiz não **substitui** a vontade das partes, mas a **concretiza**”.⁵⁵

Vê-se, pois, que, em se tratando de direitos disponíveis, podem as partes, através de cláusula compromissória, pactuar o uso da arbitragem para a solução de eventuais controvérsias que possam advir da execução de determinado contrato, sem que isso importe na violação do princípio constitucional em análise.

3.2 - Art. 5º, incisos XXVI e LIII, da Constituição Federal.

Quanto à hipótese de ofensa ao princípio do juízo natural e a vedação aos tribunais de exceção estatuídos nos incisos XXXVI e LIII da Constituição Federal, não prospera.

Com efeito, a Lei 9.307/96 foi fruto de projeto de lei de autoria do Senador Marco Maciel, cuja tramitação observou a Constituição e normas regimentais de ambas as Casas do Congresso Nacional. Disciplina a criação da arbitragem e as normas que irão norteá-la.

Na Constituição de 1988, inexistente qualquer disposição, expressa ou tácita, vedando a instituição da arbitragem nos moldes delineados pela citada lei. Ao contrário, o instituto da arbitragem é tradicional do direito brasileiro, desde as antigas Ordenações, conforme noticiado nesta monografia.

BILAC PINTO, em voto proferido no Agravo de Instrumento nº 52.181, assim se manifestou:

⁵⁴ CORRÊA, Maurício. *Op. cit.*

⁵⁵ CORRÊA, Maurício. *Op. cit.*

“Argüi-se, por outro lado, a incompatibilidade do ato legislativo em causa com a Constituição vigente, violando, entre outros, o preceito contido no parágrafo 26 do art. 141, pelo qual não haverá foro privilegiado nem juizes e tribunais de exceção. A alegação não tem qualquer procedência, pois, como afirma a sentença, a instituição do Juízo Arbitral não importou em constituir foro privilegiado nem tribunal de exceção. Afirma-se a inconstitucionalidade, por se revestir o Juízo Arbitral do caráter de tribunal de exceção não previsto na Carta de 37 e não permitido pela Constituição de 1946. Todavia, basta atentar para a natureza consensual do juízo arbitral que, não integrando os órgãos permanentes do Poder judiciário, de natureza institucional, é criação contratual, nascida do compromisso das partes, ainda que regulada em lei especial, para concluir-se que a alegada inconstitucionalidade não tem o prestígio da doutrina dominante na matéria. Vários foram os órgãos criados por lei com função judicante, *exempli gratia*, o Tribunal Marítimo e a Câmara de Reajustamento Econômico. TEMÍSTOCLES, no seu comentário à vigente Constituição define bem o que é Tribunal de Exceção”.⁵⁶

De outra parte, não houve ofensa ao juiz natural. O que se verifica na espécie é que, as partes abrindo mão da jurisdição estatal e optando pela arbitragem, transferem o juiz natural para um destinatário privado para compor o conflito então instaurado. Veja que a Lei de Arbitragem traz em seu bojo todo um arcabouço a nortear a arbitragem (a determinação da competência, dos poderes, da investidura e dos limites de atuação do árbitro, etc.), tudo feito pelo próprio Estado.

A propósito, TÂNIA LOBO MUNIZ assim se posiciona:

“Sobre a questão do **juiz natural** e a vedação aos tribunais de exceção previstos no art. 5º, XXXVIII e LIII, também não há

⁵⁶ Agravo de Instrumento nº 52.181. Relator Min. Bilac Pinto. Julgado em 14.11.73. Acórdão publicado no Diário da Justiça de 13.02.1974.

violação. Não se trata de tribunal de exceção, uma vez que a possibilidade de criação e as normas que irão regê-lo, encontram-se estabelecidas em lei. Nem se trata de negação ao juiz natural, uma vez que as partes não o renunciaram, mas o transferem a um destinatário privado, além disto, a determinação da competência, dos poderes, da investidura e dos limites de atuação do árbitro é feita pelo Estado, através de lei e, nada mais natural, do que aquele julgador indicado pelas partes e merecedor de sua confiança”.⁵⁷

3.3 - Art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

Quanto aos princípios Devido Processo Legal e da Ampla Defesa há de observar-se que a Lei nº 9.307/96, artigo 21, § 2º, estabeleceu como princípios norteadores do procedimento arbitral, o contraditório, a ampla defesa, a igualdade, a imparcialidade e o livre convencimento do julgador:

“Art. 21 (...)

§ 2º - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Tanto que se tais princípios forem desrespeitados, importará na nulidade da sentença arbitral, *ex vi* do disposto no art. 32, VIII da lei em comento:

“Art. 32 - É nula a sentença arbitral se:

(...)

VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, § 2º, desta lei”.

⁵⁷ Muniz, Tânea Lobo. *Op. cit.*, p. 64.

Relativamente ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição – que se refere ao controle das sentenças proferidas, não vejo nenhuma inconstitucionalidade no art. 18 da Lei de Arbitragem quando dispõe acerca da irrecorribilidade da sentença arbitral.⁵⁸

Primeiro, porque as partes podem estabelecer na convenção arbitral, órgão revisor da sentença arbitral a quem caberá julgar eventuais recursos, no próprio Juízo arbitral.

Segundo, porque cabe ao Judiciário apreciar eventual controvérsia acerca de direitos indisponíveis, que suspende o procedimento arbitral e a ação de nulidade da sentença arbitral conforme artigos 25 e 33 da Lei de Arbitragem.

Terceiro, porque inexistente a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. A própria Constituição prevê hipóteses em que inexistente o duplo grau de jurisdição. Exemplos clássicos são a inexistência de recursos contra a decisão do Senado Federal no julgamento de crimes de responsabilidade (art.52, I, CF) e de decisão do Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns em que figure o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República (art. 102, I, b, CF). A estes exemplos podemos somar as seguintes hipóteses legais: artigos 65, § 3º, 140, 152 e 163, alínea “d”, todos do Código de Processo Penal Militar; artigos 26 e 74 da Lei 9.099/95; artigos 92 e 328, inciso VII do Regimento do Supremo Tribunal Federal; e artigo 99 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Quarto, porque o duplo grau de jurisdição é posto à disposição das pessoas que poderão não fazer uso dele caso resolvam abrir mão de tal garantia: é uma faculdade.

Essa é a lição de TÂNIA LOBO MUNIZ ao apreciar a matéria à luz do artigo 5º, LIV e LV, da Carta Magna:

“Em relação às **garantias processuais**, previstas no art. 5º, LIV e LV, que se referem ao devido processo legal e aos princípios asseguradores deste, respectivamente, a nova lei estabeleceu como princípios norteadores do procedimento arbitral (sem os quais há sua nulidade) o contraditório, a ampla defesa, a igualdade, a imparcialidade e o livre convencimento do julgador (art. 21, § 2º).

⁵⁸ Art. 18 - O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo poder Judiciário.

E no que diz respeito à **dupla instância de julgamento** (art. 5º, LV, CF) que se refere ao controle das sentenças proferidas, cumpre salientar que as partes podem estabelecer órgão revisor a quem caberá julgar possíveis recursos, dentro do próprio juízo arbitral. Cabe, ainda, revisão pelo Judiciário através de ação de nulidade, ficando assegurado tanto o princípio constitucional, quanto a celeridade do procedimento e a liberdade das partes de pactuarem, dano certeza e segurança ao que foi decidido de comum acordo. O controle do Judiciário pode ser verificado, ainda, no caso de controvérsia sobre direitos indisponíveis, que suspende o procedimento arbitral, remetendo a questão prejudicial à autoridade judiciária competente”.⁵⁹

É de observar-se que o Ministro BILAC PINTO, ao proferir seu voto nos autos do Agravo de Instrumento nº 52.181, já mencionado, assim se manifestou:

“A cláusula *sem recurso* já estava consagrada no art. 1.040 do C. Civil, deixando à opção das partes a dispensa do recurso. De resto, a convencionada irrecorribilidade da decisão arbitral já vinha do direito anterior e sempre consultou a boa doutrina, como se pode ver em Lacerda de Almeida (ob. Cit.), M. I. Carvalho de Mendonça (ob. Cit.), Teixeira de Freitas (*Consolidações das Leis Civis*, art. 394), e constava já do D. 3.900, de 26.6.1897. Os comentários do C. Civil não opõem restrições à cláusula da irrecorribilidade, que consideram perfeitamente legítimas (Clovis, *Com. ao art. 1.040*), João Luís Alves, *ibidem*; Carvalho Santos (C. Civ. Int., XIV). Jamais viu-se, nessa cláusula, qualquer ofensa às garantias constitucionais”.⁶⁰

Constata-se, assim, que as alegadas inconstitucionalidades suscitadas im procedem *in totum*.

⁵⁹ Muniz, Tânea Lobo. *Op. cit.*, p. 64-65.

⁶⁰ PINTO, Bilac. *Op. cit.*

CONCLUSÃO

Observa-se, desde a remota antiguidade, que os litígios eram resolvidos por árbitros.

No Brasil, as Ordenações Filipinas, o Assento de 10 de novembro de 1644, a Constituição do Império de 1824, o Decreto nº 737, de 1850, o Código Comercial de 1850 e os Códigos dos Estados já dispunham acerca da arbitragem.

O Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1939 representaram verdadeiro retrocesso, tratando o Juízo Arbitral como letra morta em razão da obrigatória subordinação do laudo arbitral à homologação judicial, sob pena de invalidade. E no que toca à cláusula compromissória, obrigava a parte inadimplente unicamente a perdas e danos.

A Lei nº 9.307/96, trouxe substancial alteração no que toca ao juízo arbitral com a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juiz togado da decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral até então inexistente na legislação pátria. E com ela reacenderam-se as divergências acerca de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Daí, a hipótese formulada: a Lei 9.307/96 afronta os princípios constitucionais constantes do artigo 5º, incisos XXXV, XXXVI, LIII, LIV e LV da Carta da República?

Após estudos do tema, verificou-se não haver inconstitucionalidades na Lei de Arbitragem, tendo em vista os seguintes fundamentos extraídos da pesquisa:

1 – que o princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (da Inafastabilidade do Controle Judiciário) assegura a todos o acesso à justiça na hipótese de lesão ou ameaça a direito. No entanto, não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial seus conflitos. Não determina que os interessados devam sempre levar ao Judiciário suas demandas. E em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não obsta que as partes optem por uma solução alternativa para composição do conflito. Observa-se que na Lei 9.307/96, existem vários dispositivos que prestigiam o princípio: artigos 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39. O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206.

2 – quanto aos princípios da Vedação aos Tribunais de Exceção e do Juiz Natural, a mencionada lei foi fruto de projeto de lei cuja tramitação observou a Constituição e a legislação pertinente. Disciplina a criação da arbitragem e as normas que irão norteá-la. Na Carta da República inexistente qualquer dispositivo vedando a instituição da arbitragem. Ao

contrário, o instituto é tradicional no direito brasileiro. E a instituição do Juízo Arbitral – fruto da vontade das partes, não importa em constituir tribunal de exceção. E no que toca ao Juiz Natural, observa-se que as partes o transfere a um destinatário privado para compor o conflito então instaurado, além do fato da determinação da competência, dos poderes, da investidura e dos limites de atuação do árbitro ser feita pelo Estado, através de lei.

3 – quanto aos princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, que ambos são contemplados no corpo da Lei nº 9.307/96, artigo 21, cuja inobservância importa em nulidade da sentença, *ex vi* do artigo 32 do citado diploma legal.

4 – no que toca ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição que a Lei de Arbitragem não o ofende face as seguintes razões: a – as partes podem estabelecer na convenção arbitral, órgão revisor da sentença arbitral; b – os artigos 25 e 33 da Lei de Arbitragem prevêm hipóteses em que caberá a intervenção do Poder Judiciário; c - inexistente a obrigatoriedade de duplo grau de jurisdição, inclusive com previsão constitucional (artigo 52, inciso I e artigo 102, inciso I letra *b*); d – o duplo grau de jurisdição é posto a disposição das partes que poderão não fazer uso dele; e – existência na nossa legislação de exemplos de irrecorribilidade de decisões: artigos 52, I e 102, I, *b*, ambos da Constituição Federal; artigos 26 e 74 da Lei 9.099/95 e artigos 92 e 328, §5º, VII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, observa-se que a mencionada lei goza da presunção de legitimidade ou seja, presume-se constitucional enquanto não se prove, efetivamente, a existência de um vício de inconstitucionalidade. E, sem dúvida alguma, a pesquisa suplantou tal presunção. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha analisado a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96 no controle abstrato, através de uma ação direta de constitucionalidade - ADC ou ação direta de inconstitucionalidade – ADI, certo é que, no controle incidental, em incidente de inconstitucionalidade suscitado nos autos do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, o Plenário da Excelsa Corte concluiu pela sua constitucionalidade. Com isso, as chances de um julgamento favorável à constitucionalidade do citado diploma legal em sede de ADC ou ADI são robustas.

De outra parte, a arbitragem disciplinada na Lei nº 9.307/96, longe de configurar violações aos princípios constitucionais então elencados, representa passo histórico rumo a integração do Brasil no contexto da globalização em franca expansão, onde a tecnológica exigência de respostas rápidas e volume de negócios implementados clamam por um

instrumento que dê soluções técnicas e céleres aos conflitos surgidos no cursos de ajustes pactuados, impossíveis de se obter com a atual estrutura do Poder Judiciário.

Com efeito, observa-se que a arbitragem proporciona àqueles que a procura, as vantagens da celeridade na composição dos conflitos, confidencialidade, melhor preparação dos árbitros para dirimir a controvérsia e menor custo.

Celeridade em face de suas normas e procedimentos simplificados e adequados à resolução do litígio, inclusive com fixação de prazos curtos para a prolação da sentença arbitral.

Confidencialidade porque, ao contrário da publicidade que caracteriza e informa os atos judiciais, preserva o sigilo dos negócios.

Melhor preparo dos árbitros porque proporciona às partes a escolha de árbitros com conhecimentos técnicos indispensáveis à solução da lide, gerando mais expectativas de uma decisão acertada e justa. E, finalmente, menor custo em tempo, honorários e custas judiciais.

Releva destacar que em 24 de julho de 2002 foi publicado no Diário Oficial da União, o Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, que “*Promulga a Convenção de Sentenças Arbitrais e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*”, inserindo o país na Convenção de Nova York, firmada em 1959, com um atraso de 40 anos.

Sem dúvida, com o Decreto em questão, o Brasil acaba de dar um passo decisivo para o fomento da arbitragem em contratos internacionais, há muito esperado pelos investidores que vêem na convenção uma garantia de que os laudos arbitrais com partes brasileiras serão executados sem transtornos jurídicos.

Acabam-se, assim, as velhas discussões a respeito da “dupla homologação”: a jurisprudência do Supremo Tribunal era no sentido da impossibilidade de homologação de laudo arbitral, não chancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão equivalente.

Assim, podemos dizer que a arbitragem, em sua nova fase, já passou por três grandes momentos, a saber: 1 – a edição da Lei nº 9.307/96; 2- decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a sua constitucionalidade; e 3 – a promulgação da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J.E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, 511 p.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. IX, 1980, 562 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 18ª ed., 1997, 497 p.
- BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1979, p.157.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros. 529 p.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988, 393 p.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem. Alguns Aspectos do Processo e do Procedimento na Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Direito, 2000. 262 p.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo; Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, 361 p.
- CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. XIV.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992, 305 p.
- FILHO, José Celso de Mello. *A Tutela Judicial da Liberdade*. Revista dos Tribunais, volume 526, p.291/302.
- FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. Boletim Doutrinário, ano 1, número 1, 1996, p. 13.
- LIMA, Cláudio Vianna de. *Curso de Introdução à Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 372 p.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 519 p.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba – Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. 2v.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas S. A, 2002. 822 p.
- MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999. 196 p.
- OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia jurídica: Orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. 150 p.

- PIETRO, Maia Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*, 10ª ed., Atlas, 1999. 577 p.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 190 p.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil. Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 252 p.
- VIANNA, Paulo Francisco da Costa. *Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível*, 4ª edição, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1827, 464 p.