

A Arbitragem Brasileira e sua Constitucionalidade

Prof. Doutor Antônio P. Gaio Júnior

- *Pós-Doutor em Direito – Univ. de Coimbra-PT*
- *Doutor em Direito – UGF*
- *Mestre em Direito – UGF*
- *Pós-Graduado em Direito Processual - UGF*
- *Advogado*

De um modo geral, pode-se afirmar que já é ponto comum na doutrina atestar acerca da constitucionalidade da arbitragem e seus mais do que razoáveis argumentos para tal entendimento.

Ainda que dita constitucionalidade já tenha sido declarada por nossa mais alta Corte o (STF), vale a pena cravar aqui a veraz consonância da Lei n. 9.307/96 com a Carta Maior e, por isso, com o sistema normativo pátrio, podendo se assegurar que o modelo da arbitragem nacional está em consonância com os mais relevantes textos legais em vigor.

Notadamente, o questionamento acerca de uma possível inconstitucionalidade da supracitada lei arbitral partiu do certo e prestigiado princípio do “acesso à justiça”, este consagrado pelo constituinte brasileiro de 1988, mais precisamente no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal atual, onde se expressa, conhecidamente que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”*

Trata-se de comando constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1946 (art.141, §4º), acostado também na de 1967 (art.153, §4º) e permanecendo na Carta Constitucional atual, representando já naquela época inicial uma reação diante das restrições impostas aos órgãos judiciais decorrentes da própria ditadura de Getúlio Vargas, onde se observava também um desrespeito ao contraditório, a ampla defesa e, de um modo geral, ao devido processo legal nos inquéritos policiais e parlamentares; por isso, longe de se impor ou visar a qualquer objeção ao instituto da arbitragem.

Bem ressalta Batista Martins que as decisões em tal tempo eram pronunciadas de maneira sumária, finais e impositivas, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame das questões, o que, notadamente agrediam o Regime Democrático de Direito¹, havendo, inclusive, legislação que dava como excluída de apreciação judicial as providências por ela contempladas, tudo justificado em nome de “um interesse público”.

Não fora, portanto, o dispositivo constitucional supracitado elaborado para abolir o juízo arbitral daquela época; ao contrário, mirava o legislador constituinte impedir que a lei e não as partes contratantes pudesse estabelecer matéria que ficasse excluída de qualquer apreciação do Poder Judiciário.²

A inconstitucionalidade da arbitragem fora, por parte de doutrina, objeto de reflexões intensas. Alcides Mendonça Lima, em estudo relativo ao tema³ preconizava pela inconstitucionalidade supra entre vários argumentos, dentre os quais que a autorização legal para o exercício do instituto tanto no C. Civil quanto no Código de Processo Civil importava, em última análise, em permitir que a parte pudesse excluir da apreciação do Poder Judiciante Estatal certos conflitos de interesses, levando-se aí, em conta, a disposição contida na Carta Constitucional linhas atrás referendada.

Ainda apontava o festejado autor que os demais povos que utilizavam da via arbitral careciam de uma supernorma de caráter constitucional tal qual aquela prevista no ordenamento pátrio, afirmando, por conseguinte, que não se vedava a composição direta pelos partícipes, no intuito de resolverem suas contendas relativas a direitos disponíveis, mas, sim, atribuir a terceiro(s), estranho(s) ao Órgão Judicante referida composição do conflito mediante decisão.⁴

¹ MARTINS, Pedro Antônio Batista. A Arbitragem e o Artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n.77, p. 230, jul./set. 1996.

²Cf. COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.48.

³LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, jul./set., 1969, p.383-385.

⁴ *Ibidem*.

De outro modo, dentre muitos, afirmava, em defesa da constitucionalidade do instituto da arbitragem Carvalho Santos, ao bem e firmemente preceituar que: “A Constituição não tolera é que os indivíduos, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, por não lhes permitir a lei.”⁵

Há de se depreender, em uma conseqüência lógica da afirmativa acima que cabe às partes o direito de renunciar os seus direitos disponíveis de que são titulares, submetendo eventuais controvérsias sobre os mesmos a apreciação da justiça estatal.

É de se ressaltar aqui, espancando qualquer inquietação, que a participação do Poder Judiciário não fica alheia a qualquer desenvolvimento pragmático do processo arbitral. Na verdade, ainda que a Lei n.9.307/96 tenha abolido, corretamente, a necessidade da homologação do laudo (hoje, sentença) arbitral de crivo de qualquer órgão Judicial, continua este tendo papel importante em vários enlaces relativos à própria via arbitral, senão vejamos:

- A LA em seu art. 33 assegura aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que bem elenca.
- Em igual possibilidade, faculta a qualquer das partes argüir a citada nulidade em sede embargos à execução em via judicial (art. 33, § 3º, c/c o art. 741 do CPC).
- A execução forçada da sentença arbitral somente poderá ocorrer na seara judicial, ou seja, por meio do Poder Judiciário, constituindo tal ato arbitral em título executivo judicial, assim declarado pelo art. 41 c/c ao inciso IV do CPC. Na mesma toada encontra-se a efetivação de eventual e necessária medida cautelar ou qualquer tutela de urgência, onde, uma vez deferida pelo árbitro reclamará a autuação do juiz togado, toda vez

⁵ SANTOS, J.M. de Carvalho. Juízo Arbitral – Compromisso – Constitucionalidade – Juros de Mora. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, n.164, mar./abr., 1956, p.115-116.

que se fizerem necessárias para o seu cumprimento a *coercio* e a *executio*.

- De acordo com o art. 25 da LA: “*Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral*” (grifo nosso). Nota-se, portanto, que será o Poder Judiciante estatal solicitado a julgar matéria prejudicial relativa a direitos indisponíveis sempre que no curso do processo arbitral surgir dita ocorrência.
- Será de competência do Poder Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem quando houver resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória quanto ao cumprimento desta (*ex vi* do art. 7º).
- Para a obtenção do reconhecimento ou execução no Brasil, o art. 35 da LA aponta que a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (hoje o o Superior Tribunal de Justiça, consoante redação dada pela Emenda Constitucional n. 45).

Assim, como se observa, é previsto pela própria Lei n. 9.307/96 a presença do Poder Judiciário em importantes questões, como no caso, p. ex., de resposta à convocação da parte que, eventualmente, se sentir lesada ou mesmo no que toca ao árbitro, quando se fizer necessário o uso do caráter imperativo da força estatal mediante obstáculo operado por qualquer das partes quanto ao cumprimento voluntário de medidas aptas ao ordeiro desenvolvimento da via arbitral.

No que se refere à jurisprudência, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem já fora objeto de julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo ainda o parecer do Procurador Geral da República Geraldo Brindeiro. Tal manifestação judicial da Corte Maior se deu no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7 decorrente do Reino da Espanha, onde figuravam como partes MBV Commercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio Ltda.

O julgamento final se deu em dezembro de 2001, tendo a maioria dos ministros se manifestado pela constitucionalidade da Lei Arbitral, inclusive no tocante à possibilidade de o juiz proferir sentença substitutiva da vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral (art. 6º, parágrafo único e art. 7º da Lei n. 9.307/96).

Mais especificamente, os Ministros Maurício Corrêa, Marco Aurélio Mello, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Celso de Mello, Nelson Jobim e Ilmar Galvão entenderam que a vontade da parte, expressamente manifestada na cláusula compromissória, é suficiente para que o magistrado substitua a declaração da parte que obstaculiza o firmamento do compromisso arbitral, não agredindo de modo algum o art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, decidindo-se, portanto, constitucional os arts. 6º, parágrafo único, 7º, 41 e 42 da Lei n. 9.307/96.

A súmula decorrente de tal julgamento, publicada na Ata 40, do Diário Oficial da União de 19/12/2001 foi redigida nos seguintes termos:

“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 art. 6º; do art. 7º e seus parágrafos; no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, inc. VII; e ao art. 301, inc. IX do CPC e do art. 42, todos da Lei 9.307 de 23/09/1996. Votou o presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12/12/2001.⁶

Nota-se, portanto, a fiel consonância do nosso ordenamento arbitral com a Constituição Federal de 1988, permitindo-se ainda ir mais além, seja na celeridade que se espera da solução decorrente de um conflito de interesses instaurado, propulsionada pela própria Carta Constitucional (art. 5º, LXXIII), seja na obtenção de uma efetiva decisão alinhada ao objeto principal da lide, na medida em que, com a possibilidade da presença de *experts* como árbitros,

⁶ Importa ressaltar que o Ministro Maurício Corrêa, antes mesmo da decisão final relativa ao processo 5.206-7, já havia decidido acerca da constitucionalidade da Lei n.9.307/96, no âmbito da Sentença Estrangeira contestada n.5847-1, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.

no conhecimento e julgamento das questões que envolvem os litígios submetidos à via arbitral, notabiliza-se um maior alcance cognitivo, muitas vezes sem a solicitação “intermediários” ao procedimento e para um convencimento racional e razoável do julgador.

Por derradeiro neste assunto, é de apontar aqui que a própria CF/88 assegura, formalmente, o exercício da arbitragem em diversas oportunidades tais como no art. 114, §§1º e 2º (questão relativa aos Dissídios Coletivos na seara trabalhista); no art. 12, §2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando antevê a utilização da arbitragem na demarcação das linhas divisórias entre Estados e Municípios.⁷

Vale destacar ainda neste compasso que o Brasil se coloca como signatário de uma diversidade de importantes tratados internacionais que envolvem a matéria “Arbitragem”⁸, tais como a Convenção de Nova York, de 10.06.1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras⁹; a Convenção Interamericana do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30.01.1975¹⁰ bem como o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional de Buenos Aires, de 23.07.1998¹¹, além de todo o sistema arbitral que envolve a solução de controvérsias no Mercado Comum do Cone Sul (Mercosul), tendo como ápice deste sistema o Protocolo de Olivos, de 18.02.2002, prevendo a criação de um Tribunal Arbitral

⁷ É de se pontuar ainda que no próprio plano constitucional, que a Constituição Federal de 1988 deu significativo passo na direção de reintroduzir no País, como autêntico pressuposto processual, o arbitramento obrigatório, ao estabelecer no seu art. 217: “§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei. § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.” Sobre o assunto, ver o nosso *Direito Processual Civil*. Vol. I. 3 ed. Belo Horizonte: DelRey, 2009.

⁸ Sobre o assunto, ver dentre muitos, os nossos *A Proteção do Consumidor no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2004; *Compêndio de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

⁹ Reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.4.311, publicado no *DOU* em 24.7.2002.

¹⁰ Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.90, em 6.6.1995, tendo sido promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto n.1.902, de 09.5.1996 (*DOU* de 10.5.1996).

¹¹ Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.265, de 29.12. 2000, tendo sido promulgado pelo Presidente da República através do Decreto n.4.719, de 04.6.2003 (*DOU* de 05.6.2003).

Permanente de Revisão, objetivando maior estabilidade jurídica à decisões arbitrais no seio do bloco mercosulino.¹²

¹² Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 712, de 14.10. 2003, tendo sido promulgado pelo Presidente da República através do Decreto n.4.982, de 09.02.2004 (*DOU* de 10.02.2004).