



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL BORGHOFF

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO
PROCESSO ARBITRAL**

**Salvador
2015**

GABRIEL BORGHOFF

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO
PROCESSO ARBITRAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO**GABRIEL BORGHOFF****O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO
PROCESSO ARBITRAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Geovane De Mori Peixoto

Titulação e instituição: Prof. Orientador – Faculdade Baiana de Direito

Nome: Gabriel Marques da Cruz

Titulação e instituição: Professor – Faculdade Baiana de Direito

Nome: Társis Silva de Cerqueira

Titulação e instituição: Professor – Faculdade Baiana de Direito

Salvador, 11/06/ 2015.

Aos meus pais, Maria e Andreas, pelo amor, pela força e compreensão.

À minha família, pelo carinho e pelo suporte.

Aos meus amigos, pela inabalável lealdade e companheirismo.

Ao meu orientador Bernardo, pela paciência, por ter suscitado a dúvida e a paixão pela matéria.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo verificar a possibilidade do controle de constitucionalidade a ser feito, pelo árbitro, dentro de um processo arbitral e quais as implicações jurídicas e sociais desse problema. Primeiramente, irá se observar os conceitos básicos que envolvem o tema, o histórico e conceito da arbitragem para em seguida se debruçar sobre o procedimento arbitral, verificando como se dá o acordo para se submeter a um processo arbitral, o que pode ser submetido à arbitragem, quem pode ser árbitro e por fim sobre a sentença e suas implicações. Em seguida será enfrentado o tópico sobre jurisdição, seu conceito e características para ao fim discutir sobre a jurisdicionalidade da arbitragem. Também se discutirá sobre o controle de constitucionalidade, seu conceito, características e tipos, dando-se ênfase ao controle difuso que será mais discutido e se este pode ser aproximado ao processo arbitral. Em seguida se abordará o tópico sobre ordem pública e julgamento por equidade e em que sentido se relacionam com a arbitragem e com o tema do presente ensaio. Ao fim, se buscará saber se o árbitro tem competência e legitimidade ou há algum impedimento, dentro do processo arbitral, para verificar se a norma em questão condiz com os dizeres da carta magna e qual a utilidade desse controle ser feito em um processo arbitral, procurando saber qual a natureza desse controle e se há alguma vedação legal ou doutrinária em relação ao aventado, além de discutir a hipótese de interferência judicial neste caso.

Palavras-chave: Arbitragem, processo, controle, constitucionalidade.

Sumário

1-INTRODUÇÃO	7
2-ARBITRAGEM	9
2.1 -Conceito e histórico.....	9
2.2 -Convenção de arbitragem e suas implicações.....	12
2.2.1-Cláusula compromissória.....	13
2.2.2-Compromisso arbitral.....	17
2.3 -Árbitro.....	19
2.4 -Sentença arbitral.....	21
3-JURISDIÇÃO	25
3.1 -Conceito.....	25
3.2 -Características.....	28
3.3 –Princípios aplicáveis.....	30
3.4-Jurisdicionalidade da arbitragem.....	33
4-CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	38
4.1 –Conceito e tipos de inconstitucionalidade.....	38
4.2 – Tipos de controle de constitucionalidade.....	39
4.3 –Controle Concreto ou incidental de constitucionalidade.....	42
5-RELAÇÃO ENTRE NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM	45
5.1 – Juízo de equidade e jurisdição arbitral.....	48
6-CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ARBITRAL ...	52
6.1-Possibilidade de violação ao princípio da reserva de plenário.....	59
6.2-Controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira.....	62
7-CONCLUSÃO	65
8- REFERÊNCIAS	68

1-INTRODUÇÃO

A pergunta central e que orienta o presente ensaio, consiste em: É possível o árbitro, dentro do processo arbitral, exercer o controle difuso de constitucionalidade? A partir daqui, serão levantadas hipóteses sobre essa possibilidade, será enfrentada a teoria que irá formar os pilares de argumentação que envolvem o tema, vai se traçar qual seria a importância do controle realizado no processo arbitral, se poderá ser feito ou não e que utilidade isso tem para o âmbito jurídico e social.

Uma vez que o Estado está fora do processo, é imprescindível que o árbitro e as partes estejam em conformidade com as Leis e, sobretudo a Constituição, garantindo que direitos fundamentais sejam resguardados, garantindo que todo o processo arbitral corra de acordo com os princípios norteadores da arbitragem, processo e os princípios Constitucionais, reguladores da ordem social e que ditam as formas de resolução de conflitos a qual a arbitragem se presta.

A busca sobre a relevância de um ato, qual seja, a possibilidade ou não do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo árbitro dentro de um processo arbitral, anda de mãos dadas com um dos objetivos da arbitragem, que é a celeridade na resolução de um conflito, portanto, é importante buscar e questionar aspectos que possam dar ao árbitro maiores ferramentas de independência e prestígio, para que ele possa agir de forma plena no processo, se ele realmente pode assumir tal aspecto e em que medida esse controle seria prejudicial ou benéfico para o processo arbitral, e até que ponto isso seria útil para o sistema jurídico e para a sociedade.

O que se pergunta em seguida é qual a natureza desse controle, que tipo de controle seria, se seria um controle de natureza jurisdicional, se tem o processo arbitral natureza jurisdicional conferida por lei e se poderá exercer de fato o controle difuso de constitucionalidade o árbitro.

Como nota introdutória do trabalho, bem observa Rangel Dinamarco:¹

Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçados pela Constituição da República aos institutos

¹ Dinamarco, Rangel; limites da sentença arbitral e do seu controle jurisdicional; disponível em: <http://www.arco.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/primeira-parte-memoria/limites-da-sentenca-arbitral-e-de-seu-controle-jurisdicional/>; 2013.

processuais. Isso implica também, conseqüentemente, incluir o processo arbitral no círculo da teoria geral do processo, entendida esta muito amplamente como legítima condensação metodológica dos princípios e normas regentes do exercício do poder.

Seguindo esse compasso, abre-se espaço também para a discussão sobre a possibilidade de verificação da possibilidade de violação às normas de ordem pública em sede arbitral, até que ponto a arbitragem possui autonomia para por si só efetuar um controle difuso, isso traria maior segurança ou instabilidade ao instituto da arbitragem se o controle for feito? São perguntas a que este trabalho tentará a responder.

Outrossim, será discutido o controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira, quais as implicações processuais e até mesmo constitucionais, até que ponto uma lei estrangeira poderá ingressar no nosso ordenamento cristalizado numa sentença arbitral e não ferir nenhum princípio processual ou constitucional pátrio, e ao mesmo tempo respeitar a sentença prolatada, a autonomia da vontade e sua lei de origem, assim como o pacto arbitral? E quem seria o legítimo a efetuar tal controle? Quem iria provocar neste caso o controle? Portanto, serão construídos pilares teóricos e conceituais a seguir, que irão sustentar e responder as perguntas feitas acima na tentativa solucionar as problemáticas citadas, para ao final chegarmos à conclusão sobre a possibilidade ou não da realização do controle difuso a ser realizado pelo árbitro dentro de um processo arbitral.

2- ARBITRAGEM

2.1 - CONCEITO E HISTÓRICO

Antes de ser estudado o conceito da arbitragem, faz-se necessário um breve esboço histórico sobre a matéria. Ao contrário do que muitos imaginam, a arbitragem é um instituto extremamente antigo, segundo o autor Luiz Olavo Baptista², a arbitragem possui raízes antes da atividade judicial, como na época em que sacerdotes aplicavam e intermediavam a justiça divina aos seus seguidores, tendo assim aspectos religiosos a arbitragem, mas que, além disso, afirma o autor, tem caráter libertário, pois está calcado no livre arbítrio e é meio de pacificação social.

Ainda seguindo o esclarecimento do autor supracitado, a utilização da arbitragem na Europa surgiu com a civilização grega antes de Cristo. "Na pólis grega, não havia justiça estatal nos moldes como hoje a conhecemos."³, sendo que a alternativa era a arbitragem, onde uma parcela do povo se reunia e decidiam as questões postas ali.

Nas palavras do autor Antônio Gaio⁴:

"Em Roma, a Arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulario*. Em ambas as hipóteses, que vão desde as origens históricas de Roma, por volta de 700 a.C., até o advento da *cognitio extraordinária* (565 d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do Pretor preparando a ação, inicialmente enquadrando a ação na lei e depois acrescentando a elaboração de fórmula, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, sendo simplesmente um particular idôneo com a incumbência de julgar o caso concreto a ele disposto."

Na idade média, a arbitragem ganhou espaço em razão da necessidade das pessoas de acharem outra maneira de enfrentar a justiça em detrimento daquela justiça senhorial, cuja parcialidade não tinha como confiar, além disso, havia a necessidade de independência das cidades e manter o sigilo dos conflitos entre os

² Baptista, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial e Internacional; Ed. Lex Magister; 2011; p.21-24.

³ Ibidem;2011. p.22.

⁴ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p 8.

nobres e por fim, a necessidade e interesse dos comerciantes de resolver suas questões de forma mais prática e rápida, "evitando a interferência da do clero e do direito canônico que vedava os juros e os tratava como forma de usura" ⁵.

"No Brasil, a arbitragem existia desde a colonização portuguesa, contudo, no Brasil independente, a arbitragem aparece na "Constituição Política do Império do Brasil", de 25 de março de 1824 em seu Art. 160:" Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. "⁶ Afirmam os autores Karin Strassmann e Cínthia Luchi que somente em 1850 a arbitragem teve devida importância quando entrou em vigor no Brasil a Lei n.º 556, O Código Comercial Brasileiro, estabelecendo a arbitragem em contratos de locação mercantil. Dizia o artigo 245, já revogado: "Todas as questões que resultarem de contrato de locação mercantil serão decididos em juízo arbitral".⁷

Ainda conforme os autores citados acima, a arbitragem no Brasil começou a ser legislada além da Lei nº 556, em 1850, com o regulamento 737. Muito mais adiante, fora editada a Lei n.º 31 de 29 de agosto de 1986, que regula a arbitragem voluntária e em reconhecimento ao instituto e prevendo sua grande utilidade "o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 425 de 27 de dezembro de 1986, autorizando a criação de centros a funcionar, institucionalizada e permanentemente, como que profissionalizando a atividade." ⁸

Ademais, na carta magna brasileira de 1988, o instituto da arbitragem encontra referência no art. 4º § 9º, VII, bem como há menção ao instituto no art. 114, §1º. José Augusto Delgado⁹, afirma que" a Carta de 1988, no seu preâmbulo¹⁰, faz a nível de princípio fundamental, homenagem à solução de conflitos por meio de

⁵ Baptista, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial e Internacional; Ed. Lex Magister; 2011. p.23.

⁶Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm; acessado em 2013.

⁷ Strassmann ,Karin; Luchi ,Cínthia - História da Arbitragem; Disponível em: <<http://tribunalarbitralbrasileiro.org/site/historia-da-arbitragem>> 2013.

⁸ Idem, Ibidem; acessado em 2013.

⁹ José Augusto Delgado; Arbitragem no Brasil- Evolução histórica e conceitual; disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf> 2013.

¹⁰Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte constituição da república federativa do Brasil.

arbitragem, no pregar a forma pacífica de serem resolvidos, quem na ordem interna, quer na ordem internacional."

Após um breve esboço histórico acerca do desenvolvimento da arbitragem e como ela se insere no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos a abordar o conceito de arbitragem, para em seguida adentrarmos no estudo da matéria e seus desdobramentos.

A arbitragem, segundo Fredie Didier¹¹, é uma técnica de solução de conflitos em que as partes litigantes buscam um terceiro imparcial para solucionar a contenda, sendo então, heterocomposição. Ainda conceituando o instituto, afirma o autor Francisco Cahali¹² que a arbitragem é uma forma de solução de conflitos em que partes capazes, de comum acordo, em face de uma disputa ou por causa de uma cláusula contratual, constituem terceiro ou colegiado para solucionar o caso sem interferência estatal e que esta decisão terá mesma eficácia de sentença judicial.

Assim, ainda trazendo o conceito do que é a arbitragem, explica o autor Luiz Antônio Scavone Júnior¹³, que a "arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral."

Segundo o autor Antônio Gaio Jr.¹⁴ a arbitragem tem natureza tipicamente processual, sendo um instrumento hábil à satisfação dos direitos dos litigantes, existem garantias que devem ser respeitadas, sendo necessário observar durante todo o processo arbitral, o contraditório e ampla defesa.

Portanto, as partes que estejam envolvidas em um conflito, ou até mesmo antes do surgimento desse conflito, que sejam capazes, podem escolher uma pessoa física ou jurídica para solucionar a lide, sendo que ela deve versar sobre direitos patrimoniais e disponíveis e nesse caso, estariam as partes abrindo mão da justiça estatal¹⁵.

¹¹ Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil; 13º Ed. Jus Podium;2011; p.104.

¹² Cahali, Francisco José; Curso de Arbitragem; Ed. Revista dos Tribunais, 2011; p.75.

¹³ Scavone Júnior, Luiz Antônio; Manual de Arbitragem; Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed. 2010; p.15.

¹⁴ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p.5

¹⁵ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.

2.2 - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SUAS IMPLICAÇÕES

É aqui que se dá o nascimento de um processo arbitral, através da convenção arbitral, que nada mais é do que o contrato assinado pelas partes que é capaz de determinar a utilização da arbitragem para dirimir o litígio, e assim, afastando a jurisdição estatal e submetendo-se à jurisdição arbitral.

A convenção de arbitragem guia-se pela autonomia da vontade, ela só irá surgir se as partes concordarem mutuamente. Vale salientar que a arbitragem não é obrigatória, ninguém pode ser submetido à arbitragem contra sua vontade, prevalece aqui o princípio da autonomia da vontade em que as partes são livres para estabelecer o que quiserem desde que respeitem as normas de ordem pública, que será discutido mais a frente deste trabalho, não podendo haver a instituição compulsória da arbitragem.

Nos ensinamentos do autor Alberto Carmona¹⁶, a convenção de arbitragem possui duas características que a define: a primeira característica seria o acordo de vontades, que vincula as partes em relação à contendas futuras ou presentes em relação ao estabelecido na própria convenção, obrigando as partes a submeter-se ao processo arbitral e como pacto processual, em que o principal objetivo é abrir mão da jurisdição estatal e submeter-se à jurisdição arbitral.

O autor Antônio Gaio Jr¹⁷ conceitua a convenção de arbitragem como “instrumento pelo qual as partes manifestam a vontade de suprimir o poder judiciário da apreciação do mérito de um litígio que envolva direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis para entrega-los ao juízo de um arbitro por elas escolhido.”

Dessa forma, o autor acima mencionado afirma que devido à natureza contratual da arbitragem, deverá se observar o preenchimento dos requisitos formais para que a convenção arbitral seja válida, como por exemplo a capacidade das partes, a manifestação de vontade expressa e sem vícios, que tenha objeto lícito e que a lei não faça vedações, tendo que ser escrito.

¹⁶ Carmona, Carlos Alberto; Arbitragem e Processo: Um comentário à lei 9.307/1996; 3ª Ed; Atlas; 2009; p.79.

¹⁷ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p.37

2.2.1- CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A lei de arbitragem¹⁸ em seu artigo 3º faz referência expressa à convenção arbitral como gênero, em que são espécies: A cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Ambas tem o mesmo condão de instituir a arbitragem, contudo, existem pequenas diferenças.

A cláusula compromissória seria, portanto, "... espécie de convenção de arbitragem mediante a qual os contratantes se obrigam a submeter seus futuros e eventuais conflitos que possam surgir do contrato à solução arbitral."¹⁹ Sua característica é o momento em que surge, sendo esse surgimento antes da existência do conflito, não sendo relevante se o compromisso tenha sido feito antes ou depois do contrato mas sim antes da existência do conflito.

O art. 4º da lei de arbitragem diz que:

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

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

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

Neste sentido, explica o autor Antônio Gaio Jr²⁰ que a cláusula compromissória detém autonomia em relação ao contrato na qual ela fora juntada. Assim, em caso de nulidade do contrato, a cláusula permaneceria, como adverte o art. 8º da lei de arbitragem:

¹⁸ Lei de arbitragem - Lei 9.307/1996; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> 2013.

¹⁹ Scavone Júnior, Luiz Antônio; Manual de arbitragem-4.ed- São Paulo: Editora revista dos tribunais; 2010; p. 77.

²⁰ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p.40

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.

Destaca o autor Luiz Antônio Scavone²¹ que a cláusula compromissória não é acessória do contrato, ela é autônoma como a própria lei já informa, assim, qualquer nulidade que comprometa o contrato, não comprometerá a cláusula, estando de qualquer forma sob a jurisdição arbitral, sendo ela a competente para apreciar a questão levantada porventura sobre alguma nulidade que macule o contrato ou da cláusula. Assim, caberá ao árbitro de ofício ou a requerimento das partes sobre a validade ou não da cláusula em relação ao contrato que porventura esteja acometido por algum vício.

Ainda em relação à cláusula compromissória, ela poderá ser cheia ou vazia. A cláusula compromissória cheia segundo Scavone²² é aquela que contém os pressupostos básicos para ser instaurado um processo arbitral, tais pressupostos estão elencados no art. 5 da lei de arbitragem:

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Estabelecida a cláusula compromissória cheia, qualquer das partes poderá dar início ao procedimento arbitral, nesse ponto já estarão estipulados os pontos principais e essenciais para o início do procedimento arbitral. Instituída cláusula compromissória cheia, as partes escolhem, em conjunto, instituições arbitrais em que as regras já estejam pré-definidas pela própria instituição, e uma vez escolhida a entidade por ambas as partes, estas se submeterão às regras daquela instituição escolhida.

Neste contexto, os contratantes estarão seguros dos critérios de cada instituição arbitral e como esse processo irá se desenvolver, como por exemplo: A escolha da lei aplicável, prazo para sentença, a escolha da sede do local para prática de certos

²¹ Scavone Júnior, Luiz Antônio Manual de arbitragem-4.ed- São Paulo: Editora revista dos tribunais; 2010; p. 82

²² Ibidem; 2010; p. 77-79.

atos e etc.... Há uma ampla possibilidade para dispor acerca das regras de organização do procedimento arbitral, tudo pautado na liberdade de contratar das partes e desde que ambas concordem. Caso seja escolhida uma instituição, essas inserções devem respeitar as regras da instituição.

Destarte, ensina o autor Antônio Gaio Jr²³ que “a presente cláusula compromissória possui como característica a apresentação das regras e dos demais elementos necessários à instalação da arbitragem, possibilitando, dada sua completude, a citada instalação, independente da celebração de compromisso...”. Nessa linha, afirma o mencionado autor que em decorrência da existência de cláusula compromissória cheia, não há necessidade de celebração do compromisso para que se instaure um processo arbitral, uma vez que todos os requisitos estão presentes, já que os art. 3º e 5º da Lei de arbitragem mostram que o compromisso arbitral e a cláusula compromissória são aptos para constituir a convenção arbitral. O compromisso arbitral só será necessário em caso inclusão de cláusula compromissória vazia, uma vez que aquele necessita ser preenchido com a indicação do árbitro e o procedimento que irá se adotar por exemplo.

Desta forma, o “referido raciocínio encontra fulcro na interpretação sistemática do art. 5º juntamente com o art. 19 da lei arbitral, observando-se, ainda, que o art. 7º da *lex* supracitada somente faz referência à cláusula compromissória vazia, visto não possuir esta os elementos essenciais para atuação efetiva do árbitro²⁴.”

Já a cláusula compromissória vazia, ainda seguindo o entendimento do autor acima citado, seria aquela em que as partes se obrigam à arbitragem, contudo, não estabelecem as regras básicas para o desenvolvimento do processo arbitral, sem indicar o árbitro nem a entidade, local e etc. Neste caso, quando surgir o conflito, as partes terão de firmar um compromisso arbitral para dispor sobre os elementos elencados no art. 10 da lei de arbitragem, indicando os elementos necessários à instauração da arbitragem, como a matéria, o árbitro ou instituição, local e etc.

A cláusula vazia não quer dizer que as partes não optaram pela arbitragem, elas já estão obrigadas à arbitragem, elas apenas não dispuseram sobre os elementos essenciais para dar início ao procedimento arbitral, e este, não se iniciará

²³ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p 40.

²⁴ Ibidem, 2012; p.41.

imediatamente como no caso da cláusula cheia. Nesse momento, em que serão estabelecidos os contornos para se dar início à arbitragem, pode existir dúvida quanto à celebração do compromisso arbitral (instrumento que servirá para delimitar e estabelecer os contornos do procedimento arbitral), as partes de comum acordo poderão simplesmente pactuar tais termos ou em caso de abstenção de uma delas, a outra poderá provocar o judiciário para que o juiz, sem interferir no mérito, preencha a cláusula vazia para que se dê início a arbitragem, o poder judiciário através do juiz somente completará a cláusula para que seja dado início o processo arbitral, ele não tem competência para julgar o mérito. Assim dispõem os arts. 6º e 7º da lei de arbitragem:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Portanto, “a cláusula arbitral vazia demandará, quando do surgimento do conflito, que as partes firmem o compromisso arbitral, com as condições mínimas do compromisso, estabelecidas pelo art. 10 da lei de arbitragem, sob pena de execução

específica da cláusula arbitral..."²⁵ Sendo este um caminho o qual as partes devem evitar ao máximo e sempre que puderem, optar pela cláusula cheia para evitar problemas no futuro e no caso, de terem que se dirigir ao juízo estatal.

2.2.2- COMPROMISSO ARBITRAL

A outra espécie do gênero convenção arbitral é o compromisso arbitral, que é "... a convenção de arbitragem mediante o qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será dirimido através da solução arbitral."²⁶ O compromisso arbitral nasce após o conflito, assim, qualquer controvérsia que decorra de direitos patrimoniais e disponíveis poderá ser submetida a arbitragem mesmo que o conflito já exista, bastando apenas o acordo de vontades para tanto.

O compromisso arbitral poderá ser realizado tanto judicialmente quanto extrajudicialmente. Pela via judicial, como o próprio nome já diz, há um processo já judicializado no qual as partes, por termo nos autos convencionado por ambos, estipulam que a demanda será julgada através da arbitragem e com isso extingue-se o processo judicial sem resolução do mérito.

Aqui surge uma ponderação trazida pelo autor Francisco José Cahali²⁷, em que ele responde sobre a possibilidade de, em caso já existam provas no processo judicial, elas serem utilizadas no processo arbitral, precisam da anuência do árbitro, ficando a seu critério, uma vez que no processo arbitral quem tem a autoridade é o árbitro.

Por outro lado, de forma extrajudicial, será instaurado o processo arbitral antes de se instaurar o processo judicial, contudo, são necessários alguns requisitos básicos para que se possa instaurar o processo arbitral como demonstram os arts. 9 e 10 da Lei de Arbitragem que versam sobre o compromisso arbitral:

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

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

²⁵ Scavone Júnior, Luiz Antônio; Manual de arbitragem-4.ed- São Paulo: Editora revista dos tribunais; 2010.p. 82

²⁶ Scavone Júnior, Luiz Antônio; Op. cit; p. 82.

²⁷ Cahali, Francisco José; Curso de Arbitragem; Ed. Revista dos Tribunais, 2011; p.127.

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

Art. 10º Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

A diferença entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória é que na segunda, a escolha pela arbitragem acontece antes da existência do conflito entre as partes, enquanto que na primeira, a escolha de se submeter à arbitragem acontece após a existência do conflito²⁸. Antônio Gaio afirma que o conflito poderá ser submetido a arbitragem mesmo que não exista cláusula compromissória no contrato, pois é possível instaurar a arbitragem em conflito já instaurado, conforme mencionado acima.

Por fim, em relação ao compromisso arbitral, o autor Antônio Gaio²⁹ traz algumas considerações que merecem destaque. O art. 12 da lei de arbitragem traz alguns requisitos em que o compromisso e até mesmo a própria arbitragem poderão ser extintos, e esses requisitos estão ligados ao árbitro, que poderá recusar em aceitar participar como árbitro antes de ser nomeado e as partes recusarem seu substituto, caso o prazo pra sentença arbitral não seja cumprido, conforme demonstra o artigo acima mencionado:

Art. 12. Extingue-se o 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 seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

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

²⁸ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p 46.

²⁹ Idem, Ibidem. P. 48.

2.3 – ÁRBITRO

Nos preceitos do autor Carlos Alberto Carmona, “árbitro é pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas- para solucionar controvérsia que envolva direito disponível.”³⁰ O árbitro é um terceiro, deve ser pessoa física, escolhida pelas partes e que seja de sua confiança para dirimir o litígio, além disso a lei estabelece que o árbitro não precisa ter formação jurídica para poder atuar como tal, podendo ser qualquer pessoa capaz e que possua os conhecimentos necessários para poder atuar e solucionar os conflitos que serão postos a ela.³¹ O art. 13 da lei de arbitragem traz os requisitos, quais sejam:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Necessário esclarecer que “as partes devem nomear árbitros em número ímpar, de sorte a evitar empate na decisão.”³² Tal raciocínio parte do próprio artigo acima mencionado, em seu parágrafo primeiro, e em caso de as partes escolherem um número par de árbitros, estes poderão nomear mais um para ficar com um número ímpar, conforme se depreende do parágrafo segundo do mesmo artigo.

³⁰ Carmona, Carlos Alberto- Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96-3º ed.- São Paulo: Atlas,2009.

³¹ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p 31

³² Carmona, Carlos Alberto- Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96-3º ed.- São Paulo: Atlas,2009. P.232.

O árbitro é equiparado aos funcionários públicos no exercício da sua função, como dispõe o Art. 17 da lei de arbitragem: “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.”

O objetivo deste artigo é trazer mais segurança ao procedimento arbitral e dando mais credibilidade ao instituto.

Tal enquadramento tem sentido quando visualizamos o art. 18 da lei de arbitragem que equipara o árbitro a juiz de direito quando diz que: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” A sentença terá força tal qual uma proferida por um juiz estatal, não precisando este homologar a sentença arbitral, que tem inclusive capacidade para tornar-se imutável.

Nesse sentido, importante esclarecer que o controle de desempenho do árbitro é feito pelas partes e por ele mesmo³³, tal entendimento está exposto no art. 14 da lei de arbitragem:

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Por isso, as partes também poderão fazer esse controle, tanto processualmente, se utilizando das exceções que serão endereçadas ao próprio árbitro, quanto no momento da escolha dos árbitros, tais mecanismos visam dar mais segurança e credibilidade ao procedimento arbitral.

Observando tais deveres, o árbitro que se deparar com uma situação em que não possa atuar, deve seguir o disposto no § 2º do artigo acima mencionado. Caso o

³³ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p 33

árbitro não aceite, essa questão pode e deve ser levado ao judiciário para que decida sobre tal aspecto, que poderá até decretar a nulidade da sentença arbitral.³⁴

2.4 - SENTENÇA ARBITRAL

Neste tópico estudaremos a sentença arbitral, seus efeitos e sua natureza. Nas palavras do autor Carlos Carmona³⁵ “a sentença arbitral, em princípio, é o ato através do qual o julgador põe fim ao processo.” O autor continua o raciocínio afirmando que do mesmo modo em que existem sentenças terminativas e definitivas em um processo que tramita na justiça estatal, ocorrerá na arbitragem, em que as terminativas serão aquelas de conteúdo processual, que propõem fim ao processo sem julgar o mérito e as definitivas serão aquelas em que se julgará o mérito e pôr fim ao processo.

Nesta senda, o autor anteriormente mencionado ensina que também serão classificadas de acordo com o resultado que elas irão proporcionar para as partes do processo que são: declaratórias, constitutivas e condenatórias. As condenatórias serão aquelas que além de declarar o direito, irão impor ao vencido uma obrigação; As constitutivas irão declarar o direito de uma das partes do processo e irão acrescentar a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica; Por fim as sentenças poderão ser declaratórias, que serão aquelas que irão afirmar a existência ou não de relação jurídica.³⁶

A sentença arbitral terá prazo, que será estabelecido pelas partes, mas caso as partes ou o tribunal a que elas se submetam não estipule prazo, o prazo será de seis meses de acordo com a lei, conforme se depreende da leitura do art. 23 da Lei de Arbitragem:

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

³⁴ Scavone Júnior, Luiz Antônio; Manual de arbitragem-4.ed- São Paulo: Editora revista dos tribunais; 2010.p. 103.

³⁵ Carmona, Carlos Alberto – Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n 9.307/96 – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2009; p.337

³⁶ Idem. p.337

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Com o implemento da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral não precisa ser homologada pelo poder judiciário, conforme a Lei de Arbitragem traz em seu art. 18. “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. O autor Antônio Gaio explica que anteriormente era necessário que se buscasse o poder judiciário para homologar o chamado laudo arbitral para que este possuísse validade, indo de encontro com a autonomia privada da vontade e deixando o processo arbitral demasiado burocrático, o que desmotivava a busca pela arbitragem por conta do empecilho que trazia uma demora desnecessária à arbitragem.³⁷

Assim, nos dias atuais a sentença arbitral tem eficácia e não precisa ser homologada pelo poder judiciário para ter validade, conforme traz a Lei de Arbitragem em seu art. 31: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” Sendo a sentença arbitral título executivo judicial, em que se poderá pedir diretamente seu cumprimento a um Juiz de direito, nesse caso a sentença arbitral fora equiparada a uma sentença estatal.

Outro ponto de extrema importância, é a questão dos requisitos da sentença arbitral para que ela possua validade, assim como uma sentença judicial. Estes requisitos estão elencados na Lei de Arbitragem em seu artigo 26 que diz que:

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

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

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

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

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

³⁷ Gaio Júnior, Antônio Pereira – teoria da arbitragem-1 Ed.- São Paulo: Rideel, 2012.p 58.

O autor Antônio Gaio observa que após proferida a sentença que irá pôr fim à arbitragem, será necessário enviar uma cópia a cada parte, além de levar a assinatura do árbitro ou dos árbitros que julgaram o litígio, sendo que se houver a recusa o presidente deverá fazer constar que houve a recusa.³⁸

Após a análise dos requisitos, também é necessário analisar os possíveis vícios que podem acometer a sentença arbitral, então tratou a Lei de Arbitragem em seu artigo 32 de listar as possíveis causas que poderão tornar nula a sentença arbitral, senão vejamos:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Desta forma, poderá se pedir a nulidade da sentença arbitral ao judiciário nos casos previstos na lei acima. O autor Antônio Gaio ensina que a parte terá prazo de 90 dias após o recebimento da notificação para recorrer ao judiciário para pedir a nulidade da sentença arbitral, conforme dicção do artigo 33 da Lei de Arbitragem. Contudo, o referido autor fala que o prazo de 90 dias é para atacar vícios de nulidade relativa à sentença arbitral, e não “à relação jurídica processual e sua existência e validade, provocando a inexistência do julgado ou mesmo sua nulidade.” Seguindo ainda o mesmo raciocínio do autor, que traz a diferenciação que o art. 33, § 2º da Lei de Arbitragem faz entre nulidade absoluta e relativa em relação à sentença arbitral, pois o próprio artigo no seu § 3º fala da possibilidade de decretação de nulidade em ação de embargos do devedor em caso de execução judicial e nesse caso, a exceção de nulidade não iria prescrever, pois ela poderá ser invocada a qualquer tempo caso a parte promovesse a execução da sentença.³⁹

³⁸ Idem. P. 59.

³⁹ Gaio Júnior, Antônio Pereira. Op. Cit. p.60

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Em suma, a sentença arbitral fora equipara à sentença proferida pelo poder judiciário, não precisando mais ser homologada, funcionando como título executivo judicial. A decisão do árbitro se reveste de contornos e regras claras, obedece e respeita o contraditório e ampla defesa, o que dá segurança às partes e ao próprio processo arbitral, sendo muito mais prático aos interesses de quem se submete à arbitragem, que cada vez menos precisa recorrer ao judiciário.

3- JURISDIÇÃO

3.1 – CONCEITO

Aqui será abordado o conceito e características da jurisdição. Tal conceituação será essencial para o entendimento do tópico a seguir, qual seja, a discussão sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, onde se discutirá se a arbitragem seria mero equivalente jurisdicional ou de fato exerceria jurisdição.

Nas lições de Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, em seu livro de teoria geral do processo⁴⁰, explicam que o Estado no desempenho de sua função jurídica regula as relações intersubjetivas, através de duas atividades, quais sejam: Através da legislação, em que o Estado institui normas que irão conduzir as relações, informando o que é lícito e ilícito, quais são os deveres e os poderes que cada um terá, mas tudo de forma genérica, sem impor individualmente, apenas designando modelos de conduta a serem seguidos.

A outra forma de atividade jurídica, seria a jurisdição, em que o Estado irá de fato impor as condutas ditas anteriormente quando houver conflito entre as pessoas, que se dará de acordo com o caso concreto em relação à norma preestabelecida, que seria no caso, o processo de conhecimento, para em seguida impor as medidas para que aquele preceito abstrato se concretize, que seria o processo de execução. Os autores afirmam que a jurisdição “é considerada uma *longa manus* da legislação, que tem como finalidade precípua resguardar o as regras de um país”.

Assim, escorando-se mais uma vez nas lições dos doutrinadores acima⁴¹, a jurisdição é uma das funções do Estado, onde ele irá substituir a vontade das partes em um conflito, para resolve-lo de forma imparcial, fazendo valer a vontade das normas que regulam aquele caso concreto através de um processo.

⁴⁰ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – Teoria geral do Processo; 28ª Ed. Malheiros Editores, 2012 p.47.

⁴¹ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. p.155.

Afirmam que a jurisdição é “poder, função e atividade”⁴². Poder, seria a capacidade do Estado de impor decisões e decidir de forma imperativa; Função, é o encargo que o Estado possui de exercer o papel de resolução dos conflitos através do processo e aplicação do direito; Como atividade, é o desempenho de funções exercidas pelo juiz dentro do processo, cumprindo os mandamentos legais, sendo tudo isso se condensará através do devido processo legal. Esclarecem ainda que “o que se disse, aplica-se também à jurisdição arbitral, a qual, no entanto, não inclui função ou atividade na execução de sentenças...”⁴³

Nos ensina também Fredie Didier que a jurisdição é "a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando, protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para se tornar indiscutível." ⁴⁴

Outrossim, ainda na busca pela caracterização do que seja jurisdição, explicam Antônio Adonias e Rodrigo Klippel que a jurisdição tem três elementos, quais sejam: como poder, que a jurisdição é um poder do Estado; Como dever, que a tutela jurisdicional somente poderá ser concedida pelo Estado e como função, dizendo que a jurisdição é uma função da soberania estatal, assim, explica que a "... função representa o cerne do que é a jurisdição: um desdobramento do poder estatal, uma atividade que concretiza esse poder e que gera como consequência, um dever." ⁴⁵

Data vênia, não é esta a melhor opção conceitual para que se pretende este trabalho, e seguindo novamente o entendimento de Fredie Didier, que fala de outra forma sobre os elementos que compõem a jurisdição, como técnica de resolução de conflitos, em que um terceiro sem interesse na causa resolva o conflito a ele submetido e como manifestação de poder, contemplando lides que são levadas ao seu conhecimento, atuando no caso concreto. Como a jurisdição é um poder cujo monopólio está nas mãos do Estado, ele poderá também autorizar o exercício dessa função a outras pessoas como se verá mais adiante neste trabalho. Fala-se ainda em jurisdição como atividade criativa, "cria-se a norma jurídica do caso concreto", a interpretação do órgão aplicador cria uma norma jurídica individualizada que poderá

⁴² Idem.

⁴³ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. p.155.

⁴⁴ Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil; 13º Ed. Jus Podium; 2011; p.89.

⁴⁵ Adonias, Antônio e Klippel, Rodrigo. Manual de direito processual civil; 3ª Ed. Jus Podium; 2013.p 65.

se tornar indiscutível pela coisa julgada material, e assim, diz o mencionado autor, que há uma atividade criativa do julgador, ele não apenas subsume o fato à norma. Outra característica abordada pelo autor supracitado é a ideia de jurisdição como uma técnica de processo que visa efetivar direito, o poder jurisdicional é exercido através da via processual para garantir direitos.

Ainda sob o espeque doutrinário do professor Fredie Didier⁴⁶, a jurisdição opera em um caso concreto em que é levado a quem exerce o poder jurisdicional e não somente quando houver lide, mas também a outras situações em que não há lide. A jurisdição produz a última decisão sobre a situação posta em julgamento, nenhum outro poder poderá controlar essa decisão, senão a própria jurisdição. Por fim, possui a jurisdição capacidade de tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada, ela terá aptidão para formar coisa julgada material, se tornará definitiva com o passar de determinado tempo, lembrando ainda que não apenas haverá jurisdição se houver coisa julgada material, esta não exclui aquela, a jurisdição não depende da coisa julgada material para existir, apesar de ser uma característica exclusiva da jurisdição.

Noutro giro, Humberto Theodoro Jr explica que só haverá exercício de poder jurisdicional quando houver lide⁴⁷, o exercício de jurisdição só de dará e só irá atuar em demandas já instauradas, em casos concretos.⁴⁸ A ação surge com o conflito de interesses juridicamente tutelados, quando um sujeito detentor de um direito tem esse seu direito ameaçado ou obstruído por outrem, daí aparece a necessidade de satisfação desse interesse que fora de alguma forma afrontado, assim, ele busca a resolução deste conflito através de terceiro que imponha uma solução, terceiro este que precisa estar investido no poder jurisdicional. Tal raciocínio vai, em parte, de encontro com a linha doutrinária seguida neste trabalho, uma vez que, como dito acima nos ensinamentos de Fredie Didier Jr, a jurisdição opera em um caso concreto mas não somente quando houver lide, como por exemplo, em um caso de jurisdição voluntária.

⁴⁶ Didier, Fredie. Op. cit. p. 89-98.

⁴⁷ "Conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida." Carnelutti, Apud, Theodoro Jr, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1; 52ª Ed. Forense; 2011; p.46.

⁴⁸ Theodoro Jr, Humberto. op.cit; p.46.

O breve esclarecimento sobre o que seria jurisdição, servirá de base essencial para um tópico posterior desta monografia, qual seja, a verificação da jurisdicionalidade da arbitragem, tema recorrente em trabalhos científicos mas que merece destaque aqui, pois ainda há dúvidas e entendimentos diversos sobre o assunto e o seu estudo servirá como fundamento para responder as questões suscitadas aqui.

3.2 – CARACTERÍSTICAS

Traçaremos aqui as principais características da jurisdição, sendo a primeira delas a Substitutividade, que segundo Rodrigo Klippel e Antônio Adonias⁴⁹ o Estado é um terceiro estranho ao processo trazido pelas partes, e essa substituição está relacionada ao objeto do processo, ao pedido jurídico trazido pela parte perante o Estado, que é um dos participantes dessa relação jurídica e que irá decidir na figura do juiz.

O autor Daniel Neves⁵⁰ também explica que a Substitutividade quer dizer que: “...a jurisdição substitui a vontade das partes pela vontade da lei no caso concreto, resolvendo conflito existente...”, ou seja, é como já dito anteriormente, quando um terceiro imparcial irá impor a vontade da lei ao caso trazido ao órgão julgador, substituindo a vontade das partes pela vontade da lei, proporcionando a pacificação social.

Nesse mesmo sentido, o autor Fredie Didier⁵¹ explica que “a jurisdição é técnica de solução de conflitos por *heterocomposição*: um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema.” Ele não adota a ideia de Substitutividade, fazendo alusão a Chiovenda, que entende que “... a jurisdição é a aplicação concreta da vontade da lei, em atividade meramente declaratória.” Há uma substituição de vontade, contudo, aquela representada por Chiovenda não supriria o conceito, pois para Didier a atividade jurisdicional é criativa. Seguindo o raciocínio, é necessário que esse terceiro que irá dirimir a controvérsia seja imparcial, não podendo possuir qualquer interesse no objeto da contenda. A imparcialidade e a

⁴⁹ Adonias, Antônio e Klippel, Rodrigo. Manual de direito processual civil; 3ª Ed. Jus Podium; 2013.p 69.

⁵⁰ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil; 6ª Ed. Forense- São Paulo; 2014. P.15.

⁵¹ Didier, Fredie. Op. cit. p. 90-91.

Substitutividade andam de mãos dadas, um está ligado diretamente ao outro, pois se houver a Substitutividade sem imparcialidade, a jurisdição seria capenga, não se poderia falar em substituição de interesses uma vez que haveria parcialidade, a substituição seria somente uma camuflagem e não iria garantir o verdadeiro sentido da jurisdição que é a pacificação social.

Fala-se também como uma característica da jurisdição, a inércia. Segundo o autor Daniel Neves⁵², quem deve dar início a um processo é o interessado, a jurisdição só se moverá através de um processo em que aquele que possua interesse der início a esse processo, o órgão jurisdicional não pode agir até que seja provocado, somente o interessado poderá provocar a jurisdição através de um processo, exercendo o seu direito de ação. Nesse mesmo sentido Dinamarco, Grinover e Cintra⁵³ explicam que “o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda atividade jurídica do Estado é a pacificação social....” Assim, vê-se a importância da inércia da jurisdição, uma vez que sua finalidade é assegurar a paz social e resolver conflitos de forma segura, e tal segurança é garantida pelo devido processo legal.

Explica o professor Fredie Didier⁵⁴ que “o exercício da jurisdição pressupõe o processo prévio, em que se garantam o devido processo legal...”. Assim, sendo a jurisdição inerte, onde o interessado deverá buscar a resolução do seu conflito, ele fará isso através de um processo e nesse processo é que a jurisdição propriamente dita se manifestará.

Ainda seguindo a doutrina do autor anteriormente citado, a jurisdição é imperativa, é manifestação de poder, em que irá se aplicar a vontade da lei por um órgão que possua função jurisdicional, que por vezes poderá ser exercido por outras pessoas a não ser o Estado, como é o caso da arbitragem. Essa manifestação de poder irá sempre atuar em um caso concreto, em uma demanda que é levada a julgamento pelo órgão jurisdicional, mas que nem sempre será um conflito de interesses (lide),

⁵² Neves, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. P.18.

⁵³ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. p.159

⁵⁴ Didier, Fredie. Op. cit. p. 96.

podendo ser uma situação que ainda nem ocorreu, como uma ameaça de lesão a direitos.⁵⁵

Por fim, para arrematar o tópico sobre as principais características da jurisdição, é preciso falar sobre uma das mais importantes, qual seja, a aptidão para formar coisa julgada material. Nas lições de Dinamarco, Grinover e Cintra⁵⁶ somente os atos jurisdicionais “são suscetíveis de se tornar imutáveis, não podendo ser revistos ou modificados;” Seguem explicando que a coisa julgada quer dizer que os efeitos de uma sentença não podem ser modificados, de modo que as partes não poderão propor uma demanda igual àquela que já fora julgada, nem podem deixar de fazer o que foi cristalizado na sentença, além disso, nem mesmo o próprio juiz poderá voltar e decidir novamente sobre aquilo que ele já decidiu e nem mesmo o legislador poderá contrariar o que foi julgado. Ainda sobre a coisa julgada material, explica Fredie Didier⁵⁷ que “somente uma decisão judicial pode tornar-se indiscutível e imutável pela coisa julgada material.” Ele segue afirmando que somente os atos jurisdicionais tem a característica de serem definitivos e por isso recebe o nome de coisa julgada, que é a situação em que uma relação jurídica se estabiliza de modo definitivo, devendo ser respeitada e cumprida por todos.

3.3 - PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Passaremos agora a examinar os princípios fundamentais que informam a jurisdição. A exposição e fixação desses conceitos servirá para entendermos melhor o que é a jurisdição e como ela se concretiza no ordenamento, servirá também como base para discussão para o tópico seguinte que é a discussão sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, assim, veremos que alguns princípios decorrem da própria lei e outros não, sendo fruto de construções doutrinárias. O primeiro deles é o princípio da investidura, que nas palavras de Dinamarco, Grinover e Cintra⁵⁸ é aquele que corresponde a ideia de que a jurisdição será exercida por alguém que

⁵⁵ Didier, Fredie. Op. cit. p. 97.

⁵⁶ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. p.160.

⁵⁷ Didier, Fredie. Op. cit. p. 98.

⁵⁸ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. p.162.

tenha sido investido na autoridade de julgador. Fredie Didier⁵⁹ afirma que aquele que não foi investido na condição de juiz não poderá exercer a função jurisdicional, somente aquelas pessoas detentoras da posição de julgador.

O segundo é a territorialidade ou aderência ao território, e segundo Daniel Neves⁶⁰ esse princípio “diz respeito a uma forma de limitação do exercício legítimo da jurisdição”, a pessoa que foi investida no cargo de julgador somente poderá exercer a função jurisdicional dentro de determinado território, que nesse caso é o Estado Brasileiro. Existem dois lados aqui, um que se refere à soberania do Estado Brasileiro, em que essa jurisdição se limitará ao território nacional e será exercida aqui dentro, e o outro lado seria a limitação no âmbito dos estados que compõem o país. Nesse sentido explicam Dinamarco, Grinover e Cintra, que cada juiz somente irá exercer sua autoridade nos limites do território em que a lei diga qual a sua jurisdição, sendo portanto, um limite territorial.

O terceiro princípio é o da Indelegabilidade, “o exercício da função jurisdicional não pode ser delegado. Não pode o órgão jurisdicional delegar funções a outro sujeito”. Klippel e Adonias⁶¹ informam que tal característica surge a partir do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que contém a ideia da inafastabilidade do poder jurisdicional, afirmam ainda que tal princípio admite exceções, como é o caso da arbitragem que estudamos nesse trabalho, através da sua lei própria, a Lei nº 9.307/96 e em casos de expedição de carta de ordem expedida pelo tribunal para que sejam produzidas provas em juízo de primeiro grau. Assim, não pode o juiz por si só delegar funções decisórias a outras pessoas ou outros órgãos, a própria constituição federal delimita as atribuições do poder judiciário e delimita a sua atuação.⁶²

O quarto princípio é o da inevitabilidade, que traduz a ideia de submissão à jurisdição, segundo Daniel Neves⁶³ tal princípio é aplicado em dois momentos. O primeiro ele chama de “vinculação obrigatória dos sujeitos ao processo judicial”, uma vez atuando no processo, ninguém pode simplesmente se negar, “a vinculação é automática, não dependendo da concordância do sujeito”, eles não tem o poder de

⁵⁹ Didier, Fredie. Op. cit. p.108.

⁶⁰ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. P.18.

⁶¹ Adonias, Antônio e Klippel, Rodrigo. Manual de direito processual civil; 3ª Ed. Jus Podium; 2013.p 71.

⁶² Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. p.163.

⁶³ Neves, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. P.24.

decidir se vão se submeter àquela decisão ou se irão se vincular ao processo. O segundo momento advém do primeiro, em que os sujeitos que estão participando no processo estão submissos ao que ali decidido for, eles serão obrigados a suportar os efeitos da decisão, não existe a hipótese de concordar ou dizer que não irá cumprir o que fora decidido, a jurisdição pode se fazer valer através dos meios coercitivos legais, caso o sujeito se negue a cumprir uma sentença.

O princípio da inafastabilidade, como já citado anteriormente, está expresso na Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, que “garante a todos o acesso ao poder judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela.”⁶⁴ Não pode o juiz deixar de proferir uma decisão por falta de lei ou obscuridade desta, nem pode o judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito, é uma garantia conferida ao cidadão para que não fique desamparado.

Por último, o princípio do juiz natural, que “assegura que ninguém pode ser privado do julgamento por juiz independente e imparcial, indicado pelas normas constitucionais e legais.”⁶⁵ A Constituição proíbe expressamente em seu art. 5º, XXXVII, os tribunais de exceção, que são aqueles criados para julgar determinadas pessoas ou processos sem previsão na constituição. Nesse mesmo sentido, explica Fredie Didier que ninguém poderá ser julgado por órgão que não seja competente para aquele processo, essa competência deve estar previamente estabelecida. Não se pode escolher um juiz para julgar uma demanda após o fato ocorrido, a competência deve ser estabelecida antes e com base em critérios objetivos e que não sejam direcionados a determinadas pessoas. Ademais, o referido autor leciona que não fere esse princípio as varas especializadas, regras de competência em função de prerrogativas pois nessas “...situações as regras são gerais, abstratas e impessoais.”⁶⁶

Vimos os principais princípios que norteiam a jurisdição e como se materializam no ordenamento. Tais princípios servirão para a análise do próximo tópico sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, irá se estudar a possibilidade de paralelos entre a arbitragem e os princípios da jurisdição e como estes influenciam na arbitragem,

⁶⁴ Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel – op. Cit. 2012, p.164.

⁶⁵ Ibidem. 2012, p. 164.

⁶⁶ Didier Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil; 13º Ed. Jus Podium;2011; p.117.

observando se de fato a arbitragem tem natureza jurisdicional ou se seria mero equivalente jurisdicional como alguns autores preferem chamar.

3.4 - JURISDICIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Tema que até os dias atuais ainda gera debates na doutrina, a questão da jurisdicionalidade da arbitragem ainda é objeto de controvérsia. O presente tópico se destinará a descortinar um aspecto de grande relevância para o que se propõe trabalho, buscar-se-á ao final deste tópico responder se arbitragem possui ou não caráter jurisdicional.

A doutrina que se debruça sobre o tema é majoritária no sentido de afirmar que a arbitragem exerce a jurisdição e por isso se revestiria desse caráter jurisdicional, noutro giro, existem doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco e Luiz Guilherme Marinoni que defendem que a arbitragem não possui jurisdicionalidade, sendo classificada como parajurisdicional ou equivalente jurisdicional. Neste tópico enfrentaremos os dois lados, buscando os argumentos que melhor se coadunam com o objetivo a que este trabalho se pretende.

A começar pela própria Lei de Arbitragem, em seu art. 31, onde nas certas palavras de Carmona, esclarece que:

O art. 31 da lei 9.307/96 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislado optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem.⁶⁷

Vê-se uma decisão política aqui, o legislador elevou o status da sentença arbitral, equiparando seus efeitos aos efeitos de uma sentença judicial, conferindo ao processo arbitral maior autonomia e eficácia, tornando o procedimento arbitral um meio de resolução de conflitos mais robusto e condizente com as necessidades atuais.

⁶⁷ Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e processo - Um comentário à lei 9.307/96; 3ª Ed. 2009; p.26.

Contudo, existem doutrinadores que defendem o contrário, que em verdade a arbitragem não possui natureza jurisdicional. Para melhor esclarecer o assunto, se fará uma comparação entre os argumentos prós e contras, baseando-se em modelos encontrados em livros doutrinários e até em julgados, para em seguida analisar aquele que melhor se adequa ao que o estudo propõe.

Seguiremos aqui um modelo de comparação muito parecido com o voto adotado pela Min. Nancy Andrighi⁶⁸, que de forma bastante didática e lúcida explicou:

O art. 31 da LArb, que equipara a sentença arbitral à sentença judicial, e o art. 23, I, que fixa o prazo decadencial de 90 dias para que se formule pedido de declaração de nulidade dessa sentença em juízo, estariam a demonstrar que a decisão proferida em arbitragem tem, potencialmente, aptidão para produzir efeitos análogos aos da coisa julgada. Por outro lado, a sentença arbitral tenderia à justa composição de uma lide, à medida que o procedimento se desenvolve com base numa pretensão resistida, a ser decidida por terceiro imparcial. E, por fim, na arbitragem também haveria a atuação da vontade concreta da lei, em substituição à vontade das partes (a vontade só atua na fixação da convenção de arbitragem). Mas, em que pese a afirmação da suscitante de que a doutrina que reputa jurisdicional a arbitragem é majoritária, não se pode deixar de notar que há autorizadas vozes que defendem o contrário. A título exemplificativo, Cândido Rangel Dinamarco defende que a arbitragem não tem, entre os seus objetivos, o de *dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial*, nem é dotada do requisito da *inevitabilidade* que caracteriza a jurisdição. Por isso, poderia ser qualificada como uma atividade *parajurisdicional*. Contudo, "o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca da pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam." (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, Malheiros, 5ª ed., 2005, p. 141 e 141). A crítica mais pungente, no entanto, é a de Luiz Guilherme Marinoni (*Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, p. 147 e seguintes), para quem arbitragem e jurisdição não se confundem pelos seguintes motivos, em linhas gerais: (i) a escolha, pelas partes, da solução do conflito por arbitragem implica *renúncia à jurisdição*; (ii) o exercício da jurisdição pressupõe investidura por concurso público; (iii) a arbitragem não observa o princípio do juiz natural; (iv) o árbitro não tem aptidão para executar suas decisões. Todas essas críticas, contudo, foram adequadamente respondidas por Fredie Didier (*Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: Ed. Jus Podivm, 11ª edição, 2009, p. 82 a 85). Em resumo, argumenta o professor baiano: (i) ao escolher a arbitragem o jurisdicionado não renuncia à jurisdição, mas à jurisdição prestada pelo Estado; (ii) a jurisdição, mesmo Estatal, não é exercida apenas por pessoas aprovadas em concurso público, do que seriam exemplos as vagas destinadas aos advogados pelos arts. 94, 104, 107, I, 111-A, I, 115, 118, II, 119, II, 120, §1º, III, e 123, parágrafo único, I, da CF; (iii) o princípio do juiz natural tem como principal elemento a garantia de julgamento por um órgão cuja competência tenha sido pré-estabelecida, de modo a assegurar a imparcialidade do julgador. Os dois aspectos estão contemplados na arbitragem. A imparcialidade é prevista de maneira expressa pelo art. 21, § 2º da LArb. A prévia competência é fixada no momento em que firmada a convenção de arbitragem. Assim, os argumentos da doutrina favoráveis à

⁶⁸ Superior Tribunal de Justiça; Acórdão nº 113.260; Rel. Min. Nancy Andrighi.

jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade. Não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade.

A partir desse modelo seguirá a discussão sobre o tema, que apesar de resumido, consegue sintetizar as principais dúvidas que cercam o tema.

Um dos primeiros argumentos contrários é aquele que propaga a ideia de que o árbitro não pode executar suas decisões, e por isso não exerceria jurisdição, porém, contestando tal argumento, segundo Fredie Didier, "executar é uma questão de competência e não de exercer jurisdição ou não." Em corrente contrária, Luiz Guilherme Marinoni explicita que "não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional",⁶⁹ entendendo que violaria o princípio do juiz natural, e novamente rebatendo tal argumentação, segundo Fredie Didier, "Juiz Natural é aquele competente nos termos da Lei e a competência do Árbitro é definida em Lei – O Árbitro Natural é aquele instituído livremente pela vontade de Pessoas Capazes."

Outro argumento contrário trazido pelo autor Luiz Guilherme Marinoni⁷⁰ está na ideia de imparcialidade, para o referido autor, na arbitragem essa possibilidade não é uma garantia tal qual é em relação à jurisdição estatal, em que o juiz togado é investido no seu poder através de concurso público, além de ter um órgão como o conselho nacional de justiça que controla o exercício dessa função e que a escolha do árbitro traria como consequência a perda de uma série de garantias. Com todo respeito ao autor, tal afirmação não merece prosperar, pelo simples fato de que todos esses mecanismos assecuratórios de imparcialidade do juiz togado não são suficientes para atestar sua imparcialidade, o fato de ser concursado, funcionário do Estado e ter um órgão fiscal, por si só não garante essa imparcialidade. Quanto à arbitragem, em que as partes escolhem um árbitro, primeiro que escolheriam um de sua confiança e em segundo, a parcialidade está diretamente ligada ao caráter do julgador, não importando se ele é um juiz togado ou um árbitro eleito.

Outrossim, o procedimento arbitral não é equivalente jurisdicional, nas palavras de Fredie Didier "...é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com

⁶⁹ Marinoni, Luiz Guilherme; op.cit. p.159.

⁷⁰ Ibidem. p.161.

autorização do Estado e como consequência do exercício de direito fundamental de auto regramento (autonomia privada)." ⁷¹

Outro argumento que poderia servir como base, seria em relação ao objetivo da jurisdição, e quem muito bem explica é o autor Humberto Theodoro Jr: "... dando ao direito do caso concreto a certeza que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição de litígio, promove a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social." ⁷²

Tomando posse do conceito do objetivo da jurisdição, pode-se dizer que a arbitragem se encaixa nesse conceito, como técnica de resolução de conflitos e que assegura a paz social, garantindo-se o direito fundamental de auto regramento como dito anteriormente.

Ademais, os princípios fundamentais da jurisdição, não afastam a arbitragem do seu campo, senão vejamos nas palavras de Humberto Theodoro Jr: "O princípio do juiz natural: Só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da constituição..." ⁷³

Como já dito linhas acima, o árbitro tem competência definida em lei, portanto, não fere o princípio do juiz natural. "A jurisdição é improrrogável: os limites do poder jurisdicional... são traçados pela Constituição." ⁷⁴ Certamente a arbitragem está em acordo com tal princípio, uma vez que seus limites estão estabelecidos em lei e o árbitro em verdade exerce o interesse do estado e do cidadão, interesse do Estado nesse contexto de promoção da paz social, além do que, se pauta em todos os princípios constitucionais, que norteiam e impulsionam a solução do litígio, "a jurisdição é indeclinável: o órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode recusar-se a ela, quando legitimamente provocado..." ⁷⁵

⁷¹ Didier, Fredie Jr. Op.cit; p.106.

⁷² Theodoro Jr, Humberto. Op.cit; p.50.

⁷³ Theodoro Jr, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1; 52º, Rio de Janeiro: Ed. Forense; 2011. p.51.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

Do mesmo modo a arbitragem, uma vez vinculado o órgão arbitral ao litígio ele não poderá escusar-se, assim como não poderá recusar, se já aceito, a resolução de um litígio tendo em vista a publicidade que o órgão ou instituição arbitral faz, vinculando-o a sua proposta de solucionar o conflito.

Completando o raciocínio sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, esclarece o autor J. E. Carreira Alvim⁷⁶ que a arbitragem de forma diferente, mas também através de processo, é capaz de promover a resolução de conflitos, mas fora do âmbito estatal. O referido autor explica que:

Na arbitragem existe o exercício de verdadeira jurisdição, só que exercida por órgãos-pessoas, aos quais o Estado reconhece uma parcela do seu poder, e cujas decisões ele chancela com o selo de sua autoridade, outorgando-lhes idêntica eficácia à que confere às decisões de seus próprios juízes (órgãos-entes). Há também na arbitragem, tanto quanto na jurisdição estatal, um processo que proporciona a formação da relação jurídica processual entre as partes litigantes, requerente (autor), requerido (réu) e tribunal arbitral (juiz). Portanto, ao lado de uma jurisdição estatal, viceja uma jurisdição privada, cujo produto final é a sentença de mérito, que em nada difere, quanto à sua extensão e eficácia, da sentença judicial, a não ser que esta está sujeita a recurso para o tribunal, o que não acontece com a sentença arbitral, sujeita apenas a uma ação de nulidade, pela inobservância de requisitos formais.⁷⁷

E sedimentando o assunto, o autor Antônio Gaio traz as palavras de Nery Júnior e Andrade Nery:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de “sentença”, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 475-N IV), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de impugnação ao cumprimento de sentença com fundamento no CPC 475-L, segundo a LArb 33 § 3º.⁷⁸

Portanto, ante tudo o que foi estudado nesse tópico, calcado nas construções doutrinárias e argumentos apresentados, seguimos as linhas doutrinárias que entendem que a arbitragem possui de fato natureza jurisdicional, tendo por isso, plena capacidade para atingir aos objetivos a que se propõe, que é a pacificação social através da resolução de conflitos.

⁷⁶ Alvim, José Eduardo Carreira- Teoria Geral do Processo- Rio De Janeiro: Forense, 2012; p. 82.

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Gaio Júnior, Antônio Pereira. Teoria da arbitragem. 1ª Ed. São Paulo, Rideel, 2012. Apud Nery Júnior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. P 23.

4- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

4.1 - CONCEITO E TIPOS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Matéria muito importante para a compreensão do ponto principal deste trabalho, trataremos aqui sobre o controle de constitucionalidade, abordando apenas aquilo que é essencial para a compreensão da discussão que gravitará em torno da possibilidade do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo árbitro, dentro de um processo arbitral.

Nos ensinamentos do autor Dirley da Cunha Júnior, o que sustenta o Estado Democrático de direito é a supremacia da constituição, assegurando o ordenamento jurídico como um todo e efetivando os valores sociais.⁷⁹ Segue aduzindo que a própria supremacia da constituição não se revestiria dessa supremacia se não existissem mecanismos que garantissem essa supremacia, e é a partir dessa noção que surge o controle de constitucionalidade para assegurar essa força constitucional frente outras normas que devem respeitá-la, devendo ser compatíveis com os mandamentos constitucionais, tanto formalmente, quanto materialmente.

Assim, o controle de constitucionalidade, que como o próprio nome já nos informa, é a necessidade de observância à carta magna por parte de qualquer lei ou ato normativo dentro do ordenamento. Se não houver essa conformidade com os preceitos da constituição federal, haverá o controle dessa conformidade e se expurgará aquela norma do ordenamento ou deixará de se aplicar em determinado caso. O controle de constitucionalidade é, portanto, “atividade de verificação da conformidade ou adequação da lei ou ato do poder público com a Constituição.”⁸⁰

Após o conceito do controle de constitucionalidade e verificar a sua real necessidade, passaremos a estudar os tipos de inconstitucionalidade trazidos pela doutrina. A primeira delas é a inconstitucionalidade material, que segundo Manoel Jorge Silva Neto⁸¹, é quando há incompatibilidade da norma em relação ao conteúdo da Constituição, nesse caso haveria a inconstitucionalidade material. Há a

⁷⁹ Da Cunha Jr, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Jus podium. 2010; p.262.

⁸⁰ Idem. P.263

⁸¹ Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de direito Constitucional – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P.226.

inconstitucionalidade formal, em que haveria a inconstitucionalidade quando houvesse o desrespeito ao processo legislativo de criação das leis, que está previsto na Constituição. Por fim a inconstitucionalidade orgânica, que segundo o autor anteriormente citado, seria aquela em que haveria uma ofensa em relação à competência.

Seguindo ainda a tipologia apresentada pelo autor Manoel Jorge, há também a inconstitucionalidade imediata e derivada. A imediata “decorre do exame da compatibilidade entre a constituição e determinada norma, sem que haja intermediação de qualquer outro veículo normativo”. Já a derivada segundo o autor, “pressupõe a existência de lei ou ato normativo entre a espécie considerada inconstitucional e a constituição.”

A inconstitucionalidade pode ainda ser parcial ou total. Quando a norma está viciada em parte, pode-se declarar a inconstitucionalidade somente da parte viciada, contudo, caso essa parte seja essencial à norma inteira em si, ela deverá ser declarada inconstitucional por inteira, ou seja, totalmente. Outra classificação apresentada pelo autor Manoel Jorge⁸², é a de inconstitucionalidade comissiva e omissiva. É comissiva “quando um ato positivo do poder público determinar a incompatibilidade com as normas constitucionais; é uma ação no âmbito do poder público que vulnera a constituição.”

4.2 - TIPOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Aqui serão vistos os tipos de controle e as formas de exercer o controle de constitucionalidade. Segundo o Min. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco⁸³, em relação às formas de exercer esse controle, este pode ser quanto ao órgão, em que haverá o controle político, jurisdicional ou misto. O político como o próprio nome já diz, seria aquele realizado pelo legislativo, por órgão político e não pelo judiciário, como por exemplo a comissão de constituição e justiça ou o veto presidencial. O jurisdicional é o exercido por órgão judiciário.

⁸² Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de direito Constitucional – 8º Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P.228.

⁸³ Mendes, Gilmar Ferreira/ Gonet Branco, Paulo Gustavo – Curso de direito Constitucional. 7º ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. P.1097.

Ainda seguindo a doutrina dos autores acima mencionados, ainda em relação às formas de controle de constitucionalidade, podem ser classificadas também quanto à forma desse controle ou ao modo, que pode ser incidental ou principal. O incidental é aquele em que “a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que de ser decidida pelo judiciário.”⁸⁴ Seria uma exceção, já que a análise da constitucionalidade não é o objeto principal daquela ação, é um incidente. Já o controle principal, que é aquele que “permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei.”⁸⁵ É onde se usam as ações diretas de inconstitucionalidade ou outros mecanismos de discussão da norma em abstrato, daí porque se falar que o controle principal é abstrato e o incidental ser um controle concreto.

Outra classificação trazida por Gilmar Mendes e Paulo Gonet na obra citada, é em relação ao momento do controle, que poderá ser preventivo ou repressivo. O controle preventivo “efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo”. Seria aquele exercido pelas comissões de constituição e justiça e pelo veto presidencial; Já o repressivo, é aquele feito pelo judiciário, “somente se admite, em princípio, a instauração do processo de controle após a promulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor.”

Após essa breve passagem por conceitos importantes sobre o tema, seguiremos falando um pouco mais especificamente acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade, que segundo os autores acima mencionados se divide em modelo difuso, concentrado e misto, que seria uma junção de elementos do difuso e concentrado, como ocorre com o sistema adotado no Brasil. Será a partir desses modelos que iremos ter mais clareza sobre qual deles se adequará à arbitragem.

O primeiro deles é o controle concentrado de constitucionalidade, ou também conhecido como “modelo austríaco”, que “defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte

⁸⁴ Mendes, Gilmar Ferreira/ Gonet Branco, Paulo Gustavo – Curso de direito Constitucional. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. P.1098.

⁸⁵ Idem. P 1098.

Constitucional.”⁸⁶ Nesse mesmo sentido, explica Manoel Jorge⁸⁷, que esse controle é feito de forma abstrata, quando seu objetivo principal é a verificação da constitucionalidade da lei ou ato normativo, ele se materializa numa ação cujo objeto principal é a discussão da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, sendo chamada de via direta ou concentrada como o próprio nome já diz. Esse tipo de controle gera efeitos *erga omnes*, atingindo a todos, pois trata-se de um processo objetivo, em que não há partes, o controle ali exercido pode alterar a esfera jurídica de qualquer um caso haja uma mudança na lei, por exemplo. No Brasil quem tem a competência para exercer esse tipo de controle é o Supremo Tribunal Federal, que irá julgar as ações especificamente criadas para verificar essa adequação à constituição, como a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e etc.... Em suma, as principais características do controle concentrado de constitucionalidade segundo Manoel Jorge⁸⁸ são:

“I) a arguição de inconstitucionalidade é o próprio objeto da demanda; II) determina a expansão dos efeitos da decisão inclusive para pessoas que não participaram do processo (eficácia *erga omnes* ou contra todos); III) o controle jurisdicional somente pode ser efetivado pelo STF (no tocante à Constituição Federal) e pelos tribunais de justiça estaduais (no tocante à Constituição do Estado-Membro); IV) só pode ser iniciado pelas pessoas e órgãos indicados no art. 103, I a IX da Constituição Federal (legitimidade restrita).”

Já o modelo concreto-difuso de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos, “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.”⁸⁹ Nos ensinamentos de Manoel Jorge⁹⁰, esse tipo de controle ocorre quando uma pessoa ingressa com uma ação em que o objetivo principal dela não é a discussão da inconstitucionalidade da norma, a inconstitucionalidade é suscitada incidentalmente, ele busca se esquivar do cumprimento de uma obrigação alegando a inconstitucionalidade daquela norma no caso concreto, é feito como uma defesa, como uma exceção e poderá ser suscitado em qualquer processo, sendo que o controle que por ventura venha a ser realizado naquele processo, ficará restrito às partes que participam dele, não terá efeito *erga*

⁸⁶ Idem. P.1099.

⁸⁷ Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de direito Constitucional – 8º Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P.238-239.

⁸⁸ Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de direito Constitucional – 8º Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P.239.

⁸⁹ Mendes, Gilmar Ferreira/ Gonet Branco, Paulo Gustavo – Curso de direito Constitucional. 7º ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. P.1100.

⁹⁰ Silva Neto, Manoel Jorge e. Op. Cit. P.238.

omnes tal qual no controle concentrado, a norma será inconstitucional e afastada apenas para aquele caso concreto e por conta daquela situação em particular. Da mesma maneira que fora demonstrado no modelo anterior, o autor Manoel Jorge traz as características do modelo concreto-difuso de forma bastante pedagógica, a seguir:

I) Trata-se de controle incidental da constitucionalidade (*incidenter tantum*); II) apenas expande os seus efeitos relativamente às pessoas envolvidas na demanda judicial (efeito *inter partes*); III) o controle pode ser efetivado por qualquer juiz ou tribunal (motivo pelo qual é chamado de *difuso*, visto que todas as autoridades judiciárias brasileiras têm competência para efetivá-lo); IV) pode ser iniciado por qualquer ente com personalidade que se encontre sob a incidência de normas que repete inconstitucional (legitimidade ampla).⁹¹

Vimos aqui as principais formas de controle e as que estão presente no Brasil, que adota um modelo misto, que seria um pouco do difuso e um pouco do concentrado, aglomerando características dos dois modelos. Em seguida, aprofundaremos o estudo do modelo concreto-difuso, dedicando um tópico especialmente para analisar o instituto que é o que mais nos interessa neste trabalho.

4.3 - CONTROLE CONCRETO - INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Será abordado aqui o conceito do que é o controle difuso de constitucionalidade de forma mais aprofundada, uma vez que será a partir dele que iremos discutir mais adiante a possibilidade de um árbitro, em um processo arbitral, exercer esse tipo de controle, verificaremos se este instituto se adequa ao que está se propondo esta monografia e conseqüente mente com a arbitragem.

Nas lições de Dirley da Cunha Júnior⁹², a supremacia da Constituição teve origem nos Estados Unidos e foi lá também que houve o primeiro caso de defesa da supremacia das leis constitucionais no caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Essa decisão demonstrou a hegemonia da Constituição em relação à todas as outras normas do ordenamento, assim como o poder dever dos juizes de não aplicarem leis que fossem contrárias à Constituição, o juiz é que é o responsável pela interpretação e aplicação das normas e quando houvesse conflito, o juiz deveria deixar de aplicar a normas que julgasse inconstitucional e aplicar a que estivesse

⁹¹ Silva Neto, Manoel Jorge e. Curso de direito Constitucional – 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. P.238.

⁹² Da Cunha Jr, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Jus podium. 2010; p.269-270.

conforme a Constituição e a partir dessa ideia, fora consolidado o sistema judicial do controle de constitucionalidade das leis, que recebe o nome de *judicial review*.

Ainda nas lições do mencionado autor, no sistema de controle judicial norte-americano, o controle de constitucionalidade é *incidental*, pois só poderia ser exercitável em face de uma disputa real e concreta e é *difuso* pois foi consolidado que qualquer juiz ou tribunal poderia exercer esse controle.

Assim, resume o autor Dirley da Cunha Júnior que:

“...no sistema americano ou difuso-incidental, o controle de constitucionalidade é confiado a todos os órgãos do poder judiciário, em face do qual cada juiz ou tribunal (originariamente ou por meio de recurso) pode deixar de aplicar, no caso concreto que lhe for submetido à apreciação, uma determinada lei (ou ato do poder público), quando a considere eivada do vício da inconstitucionalidade. Desse modo, não cumpre ao poder judiciário declarar, em tese, a inconstitucionalidade de qualquer ato do poder público, estando limitado a reconhecer a constitucionalidade do ato somente em face de um caso concreto, paralisando os seus efeitos no que tange ao conflito solucionado.”⁹³

Nesse mesmo sentido e de forma bastante elucidativa explica o autor J.J. Gomes Canotilho⁹⁴ o que é controle jurisdicional difuso de constitucionalidade: "A competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial."

Completam os autores Gilmar Mendes e Paulo Branco⁹⁵, aduzindo que:

“...o controle de constitucionalidade difuso, concreto, ou incidental, caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.”

É, portanto, o ato de um juiz verificar se a lei ou ato do poder público, em um caso concreto, está de acordo com a Constituição. É dito difuso, pois qualquer órgão que

⁹³ Da Cunha Jr, Dirley. Op. Cit; p.275.

⁹⁴ Canotilho, J.J Gomes. O Direito Constitucional; 6ª Ed; Almedina; 1993; p.964.

⁹⁵ Mendes, Gilmar Ferreira/ Gonet Branco, Paulo Gustavo – Curso de direito Constitucional. 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. P.1169 -1170.

possua jurisdicionalidade e em qualquer grau, poderá exercer esse controle. Qualquer juiz, em qualquer instância, poderá exercer o controle de forma difusa em um caso concreto e afastar aplicação de uma norma que considere inconstitucional naquele momento. E será incidental ou *incidenter tantum*, pois é provocado por defesa ou exceção no curso de uma demanda concreta sendo uma questão prejudicial que precisa ser decidida para a resolução do conflito.

O julgador decidirá com base naquele determinado caso concreto se considerará a inconstitucionalidade de lei ou ato, a questão principal não será a inconstitucionalidade da lei ou do ato do poder público, ela será um incidente, tendo em vista que o bem da vida almejado é outro e não a declaração de inconstitucionalidade da lei, a arguição de inconstitucionalidade da norma é um incidente, pois é um ponto processual que precisa ser resolvido antes do julgamento do objeto principal. Ademais, uma vez que a inconstitucionalidade se dá somente naquele caso específico, a aplicação da lei somente será afastada naquela demanda e gerará efeitos apenas para as partes daquele processo, não se estendendo diretamente a terceiros.

Assim, levando em consideração o que fora estudado acerca do que é o controle difuso de constitucionalidade, passaremos a examinar o próximo pilar argumentativo na busca pela compreensão do tema e de respostas que deem respaldo ao que se persegue o presente trabalho.

5- RELAÇÃO ENTRE NORMAS DE ORDEM PÚBLICA E ARBITRAGEM

Outro tópico de suma importância para o trabalho, é tratar sobre a questão da relação entre a ordem pública e a arbitragem, que em verdade servirá como um fator limitante ao árbitro no exercício de sua função de julgar. O objetivo de estudarmos essa relação, repousa na ideia de que o árbitro, para julgar uma demanda, como no caso em estudo sobre a possibilidade de julgar uma norma como constitucional ou não, o aspecto da ordem pública é muito importante, sendo este um fator que limita a sua atuação, ele deve observar tais normas e se por ventura verificar no bojo do seu processo que algo está incompatível com as normas de ordem pública constitucionais, ele deverá tomar providências e resguardar as garantias contidas na Carta Magna, é um fator que limita não só o árbitro na sua função de julgador, como limita a autonomia da vontade das partes.

Primeiramente, há a necessidade de se atentar para o que é ordem pública e inicialmente o autor Carlos Carmona⁹⁶, apresentando o livro de Ricardo Aprigliano, traz o conceito apresentado pelo Dicionário Aurélio, em que ordem pública seria o: "conjunto de instituições e preceitos cogentes destinados a manter o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança, a moralidade das relações entre particulares, e cuja aplicação não pode, em princípio, ser objeto de acordo ou convenção".

O próprio Carlos Carmona leciona que:

“As normas de ordem pública são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito. Trata-se assim de um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época. Percebe-se, desde logo, que o conceito de ordem pública é sempre localizado e temporal: refere-se a um determinado país (ou a determinada comunidade) e a uma certa época (eis que as situações que e quer ver preservadas mudam com o passar do tempo). Enquadra-se na categoria de normas de ordem pública as regras que se referem às bases econômicas ou políticas da vida social, as de organização e utilização da propriedade, as de proteção à personalidade, entre tantas outras, sendo certo que, quando tais regras são positivadas, torna-se relativamente simples identifica-las, o que não ocorre com os princípios, “mais implícitos que

⁹⁶ Aprigliano, Ricardo de Carvalho. Ordem Pública e Processo - O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil; Ed. Atlas; 2011, apud Novo Dicionário Aurélio.

explícitos”, e que vão sendo paulatinamente detectados pela doutrina e pela jurisprudência.”⁹⁷

Ricardo Aprigliano⁹⁸ traz a ideia de que a ordem pública além de ser um conjunto de princípios que evidenciam os valores que uma sociedade busca e que mudam em detrimento do lugar e do tempo está ligados a aspectos sociais desta sociedade, são normas que refletem ideologias locais e que podem ser expressas de forma diversa a depender do local. O citado autor afirma que a ordem pública seria em verdade um conjunto de regras que buscam efetivar o princípio geral da ordem pública e que estas regras representariam o interesse público, que impedem a disposição em relação a essas normas e como limitador da liberdade de contratar em relação ao direito material, impedindo que as pessoas regulem da forma que bem entender para que não violem normas que representam o interesse público.

As normas de ordem pública procuram dar segurança aos interesses públicos, elas são normas que exercem controle tanto na esfera processual quanto na esfera material, no processo existem normas de ordem pública que ditam como o processo se dará e como ele será admitido, sendo as normas de ordem pública as bases que resguardam o próprio poder de jurisdição, sendo a ordem pública matéria indisponível.

Existe ainda na doutrina a divisão entre ordem pública interna e externa. A interna serve como limite à vontade das partes de contratar e que não podem ser afastadas por convenção delas, ou seja, as partes não podem abrir mão de certas normas materiais; Já a externa ou internacional, é aquela relacionada a ações que são perpetradas fora do Brasil, funcionando como um filtro para as sentenças estrangeiras que terão eficácia em território nacional, impedindo que aquelas que vão de encontro com as normas de ordem pública do país possam irradiar seus efeitos aqui.⁹⁹

Com relação à arbitragem, esclarece Ricardo Aprigliano¹⁰⁰ que a arbitragem se adéqua perfeitamente à ordem pública, primeiramente porque a arbitragem, como

⁹⁷ Carmona, Carlos Alberto – Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n 9.307/96 – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2009; p.69.

⁹⁸ Aprigliano, Ricardo de Carvalho; op.cit. p.5-13.

⁹⁹ Carmona, Carlos Alberto. Op. Cit. 70.

¹⁰⁰ Aprigliano, Ricardo de Carvalho; op.cit. p.44-46.

meio de solução de conflitos através de processo, por si só, como instituto, não fere as normas de ordem pública uma vez que inserida no ordenamento sob a Lei 9.307/96 que faz referência expressa à ordem pública no sentido de que é possível a arbitragem desde que esta não viole questões de ordem pública e ainda, não é instituída de forma compulsória, precisando da anuência das partes, não restando dúvidas sobre a possibilidade de violação às normas de ordem pública em relação ao instituto da arbitragem.

Em relação às matérias que envolvem a arbitragem, é sabido que só poderão se submeter à arbitragem, conflitos que dizem respeito a direitos patrimoniais e disponíveis, portanto, nem todas as matérias que estão dentro do conceito de ordem pública serão indisponíveis, o árbitro em verdade será um fiscal das normas de ordem pública, ele não decidirá sobre elas, ele apenas apreciará de forma geral a sua correta aplicação, as normas de ordem pública servem para orientar, portanto, os conflitos que são levados à arbitragem podem envolver questões de ordem pública e que devem ser observados pelos árbitros para que não sejam violadas.

Finalizando o entendimento do citado autor, em relação às normas de ordem pública e arbitragem, existe a ideia de ordem pública como conjunto de regras que irão determinar a escolha de procedimentos cabíveis à arbitragem, de direitos que possam ser ali julgados e, sobretudo a observância das normas de ordem pública no sentido de evitar qualquer violação a elas dentro de um processo arbitral, e esse controle será feito, sobretudo pelo arbitro.

Noutra banda, o autor Carlos Carmona¹⁰¹ explica se o árbitro tem competência para avaliar uma violação às normas de ordem pública quando as partes elegem qual lei será aplicada ao processo, nesse caso caberia ao árbitro ou ao juiz togado essa avaliação? Ele afirma que há em verdade uma competência concorrente, tanto o árbitro quanto o juiz togado poderão intervir caso haja violação às normas de ordem pública, o árbitro deve estar atento a esse quesito para impedir que tais normas sejam violadas ou postas de lado, assim como o juiz, se for provocado em alguma execução por exemplo, deve zelar para que as normas de ordem pública não sejam desrespeitadas.

¹⁰¹ Carmona, Carlos Alberto. Op. Cit. P.70.

Completa o autor, que caso o árbitro verifique que a lei escolhida pelas partes violem as normas de ordem pública do Brasil, ele deverá não aplicar aquela lei e proceder ao julgamento de acordo com as leis que reputar mais adequadas ao julgamento daquele caso, já o juiz não, ele apenas deverá recusar a eficácia da escolha das partes, negando-se a executar uma sentença arbitral que viole essas normas, ele não pode adentrar ao mérito do processo. Por fim, explica o autor que caso uma sentença arbitral seja proferida com violação às normas de ordem pública, essa sentença deverá ser anulada como dispõe a Lei de Arbitragem.

5.1 – JUÍZO DE EQUIDADE E JURISDIÇÃO ARBITRAL

Um tópico muito importante e que guarda relação direta com a questão das normas de ordem pública e dos limites impostos à arbitragem, é o juízo de equidade. Estudaremos o seu conceito e sua aplicação e faremos a correlação com as normas de ordem pública e com a questão do controle de constitucionalidade.

Conceituando o que é equidade, Carlos Carmona leciona que:

O vocábulo *equidade* (do latim *aequitas*) recebe várias acepções entre os dicionaristas, sendo geral, porém, o significado de imparcialidade, equanimidade, espírito de justiça ou até mesmo justiça natural. Em termos mais técnicos é possível afirmar que o vocábulo designa o julgamento que respeita a igualdade de cada um, levando em consideração determinantes concretas (intenções, motivos e fatos), conforme o sentimento do que se considera justo, independentemente da previsão legal. O julgamento por equidade, portanto, é o exercício da função jurisdicional de modo livre por árbitros ou juízes togados – que autorizados pelas partes ou exclusivamente pela lei – decidirão a controvérsia reduzindo, ampliando, aplicando ou criando regra que melhor assegure o equilíbrio entre os contendentes. Tal atividade está limitada, quase que exclusivamente, pelo respeito aos princípios processuais relacionados ao contraditório e à ampla defesa.¹⁰²

Leciona Georges Abboud¹⁰³, que a lei de arbitragem permite que o árbitro julgue uma demanda com fundamento na equidade, e que tal julgamento não poderá violar normas de ordem pública ou dispositivos constitucionais. Nas palavras do referido

¹⁰² Carmona, Carlos Alberto. Julgamento por equidade em arbitragem, em Revista de arbitragem e mediação. Ano 8, vol 30. Ed. Instituto brasileiro de direito comparado; 2011. P.235.

¹⁰³ ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P 397.

autor, “a jurisdição por equidade consiste em julgamento dinâmico, cuja principal finalidade consiste em conferir maior amplitude aos poderes decisórios do magistrado/árbitro.” A constituição do Brasil não prevê o juízo de equidade, mas a nossa Lei de arbitragem traz essa previsão em seu art. 2º, prevendo portanto o juízo de equidade em sede de arbitragem, que é aquele em que se admite até o julgamento *contra legem*. Contudo, não é exatamente assim que as coisas são, não é simplesmente *contra legem*, o autor Geroges Abboud traz a explicação para o tema e aduz que:

“... o juízo de equidade não poderia resultar em decisão contrária à legislação vigente (*contra legem*). A função da equidade seria meramente interpretativa, a fim de complementar a legislação vigente (*intra ius*) possibilitado ao juiz interpretar sistematicamente à legislação ao decidir o caso concreto....Desse modo, a função da equidade consistiria apenas em conferir maior espaço de manobra para o juiz/árbitro, possibilitando que seja elaborada decisão mais flexível em relação à legalidade estrita, mas nunca contra a legislação vigente; ou seja, a arbitragem por equidade não pode ser *contra legem*.¹⁰⁴

Ele segue explicando que essa legalidade não é simplesmente a subsunção do fato à norma, seria “o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela constituição e pela efetividade das decisões judiciais.” Assim, o árbitro poderia apenas interpretar a lei e não ir contra ela, ele não pode sair da legalidade no sentido amplo.

O autor Carlos Carmona¹⁰⁵ completa afirmando que em “sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta ou inadequada”. Desta forma seria o julgamento por equidade, em que o julgador iria amenizar a severidade da norma em relação ao caso concreto, ele pode entender que a norma não mais se aplica àquele caso pois ficou obsoleta, ou encontre algum caso que não encontre amparo legal.

Noutro giro, Georges Abboud¹⁰⁶ elucida que a Constituição como fundamento de validade para a atividade jurisdicional e asseguradora do princípio da legalidade, seria inviável que o magistrado ao julgar uma demanda não observasse a legislação

¹⁰⁴ ABOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P 399 -400.

¹⁰⁵ Carmona, Carlos Alberto. Op. Cit. P.65.

¹⁰⁶ ABOUD, Georges. Op. Cit. P. 400.

vigente e julgasse conforme suas convicções, pois isso criaria uma insegurança jurídica e poria até a própria democracia em risco, sendo que ele está vinculado à legislação vigente, somente podendo deixar de aplicar uma norma quando constatasse uma questão de inconstitucionalidade, diferentemente do que ocorre com a arbitragem.

O autor segue explicando que, como na arbitragem os direitos que estão em jogo são disponíveis e ainda há a faculdade para que as partes escolham qual a legislação será aplicada ao processo, elas poderiam escolher uma legislação estrangeira por exemplo, mas que não fosse contrária à ordem pública, que não fosse de encontro com as garantias constitucionais consagradas em nosso ordenamento jurídico, funcionando como limitador à essa vontade.

Em havendo essa possibilidade de escolha, também há fatores que limitam quando se escolhe o julgamento pela equidade, como a ordem pública e os bons costumes, conforme dicção legal do art. 2º § 1ª da Lei 9.307/96:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Nesse sentido, ainda sob os ensinamentos de Georges Abboud¹⁰⁷, se as partes convencionarem que não irão aplicar a legislação do Brasil, o árbitro deve obedecer à essa convenção, contudo, caso essa escolha viole normas de ordem pública, o árbitro não deverá obedecer e nem deixar de aplicar a legislação pátria vigente. E nas palavras do autor mencionado acima, “essa assertiva corrobora a possibilidade do árbitro realizar o controle de constitucionalidade, uma vez os dispositivos constitucionais, por excelência, possuem natureza de matérias de ordem pública.” Percebemos aqui a importância do estudo das normas de ordem pública e como

¹⁰⁷ ABBOUD, Georges. Op. Cit. P. 403.

elas tem efeito direto ao que esse trabalho se pretende e no tema que se discutirá em tópico a seguir.

O árbitro ao julgar uma demanda e se utilizar da equidade, não poderá se afastar das normas de ordem pública nem do texto constitucional, se cada um julgasse conforme o senso de justiça pessoal, o sistema jurídico estaria correndo grandes riscos, geraria uma insegurança jurídica e afetaria a utilidade da própria arbitragem. Georges Abboud chega à conclusão de que o árbitro não pode julgar *contra legem*, sob pena de violação a princípios constitucionais e balizas importantes construídas no ordenamento brasileiro, ele entende que é possível que o árbitro não aplique a legislação pátria caso elas assim queiram e aplicar a legislação que as partes entendem cabível, contudo, somente será possível e aceitável se essa legislação estiver em conformidade com as normas de ordem pública do Brasil, e sobretudo respeitando a Constituição, uma vez que seus dispositivos são matérias de ordem pública.¹⁰⁸

Seria um contrassenso caso nos afastássemos desse entendimento, apesar das partes terem o poder de dispor em muitos aspectos em relação à arbitragem, é necessário observar que existem limites, sendo que eles trazem a segurança jurídica ao processo arbitral. Tais limites também servem como argumento para o que se verá logo a seguir, que é a possibilidade da realização do controle de constitucionalidade a ser feito pelo árbitro em um processo arbitral, como já vimos em algumas passagens anteriores, em relação às normas de ordem pública e à equidade, seria sim possível o árbitro exercer o controle de constitucionalidade caso fossem ofendidas normas constitucionais que têm natureza de normas de ordem pública, sendo um dos deveres do árbitro zelar pela aplicação da constituição e observar os limites e balizas impostas a ele durante um processo arbitral.

¹⁰⁸ Abboud, Georges – Jurisdição constitucional e direitos fundamentais - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; p.403.

6- CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCESSO ARBITRAL

Aqui tem início a discussão do principal assunto do trabalho, tratar da possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade difuso a ser feito pelo árbitro dentro de um processo arbitral.

Sabemos que o juiz de primeiro grau exerce o controle de constitucionalidade difuso de leis e atos normativos quando há inconformidade com a Constituição federal, podendo o fazer de ofício ou se for provocado, mantendo a conformidade e seguindo os parâmetros da Carta magna para afastar aquela norma naquele caso concreto apresentado a ele.

Nesse sentido, o autor Georges Abboud¹⁰⁹ diz que: "... a Constituição Federal traduz-se no fundamento de validade de todas as demais normas e atos do poder público..." o referido autor traz a ideia de que a atuação jurisdicional se dá no âmbito jurídico criado pela Constituição, sendo que todas as decisões emanadas seja por juízes de primeiro grau ou árbitros, devem estar em conformidade com a Constituição e suas garantias, sendo a Constituição o "fundamento de validade de todas as atividades jurisdicionais inclusive o arbitral".

A Constituição rege todos os atos jurisdicionais do nosso País, mesmo o árbitro julgando por outras leis caso as partes escolham, ele deve se ater às normas de ordem pública e à Constituição, existe um limite que deve ser respeitado e um parâmetro que o árbitro deve levar em conta ao proferir suas decisões.

O árbitro não estará inovando a ordem jurídica, não há prejuízos para sociedade, o controle é inter partes, serve apenas para garantir a aplicabilidade das normas de ordem pública e a manutenção da supremacia da constituição. O mencionado autor Georges Abboud¹¹⁰ ensina que não existe atividade jurisdicional sem o devido processo legal e sem lei anterior ao fato, o processo arbitral tem que ser válido e regular, caso alguma decisão do árbitro esteja em desconformidade com o que a Constituição preceitua, ela estará eivada de vícios e não será válida.

¹⁰⁹ Abboud, Georges – Jurisdição constitucional e direitos fundamentais - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; p.394.

¹¹⁰ Idem. p.394-395.

Ainda seguindo o raciocínio do autor acima mencionado, a lei de arbitragem (Lei 9.307/96) “...determina que o árbitro é juiz de fato e de direito, por consequência, o fundamento de validade da jurisdição tal como a estatal é a própria Constituição Federal.” Se a própria constituição prevê a utilização do controle difuso de constitucionalidade, não seria correto afirmar que a arbitragem deve se dar através do devido processo legal e ao mesmo tempo impedir que o árbitro observe a constituição e a aplique, sendo que a validade da arbitragem existe com fundamento na Constituição.

Segue o autor Georges Abboud aduzindo em sua obra, trazendo as palavras de Lino Henrique Palacio¹¹¹, que também é favorável à realização do controle difuso pelo árbitro em um processo arbitral, que isso é possível a partir de duas premissas básicas, sendo a primeira delas a possibilidade de a sentença arbitral se cristalizar e formar coisa julgada material, conforme impõe a lei de arbitragem.¹¹² Assim, segue argumentando que caso fosse cerceada a possibilidade do exercício do controle difuso pelo árbitro, por não ter competência, dentro de um processo arbitral, essa matéria poderia ser levada posteriormente a um juiz do estado, dessa forma, como a sentença arbitral forma coisa julgada material, essa inconstitucionalidade estaria acobertada pela formação da coisa julgada e isso impediria novo reexame da inconstitucionalidade pelo juízo estatal.

A segunda premissa trazida pelo autor acima mencionado, está relacionada à natureza jurídica de ordem pública dos dispositivos constitucionais. Há um perímetro a ser observado que não se pode ultrapassar que são as normas de ordem pública e sobretudo as constitucionais, que conforme dito anteriormente, são as normas que dão validade ao processo e garantem direitos fundamentais a quem se submete à arbitragem ou à justiça estatal. Nesse sentido, o árbitro deve sempre zelar pela observância da constituição tendo em vista a sua natureza que são normas de ordem pública.

Tomando como base o fato de que o árbitro exerce função jurisdicional, ele deve respeitar os limites de ordem pública e sobretudo a Constituição Federal, é este o

¹¹¹ Abboud, Georges. Op. Cit.p.395.

¹¹² Art. 32 da Lei 9307/96- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm <acessado em 2014>.

último baluarte antes da insegurança jurídica que provavelmente tomaria conta do sistema jurídico caso o árbitro agisse ao arrepio da constituição.

Tal assertiva encontra esteio nos ensinamentos de Georges Abboude¹¹³, que afirma que o árbitro ao se deparar com uma situação de inconstitucionalidade deve realizar o controle difuso de constitucionalidade, pois caso contrário estaria se admitindo a hipótese de haver uma suspensão da constituição ou a contrariando, “e sobre essa decisão formar-se-ia coisa julgada material, que seria executada perante a jurisdição estatal”.

Destarte, completa o autor que “...o árbitro pode aplicar a arguição de nulidade sem redução de texto ou até mesmo proferir decisão total de inconstitucionalidade afastando a aplicação de dispositivos infraconstitucionais por visualizar inconstitucionalidade na aplicação dessas leis ao solucionar um caso concreto.”¹¹⁴ Ele assevera que o árbitro pode agir tal qual um juiz estatal no que diz respeito ao controle de constitucionalidade difuso no caso concreto.

Nesse sentido, leciona o autor Nelson Nery Jr.¹¹⁵ que: “Se o árbitro pode decidir por equidade, até *contra legem*, quando investido no poder de “compositor amigável”, por que não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional?”. O referido autor segue aduzindo que o controle de constitucionalidade pode ser feito tanto pelo juiz estatal quanto pelo árbitro de maneira incidental, ou seja, que vale apenas para as partes que litigam naquele caso concreto, o árbitro não poderia decidir sobre a lei de forma abstrata, em um controle concentrado, pois aí seria um processo objetivo, sem partes, em que a decisão teria efeitos *erga omnes*, ultrapassando o compromisso estabelecido entre as partes.

Nas irretocáveis palavras do professor Bernardo Silva de Lima¹¹⁶:

Se a técnica oferecida pela arbitragem é a solução pela imposição de uma decisão elaborada por terceiro imparcial, é de se supor que essa decisão deve ser útil e eficiente para solucionar o conflito. No ambiente do Estado Constitucional de Direito, decisão útil e eficiente não se viabiliza sem a verificação de compatibilidade das balizas normativas em que a decisão é

¹¹³ Abboud, Georges – Jurisdição constitucional e direitos fundamentais - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011; p.396.

¹¹⁴ Idem. p.396.

¹¹⁵ Nery Junior, Nelson – Princípios do processo na Constituição Federal – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2010; p. 161

¹¹⁶ De Lima, Bernardo Silva - O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem? - O projeto do novo código de processo civil -2ª série; ISBN: 978-85-7761-584-1; 2012.p.165

fundada. Não se pode conceber, nesse sentido, que a opção do litigante pela arbitragem, implique sua automática renúncia às garantias que a Constituição lhe oferece, como o controle de constitucionalidade. Se o árbitro, para alcançar a solução que lhe foi requerida, verifica a necessidade de realizar prévio controle de constitucionalidade, não lhe resta outra opção senão a de fazê-lo, uma vez que, de outro modo, jamais alcançará a proteção das situações jurídicas em jogo e, portanto, jamais se habilitará a promover acesso à justiça, tutela de direitos.

O que se discute neste trabalho é a possibilidade do exercício de controle de constitucionalidade, no processo arbitral, a ser feito pelo árbitro de maneira incidental. Ele exerceria o controle difuso de constitucionalidade em determinado caso concreto, somente produzindo efeito entre as partes, não causando qualquer prejuízo a terceiros por conta desse controle.

Caso o árbitro entenda que há inconstitucionalidade de uma norma naquele caso concreto em relação ao que fora apresentado pelas partes, ele deve agir, pois aquela inconstitucionalidade flagrada pelo árbitro poderia levar a uma violação às normas de ordem pública por exemplo, e o árbitro na condição de julgador deve estar atento e evitar que isso ocorra para a preservação do devido processo legal e da máxima efetividade das normas Constitucionais.

Deste modo, o autor Georges Abboud¹¹⁷ assevera que o árbitro ao encontrar uma inconstitucionalidade poderia atuar de ofício, intimando as partes para que se manifestassem sobre o caso em respeito ao princípio do contraditório, assegurando deste modo o perfeito deslinde do processo.

Ademais, observa o autor Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁸, que o julgador tem o dever de interpretar o texto normativo de acordo com a constituição e dos direitos fundamentais, deve exercer o controle de constitucionalidade quando necessário à proteção de um direito fundamental, sendo um dever na verdade do julgador de promover esse tipo de tutela em relação a um direito fundamental que por ventura esteja sendo violado.

Assim como no Brasil, em Portugal a autora Paula Costa e Silva discute a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade no processo arbitral, do mesmo modo, tomei a liberdade nesse trabalho, sem querer fazer qualquer tipo de estudo comparado, de trazer parte dessa doutrina para melhor elucidar o tema.

¹¹⁷ Abboud, Georges – Op.Cit. p.397.

¹¹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo; Ed. 7ª, Revista dos Tribunais; 2013. 143-145.

Como bem demonstra o problema do controle, a autora Paula Costa e Silva:

Quando se pergunta se os tribunais arbitrais estão submetidos ao princípio constitucional da constitucionalidade, há dois patamares possíveis de resposta: um ainda formal, outro, substancial. Num plano formal, dir-se-á que o tribunal arbitral é um tribunal, tendo todas as competências que a lei atribui a estes órgãos. Por esta razão e entre nós, esta equiparação dos tribunais arbitrais aos tribunais judiciais determina que o tribunal arbitral terá competência para deixar de aplicar uma norma que considere inconstitucional, assim como terá competência para aplicar norma que a arte argüiu de inconstitucional, declarando a norma conforme à Constituição. Por outro lado, suscitada a inconstitucionalidade de uma norma perante um tribunal arbitral, se esta vier a ser aplicada, estará aberta a via da fiscalização concreta de constitucionalidade pelo tribunal constitucional. O segundo patamar é substancial. Este prende-se com as garantias que as partes devem ter quando submetem um litígio a decisão, ou seja, quando aquele que decide o conflito exerce função jurisdicional, e quando esta decisão produz exactamente os mesmos efeitos que são produzidos por uma decisão judicial. Sendo o controlo de constitucionalidade realizado pelo decisor uma garantia das partes no processo judicial, não há razão que possa excluir esta garantia do procedimento arbitral.¹¹⁹

Seguindo este entendimento, tal doutrina se assemelha bastante com alguns doutrinadores pátrios, podendo-se extrair argumentos que deem embasamento à possibilidade do controle de constitucionalidade no processo arbitral no Brasil. O exercício desse controle possibilita a arbitragem uma efetiva concretização do devido processo legal e observância dos preceitos da constituição, sendo uma garantia fundamental conferida às partes.

No caso do processo arbitral no Brasil, o árbitro teria que exercer o controle difuso de constitucionalidade, que apenas de já ter sido alvo de investigação em capítulo anterior, necessário repisar alguns conceitos, e que nas palavras de Dirley da Cunha Jr seria:

À vista desse modelo, o controle da constitucionalidade dos atos ou omissões do poder público é realizado no curso de uma demanda judicial concreta, e como incidente dela, por qualquer juiz ou tribunal. Daí afirmar-se que o controle difuso é um controle incidental. É uma combinação necessária.¹²⁰

Seguindo ainda esta esteira, novamente nas palavras de Dirley da Cunha Jr:

No Brasil, o controle incidental de constitucionalidade dos atos e omissões do poder público pode operar-se no âmbito de qualquer demanda judicial, desde que exercido concretamente num processo *inter partes*, ao ensejo do

¹¹⁹ Costa e Silva, Paula. A nova face da justiça - Os meios extrajudiciais de solução de controvérsias. Coimbra; 2011; p.105.

¹²⁰ Da Cunha Jr, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. Jus podium. 2010; p.305.

desate de uma controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, onde se deseja a solução de um conflito de interesses.¹²¹

Percebe-se que a possibilidade do controle difuso-incidental por parte do árbitro dentro de um processo arbitral, não violaria nenhum princípio processual e seguiria os mesmos moldes do controle incidental exercido por um juiz estatal, o controle incidental diz respeito apenas às controvérsias estabelecidas naquele processo e valem somente para as partes.

Para trazer mais clareza ao tema, sobre a legitimidade para provocar o controle difuso-incidental de constitucionalidade, assevera o professor supracitado:

Podem provocar a jurisdição constitucional em sede de controle difuso-incidental de constitucionalidade todos aqueles que integram, de qualquer forma, a relação processual... Também pode reconhecê-la o juiz ou tribunal, de ofício, nas causas submetidas à sua apreciação.¹²²

Neste ponto o professor Dirley traz as palavras do ilustre J.J.Gomes Canotilho que:

Embora os órgãos de controle não possam iniciar, de ofício, um processo de controle de constitucionalidade", "isso não significa necessariamente que o órgão de controle, num processo perante si já levantado, não possa *ex officio* tomar conhecimento e suscitar o incidente da inconstitucionalidade, mesmo quando as partes não o tenham feito.¹²³

Assim, tendo o processo arbitral natureza jurisdicional, seria possível e admissível, tendo inclusive competência o árbitro, suscitar de ofício se for o caso, o incidente de controle de constitucionalidade difuso-incidental, lembrando apenas, como citado acima, que o árbitro deverá intimar as partes para se pronunciarem em respeito ao contraditório. Concluindo tal pensamento, ainda nas palavras do professor retro mencionado: "No Brasil, o controle incidental da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, conquanto difuso e aberto, pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar e julgar a causa."¹²⁴ Ora, o árbitro tem competência para processar e julgar a causa, competência essa previamente estabelecida pelas partes.

A despeito do que fora traçado acima, outro argumento com o qual poderíamos contar para dar força à afirmativa da possibilidade de controle difuso de

¹²¹ Da Cunha Jr, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 4º Ed. Jus podium. 2010; p. 306.

¹²² Idem. p.308.

¹²³ Idem. p. 308, apud J.J Gomes Canotilho, p.837.

¹²⁴ Idem. p.309.

constitucionalidade exercido pelo árbitro no processo arbitral, seria a ideia de "Justiça Constitucional", que apesar de ampla, o conceito nos ajuda a perceber a colossal importância de se observar a Constituição, assim, nas palavras de J.J Gomes Canotilho: "pode definir-se justiça constitucional como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes."¹²⁵

Seguindo este ritmo, pode-se entender que a arbitragem está inserida nesse complexo de atividade jurídicas, uma vez que possui jurisdicionalidade, apto a resolver conflitos, capaz de proporcionar ao cidadão o contraditório e o devido processo legal e que sobretudo deve respeitar as normas de ordem pública e os limites constitucionais, além de não haver nenhum impedimento expresso em qualquer lei que proíba o exercício do controle difuso de constitucionalidade pelo árbitro no processo arbitral, muito pelo contrário, se seguirmos essa tendência de "Justiça Constitucional", o processo arbitral deverá também ser um baluarte de proteção ao cidadão e, sobretudo à Carta Magna.

Ademais, pode-se trazer à baila, a relação anteriormente estabelecida entre ordem pública e arbitragem, que nesse ponto se torna extremamente útil, uma vez que a arbitragem inserida no ordenamento e convivendo em harmonia com as normas de ordem pública, tendo o árbitro o dever de velar pelas normas de ordem pública, poderia exercer o controle de determinada lei em um caso concreto para resguardar a ordem pública e a sua aplicação.

Não se fala aqui em controle de norma de ordem pública, mas sim de velar e resguardar a aplicação correta das normas de ordem pública já que está se resolvendo conflitos ali, está se exercendo poder jurisdicional, aquela decisão formará coisa julgada material e se seguir este entendimento e relação, pode-se afirmar que seria possível sim o árbitro exercer o controle difuso de constitucionalidade como forma de garantir a ordem pública.

Deste modo, o processo arbitral tendo jurisdicionalidade, o árbitro competência para julgar a causa, tendo sua sentença força de título judicial, não há porque excluir a arbitragem e entender de forma contrária a possibilidade do exercício do controle de

¹²⁵ Canotilho, J.J.Gomes, *Direito Constitucional-6.* " Edição Livraria Almedina Coimbra • 1993p .958, 959.

constitucionalidade difuso pelo árbitro, prerrogativa essencial para o desempenho de sua função de julgar e proteger a Constituição Federal.

Essa possibilidade de controle torna a sentença e o procedimento arbitral mais robusto, mais seguro, elimina dúvidas e o concretiza como um procedimento válido, eficaz e seguro, sobretudo. Trazendo tal prerrogativa para o árbitro, tornará o processo arbitral mais célere e com mais autonomia, não necessitando recorrer ao judiciário.

6.1- POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO

Uma questão que surge nesse momento é possibilidade da violação ao princípio da reserva de plenário, que decorre do Art. 97 da Constituição Federal que dispõe o seguinte: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

Tal regra é também conhecida como *full bench*, termo advindo do direito estado unidense, se baseia na presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, uma vez que o que se presume é a sua constitucionalidade e validade, assim, é exigido que haja um quórum qualificado no tribunal para que se julgue acerca de sua inconstitucionalidade. Desta forma, o princípio da reserva de plenário diz que somente a maioria absoluta do pleno de determinado tribunal competente para julgar, poderá declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, assim, nenhum órgão fracionário de determinado tribunal tem competência para exercer o controle de constitucionalidade de uma norma, só seria possível declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria absoluta dos membros e não pela maioria dos presentes.

A reserva de plenário é exigida para decisões que entenderem pela inconstitucionalidade de leis ou atos normativos emanados do poder público de qualquer esfera dos poderes legislativo, judiciário e administrativo, em sede de controle difuso de constitucionalidade. Ela foi criada para dar maior segurança

jurídica às decisões proferidas pelos tribunais e para que houvesse uma maior uniformidade nas decisões, impedindo que cada fração do órgão julgasse como entendesse.

No entanto, com intuito de evitar que os órgãos "driblassem" tal preceito, em ocasiões de impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em que o órgão apenas deixava de aplicar aquela norma, declarando sua inconstitucionalidade de forma enviesada, foi editada a Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, que diz o seguinte:

Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.

Explica Antônio Luiz Garcia Junior¹²⁶ que a regra geral é que se deve observar o quórum qualificado para que se declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público, e ainda assim, se ocorrer o que fora descrito acima, em que se negue a eficácia à legislação, deve se observar o disposto no art. 97 da constituição federal, sobretudo após a edição da sumula anteriormente citada, que veio para sanar qualquer dúvida ou tentativa que fosse de encontro ao dispositivo da constituição.

Com relação à arbitragem, surge a dúvida em uma situação em que algum órgão colegiado arbitral decidisse pela inconstitucionalidade de uma norma, e nesse caso se pergunta se seria possível a parte invocar o princípio da reserva do plenário, caso a inconstitucionalidade fosse julgada por uma fração do órgão arbitral.

No nosso entendimento, a parte não iria poder invocar tal artigo para forçar o pleno do órgão a julgar, pelo mesmo argumento que se aplica quando o artigo em questão é suscitado nas turmas recursais dos juizados especiais, que também são órgãos colegiados, contudo, é um órgão de primeira instância e não um tribunal, seguindo o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal que já se pronunciou a respeito:

“O art. 97 da Constituição, ao subordinar o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito normativo a decisão nesse sentido da ‘maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais’, está se dirigindo aos tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, XI. A referência,

¹²⁶ Junior, Antônio Luiz Garcia - Princípio da reserva de plenário, disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9410, 2015.

portanto, não atinge juizados de pequenas causas (art. 24, X) e juizados especiais (art. 98, I), os quais, pela configuração atribuída pelo legislador, não funcionam, na esfera recursal, sob regime de plenário ou de órgão especial.” (ARE 792.562-AgR, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 18-3-2014, Segunda Turma, DJE de 2-4-2014.)

No mesmo sentido: “A regra da chamada reserva do plenário para declaração de inconstitucionalidade (art. 97 da CF) não se aplica, deveras, às turmas recursais de juizado especial.” (1ª Turma, RE 453744-AgR, j. 13/06/2006).

O min. Teori Zavascki em sua relatoria afirma que o art. 97 da Constituição está se dirigindo diretamente aos Tribunais indicados no art. 92 e aos órgãos especiais do art. 93, XI do mesmo documento, não se estendendo a nenhum outro, assim, se a reserva de plenário não se aplica às turmas recursais, que são órgãos colegiados com função jurisdicional, mas que não são propriamente tribunais, pois são compostos por juízes de primeira instância, poderíamos aplicar o mesmo raciocínio a um órgão arbitral colegiado, uma vez que o mesmo tem função jurisdicional como já discutido anteriormente, e não se trata verdadeiramente de um tribunal, como consta no art. 97 da Constituição.

Ademais, pela própria limitação à questão dos recursos em sede arbitral, não caberia suscitar tal questão quando houvesse inconformismo com a sentença produzida pelo órgão arbitral, uma vez que o único recurso cabível a ser apreciado diretamente pelo próprio órgão são os embargos de declaração e que não poderiam ser utilizados para rediscutir a matéria. Não poderia haver uma competência prevista para que as partes remetessem tal incidente a um órgão do judiciário, pois a competência já fora pré-estabelecida que seria o próprio órgão arbitral.

Por fim, cabe salientar que uma eventual decisão que declarasse a inconstitucionalidade de determinada norma, em sede de controle difuso de constitucionalidade num processo arbitral, se restringiria às partes, não causando qualquer lesão a terceiros ou inovação no ordenamento jurídico, por isso não há que se falar em violação à reserva de plenário, já que esta se presta a conservação da segurança jurídica do ordenamento e unificação de entendimento sobre determinada matéria que cause uma repercussão no sistema jurídico.

6.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

Outra problemática que surge, é na hipótese de, em vindo sentença arbitral proferida no exterior, em que seus efeitos ocorrerão no Brasil, existir a possibilidade do controle de constitucionalidade dessa sentença. Até que ponto pode-se interferir na legislação de outro país e até que ponto aquela legislação pode gerar seus efeitos através de uma sentença arbitral no Brasil sem macular nenhum preceito constitucional pátrio, e ainda que por ventura haja alguma mácula, como se dará o controle.

Quem muito bem aborda a temática, e em suas palavras, a autora Paula Costa e Silva:

O que vai estar em causa é saber se um órgão extraterritorial, por referência ao Estado cuja Constituição está a ser salvaguardada, tem competência para: a) Conhecer da constitucionalidade do direito que aplica (sistema de competências difusa); b) Suscitar directamente o conhecimento desta questão ao órgão com competência para o contencioso de constitucionalidade (sistema do reenvio constitucional).¹²⁷

Ainda nas palavras de Paula Costa e Silva:

... o processo arbitral, que culmina com uma decisão equiparada a uma decisão judicial, não deve oferecer menores garantias às partes em conflito. A possibilidade de um tribunal deixar de aplicar uma norma que considera inconstitucional, à luz das coordenadas constitucionais do ordenamento *ad quem*, é uma garantia das próprias partes, inviabilizadora da criação de um terceiro ordenamento intermediário: para além do ordenamento de foro e do ordenamento *lex causae*, haveria que contar com o ordenamento *lex causae* tal como construído por aplicação jurisprudencial no estrangeiro porque aí expurgado de controlos de constitucionalidade que são reconhecidos no Estado *ad quem*.¹²⁸

Nesse sentido, sabe-se que não é possível que um árbitro, no Brasil, exerça o controle de constitucionalidade de sentença arbitral estrangeira, uma vez que ele não é competente para tal, sendo competente para homologação de sentenças dessa natureza é o Superior Tribunal de Justiça que deve conformar as normas ao que a Constituição pátria diz, salvaguardando os interesses constitucionais locais,

¹²⁷ Costa e Silva, Paula, op.cit, p.108.

¹²⁸ Idem. p.108.

tendo plena competência para o exercício do controle de constitucionalidade difuso se suscitado pelas partes ou de ofício.

No entendimento da autora Paula Costa e Silva:

A circunstância de entendermos ser de admitir o controle de constitucionalidade pelo tribunal do foro de direito estrangeiro por confronto com os parâmetros constitucionais do Estado *ad quem* não significa que se esteja defendendo uma transposição do sistema de controle de constitucionalidade do Estado do foro para a resolução deste dilema. Inversamente, e num integral respeito do ordenamento estrangeiro cuja aplicação está em causa, haverá que tomar em consideração o regime de controle de constitucionalidade desse sistema, ou seja, haverá que atender às coordenadas do sistema de controle de constitucionalidade em que se insere a norma que o tribunal arbitral entende aplicável.¹²⁹

Consubstanciando ainda o assunto, Paula Costa e Silva, explica que:

Dir-se-á que a solução proposta leva a uma extensão das competências do controle constitucionalidade para além dos limites do território de quem promana a regra, cuja constitucionalidade é posta em causa, numa espécie de violação implícita do princípio da territorialidade e da não intervenção em zona de jurisdição de terceiro: a decisão produzirá efeitos jurídicos em Estado diverso do Estado de origem sem que este pudesse deixar de a considerar nesta sua qualidade.¹³⁰

Levar-se-á em consideração, portanto, o efeito que a sentença arbitral produzirá em determinado território, sendo que tal efeito deriva de um processo arbitral em que, por exemplo, tenha se pautado no direito de outro país, e que tal efeito, que surge de um direito estrangeiro, pode vir a ser considerada inconstitucional aquela norma por ferir algum preceito constitucional pátrio ou normas de ordem pública e nem por isso estará se usurpando a competência constitucional de outra nação, uma vez que somente aquela norma no caso concreto, naquele procedimento, tenha sido declarada inconstitucional e afastada a sua incidência pela inconstitucionalidade pela via difusa.

Ademais, cita-se aqui o autor outrora citado, Ricardo Aprigliano¹³¹, que sentença arbitral estrangeira deverá observar normas de ordem pública internacional, influenciadas por princípios comerciais internacionais, havendo, portanto, um controle sobre decisões do exterior que serão aplicadas no Brasil, que de alguma

¹²⁹ Costa e Silva, Paula, op.cit. p.109.

¹³⁰ Idem. p.110.

¹³¹ Aprigliano, Ricardo de Carvalho; op.cit. p.51-52

forma, possam além de violar normas de ordem pública internacional, podem violar normas de ordem pública internas, como já dita anteriormente. Contudo, a sentença arbitral estrangeira deverá ser homologada para produzir seus efeitos em território nacional e uma das formas de declará-las inconstitucional, é a violação a normas de ordem pública.

Assim, o tribunal estará exercendo seu dever de proteger a constituição e os direitos das partes que submeteram seu conflito à arbitragem, não havendo que se falar em interferência na jurisdição de outro Estado, mas apenas de adequação às normas de ordem públicas internacionais e nacionais do local onde surtirá efeitos daquela sentença que foi fruto de um procedimento arbitral utilizando o direito de outro país ou produzida em outro país.

7- CONCLUSÃO

No presente trabalho monográfico, nos debruçamos sobre uma temática que nos chama a atenção para um problema de ordem prática. Ao nos depararmos com o objeto do trabalho, surge a dúvida se de fato ele trará alguma consequência na vida prática daqueles que lidam com a arbitragem, mas ao longo do estudo, percebe-se que problemática apresentada representava na verdade, um entrave para o processo arbitral e que merecia ser estudado, numa tentativa de trazer a diferença para fora do mundo da pesquisa e apresentar uma conclusão que de fato pudesse ser aplicada na prática.

A lei de arbitragem trouxe significativas mudanças ao cenário da arbitragem no Brasil, foi um marco histórico e um grande passo para o desenvolvimento do instituto. Passou a ser dada maior importância à arbitragem e consolidá-la de vez no ordenamento jurídico pátrio, a lei ajudou a desenvolver a arbitragem brasileira e eleva-la a outro patamar, contribuindo para a sua maior utilização e segurança.

A arbitragem como vimos, é meio alternativo de solução de conflitos, em que as partes de comum acordo aceitam a se submeter a um processo arbitral e escolhem um árbitro para julgar a demanda, é sabido também que somente direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de discussão em sede de arbitragem. Passamos pela análise de sua formação, falando sobre cláusula e compromisso, discutimos acerca do árbitro e de suas competências e ao fim, falou-se acerca da sentença arbitral, que conforme a lei diz, é título executivo judicial capaz de formar coisa julgada, não necessitando mais passar pelo crivo do judiciário para ter sua força executiva discutida, mas tão somente sua aplicação coercitiva, uma vez que o árbitro não possui tal capacidade.

Em seguida passou-se ao estudo da jurisdição, acerca de suas características e princípios norteadores, tendo como finalidade discutir sobre a jurisdicionalidade da arbitragem, e a despeito das controvérsias doutrinárias que giram em torno do assunto, restou claro no decorrer da monografia que a arbitragem possui de fato natureza jurisdicional por uma série de motivos como: I) a sentença arbitral tem aptidão para a formação da coisa julgada; II) há julgamento com base no devido processo legal e com decisão de terceiro imparcial, botando fim à controvérsia e atingindo o fim maior que é a pacificação social; III) Há a atuação da vontade

concreta da lei em substituição à das partes. Portanto, seria incoerente neste trabalho entender de forma diferente do que a maioria da doutrina ensina, não sendo outra a conclusão, que de fato a arbitragem tem natureza jurisdicional.

Estudamos aqui um pouco sobre o controle de constitucionalidade, quais os tipos de inconstitucionalidade podem ir de encontro à Carta Magna, quais os tipos de controle, como o concentrado-abstrato e o concreto-difuso. Vimos que o controle concreto-difuso é aquele em que a arguição da inconstitucionalidade é feita de modo incidental, não é o cerne da questão envolvida, se busca através dele sanar um incidente para que o objeto principal seja julgado. É realizado no bojo de uma demanda concreta, que pode ser alegada tanto pelas partes quanto pelo julgador, sendo feito em qualquer instância e por qualquer juiz, daí se chamar difuso, e por fim, os efeitos daquela decisão serão apenas irradiados para as partes presentes dentro daquele processo, não se estendendo a terceiros.

Traçados os conceitos principais que abraçam o tema, nos deparamos com o objeto principal do estudo, que seria a discussão da possibilidade de um árbitro, dentro do processo arbitral, exercer o controle de constitucionalidade e que tipo de controle seria esse. Como já visto, entendeu-se que é sim possível que o árbitro exerça o controle de constitucionalidade, tendo como base o modelo concreto-difuso, tal qual um juiz de primeiro grau faria e os principais argumentos trazidos foram: Primeiramente a observância da constituição, que é fundamento de validade para todas as outras normas do ordenamento e as decisões devem guardar conformidade para com a Constituição; Segundo, que o árbitro não estaria inovando no ordenamento jurídico, uma vez que a decisão somente traria efeitos para os participantes do processo, garantindo assim a supremacia da constituição e suas garantias; Outrossim, a própria lei de arbitragem traz o árbitro como juiz de fato e de direito, se fosse vedado a ele exercer o controle de constitucionalidade, estaria sendo violado o próprio princípio do devido processo legal pois o árbitro por ventura iria proferir sentenças em desacordo com as garantias constitucionais; Outro argumento é a possibilidade de a sentença arbitral formar a coisa julgada material e se o árbitro não pudesse exercer o controle de constitucionalidade, essa inconstitucionalidade iria se cristalizar e não mais seria passível de mudança ou reexame; Argumentou-se também que o árbitro deve ter como limite as normas de ordem pública de natureza constitucional, esse limite imposto ao árbitro deve ser

obedecido e quando ele verificar que há uma inconformidade para com a Constituição ele deve estar apto a agir para proteger as garantias fundamentais e respeitar esses limites; Portanto, o árbitro deve realizar o controle de constitucionalidade, caso contrário estaria se admitindo a hipótese de suspensão da constituição, o árbitro deve zelar pela Constituição pois é um dever que lhe é imposto ao atuar como tal e ao se deparar com uma inconstitucionalidade ele deve agir para atingir a finalidade da arbitragem que é pôr fim à controvérsia e a pacificação social, fazendo garantir que as garantias constitucionais sejam aplicadas.

Examinamos também a possibilidade de violação ao princípio da reserva de plenário e chegamos à conclusão de que não há que se falar nisso, uma vez que a possibilidade de levar a controvérsia ao judiciário não é cabível e nem o árbitro ou o tribunal arbitram é órgão colegiado equiparado ao tribunal a que a legislação menciona. E por fim, foi feito um comentário à possibilidade de controle de constitucionalidade de sentença arbitragem estrangeira que se executaria no Brasil, percebendo que é sim possível, uma vez que quem deve homologar a sentença estrangeira é o Superior Tribunal de Justiça, que é órgão do poder judiciário e não existem impedimentos caso se vislumbresse a necessidade de controle de constitucionalidade a ser feito.

Assim, após ter analisado todas as premissas apresentadas neste trabalho, chegou-se à conclusão de que é sim possível que o árbitro, dentro de um processo arbitral, exerça o controle de constitucionalidade difuso, com o fito de alcançar a melhor resolução para a contenda a que se predispôs a julgar, alcançar a pacificação social e dirimir o litígio sem ter que se apoiar no judiciário. O árbitro atuará como último baluarte entre as garantias das normas e preceitos constitucionais e a insegurança que se criaria caso lhe fosse negada essa possibilidade de realização do controle.

Referências bibliográficas:

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**- Rio De Janeiro: Forense, 2012.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo - O tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**; Ed. Atlas; 2011.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**; Ed. Lex Magister; 2011.

BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de direito processual civil**. 3º ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 113.260**. Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 792.562-AgR**. Relator min. Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5568018>>. Acesso em 2015.

BRASIL. Lei 9307/96. **Lei de Arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**; 3ª ed; Editora revista dos tribunais, São Paulo, 2013.

CANOTILHO, J.J.Gomes, **Direito Constitucional**. 6ª Edição, Livraria Almedina: Coimbra, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: Um comentário à lei 9.307/96**; 3º Ed. São Paulo: atlas, 2009.

_____. **Julgamento por equidade em arbitragem**, em Revista de arbitragem e mediação. Ano 8, vol 30. Ed. Instituto brasileiro de direito comparado; 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – **Teoria geral do Processo**; 28º Ed. Malheiros Editores, 2012.

COSTA E SILVA, Paula. **A nova face da justiça - Os meios extrajudiciais de solução de controvérsias**. Coimbra; 2011.

- DA CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 4º Ed. Jus Podium. 2010.
- DE LIMA, Bernardo Silva - **O art. 3º do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: um choque contra a emancipação da arbitragem?** - O projeto do novo código de processo civil -2ª série; ISBN: 978-85-7761-584-1; 2012.p.165.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**; 13º Ed. Jus Podium; 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Estudos de arbitragem e mediação vol. 2 - Limites da sentença arbitral e de seu controle Jurisdicional**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/primeira-parte-memoria/limites-da-sentenca-arbitral-e-de-seu-controle-jurisdicional>>. Acesso em: 2014.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. 1 Ed.- São Paulo: Rideel; 2012.
- GARCIA JUNIOR, Antônio Luiz. **Princípio da reserva de plenário**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9410>. Acesso em 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Ed. 7º, Revista dos Tribunais; 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito Constitucional**. 7º ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: Processo civil, penal e administrativo** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2010.
- NEVES, Daniel Amorim Assunmpção. **Manual de direito processual civil**. 6 Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed. 2010.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito Constitucional**. 8º Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. 1**. Ed. 52º, Rio de Janeiro: Ed. Forense; 2011.