

Ainda sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem

Marco Aurélio Gumieri Valério*

Sumário: Introdução; 1. A Arbitragem e o art. 5º, inciso XXXV da CF; 2. A arbitragem e o art. 5º, incisos LIV e LV da CF; 3. A arbitragem e o art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CF; 4. A inconstitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei n. 9307/96 no STF; Conclusão; Referências Bibliográficas.

Introdução

A Arbitragem é um meio extrajudicial de resolução capaz de dirimir contendas entre particulares, podendo ser determinada na elaboração do contrato, pela cláusula arbitral ou depois do surgimento da questão controvertida, pelo compromisso arbitral, ambos dando início ao que se convencionou chamar de juízo arbitral, sendo também obrigação das partes a indicação de um ou mais terceiros para serem árbitros.

A substancial alteração dada ao juízo arbitral, pela Lei n. 9307/96, com a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juiz togado da decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral, antes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, reacendeu a antiga discussão quanto à constitucionalidade deste instituto, trazendo à tona antigas discussões doutrinárias.

Com o advento dessas novidades, os contrários à implementação de qualquer modelo alternativo de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, angariaram novas armas para atacar este instituto.

Estariam em desacordo com a nova lei princípios constitucionais como da inafastabilidade do controle judicial (CF art. 5º, XXXV), a garantia do devido processo legal (CF art. 5º, LVI), o da ampla defesa e da dupla instância de julgamento (CF art. 5º, LV), o princípio que impossibilita a criação de juízo ou tribunal de exceção (CF art. 5º, XXXVII) e, ainda, o do juiz natural (CF art. 5º, LIII).

Como dito anteriormente, a arbitragem está inserida na redação das cartas magnas desde a primeira, a de 1824, onde, no art. 126, era prevista a instauração de juízo arbitral para a resolução de divergências civis, através de árbitros nomeados pelas partes. Seguindo os

mesmos rumos, a CF de 1934 referia-se à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal no seu art. 5º, inc. XIX.

A CF de 1946, no seu art. 141, § 4º previa, pela primeira vez, a garantia expressa de amplo acesso à justiça, ao ser ditado pelo constituinte que "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de direito".(1)

Este dispositivo foi mantido nas Constituições de 1967 e 1969, mesmo escritas a baionetas, respectivamente, nos arts. 150, § 4º e 153, § 4º.

O constituinte de 1988 também ratificou tal dispositivo, mantendo-o no art.5º, inc. XXXV.

A maior dúvida surgida da inclusão deste princípio em todas as constituições posteriores à de 1946 advém da conclusão de que o legislador previu a existência de um monopólio estatal da prestação jurisdicional, afastando-se, assim, qualquer meio extrajudicial de resolução de controvérsias, inclusive a arbitragem.

Na lição de PONTES DE MIRANDA, a mais típica e mais prestante criação do constituinte de 1946 teria acertado em cheio o que não mirava, pois, das várias interpretações que seguiram a esta disposição constitucional, surgiram as que viam neste, a inconstitucionalidade da arbitragem.(2)

Neste capítulo procurar-se-á levantar os principais motivos dessa discussão, já considerada histórica no ordenamento jurídico pátrio, bem como apresentar modesta análise quanto a esta controversa questão.

2. A Arbitragem e o art. 5º, inciso XXXV da CF

Para que esse dispositivo seja corretamente interpretado, há que se levar em consideração, as razões históricas do seu aparecimento no nosso sistema legal. Ao contrário do que se chegou a pensar, na legislação pátria nunca houve a previsibilidade de um monopólio estatal na prestação jurisdicional.

O aludido princípio constitucional não teve o intuito de se referir à arbitragem ou a qualquer outro meio de composição extrajudicial, mas sim, o de se declarar o repúdio da sociedade a abusos cometidos durante a ditadura varguista. O dispositivo em questão teve por finalidade acabar com comissões e conselhos extraconstitucionais, responsáveis por inquéritos policiais e parlamentares, que eram levados de forma sumária, excluindo o reexame da questão pelo Poder Judiciário, sem a observação de princípios constitucionais como o do contraditório e da tutela jurisdicional.

Na verdade, conforme a lição de PEDRO ANTONIO BAPTISTA MARTINS:

"O legislador visou socorrer ou proteger o cidadão de eventual abuso cometido pelo executivo e pelo legislativo como, aliás, ocorre em qualquer democracia".(3)

De acordo com PONTES DE MIRANDA, a norma explicitada dirige-se aos legisladores ordinários:

"Estes, nenhuma regra jurídica podem editar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que se exclua a cognição pelo Poder Judiciário, se a res reducta é direito individual. A CF de 1946 foi como a reaquisição do tempo perdido: pôr-se uma regra jurídica explícita o que se teria obtido, através dos intérpretes, em regra jurídica não-escrita".(4)

Percebe-se, pela leitura do texto, que o dispositivo constitucional em questão nada mais fez do que tornar explícito o que estava implícito no ordenamento jurídico nacional.

O juízo arbitral, mesmo da forma como era antes tratado nos Códigos Civil e de Processo Civil, já configurava uma justiça ou uma jurisdição privada, sendo assim, a utilização deste instituto, não desrespeita em nenhum aspecto, o princípio do controle judicial dos atos ameaçadores ou lesionadores de direito contido no art. 5º, inc. XXXV.

O nosso sistema jurídico admite outras formas de composição de conflitos fora da jurisdição estatal como, por exemplo, a transação, figura jurídica próxima do juízo arbitral como meio legal posto à disposição dos contendores para a solução de suas pendências, a qual produz o efeito de coisa julgada, art. 1030 do CC, somente admitindo rescisão em caso de dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.

Assim, segundo o raciocínio de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO:

"A prevalecer o entendimento de que, a arbitragem seria inconstitucional por impedir o exame do juiz das demandas submetidas, baseados no art. 5º, inc. XXXV da CF, esta interpretação deveria atingir, por analogia, outros meios de resolução de controvérsias extrajudiciais. Qualquer ato de resolução de pendências como, por exemplo, uma renegociação, uma transação extrajudicial, uma confissão ou uma cessão de direitos somente seria válida se homologado ou mesmo decidido pelo juiz. Nada diferencia a arbitragem destes outros meios extrajudiciais a ponto de ser tratada de forma diferente por alguns juristas".(5)

Assim sendo, com a celebração da convenção de arbitragem, acertada anteriormente pela cláusula arbitral ou posteriormente, pelo compromisso arbitral, as partes transferem a jurisdição para um destinatário privado. O ato de escolha de um árbitro para solucionar-lhes a pendência não significa renúncia ao direito de ação, mas sim, um livre ajuste na forma pela qual se comprometem a por um fim a uma lide.

Se a convenção entre particulares é a causa principal geradora de direitos e obrigações na ordem jurídica privada, parece lógico que possam também utilizá-la para resolvê-los ou extingui-los. Se o titular de um direito disponível pode renunciá-lo então, por dedução lógica, pode escolher a forma de solucionar controvérsia em torno desse mesmo direito.

Por essa razão é que se entende que a instituição do juízo arbitral, mesmo com as atuais modificações já enumeradas, não constitui ofensa a qualquer princípio constitucional. Não se nega o acesso do cidadão ao Judiciário, apenas se permite que ele, titular de um direito material, decida sobre a forma de solucionar a questão em torno desse direito disponível, se por meio da jurisdição estatal, ou se através de uma jurisdição privada.

Da leitura da lei, observa-se que sempre quando houver lesão ou ameaça de direito patrimonial e a parte afetada não aceitar a arbitragem, restará aberta a possibilidade de se requerer a tutela estatal, ou seja, de acionar o Judiciário.

Caberá ao Judiciário, pelo art. 7º, decidir acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória; segundo o art.11, é do Judiciário o controle de controvérsia acerca de direitos indisponíveis, verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento; pelo art. 33, o acesso ao Judiciário também é garantido para se declarar nulidade da sentença arbitral; para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira se sujeitará, segundo o art. 35, à homologação do STF; e, tem-se, por fim, no art. 41, outras duas possibilidades de atuação do Judiciário, pois este assegura a execução coativa da decisão arbitral e a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro.

Dessa forma, não há como se alegar que a nova lei exclua da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de direito, pois este Poder está presente no exame de todas as questões jurídicas de relevância e de sua capacidade. O contido do art. 5º, XXXV, deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente nestes casos deve ser acionado.

3. A arbitragem e o art. 5º, incisos LIV e LV da CF.

Para reforçar a tese da inconstitucionalidade da Lei n.9307/96, sustenta-se ainda que o juízo arbitral ofende o princípio da ampla defesa, formalmente asseguradora do due process of law(6), ou ainda, a dupla instância de julgamento(7), ambos garantidos respectivamente, pelos incisos LIV LV, do art. 5º da CF.

Para SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

"O juízo arbitral tem na simplificação do procedimento uma de suas facetas, porque é da simplificação dos ritos que decorre a celeridade, esta se apresentando como uma das principais vantagens sobre o processo judicial. Utilizando-se somente o indispensável, garante-se a praticidade e, conseqüentemente, a brevidade, sem se sacrificar qualquer direito das partes".

Sendo assim, o procedimento arbitral organiza sua atividade instrutória tendo, como requisitos mínimos previstos no § 2º do art. 21 da lei de arbitragem, o princípio do

contraditório e da igualdade entre as partes, que assegura o equilíbrio de tratamento, condicionando a atividade do árbitro, dispensando-se uma ampla burocracia para os atos a serem providos sob o comando deste.

Nesse sentido:

"Mesmo sem formas predeterminadas a que estaria subordinado o cumprimento dos atos e trâmites do processo, a partir da instauração do juízo arbitral, não se pode dispensar o tratamento equânime das partes, na produção de atos instrutórios e defesa de seus respectivos interesses".(8)

Ainda pela análise da lei, percebemos que o princípio recursal não é violado. O disposto no art. 18, que promove a decisão arbitral a título de sentença, livrando-a da homologação e de vias recursais pelo juiz togado, apesar da aparente contradição com o já citado art. 33, que permite à parte interessada pleitear ao Poder Judiciário a decretação da nulidade da sentença arbitral, não o é, pois, como ainda nos socorre SÁLVIO TEIXEIRA:

"O que se procura levar em conta nesta hipótese é a extrema plausibilidade do acordo feito entre as partes, sendo inadmissível voltar atrás, exceto em casos determinados, previstos pela legislação. Trata-se da velha máxima segundo a qual, o que foi pactuado, deve ser cumprido".(9)

A arbitragem é uma opção, uma faculdade das partes de se decidirem pela utilização de um meio baseado na confiança para a resolução de suas diferenças. Sendo assim, ir contra a decisão do árbitro escolhido pela própria parte que decidiu baseado em regras também convencionadas pela parte seria ir contra os princípios básicos do próprio instituto, por isso a não existência de recurso ou homologação.

4. A arbitragem e o art. 5º, incisos XXXVII e LIII da CF.

Ainda como entrave de ordem constitucional à sobrevivência da Lei de Arbitragem, argumentam os seus opositores que ela atenta também contra o princípio do juiz natural contido na CF, art. 5º, inc. LIII e contra o princípio que impede a criação de juízo ou tribunal de exceção, previsto no inc. XXXVII deste mesmo artigo.

O princípio do juiz natural tem a ver, segundo SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

"Com a garantia do jurisdicionado que sua causa seja processada perante o juiz cuja competência decorra das leis processuais. Como, em nosso sistema normativo, a própria Constituição distribui entre os diversos órgãos judiciários as atribuições jurisdicionais, delineando em primeiro plano as diferentes competências, diz-se que o princípio em questão tem fonte constitucional". (10)

Poder-se-ia alegar, embasados na observação do enxerto acima, que a lei ordinária não poderia, por si só, modificar a jurisdição conferida a juízes e Tribunais.

Realmente, esse não é o poder conferido a lei ordinária, mas, o que a Constituição faz, é distribuir a competência entre os diversos órgãos judiciários, ou seja, ela reparte a competência derivada da jurisdição estatal, cuja distribuição fica a cargo desses órgãos, dependendo da natureza de cada demanda. O princípio do juiz natural, assim, tem a ver com a jurisdição estatal.

Assim, optando por requerer a tutela jurisdicional conferida pelo Estado, o poder de julgar, é exercido em nome dele, como expressão de sua soberania. No desenvolvimento da atividade estatal, a ninguém é dada a faculdade de exercer funções cometidas com exclusividade ao órgão competente segundo as normas de ordem pública.

Quando, por outro lado, as partes optam por resolver a demanda em juízo arbitral, a solução não requer a atuação do corpo estatal. A jurisdição estatal não é provocada para dar uma solução ao caso resolvendo, seus interesses, sem se falar em ajustamento ao princípio do juiz natural. A solvência, ao contrário, resulta da livre autonomia das partes, por meio da escolha de um intermediário que resolve a contenda.

É indispensável observar-se que, a arbitragem, é uma opção convencional e subsidiária de jurisdição, por isso, somente foram necessárias mudanças na legislação que trata do juízo arbitral, ou seja, o Código Civil e de Processo Civil.

Na opinião de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO:

"Não houve invasão da esfera de atuação do Judiciário, cujos diversos órgãos, singulares ou colegiados, da Justiça Comum ou das Justiças especializadas, continuam com a mesma competência". (11)

Se, por acaso, a disposição legal fosse outra, e tivesse havido a transferência de parte do poder jurisdicional estatal ao juízo arbitral, extirpando-se parte da competência dos órgãos judiciários e restringindo sua atuação àquelas causas em que, pela sua natureza, não pudessem ser resolvidas no juízo privado, aí sim seria necessária uma alteração na própria Constituição, sob pena de contrariar os princípios constitucionais aqui analisados, coisa que, obviamente, não ocorreu.

5. A inconstitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei n. 9307/96 no STF.

A discussão que surgiu há quase quatro anos no Supremo Tribunal Federal em torno da Lei n.9307/96, não concluída até a data em que o presente trabalho foi elaborado, refere-se, não propriamente à constitucionalidade da arbitragem que, apesar das já aludidas posições em contrário, pode ser considerada ponto pacífico de discussões, mas refere-se à constitucionalidade da principal inovação introduzida na legislação especial, qual seja, a

executoriedade da cláusula arbitral prevista no parágrafo único do art. 6º e, no art. 7º, em seus sete parágrafos.

Essa questão está sendo debatida como incidente de inconstitucionalidade no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206-8/247 do Reino da Espanha, ainda não concluído no STF.(12)

O voto do relator, Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, acompanhado pelo Ministro Sidney Sanches, reconhece a constitucionalidade da arbitragem, porém, considera inconstitucionais os dois artigos, porque:

"A renúncia à jurisdição estatal na cláusula compromissória ainda é genérica, de objeto indefinido à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem".(13)

Isso tornaria inconstitucional qualquer norma que trate de sua execução compulsória.

Já no voto do Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, que considerou este julgamento um dos mais importantes já submetidos ao STF, pronunciou-se favorável à constitucionalidade dos artigos, enfatizando que:

"O legislador foi cuidadoso, não barrou o acesso ao judiciário quando os conflitos envolvem direitos indisponíveis. Os dois artigos não impedem isso, ao contrário, é uma consagração à liberdade e ao princípio da vontade do cidadão garantidos na Constituição".(14)

A ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET, último voto pronunciado até agora, computando nove, num total de onze votos, adotando a posição que se tornou majoritária no Supremo, declarou:

"Não vejo renúncia à tutela judicial neles, mas uma mudança no foco e na ocasião em que se dará o apelo ao Judiciário. O cidadão pode invocar o Judiciário para solucionar os conflitos, mas não está proibido de acessar outros meios".(15)

Suprimir a executividade da cláusula arbitral significa a quebra da convenção de arbitragem, podendo tornar a nova lei, em nosso ordenamento jurídico, letra morta. A possibilidade de se perder, com uma única penada, todo o avanço conquistado na matéria de arbitragem está sendo afastada. No último dia 03 de maio do corrente ano, o Supremo deu um passo decisivo para o pleno êxito da arbitragem no Brasil, pois, com o voto da ministra, passaram ao número de seis, entre onze ministros que não julgam inconstitucionais os dispositivos contidos nos artigos 6º e 7º.

Evitem-se os desvios na arbitragem, porque a inegável mutação do procedimento arbitral leva a uma regressão.

Notas

1. Este preceito constitucional foi denominado por PONTES DE MIRANDA de princípio da ubiqüidade da justiça.
2. PONTES DE MIRANDA. Comentários á constituição de 1967, p. 108.
3. MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil, p. 31-2.
4. PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 108.
5. Idem, ibidem, mesma página.
6. O princípio constitucional do due process of law tem sua origem na V Emenda à Constituição dos EUA, em que se destaca que, "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem a ampla defesa". A XIV Emenda, de 1868, a este mesmo diploma também tem presente esse mesmo espírito.
7. Quando analisado no Senado Federal pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJCO), o projeto de lei n. 78, que viria a se tornar a Lei n. 9.307/96, nesta parte, recebeu a seguinte consideração: "A irrecorribilidade da sentença arbitral não viola o princípio constitucional da ampla defesa. [...] A arbitragem é instituto de natureza contratual e as partes que livremente e de comum acordo constituírem o juízo arbitral, não podem romper o que foi pactuado".
8. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro, p. 46.
9. Idem, ibidem, mesma página.
10. Idem, ibidem, p. 47.
11. REINALDO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem, p. 69.
12. BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial da cláusula compromissória na Lei n. 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada, p. 122.
13. Trecho do voto do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, no julgamento do Agravo Regimental em sentença estrangeira 5206-8/247, do Reino da Espanha, in Internet: <http://www.stf.gov.br>. Consulta feita em 24/06/01.
14. Trecho do voto do Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO in Internet: <http://www.stf.gov.br>. Consulta feita em 24/06/01.
15. Trecho do voto da Min. ELLEN GRACIE NORTHFLEET in Internet: <http://www.stf.gov.br>. Consulta feita em 24/06/01.

Referências Bibliográficas

BARBI FILHO, Celso. Execução específica da cláusula arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais n.732, 1996, p. 64-73.

_____. Cumprimento judicial da cláusula compromissória na Lei n. 9.307/96 e outras intervenções do judiciário na arbitragem privada. São Paulo: Revista dos Tribunais n.794., 1998.

BARROS, Marco Antonio de. Jurisdição e juizado arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais n.738, 1997, p. 56-69.

BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo extrajudicial de solução de conflitos de interesse. São Paulo: Revista dos Tribunais n.735, 1996.

BORJA, Célio. O juízo arbitral. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n.125, 1995, p. 97-102.

BUZAID, Alfredo. Do juízo arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 271, p. 07-12, 1958.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. 1988. Da arbitragem e seu conceito categorial. São Paulo: Revista de Informação Legislativa, n.98, p. 127-137.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n.128, 1995.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. 1997. Arbitragem: considerações sobre a constitucionalidade da lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais n.745. (pág.)

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. Ed. Forense, 1987, p. 183.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 323 p.

FIÚZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

FURTADO, Paulo & BULOS, Uadi Lammego. Lei da arbitragem comentada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

GREBLER, Eduardo. Arbitragem nos contratos privados. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.745, 1997, p. 59-66.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitragem. Enciclopédia Jurídica Saraiva. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 07, 1978, p. 346-358.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem; princípios jurídicos fundamentais; direito brasileiro e comparado. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n.115, 1993, p. 441-468.

MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem comercial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei do senado 78/92. Brasília: Revista de Processo n. 77, 1994, p. 25-64.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, vol. 26, 1959 p. 317-330.

_____.

REINALDO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.743, 1997, p. 64-73.

SANTLEBEN, Jurgen. Arbitragem comercial no direito internacional privado brasileiro. Coimbra: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. especial, p. 720, 1996.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. 1986. Do juízo arbitral. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.607, p. 24-32.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. 1997. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.735, p. 39-48.

INTERNET: <http://stf.gov.br>.

* advogado, professor da FEA-USP/RP, mestre em Direito pela Unesp.

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=2731> > Acesso em.: 22 nov. 2007.