

A ARBITRAGEM E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1.988

Luciano Elias Reis.. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor da Universidade Tuiuti do Paraná, da Escola Superior de Advocacia do Paraná, da Pós Graduação em Contabilidade Pública da FACINTER e do MBA em Administração Pública da FATEC. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Municipal pelo Centro Sulamericano de Ensino Superior (CESUL). Advogado. Sócio do escritório “Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados”. Integrante da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná.

Resumo

O artigo relata o julgamento efetuado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual houve a declaração de constitucionalidade da Lei de Arbitragem Brasileira. Antes de focar o julgamento em si e as razões dos ministros julgadores, os autores versaram sobre o possível conflito entre a autonomia da vontade e o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional. Além disso, há a demonstração das razões que vergam para que a Lei nº 9.307/96 seja compatível com as normas da Constituição da República de 1988.

Abstract

This article reports the judgement that occurred in Supremo Tribunal Federal, in which the Brazilian Law of Arbitration was declared constitutional. Before focusing the judgement itself, and the reasons that convinced the judging Ministers, the authors discourse about the possibility of a conflict between the autonomy of the will and the Brazilian constitutional principle of “inafastabilidade do controle jurisdicional”. Besides, there is a demonstration of the reasons that leads to understanding that Lei nº 9.307/96 is compatible with the Brazilian Constitution of 1988.

Sumário:1. INTRODUÇÃO. 2. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/96 E O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. 2.1. Breve Histórico. 2.2. A Constitucionalidade da Arbitragem. 2.3. A posição do Supremo Tribunal Federal. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Palavras-chave: Lei de Arbitragem. Constitucionalidade. Julgamento.

Keywords: Law of Arbitration. Constitutionality. Trial.

A ARBITRAGEM E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1.988

1. INTRODUÇÃO

A realidade social, a necessidade empresarial e o anseio das pessoas em geral têm despertado o interesse e a imprescindibilidade de novas atitudes por parte do sistema jurídico para a devida regulação e pacificação social.

Frente esta constatação, as últimas décadas significaram grande crescimento no conceito de acesso à justiça e valoração de meios alternativos para a resolução de conflitos.

Dentre estas diversas formas alternativas e extrajudiciais, destaca-se a arbitragem.

Referido instituto jurídico forma-se por um conjunto de regras e normas próprias dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sejam via normas positivadas ou não.

Hodiernamente, o regramento procedimental específico da arbitragem está prescrito na Lei nº 9.307/96.

A promulgação desta Lei há mais de dez anos constituiu marco importante para o desenvolvimento brasileiro perante o comércio internacional e para as relações jurídicas em geral. A rigor, sempre se correlaciona a arbitragem com o comércio internacional em virtude praticamente da indissociabilidade do citado meio de solução de litígios entre os participantes de tais relações jurídicas.

Todavia, com o conhecimento e a comprovação das vantagens percebidas por intermédio do uso da via arbitral, começa-se a utilizar tal meio de modo constante em outras diversas ramificações.

Além disso, insta apontar que o avanço da arbitragem em diversos campos de atuação traz reflexos econômicos, sociais e culturais de modo luzente.

Principalmente por estas razões, assevera-se que a arbitragem contribui de maneira significativa para a efetivação do direito fundamental dos cidadãos de acesso à justiça.

No entanto, apesar de todas estas questões relevantes que tornam a arbitragem como um meio alternativo de crescente utilização, não se pode olvidar a presença de diversas celeumas ainda presentes na legislação. As dúvidas

existentes ocorrem face o fato de a legislação da arbitragem brasileira ser relativamente nova.

Dentre as questões debatidas constantemente pela doutrina, o ponto que mais parece carecedor de estudo, a constitucionalidade ou não da Lei nº 9.307/96.

A constitucionalidade, aliás, já foi julgada procedente pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, porém não de maneira singela: referido julgamento ocorreu por mais de quatro anos, entre votos, diligências e pedidos de vista neste íterim temporal.

Ante esta informação, deduz-se que a polêmica sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem ainda permeia o âmbito jurídico e, por vezes, é indagada, motivo este substancial para reflexão no presente estudo.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/96 E O ALCANCE DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

2.1. Breve Histórico

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também chamado de princípio da indeclinabilidade do controle jurisdicional, ubiqüidade da justiça ou direito de ação, é o enfoque da indagação acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

O citado princípio encontra-se insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, o qual prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Contudo para apreciar se há ofensa ao princípio em lume ou não, não basta analisar a sua literalidade. É necessário que se verifique qual a sua finalidade para estar inserido no ordenamento jurídico, ou seja, qual a idéia do Poder Constituinte em preceituá-lo como garantia e direito fundamental dos cidadãos.

A prescrição de tal incidência de regra normativa não provém originariamente da Constituição de 1.988.

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 4º, já previa que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.¹

Por esta informação, nota-se que a prescrição constitucional da Carta Magna atual praticamente reutilizou a regra normativa da Constituição de 1946.

A norma constitucional em enfoque de 1946 tinha o desiderato de evitar que os cidadãos precisassem interpor medidas administrativas e, somente, após esgotadas todas as instâncias administrativas, pudessem recorrer ao Poder Judiciário.

Isto pois, o que se observava era a dificuldade de ingressar com medidas administrativas quando estas eram desfavoráveis ao governo, sendo que, ainda, os cidadãos eram punidos de diversas formas por intermédio da via administrativa. Via de conseqüência, e observando-se a já esperada (não necessariamente justa) decisão desfavorável na esfera administrativa, o cidadão tinha ainda de recorrer administrativamente antes de buscar o Judiciário.

Por óbvio, o seu recurso demorava a ser julgado, enquanto a decisão, contra os cidadãos, era cumprida de imediato. Isso sem falar nas vezes em que o Estado imputava aos cidadãos diversos tributos ou cobranças administrativas sem que os sujeitos passivos pudessem buscar o controle jurisdicional antes de exaurida a seara administrativa. Um verdadeiro absurdo se for confrontar com o progresso do Estado Democrático de Direito que hoje se vive no Brasil.

Urge apontar que àquela época os atuais princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal não eram utilizados e quiçá reconhecidos na maioria das vezes pelas autoridades julgadoras na esfera administrativa. Não que hodiernamente haja uma unanimidade no respeito a tais princípios nos processos administrativos, mas sim, já ocorreu um grande progresso, pelo menos no ponto de vista da legislação.²

¹ “Art 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(....)

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

² A presente assertiva se faz, pois há muitos agentes públicos que julgam e desenvolvem processos administrativos, nos quais inexistente qualquer garantia ao contraditório, ao devido processo legal e à ampla defesa.

Apesar de parecer um absurdo, não é difícil deparar-se a processos administrativos “autoritários” e sem qualquer respeito às garantias e aos princípios constitucionais mais comezinhos.

Somente para ilustrar, insta apontar que tais normas jurídicas não servem para burocratizar o processo administrativo, mas sim para assistir, dentre outras, uma garantia de lisura, lhanza e imparcialidade ao cidadão.

Ciente deste contexto histórico, vale transcrever que o Ministro Ilmar GALVÃO expressou em seu voto quando do julgamento da Sentença Estrangeira nº 5.206-7 o porquê da prescrição do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no nosso sistema jurídico:

(...) a norma – surgida, entre nós, na Carta de 1946 (art. 141, § 3º) -, constitui verdadeiro escudo contra eventual reiteração de práticas do Governo Vargas, quando inquéritos policiais e de outra natureza eram instaurados contra pessoas a quem, de ordinário, não se propiciava garantias comezinhas como a do contraditório e a da ampla defesa, pronunciando-se, a final, contra elas decisões sumárias, finais e impositivas, insuscetíveis de reexame pelo Judiciário.

A intenção do constituinte de 1946, portanto, teria sido a de proibir que a lei, e não as partes contratantes, pudesse determinar que alguma questão ficasse excluída de apreciação pelo Poder Judiciário. (fls. 1130-1131).

Como se vê, o princípio desde o seu “nascimento” intentou confrontar-se com as práticas anti-democráticas. Tem o intuito de assegurar aos cidadãos a possibilidade de socorrer-se ao Poder Judiciário para a solução de seus litígios.

Porém, após a boa prescrição da Constituição de 1946, adveio a Constituição de 1967 que ficou silente sobre o assunto.

Além do silêncio constitucional sobre o tema e em virtude do momento político-sociológico que vivenciava a sociedade brasileira, ocorreu a edição da Emenda Constitucional nº 07/1977.

Entre diversas mudanças provenientes da Emenda Constitucional nº 07/1977, esta acrescentou uma regra no sentido de condicionar toda e qualquer ação em Juízo à exaustão das vias administrativas. Isto representou um verdadeiro retrocesso ao Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, observou-se a volta da repressão e a intimidação aos cidadãos brasileiros.

Contextualiza-se que este acréscimo normativo sucedeu na época em que o Brasil era governado pela ditadura militar. O escopo restou clarividente, qual seja, o de dificultar e obstaculizar o acesso à justiça à sociedade, uma vez que se deveria interpor pelas vias administrativas todas as irresignações e pedidos, e então, findadas estas, então seria o momento de recorrer ao Judiciário.

Na praxe, o governo imobilizou o pleito dos cidadãos pelas causas que não lhe interessassem e ceifou a acessibilidade plena à justiça.

Ulteriormente, quando da Assembléia Constituinte e da formulação da Constituição da República de 1.988, o Poder Constituinte recolocou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como uma garantia e direito fundamental dos cidadãos.

Assim, a Constituição de 1.988 rechaçou a imprescindibilidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado.³

O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, delata como conseqüência que cabe ao Poder Judiciário sempre que invocado pelo cidadão resolver os seus litígios ou conflitos⁴, desde que este não tenha preferido outro instrumento para compor o seu embate.

Para Celso Ribeiro BASTOS, o princípio em tela significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam de sua aplicação.”⁵

Acerca do princípio, sempre oportunas e convenientes são as palavras ditas por José Afonso da SILVA, o qual menciona que:

³ Sobre o assunto, Alexandre de MORAES assevera:

“A Constituição Federal de 1.988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que excluiu a permissão, que a Emenda Constitucional nº 07 da Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.” (MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: 2002. p. 103).

⁴ Sobre a denominação vernacular conflitos ou litígios, é válido lembrar de alguns conceitos e algumas críticas doutrinárias.

Para J. E. Carreira ALVIM “o conflito de interesses é o elemento material da lide, sendo seus elementos formais a pretensão (de quem pretende) e a resistência (de quem se opõe à pretensão).” (ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 23)

Já Ângela Hara Buonomo MENDONÇA diferencia conflito de litígio descreve que: “a situação conflituosa – o conflito – existe como um processo contraditório fluindo tal qual uma energia que paira em qualquer ambiente com um impulso a acontecer. É um processo por meio do qual se expressa a insatisfação, os desacordos e as expectativas não cumpridas. Termina quando se enxerga os fatos como eles são, quando se percebe os dois lados de uma mesma moeda.

O litígio (ou disputa), por sua vez, é um dos produtos do conflito e aparece quando o mesmo sai desse estado de latência, mudando do plano da ação (comissiva ou omissiva) para o plano da reação (combativa ou pacífica). Se as partes decidem nada fazer a respeito e qualquer uma delas resolve apresentar uma demanda judicial, por exemplo, o conflito se converte em litígio (disputa).” (MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. 2. ed. *MESC's – uma visão geral de conceitos e aplicações práticas*. Brasília: Projeto CACB/SEBRAE/BID, 2004, p. 18-19).

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 214.

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora não de levar-se em conta os direitos coletivos também.⁶

Analisa-se que o texto constitucional pretendeu a vedação de inexistência de esgotamento das vias administrativas para invocar lesão ou ameaça de direito, bem como procurou albergar toda e qualquer ameaça de lesão ou direito, lícita por óbvio, de pessoas no Brasil, seja ela jurídica ou física.

Compreendendo ainda a razão do constituinte ao estabelecer o princípio da ubiqüidade da justiça em nossa Carta Magna, vale lembrar a lição de Luiz Roberto AYOUB, o qual delata que o “propósito de explicar aquele princípio constitucional não foi derivado da opção dada ao particular de utilizar-se do Judiciário ou do juízo arbitral para solucionar seus conflitos, mas da vedação do acesso pelo cidadão à Justiça Comum para garantir seus direitos, *afastando do ordenamento pátrio a figura da definitividade das decisões administrativas que, como notório, comprometia, muitas vezes, os direitos e garantias consagrados desde a edição da Carta Política de 1946*” (sem itálico no original).⁷

A regra em debate contribui para que a democracia e a justiça social seja proliferada e protegida. Ou seja, o princípio da inafastabilidade constitui-se como um pilaste do Estado Democrático de Direito.

André Ramos TAVARES comenta que “esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância”.⁸

Além disso, uma questão bastante refletida pelos operadores e estudiosos do Direito atina-se a saber quem foi o alvo da prescrição constitucional do art. 5º, inciso XXXV.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 434.

⁷ AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49.

⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 478.

A grande parte da doutrina entende que a idéia do Poder Constituinte foi de impor restrições ao legislador para a prescrição de novas regras. Melhor dizendo, a teleologia da prescrição teve como destino o legislador.

O legislador assim não poderia, e nem poderá, impor regras que venham a macular em qualquer sentido a possibilidade de uma pessoa invocar o controle jurisdicional para assegurá-lo de alguma ameaça ou lesão a direito.

Contudo, Nelson NERY JÚNIOR assevera que a norma não deve atingir somente o legislador, mas sim a todos. Até porque, conforme a boa interpretação das normas jurídicas, pode-se dizer que a rigor a prescrição de uma norma deve englobar e compreender todos os assujeitados ao regramento, salvo se houver alguma norma de exceção expressa e explícita.⁹

Apesar deste ponto de vista, grande parte da doutrina¹⁰ e os Ministros do Supremo Tribunal Federal no voto da Sentença Estrangeira nº 5206-7 interpretam que o art. 5º, inciso XXXV, tem como alvo o legislador.

Claro que o legislador *a priori* deve ser o grande escopo da norma jurídica em tela, mas isto não quer dizer que somente ele será o sujeito passivo, e sim que a regra tem como ênfase a restrição ao legislador e, via de consequência, a garantia do administrado.

Postas essas considerações essenciais para o devido estudo da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, passa-se a analisar se realmente o princípio em questão resta eivado de extensão e aplicabilidade normativa ante a Lei nº 9.307/96.

2.2. A Constitucionalidade da Arbitragem

Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR¹¹ sustenta a constitucionalidade pelos seguintes motivos: (i) a arbitragem é convencionada pelas partes, e não imposta às partes; (ii) há o acesso à jurisdição para a parte que se sentir prejudicada com a sentença arbitral no sentido de intentar um pleito anulatório, seja por demanda anulatória ou via embargos do devedor; (iii) a execução forçada somente poderá

⁹ “Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 130).

¹⁰ Nesta esteira, vide Pontes de MIRANDA (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. RT, 1971. Tomo 4, p. 109).

¹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999. p. 160-162.

ocorrer mediante provocação da jurisdição estatal, visto que o Juízo Arbitral não tem competência para perfazer atos executórios; (iv) as tutelas de urgência (via tutela antecipada ou cautelar), acautelatórias, inibitórias ou coercitivas deferidas pelos árbitros precisam passar pela jurisdição estatal para o seu devido cumprimento; (v) na dúvida acerca da disponibilidade do direito patrimonial envolto no litígio, as partes podem recorrer ao Poder Judiciário; (vi) caberá ao Poder Judiciário decidir quando houver a fixação da cláusula compromissória e uma das partes resistir à instauração do Juízo Arbitral¹²; (vii) o reconhecimento e a execução de sentença arbitral estrangeira, estará sempre sujeita à homologação do Superior Tribunal de Justiça¹³.

Além de todos estes argutos fundamentos de defesa, Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR arremata que “nada obstante a instauração do juízo privado, o Judiciário permanece avidamente vigilante, servindo como guardião da estrita observância do devido processo legal constitucional, assim como das atuações voltadas à coerção, execução ou anulação de decisões arbitrais”.¹⁴

Carlos Alberto CARMONA favorável ao entendimento de constitucionalidade da Lei de Arbitragem em especial frente à estipulação de cláusula compromissória salienta que:

A vontade das partes é absolutamente clara no momento em que firmam a cláusula arbitral, no sentido de quererem afastar a competência do juiz togado para solucionar qualquer pendência que as envolva, decorrente de certa relação jurídica. É o quanto basta para que tal vontade (jurídica e jurígena) tenha efetiva proteção estatal, já que, se assim não fosse, estaria negada a tutela específica da obrigação assumida. Se é verdade que o objeto da contenda, no momento da celebração da cláusula compromissória, ainda é indeterminado (*rectius*, inexistente, pois no momento em que a cláusula é inserida em determinado contrato não há contenda alguma), também é certo que tal objeto é perfeitamente determinável, cabendo ao juiz togado, se e quando houver litígio – e se houver resistência quanto à instituição do juízo arbitral – fazer valer a vontade previamente manifestada.¹⁵

¹² O posicionamento de Joel Dias FIGUEIRA JÚNIOR não é assentido pela doutrina de modo uníssono. Sobre o tema cita-se Carlos Alberto CARMONA que discorda (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 165-172) e Arnold Wald [WALD, Arnold. *A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001)*. In: MARTINS, Pedro A. Martins; GARCEZ, José Maria Rossoni (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002, p. 48].

¹³ Apesar de o livro de Joel Dias Figueira Júnior (edição de 1999) mencionar o Supremo Tribunal Federal, modificou-se para o Superior Tribunal de Justiça em razão da alteração normativa ocorrida com a Emenda Constitucional nº 45/2004.

A partir de então, a competência para homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias é do Superior Tribunal de Justiça (art. 102, I, alínea 'i', da Constituição).

¹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 162.

¹⁵ *Ibidem*, p. 135-136.

O jurista Nelson NERY JÚNIOR relata que a situação de as partes convencionarem a arbitragem para solucionar os conflitos decorrentes de uma determinada e específica relação, não significa o falecimento ou o prejuízo do princípio do direito de ação. Isto porque, o objeto escolhido para ser decidido pela via arbitral deve ser disponível às partes e o Juízo Arbitral configura-se como uma escolha do livre arbítrio dos sujeitos envolvidos na relação jurídica disposta à arbitragem. Desse modo, Nelson NERY JÚNIOR também não entende qualquer empecilho no tocante à constitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem.¹⁶

Luiz Guilherme MARINONI e Sérgio ARENHART aduzem que “não há que se falar em inconstitucionalidade pelo simples fato de as partes, usando livremente da sua vontade, terem optado pela arbitragem. Quando alguém opta pela arbitragem, não há delegação de algo que não pode ser delegado – o poder jurisdicional -, mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade”.¹⁷

Nilton César Antunes da COSTA coaduna da idéia dos doutrinadores acima declinados e conclui que:

(...) é indubitável a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, o que se justifica pelas razões sucintamente lançadas: a) desmistificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende ao(s) árbitro(s); b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar a jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; d) a própria lei da arbitragem admite em seu bojo mecanismos de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g. nulidades, execução forçada, direitos indisponíveis, efetivação das tutelas de urgência (arts. 22, §§ 2ª e 4ª, 32, 33 e parágrafos, todos da Lei nº 9.307/96); e) em caso de recalcitrância por parte daquele que contratou a cláusula compromissória, o compromisso da arbitragem deve ser realizado judicialmente (art. 7º).¹⁸

Doutro lado diametralmente oposto, há os quem entendem como inconstitucional a Lei de Arbitragem principalmente no que se refere a dois aspectos: o primeiro, o não conhecimento de alguém extra-Estado, ou seja, fora da estrutura estatal resolver o litígio e dizer o Direito; o segundo, a não possibilidade de as partes

¹⁶ “O fato de as partes constituírem convenção de arbitragem não significa ofensa ao princípio constitucional do direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de convenção de arbitragem, razão por que as partes, quando o celebram, estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional.” (NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 133).

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 35.

¹⁸ COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro*. São Paulo: RT, 2002. p. 52.

renunciarem ao Poder Judiciário por intermédio de cláusula compromissória, e sim somente por meio de compromisso arbitral.¹⁹ Este último aspecto refere-se intimamente com a discussão travada no seio do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

As vozes que sustentaram a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem sejam por qual aspecto seja, ecoam atualmente de modo bastante suave e retilínea, não ocasionado mais entraves e embates vultuosos.²⁰

Pelas razões explicitadas, não se entende possível creditar a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem por qualquer motivo, uma vez que estaríamos interpretando a Ciência Jurídica de modo estanque, arraigado em conceitos literais de funções mínimas do Estado Moderno, bem como em confronto com a transdisciplinariedade.

Fala-se em interpretação sistemática para rechaçar a visão gramatical e literal, visto que a partir da interpretação da Lei de Arbitragem em conjunto com as demais normas jurídicas presentes no ordenamento jurídico, pode-se inferir a não exclusão do Poder Judiciário totalmente das relações que forem solucionadas pelo Juízo Arbitral.

Seja a factibilidade de questionar a nulidade da convenção da arbitragem ou do laudo arbitral, seja a necessidade de se invocar o Poder Judiciário para executar ou realizar qualquer medida que precise da coerção estatal (atos executórios, tutelas de urgência, acautelatórias, mandamentais, inibitórias, etc.), o Estado estará presente para perfazer e aplicar a medida justa e adequada, quando a parte não cumprir espontaneamente a sentença arbitral.

Com isso, pode-se dizer que o Juízo Arbitral não estará furtando ou quiçá rechaçando integralmente o Poder Judiciário e a força estatal.

¹⁹ A título complementar, vale lembrar que “a validade da cláusula compromissória é reconhecida por todas as legislações dos países do Mercosul, mas as formas de reconhecimento variam de um país a outro. Apesar de a Argentina e o Paraguai se restringirem em considerar que a submissão do litígio à arbitragem pode ser convencionada no contrato ou num ato posterior, os Códigos de Processo Civil Brasileiro e uruguaio fazem a distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso de maneira expressa.” (LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 50).

²⁰ Defenderam a tese da inconstitucionalidade: Antônio Raphael Silva SALVADOR, O Poder Judiciário não aceita nem precisa partilhar a jurisdição, p. 81-82, Tribuna da Magistratura. Caderno de Doutrina, out/96; José Antônio D. TOFFOLI, A lei da arbitragem e seus limites constitucionais, Boletim da Associação dos Juizes para a Democracia, n. 09, out/96, p. 8-9; Clito FURNACIARI JÚNIOR, E agora, Justiça? O estado de São Paulo de 24.10.1996 (Apud FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Op. cit., p. 159).

No mesmo diapasão, traceja-se a idéia de que as funções mínimas de um Estado Moderno não estarão sendo repelidas pela Arbitragem.

Norberto BOBBIO declina que dentre as funções mínimas do Estado Moderno está o poder jurisdicional do Estado, além do poder coercitivo e o poder de impor tributos.

Para transluzir esse pensamento, colacionam-se os dizeres de Norberto BOBBIO:

Quem já teve uma familiaridade com a história da formação do Estado moderno ou do Estado *tout court* (se entendermos por “Estado” o conjunto de aparelhos que caracterizam os ordenamentos políticos nascidos da dissolução da sociedade medieval) sabe que os poderes principais dos novos ordenamentos políticos que fazem deles um Estado no sentido moderno da palavra são o poder coercitivo, que exige o monopólio da força física, considerado, de Hobbes a Max Weber, como o caráter fundamental do Estado, o poder jurisdicional (não apenas o poder de fazer as leis, pelo fato de as normas jurídicas poderem ser produzidas quer pelo costume quer pelos próprios jurídicas, mas o de aplicá-las, ou seja, o poder de julgar a razão e a sem-razão, o justo e o injusto) e o poder de impor tributos, sem os quais o Estado não pode desenvolver nenhuma de suas funções essenciais.²¹

No entanto não se deve interpretar a função mínima e essencial do Estado de poder jurisdicional de modo restrito, e sim se deve buscar a verdadeira compreensão do seu sentido.

Por isso, deve se valer da idéia de que o direito de dizer o Direito é do Estado, mas nada impede que as pessoas procurem outros meios alternativos para a resolução de seus litígios ou conflitos.

O que não se pode admitir é que terceiros, fora o Estado, possam aplicar a Justiça no sentido de coagir ou impetrar medidas para que as pessoas cumpram as decisões, sejam elas advindas de Juízo Arbitral ou da Justiça Ordinária.

Além disso, não se pode conceber que o Estado se esquive da função de poder jurisdicional ao estabelecer condições para que as pessoas busquem a tutela jurisdicional estatal, dificulte o acesso à justiça ou ainda que imponha determinadas obstáculos para a efetivação do veredicto judicial.

Assim, não se estará infringindo a função mínima do Estado de poder jurisdicional com a Arbitragem, pois as funções que ensejam a aplicação do Direito em última instância e de forma forçada somente podem ser aplicadas pelo aparato jurisdicional do Estado, *múnus* que é, por sinal, indeclinável e indelegável, sob pena

²¹ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 178.

de caracterizar uma afronta ao princípio da segurança jurídica e a própria figura do Estado.

Atinente à transdisciplinariedade, insta apontar que a constitucionalidade da arbitragem envolve a questão sociológica e econômica, uma vez que a convenção por outros meios para a solução de conflitos é uma necessidade frente ao avanço das sociedades e das culturas no mundo hodierno.

Mais precisamente, o ponto de vista sociológico correlaciona-se ao fato de os Estados não conseguirem prestar uma tutela jurisdicional eficaz e efetiva aos jurisdicionados.

A falta de aparato físico minimamente necessário, de pessoal qualificado, de estrutura funcional, de logística, dentre outros fatores, fazem com que a justiça seja prestada pelo Estado de forma ineficaz ou sequer seja prestada.

Com isso, a descrença da sociedade aumenta e os cidadãos não recorrem ao Poder Judiciário para dirimirem os seus conflitos.

Há uma verdadeira fuga da justiça estatal. Ao invés dos cidadãos buscarem a solução de suas lides na Justiça Comum, eles buscam justiça por intermédio de outros meios ou permanecem inertes.

Isto é, acontece a desistência de buscar a tutela jurisdicional em razão da incredulidade da prestação jurisdicional adequada e satisfatória.²²

Por conseguinte, ao invés dos jurisdicionados frente a um imbróglio invocarem o Poder Judiciário para a solução dos seus conflitos, eles preferem a composição por vias alternativas ou ainda desistem de pleitearem os seus, no mínimo em tese, direitos subjetivos.

Ademais, vale apontar que o viés sociológico deve ser estudado sob a visão de que o direito é interpretado e aplicado conforme a conjuntura social.

Logo, a realidade social vivenciada é fator condicionante para a hermenêutica jurídica dos operadores do Direito e deve ser sempre analisada para que não haja a aplicação de uma norma jurídica em moldes inefetivos.

Sobre essa correlação entre o direito e a sociedade, Pablo Jiménez SERRANO assevera que “o direito e a sociedade existem dentro de uma relação

²² Sobre o assunto, insta apontar que Mauro CAPELLETTI conceitua a existência de duas espécies de litigantes, os eventuais e os habituais. Por esta razão, a existência de número de processos judiciais por habitante por exemplo não reflete a realidade (CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 25).

dialética de causa e efeito, por essa razão, o texto legal tem de se adaptar às vivências práticas e à riqueza das relações sociais econômicas”.²³

Assim, a interpretação das normas jurídicas está intimamente atrelada ao aspecto social. O direito deve ser encarado como um fenômeno social e como tal enquadrar-se como objeto mediato da interpretação jurídica.

Nesta esteira, o jurista SERRANO novamente esclarece que “(...) a interpretação jurídica está condicionada à norma, que, por sua vez, é o resultado da realidade social. Por isso mesmo, e de forma indireta, ao pesquisar o direito, e ao interpretar as normas jurídicas, estaremos conhecendo e avaliando o nível de desenvolvimento da realidade social. Verifica-se, portanto, que o direito como fenômeno social é o objeto mediato da interpretação jurídica”.²⁴

Sob esta perspectiva, a arbitragem constitui-se como um importante marco sociológico também, e não somente jurídico.

Além deste viés, pode-se dizer que a arbitragem contribui e incentiva os seus persecutores sob o prisma econômico.

A arbitragem é um meio mais eficaz economicamente para dirimir conflitos existentes, porquanto as partes podem optar como será julgado o conflito e quem será (ao) o(s) apreciador(es).

Isso demanda um grau de confiança muito grande, o qual acarreta enormes influências no campo econômico e comercial.

Explica-se. As pessoas que corriqueiramente relacionam-se em atividades comerciais, bem como em demais relações jurídicas, não refutam que estejam erradas ou equivocadas em determinada atitude que gera um entrave com a outra parte na relação.

Todavia, o que elas não se conformam e acatam, é serem julgadas por pessoas que a rigor não são especialistas na área. Este é um dos motivos de irrisignações quanto ao Poder Judiciário e tantos recursos processuais interpostos, além da famigerada má-fé (que acaba por prolongar o processo indefinidamente) por parte de alguns litigantes.

Como exemplo da confiança na arbitragem, alvitra-se que quase a totalidade das relações comerciais marítimas têm os seus litígios submetidos ao Juízo Arbitral.

²³ SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002. p. 84.

²⁴ Idem.

Assim, os sujeitos que labutam com comércio marítimo, os quais em regra são de nacionalidades distintas e de culturas diversas, sentem-se seguros com a solução dos conflitos, que vierem a acontecer, pela via arbitral.

A razão disso relaciona-se, principalmente, com o tempo a ser gasto para a composição da demanda, com o grau de especialidade dos julgadores sobre o assunto em contenda e com a confidencialidade da demanda.

Isso sem dúvida dá uma margem de segurança nos investimentos comerciais, pois as partes tendem a se conformar mais com a decisão prolatada pelos árbitros, o que per si acarreta um efeito reflexo em futuras e concomitantes relações comerciais.

Aumentando as relações comerciais e o alto grau de estabilidade jurídica, visualiza-se a presença de um Estado creditado para investimentos e aportes financeiros e de excelência para a vivência da sociedade.

Isso posto, diante de todas as razões esboçadas, compreende-se que a Lei de Arbitragem é plenamente constitucional e atende aos reclames técnicos jurídicos e da sociedade.

Não obstante, por amor à clareza, considera-se de primordial importância reiterar o aspecto da constitucionalidade da cláusula compromissória, cujo ponto foi o mais discutido no Colendo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo de Instrumento na Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

Para tanto, valioso lembrar de Eduardo GONÇALVES, o qual assevera que “quando as partes assinam uma cláusula compromissória, elas não renunciam *in abstracto* ao seu direito de ação. Elas o fazem no quadro específico de um contrato, para os litígios que resultarem deste e que decaiam sobre direitos patrimoniais disponíveis”.²⁵

A título de paradigma e como analogia ao direito alienígena, insta destacar que a Constituição da Espanha possui previsão bastante parecida com o texto constitucional do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e lá, o Tribunal Supremo entendeu pela coerência da arbitragem frente ao citado princípio (Decisão de 09.10.89):

²⁵ “lorsque lês parties signent une clause compromissoire, elles ne renoncent pás in abstracto à leur d’action. Elles le font dans le cadre précis d’un contrat, pour les litiges qui en découlent et qui porteront sur des droits patrimoniaux don’t elles peuvent disposer” (E. D. GONÇALVES. La libéralisation du droit de l’arbitrage au Brésil: mythe ou réalité. Apud LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 95).

Sexto. En la motivación cuarta y bajo el número 5 del mismo precepto procesal que las anteriores, se alega que 'la sentencia recurrida, há infringido el artículo 24.1 de la Constitución, em cuanto consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales em el ejercicio de suas derechos e intereses legítimos', sin ninguna alegación que justifique dicha argumentación; motivo que lógicamente há de sucumbir, por cuanto: 1) El ordenamiento jurídico español concede a los particulares la posibilidad de optar para la solución de sus problemas socio-jurídicos entre el cauce o vía jurisdiccional y el extrajudicial (artículos 1809 y ss. Y especialmente a estos afectos el 1814 del Código Civil); 2) Haciendo uso de esta facultad, y de lo dispuesto em el artículo 1255 del citado Cuerpo Legal, los aquí contendientes concertaron acudir al cauce extrajudicial arbitraje – para solventar las cuestiones que del cumplimiento del contrato entre ellos celebrado pudieren surgir; 3) El artículo 24.1 CE, que se estima infringido por los recurrentes, se limite a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva do los jueces y tribunales em el ejercicio de suas derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial – arbitraje em este caso – como aquí han hecho. (cf. Revista de la Corte Española de Arbitraje, 1990, p. 159-160)²⁶

Postas essas considerações visualiza-se que a Lei de Arbitragem em seus dispositivos legais está albergada da devida compatibilidade com o corpo do texto constitucional, sendo por fim, de extrema valia analisar-se de forma mais atenta o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

2.3. A posição do Supremo Tribunal Federal

A Lei nº 9.307/96 é considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cujo órgão no sistema jurídico pátrio configura-se como o guardião da Carta Magna.

A declaração de constitucionalidade se deu de modo incidental e ocorreu no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7 – Reino da Espanha.

A *priori*, a Sentença Estrangeira em questão foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal com o intuito de homologar o laudo arbitral proferido em Barcelona, Reino da Espanha, face o litígio ocorrido entre a empresa Resil Indústria e Comércio Ltda, com sede no Brasil, e a empresa M. B. V. Comercial and Exporte Management Establishment, sediada na Suíça.

De plano, o pedido não mereceu a guarida almejada, visto que os Julgadores se posicionarem no sentido de haver a necessidade de o laudo arbitral ser chancelado no País de origem para posteriormente ser apreciado no Brasil.

²⁶ Trecho averbado pelo Ministro Ilmar Galvão no julgamento do Agravo Regimental da Sentença Estrangeira 5.206-7, às fls. 1136.

Deste *decisum*, houve a interposição do agravo regimental, fundamentando a dispensa de homologação no Órgão Julgador do País de origem vez que a legislação do país alienígena não prescreve neste sentido.

A par disso, encaminhou-se o processo a julgamento do Plenário.

Quando levado para julgamento pelo Ministro Relator Sepúlveda PERTENCE, o Ministro Moreira ALVES compreendeu por bem levantar a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Ou seja, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem aferiu-se pelo modo incidental.

Abre-se parêntese para indicar que o Supremo Tribunal Federal sempre que entende questionável a constitucionalidade de uma norma, mesmo que esta não seja o ponto nodal e/ou quiçá levantada pelas partes litigantes, aprecia a sua conformidade frente ao texto da Constituição da República de 1.988.

Inclusive, se fala que esta tendência transluz o interesse público sobre o interesse privado, pois apesar de o interesse egoístico dos litigantes não se cingir sobre a constitucionalidade ou não de determinada norma, o interesse público deve falar mais alto e avaliar a constitucionalidade, com espeque na segurança do sistema jurídico.²⁷

Frente a esta situação fática, o Ministro Relator Sepúlveda PERTENCE encaminhou o processo ao Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo BRINDEIRO, para parecer.

Na análise do *Parquet* parecerista, a Lei nº 9.307/96 não possuía qualquer vício de constitucionalidade.

Com o retorno dos autos ao Relator, o Min. Sepúlveda PERTENCE iniciou o julgamento do agravo regimental e do incidente de constitucionalidade.

Ao prolatar o seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence decidiu pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º e do artigo 7º da Lei de Arbitragem, mais especificamente com relação à possibilidade de fixação de cláusula compromissória.

No seu entendimento, a cláusula compromissória emoldura-se como uma renúncia de ação e, principalmente, de uma renúncia a um litígio não existente, eventual e futuro, o que considera gravíssimo e ofensivo ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

²⁷ Precedente do Mandado de Segurança nº 20.505, Rel. Min. Néri da Silveira.

Abaixo transcreve-se o trecho em que o Ministro Relator sustenta a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos legais:

(...) depois de longa reflexão – à conclusão de que, nesse tópico, a lei foi efetivamente além das marcas impostas pela Constituição ao âmbito de validade da disciplina legal da arbitragem.

A constitucionalidade do juízo arbitral – perdoe-se a insistência – deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível.

Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe in abstracto: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral.

Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral – onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação – não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar.

Contraopondo-se ao Relator, o Ministro Nelson JOBIM discordou do ponto de vista exarado e justificou com fundamento na inexistência de incompatibilidade da cláusula compromissória frente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Segundo o Ministro JOBIM, em nenhum momento a estipulação de cláusula compromissória acarreta renúncia de ação, até porque a cláusula tem que se referir a uma relação contratual específica.

Ademais, asseverou que o inciso XXXV do art. 5º visa à proteção dos cidadãos frente ao legislador, isto é, o destinatário da mencionada norma é o legislador e não os cidadãos. A teleologia da regra figura-se como a impossibilidade de o legislador prescrever normas que impeçam o cidadão de socorrer-se ao Poder Judiciário.

Logo, a cláusula compromissória não está obstaculizando o cidadão a ir ao Poder Judiciário, e sim as partes que ajustam tal cláusula concordam em resolver os seus litígios no Juízo Arbitral, via de consequência, afastam em comum acordo o Poder Judiciário.

Neste aspecto, o Ministro Nelson JOBIM disse:

Diz o texto da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciária lesão a direito ou ameaça a direito; em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao

sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Portanto, se o destinatário da norma é o legislador, preservou-se ao cidadão o direito de opção e não a obrigatoriedade do cidadão de compor os seus conflitos fora da área do Poder Judiciário. Vetou-se ao legislador que impedisse o exercício pelo cidadão da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário. Logo, não é uma obrigação do cidadão compor os seus conflitos no Poder Judiciário, é uma faculdade. É permitido recorrer ao Poder Judiciário, como é permitido não recorrer ao Poder Judiciário. O que é proibido é impedir essa faculdade. É por isso que foi assegurado o direito de opção ao cidadão através da possibilidade de optar pelo Poder Judiciário ou não. Como se assegurou essa faculdade, esse direito do cidadão? Assegurou-se essa faculdade proibindo constitucionalmente a lei que vede o exercício da alternativa.

Posteriormente, ao longo dos debates, se chegou até a ventilar a possibilidade de uma pessoa renunciar à tutela jurisdicional para qualquer ameaça ou lesão a direito.

Este aspecto foi prontamente dirimido e o Ministro JOBIM asseverou de modo inequívoco que “não é possível que alguém venha a pactuar em que todos os conflitos que tenham um com o outro sejam submetidos à arbitragem. O que pode haver é um contrato entre as partes e submeter o litígio daquele contrato. Não pode haver uma renúncia absoluta e abstrata em relação ao Poder Judiciário”.

Convocado para emitir o seu voto, o Ministro Ilmar GALVÃO posicionou-se na mesma esteira do voto do Ministro Nelson Jobim.

Aduziu que:

(...) a cláusula, nesse caso, não pode ser vista como incompatível com o princípio do livre acesso à jurisdição estatal, pelo singelo motivo de que a sua eficácia, em caso de resistência de uma das partes, justamente só poderá ser alcançada por via judicial, sendo certo que a sentença proferida pelo árbitro ou pelos árbitros, além de só poder ser executada na via judicial, quando condenatória, não escapa ao controle judicial que, na forma do art. 33 da lei sob exame, poderá ser acionado pela parte interessada, em procedimento comum, com alegação de qualquer das nulidades enumeradas no art. 32.

A Ministra Ellen GRACIE incitada a se manifestar, também compreendeu que a convenção de cláusula compromissória não afasta ou contraria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em diretriz comum ao pensamento e voto do Ministro Nelson JOBIM reiterou que o escopo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, é o legislador.

Para comprovar a linha defendida pela Ministra, colaciona-se um trecho do seu voto:

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5º, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precatarem-se os direitos dos cidadãos contra a atuação de

órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Creio que essa leitura é coerente com as anteriores manifestações do Supremo Tribunal Federal, pois verifico que a Corte já se posicionou no sentido de inadmitir que barreiras econômicas se antepõem ao exercício do direito de acesso ao judiciário, quando, por exemplo, eliminou a obrigatoriedade de depósito preparatório nas ações que tenham por objeto discutir o débito para com o INSS, suspendendo a vigência do art. 19, caput, da Lei nº 8.807/94 (ADIN 1.074-3/DF), Medida Cautelar, Rel. Min. Francisco Rezek, in DJU de 23/09/94, p. 25.314). Da mesma forma, quando, ao suspender a eficácia de lei estadual, considerou que 'a exigência de taxa judiciária ilimitada (incidente sobre o valor da causa ou da condenação), pode inviabilizar, em certos casos, o próprio acesso ao Poder Judiciário, o que não é permitido pela Constituição (art. 5º, XXXV)'. (ADIN 1.651-2/Paraíba, Medida Cautelar, Rel. Min. Sydney Sanches, in DJU de 11/09/1.988, p. 02).

(....)

Como se vê, o cidadão pode invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas, não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos.

O Ministro Mauricio CORREA e o Ministro Marco AURÉLIO votaram em seguida e manifestaram-se no sentido de o parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem serem constitucionais.

O Ministro Mauricio CORREA, por sua vez, elogiou a criação de mecanismos e meios alternativos para a resolução de conflitos frente ao avanço das sociedades e das diversas relações jurídicas que têm sido travadas.

Além disso, criticou o emperramento da máquina judiciária, a qual é fruto da obsolescência de regras, culturas e práticas e frisou que a arbitragem configura-se como um mecanismo importante para colocar o Brasil em sintonia com as tendências mundiais.

Vale apontar ainda que, consoante o Ministro, "se se entender inconstitucional a execução forçada da cláusula compromissória, o Brasil ficará isolado dos grandes negócios internacionais do mundo moderno, todos eles celebrados mediante contratos sujeitos à arbitragem".

Já o Ministro Marco AURÉLIO em seu voto fez questão de ressaltar a importância da liberdade de escolha das pessoas, como, por exemplo, no caso da convenção de arbitragem para compor os conflitos advindos de uma relação contratual.

Expressou que "a liberdade – é valor maior a ser preservado".

Após tais colocações favoráveis à constitucionalidade, os Ministros Sydeny SANCHES e Néri da SILVEIRA acompanharam o relator, para rechaçar a conformidade dos citados dispositivos da Lei nº 9.307 frente ao texto constitucional.

Ambos declararam que a cláusula compromissória afasta o Poder Judiciário para uma situação em abstrato. Em outras palavras, alijaram a compatibilidade com a Constituição, uma vez que é impossível qualquer pessoa renunciar ao seu direito de ação em razão de lides sequer existentes.

Para demonstrar os pensamentos alicerçados pelos Ministros Sydney SANCHES e Néri da SILVEIRA seguem alguns trechos dos respectivos votos:

Na verdade, a Lei permite que, em abstrato, ou seja, sem a definição ou indicação de lides determinadas ou determináveis, ainda que meramente possíveis e eventuais, se abra mão a direito de ação, enfim, à jurisdição estatal, o que não é tolerado pelo nosso ordenamento constitucional, segundo o qual 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da C.F.).

(...) a renúncia ao direito de ação há de ter presente a existência de pretensão atual de direito material a ser satisfeita, podendo, então, as partes optar por submetê-la, concretamente, a juízo arbitram que elejam e não ao Poder Judiciário. O que não pode admitir-se é o direito de ação ser renunciado, em abstrato, em face de litígios não conhecidos, embora vinculados a uma certa relação jurídica de direito material."

Em seguida, o Ministro Carlos VELLOSO baseou a sua decisão de modo a assentir que por intermédio do princípio da autonomia da vontade uma pessoa pode afastar o Poder Judiciário para a resolução de seus conflitos.

O Ministro ponderou que "nada impede exercer a pessoa, física ou jurídica, o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete-se à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional".

Argüiu também que os interessados que optem pela arbitragem poderão recorrer ao Judiciário no caso de alegação de nulidade de sentença arbitral, bem como poderá ser suscitada nulidade desta por meio dos embargos do devedor.

Por derradeiro, foi externado o voto do Ministro Moreira ALVES, o qual exprimiu a sua repudia à constitucionalidade do art. 6º, parágrafo único, e do art. 7º da Lei nº 9.307/96 ao dizer peremptoriamente que "não tive dúvidas alguma de que não é possível – em face do texto constitucional que estabelece regra absoluta de livre acesso ao Poder Judiciário – haver, neste caso, livre acesso ao Poder Judiciário".

Assim, ouvidos e declarados todos os votos, ficou decidido, pelo julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7 que a Lei de Arbitragem, por maioria de votos, é constitucional.

A maioria se formou com os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marcos Aurélio e Celso de Mello, sendo que foram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.²⁸

A título complementar, compete informar que o julgamento deste agravo regimental se deu, desde a primeira pauta até a decisão final, em mais de quatro anos. Precisamente a primeira sessão aconteceu em 08 de maio de 1997 e o veredicto decisivo em 12 de dezembro de 2001. Por este dado, pode-se inferir que o assunto não se reveste de uma compreensão primária. Várias vezes observou-se a suspensão do julgamento para análise e apreciação da matéria com maior profundidade pelos preclaros Ministros.

3. CONCLUSÃO

A pragmaticidade da arbitragem no mundo atual despertou no presente artigo a convicção de que é indispensável o aprimoramento e a propagação de meios alternativos e extrajudiciais para a resolução de conflitos.

Não se pode vislumbrar o estudo de normas e técnicas jurídicas somente com o pensamento vergado para o positivismo.

O operador do direito deve compreender que o labor pela aplicação das normas jurídicas tem efeitos imediatos perante o macrocosmo social, visto que existe o clamor por parte da sociedade de uma pacificação social por intermédio de uma regulação jurídica célere e efetiva.

Assim, tendo em vista a notória deficiência do Poder Judiciário na devida prestação da tutela jurisdicional, iniciaram-se as buscas de outros meios para a composição das situações conflituosas que defloram quotidianamente.

Inclusive, cumpre destacar que a necessidade de desenvolvimento dos meios alternativos e extrajudiciais para a composição de conflitos mostra-se interessante tanto para o Estado, quanto para a sociedade.

²⁸ Neste trabalho em virtude da finalidade proposta e do tema desenvolvido, não se abordará sobre o mérito e o julgamento das matérias alheias à constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Por isso, o relato do julgamento centrou-se à questão da Lei frente ao texto constitucional.

E, como uma destas opções de solução do presente problema vivenciado está o tema deste labor, a arbitragem.

A arbitragem é ferramenta jurídica que está sendo largamente utilizada por diversas empresas, pessoas físicas e até pela Administração Pública, o que per si é contribuído pelas diversas vantagens que ela propicia.

Quanto à sua constitucionalidade, este assunto está pacificado em razão do julgamento do Agravo Regimental de Sentença Estrangeira nº 5.207-6 pelo Supremo Tribunal Federal, porém a apreciação pelo referido Sodalício não foi algo simples. Os diversos embates existentes entre os Ministros refletiram esta dificuldade.

O principal dilema indagado no Plenário do Supremo Tribunal Federal centrou-se na compatibilidade da cláusula compromissória ante o princípio constitucional da inafatibilidade do controle jurisdicional.

A maioria dos julgadores compreendeu como constitucional a Lei de Arbitragem e que o mencionado princípio constitucional não resta maculado pela convenção da cláusula compromissória.

No mesmo diapasão, largamente a doutrina nacional e estrangeira coaduna do pensamento.

A alegação de que a cláusula compromissória representa uma renúncia ao direito de pleitear uma determinada demanda perante o Poder Judiciário nada mais reflete do que a liberdade individual de cada cidadão.

Por esta razão, não se infere qualquer empecilho de ordem legal em uma pessoa renunciar que os litígios decorrentes de uma relação jurídica sejam dirimidos pela via arbitral, mostrando-se essa muito eficaz, e por vezes até mesmo mais “justa”, haja vista o grau de especialização dos árbitros envolvidos.

Derradeiramente não se pode deixar de observar que no atual momento se vive uma busca pela célere e efetiva prestação jurisdicional, não sendo, portanto, minimamente cabível se falar em restringir os meios de que dispõe o cidadão para resolução de seus litígios.

Aliás, disponibilizar mais meios (além do Poder Judiciário) para que o cidadão possa buscar a guarida de seus direitos, parece ser a conduta que mais se harmoniza com o estágio hodierno de desenvolvimento social e Estatal, mesmo que para tanto se pague com a flexibilização de princípios retrógrados e restritivos da interpretação Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- AYOUB, Luiz Roberto. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro*. São Paulo: RT, 2002.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1999.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRs. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. 2. ed. *MESC's – uma visão geral de conceitos e aplicações práticas*. Brasília: Projeto CACB/SEBRAE/BID, 2004.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1967*. RT, 1971. Tomo 4.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- SERRANO, Pablo Jiménez. *Interpretação jurídica*. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.