



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito / Relações Internacionais

**WALTER MARTINS MAIA**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO  
PROCEDIMENTO ARBITRAL DOMÉSTICO**

**BRASÍLIA  
2020**

**WALTER MARTINS MAIA**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO  
PROCEDIMENTO ARBITRAL DOMÉSTICO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito / Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professor(a) Paulo Henrique Franco Palhares

**BRASÍLIA  
2020**

**WALTER MARTINS MAIA**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO  
PROCEDIMENTO ARBITRAL DOMÉSTICO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito / Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Professor(a) Paulo Henrique Franco Palhares

**CIDADE, DIA MÊS ANO**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

# **A POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO PROCEDIMENTO ARBITRAL DOMÉSTICO**

**Walter Martins Maia**

## **RESUMO**

A arbitragem ganha cada vez mais espaço no cenário jurídico brasileiro como meio alternativo de solução de conflitos, de modo que surjam questionamentos acerca dos limites, poderes e da competência do árbitro, dentro do procedimento arbitral. Esse trabalho objetiva analisar a possibilidade do árbitro, dentro de suas competências, realizar controle difuso de constitucionalidade dentro do procedimento arbitral doméstico, que ocorra dentro do território e utilizando o ordenamento brasileiro. Após revisão bibliográfica, constatou-se que não há um consenso na doutrina ou na jurisprudência sobre a viabilidade do árbitro, diante de um conflito hierárquico de normas, afastar aplicação de norma infraconstitucional e aplicar diretamente a constituição. Entretanto, diante do exposto colocado o presente estudo se afilia a corrente de que o árbitro pode e deve afastar aplicação no caso concreto de norma infraconstitucional que ocasionar estado de inconstitucionalidade à lide, construído a partir do princípio da supremacia da Constituição e a natureza jurisdicional da arbitragem.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Controle de Constitucionalidade. Constitucional

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem instituída pela Lei 9.307/96, é considerado um meio privado alternativo de solução de conflitos em que as partes elegem um terceiro ou um grupo, especializado sobre a matéria debatida, de sua confiança, que irá decidir sobre o litígio. Pode-se acrescentar ainda pelo conceito de Carmona que o arbitro ou os árbitros “recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal”.<sup>1</sup>

Em que, com a promulgação da referida Lei de Arbitragem e objetivando desafogamento do poder judiciário, a sentença arbitral deixou de ser mero laudo arbitral, que necessitava de homologação pelo poder judiciário, para qualificação como um título executivo judicial, na forma do art. 515, inciso VII, do CPC.<sup>2</sup>

Assim, o movimento arbitral ganhou força no Brasil, do qual de um começo primariamente em litígios de caráter em matéria exclusivamente civil e empresarial, expandiu-se para outros gêneros de litígio como em matéria trabalhista, contra a Administração Pública e até mesmo atualmente tramitam no senado projetos de lei para arbitragens em matérias tributárias, PL nº 4.257/2019 do Senado Federal.<sup>3</sup>

Nesse contexto expansivo do instituto da arbitragem na solução de conflitos faz-se necessário delimitar certas controversas, como sobre a possibilidade do arbitro em determinado caso exercer controle difuso constitucionalidade em procedimentos domésticos do qual as partes optem pela utilização do direito brasileiro no procedimento arbitral.

Logo este estudo objetiva dissertar sobre a controversa da possibilidade de o juízo arbitral exercer controle difuso de constitucionalidade ao longo do procedimento, afastando aplicabilidade de determinada norma ao caso concreto por entender ofensa ou contradição a Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição*, Editora Atlas, São Paulo, 2009, página 31 . [Minha Biblioteca].

<sup>2</sup> Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:  
(...)

VII - a sentença arbitral;

<sup>3</sup> Disponível no Site do Senado Federal, acessado em 01 de março de 2020, <  
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914> >

Para tanto, o estudo foi dividido em três partes do qual na primeira será debatido a natureza jurídica da arbitragem, os poderes conferidos ao árbitro por lei e a jurisdição na arbitragem, para na segunda parte debater sobre o controle de constitucionalidade do direito brasileiro e na terceira parte trazer questões de direito comparado como julgados de câmaras arbitrais e de tribunais constitucionais de outros países. Por fim, em sede de conclusão, levantar a dedução obtida pelo estudo sobre a controvérsia estudada.

## **2 A ARBITRAGEM**

A arbitragem fundamenta-se pelo princípio da autonomia da vontade das partes, em que as partes em livre manifestação de vontade abdicam do direito fundamental a acesso a apreciação judiciária, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, derrogando então a competência para julgamento da controvérsia para o juízo arbitral.

Acrescenta ainda Leonardo de Faria Beraldo que as partes ao optarem pelo juízo arbitral, têm a liberdade de escolher o modo que a controvérsia será solucionada, se por equidade ou por direito, indicando ainda as regras e o direito aplicável ao caso.<sup>4</sup>

Tal preceito, encontra-se positivado pelo art. 2º da Lei de Arbitragem, do qual as partes poderão livremente acordar o modo de decisão do árbitro, escolhendo a lei material e processual que regerá o litígio, ainda podendo convencionar que a decisão seja feita com base nos princípios gerais do direito, usos e costumes e legislação estrangeira ou regras internacionais de comércio.

Nas palavras de Alexandre Freitas, o litígio deverá “ser composto com base nas normas do direito objetivo, devendo o árbitro se pautar pela estrita observância da legalidade na solução a ser dada à lide que lhe é submetida”.<sup>5</sup>

Acrescendo as palavras de Leonardo de Faria Beraldo, em que pela arbitragem de direito “o árbitro ou tribunal arbitral deverá se ater ao estrito cumprimento ao

---

<sup>4</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, p. 21

princípio da legalidade, aplicando-se, para resolver a lide, as normas do direito positivo escolhido pelas partes.”<sup>6</sup>

Vale ressaltar que o presente estudo analisa exclusivamente arbitragem domésticas, ocorridas em território brasileiro, do qual as partes tenham optado pela aplicação do direito brasileiro a controvérsia a ser analisada. Tal limitação faz-se necessária primeiramente pois determinados ordenamentos jurídicos não utilizam do mesmo sistema de controle de constitucionalidade do Brasileiro.

Destacando-se também, que as partes ao determinarem o Direito Brasileiro como a norma a ser aplicada pelo juízo arbitral, vincula-o a todo o ordenamento jurídico selecionado, incluindo a Constituição Federal e demais normas infraconstitucionais, do qual o afastamento de qualquer norma de direito dentro do ordenamento escolhido, pode gerar nulidade da sentença arbitral, segundo o art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem.

Dessa forma, o art. 32, da Lei de Arbitragem, elenca taxativamente as hipóteses em que há nulidade da sentença arbitral, estipulando em seu inciso IV, a nulidade da decisão se proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Nas palavras de Carmona, “sob pena de incidirem no vício capitulado no dispositivo comentado, é abandonar as regras selecionadas pelos contendentes, substituindo-as a seu talante por outras, de modo aleatório.”<sup>7</sup>

Nota-se, portanto, a prioridade do debate da matéria sobre o estudo proposto, uma vez que o juízo arbitral ao exercer controle difuso de constitucionalidade, afasta aplicabilidade de uma norma pertencente ao ordenamento escolhido pelas partes ao caso concreto, por considerar que a incompatibilidade com a Constituição Federal diante do caso concreto.

Recaindo então, a possibilidade de apreciação pelo poder Judiciário sobre a validade da sentença arbitral pelo argumento de que ao afastar norma jurídica aplicada ao caso por entender inconstitucionalidade, aplicando entendimento diverso, estaria o arbitro extrapolando os limites da convenção de arbitragem, na forma do art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem.

---

<sup>6</sup> Beraldo, Leonardo de Faria . Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96.. [Minha Biblioteca]. Pag. 19

<sup>7</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição. Pág 406

Porém, tal ciclo vicioso de retorno da matéria litigada ao judiciário para reapreciação traz insegurança, morosidade e ineficácia ao instituto da arbitragem, indo de encontro do próprio intuito da Lei de Arbitragem, que seria o desafogamento do poder judiciário e a possibilidade das partes optarem por um procedimento alternativo de solução de conflitos de forma especializada e célere.

Importando já destacar o pensamento contrário de Gustavo Fernandes de Andrade, em que “se o árbitro tem por missão aplicar um determinado direito para proferir a sentença, ele jamais poderá completar tal missão sem verificar a compatibilidade da norma invocada com a Constituição”<sup>8</sup>

Em mesmo sentido, Nelson Nery Junior, “se o árbitro pode decidir por equidade, até *contra legem*, quando investido do poder de ‘compositor amigável’, porque não poderia deixar de aplicar lei inconstitucional”. Cabível então o exercício do controle de constitucionalidade, declarando norma inconstitucional sobre a hipótese submetida ao procedimento arbitral.<sup>9</sup>

Concluindo ainda que “o controle da constitucionalidade das leis pode ser feito pelo juiz estatal ou pelo árbitro, **incidenter tantum**, valendo apenas para o caso concreto”<sup>10</sup>

## 2.1 SUA NATUREZA JURÍDICA

O entendimento desenvolvido por Nelson Nery Junior e outros doutrinadores, que concordam, sobre a possibilidade de o juízo arbitral exercer controle de constitucionalidade, baseiam-se na corrente majoritária jurisprudencial sobre a natureza jurídica da arbitragem, do qual o arbitro exerce função jurisdicional.

O debate sobre a natureza jurídica da arbitragem por mais que já antigo, ainda gera divergências, do qual a doutrina se dividi, basicamente sobre quatro institutos teóricos: privatista ou contratual, jurisdicional, mista e autônoma.

---

<sup>8</sup> ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Constrole de Constitucionalidade: Algumas Reflexões. In: 20 anos de lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coord.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 742.

<sup>9</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 14, p. 83.

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 14, p. 83.



Em síntese, para a teoria privatista ou contratual, o vínculo entre as partes na arbitragem é meramente contratual, não havendo de se falar em jurisdição estatal. Nesse posicionamento sustentado por Celso Barbi Filho<sup>11</sup>, César Fiuza<sup>12</sup> e Eros Roberto Grau<sup>13</sup>, entre outros, a função do árbitro decorre de um contrato *sui generis*, não tendo o árbitro em sua atuação poder executivo e mandamental atribuídos exclusivamente a jurisdição estatal, restando dependente da intervenção do poder judiciário em caso da necessidade de um processo de execução, diante do não cumprimento voluntário da parte vencida no procedimento.

Já para a teoria jurisdicional, acredita-se que o árbitro exerce poder jurisdicional assim como o juiz togado, angariando força, tal teoria a partir do ano de 2001 em que o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem na SE 5.206/EP – Espanha, entendendo pela “a completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem”.<sup>14</sup>

Reforçada posteriormente pelo julgamento no Superior Tribunal de Justiça – STJ do MS 11.208 – DF, do qual destaca-se da emenda, que “o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial”.<sup>15</sup>

Afirmando ainda que, “segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.”<sup>16</sup>

Por tanto, a teoria majoritária jurisdicional, formulada como base no entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, entende pela equivalência do árbitro ao juiz togado, a partir da leitura do art. 18 da Lei de Arbitragem<sup>17</sup>, já declarada constitucional pelo próprio STF.

---

<sup>11</sup> BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei no 9.307/96 e outras intervenções na arbitragem privado. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 36, no 108, São Paulo, 1997, out-nov, p. 73-90.

<sup>12</sup> FIUZA, César. Teoria geral da arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 124.

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 303-311.

<sup>14</sup> STF, SE 5.206 AgR / EP – ESPANHA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004

<sup>15</sup> STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

<sup>16</sup> STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

<sup>17</sup> 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.

Por sua vez, a Teoria Mista ou Intermediária, é a aquela que aduna a teoria privatista e a teoria jurisdicional entendendo, nas palavras de Eduardo Silva da Silva, que a arbitragem “se dá em uma convenção privada (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) e seus efeitos que são jurisdicionais (diluição de controvérsias e pacificação social).”<sup>18</sup>

Compreendida, por tanto, por autores como José Cretella Neto<sup>19</sup> e Selma Ferreira Lemes<sup>20</sup>, entre outros, como a congregação da origem da arbitragem como a manifestação de vontade das partes dentro contrato privado, para com a finalidade do compromisso arbitral na atividade jurisdicional exercida pelo arbitro.

Por último, tem-se a Teoria Autônoma, do qual não se vê grande publicidade frente a doutrina, porém Francisco José Cahali a cita como da qual a arbitragem enquadra-se como um método único e próprio de solução de conflito, desvinculado de qualquer sistema jurídico.

Tendo tal teoria relevância na arbitragem, diante das arbitragens do qual as partes estipulam critérios de decisão diversos de ordem jurídica específica, como por exemplo a arbitragem por equidade, em que há independência do procedimento arbitral para com o ordenamento jurídico local em que é instalado e ocorre o procedimento arbitral, também não apresentando vinculo com nenhum ordenamento jurídico específico como base.

## 2.1 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), outorga o sistema misto de controle de constitucionalidade judicial, em que é possível tanto o controle concentrado, implementado pela EC nº 16/65, quanto o controle difuso de constitucionalidade.

---

<sup>18</sup> SILVA, Eduardo Silva. Arbitragem e direito da empresa – Domática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

<sup>19</sup> CRETILLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

<sup>20</sup> LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

O Controle de Constitucionalidade Concentrado é aquele limitado a órgãos judiciários específicos outorgados de competência para apreciação da simetria entre uma norma em abstrato para com a Constituição Federal.

No sistema jurídico brasileiro o controle concentrado é associado ao controle por ação direta ou por via principal, em que órgãos judiciários específicos têm a competência para julgar ações diretas que questionam a assimetria de determinada norma infraconstitucional em abstrato para com a constituição, recebendo efeito erga hominis.<sup>21</sup>

Estipulado no art. 102, I, “a”, e no art. 125, §2º ambos da CRFB/88, é, respectivamente, competente o Supremo Tribunal Federal – STF para tratar da inconstitucionalidade de lei ou ato, federal ou estadual em face da Constituição Federal, e o Tribunal de Justiça do Estado quanto inconstitucionalidade de normas ou atos, estaduais ou municipais, frente a constituição estadual.

Já o sistema de controle difuso de constitucionalidade, previsto nos arts. 97, 102, III, a a d, e 105, II, a e b, todos da CRFB/88, em que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei ao caso concreto diante de sua incompatibilidade para com a Constituição, sendo o efeito da decisão restrito as partes litigantes.<sup>22</sup>

Originado nos Estados Unidos pelo precedente do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, pela Suprema Corte Americana. Assentando o poder e o dever de qualquer órgão judiciário dentro do ordenamento jurídico local analisar a constitucionalidade da norma no momento de aplicabilidade ao caso concreto.<sup>23</sup>

Em mesmo sentido, entende-se tradicionalmente que a pronúncia de inconstitucionalidade do ato normativo impugnado no controle difuso apenas é imputável as partes litigantes a partir do caso concreto e do direito particular, ameaçado ou violado, não havendo a possibilidade da projeção dos efeitos da decisão à terceiros.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Pág. 73

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. *Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional*. [Minha Biblioteca]. Pag. 1268 14 edição

<sup>23</sup> V. Mauro Cappelletti, O controle judicial de constitucionalidade das leis no di-reito comparado, 1984, p. 77.

<sup>24</sup> Ada Pellegrini Grinover. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes da ação coletiva. In: O processo<sup>^</sup>: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Ed. 2005. P. 177

Concomitantemente, outra consequência da decisão que versa sobre a inconstitucionalidade no controle difuso é de que a norma impugnada permanece existindo e eficaz dentro do ordenamento jurídico, podendo ser aplicada a demais casos submetidas a apreciação judicial.

Em que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, o conceito controle de constitucionalidade difuso geralmente se sobrepõe ao conceito de controle por via incidental em que é “exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido”.<sup>25</sup>

Ainda nas palavras do autor, este trata o controle de constitucionalidade difuso como “atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal”, do qual “no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.”<sup>26</sup>

Nas palavras de Ruy Barbosa, no controle difuso de constitucionalidade a “inconstitucionalidade não se aduz como alvo da ação, mas apenas como subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute”.<sup>27</sup>

Segundo Maria Isabel Gallotti, o controle de constitucionalidade difuso decorre diretamente da essência do Poder Judiciário, do qual possui a missão de atender e observar à Constituição, uma vez como Carta Magna superior a qualquer outra legislação ordinária editada pelo poder Legislativo.<sup>28</sup>

Ainda no entendimento da autora, qualquer pensamento contrário a de que é função intrínseca de qualquer órgão jurisdicional o controle de constitucionalidade na análise do caso concreto, reduzem sua sustentação a afirmar que o juiz é mero aplicador da lei e “devem fechar os olhos para a Constituição”.

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Pág 72

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Pág. 136

<sup>27</sup> BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos Jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

<sup>28</sup> GALLOTTI, Maria Isabel. A declaração de inconstitucionalidade das leis e seus efeitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 170, p. 18-40, fev. 1987. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45598>>. Acesso em: 04 Mai. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v170.1987.45598>.

Afluindo os conhecimentos doutrinários acerca do controle de constitucionalidade difuso para com a visão da natureza jurídica da arbitragem pela teoria jurisdicional, conclui Carmen Tiburcio que “como o árbitro é juiz de fato e de direito e como o juiz pode exercer esse controle, então também o árbitro pode exercê-lo”.<sup>29</sup>

Nota-se que a conclusão lógica de que se o arbitro desempenha função jurisdicional no procedimento arbitral tal qual como um juiz, então portanto pode e deve realizar controle de constitucionalidade ao analisar o caso concreto, decorre diretamente do previsto no art. 18 da LA e retificado pelo STJ no MS 11.308.

Outrossim, é importante destacar a exigência constitucional de cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da CF, do qual cria como condição para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo a maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu órgão especial.

Nas palavras de Alexandre de Moraes, a cláusula de reserva de plenário “atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público”<sup>30</sup>

Outrossim a Súmula Vinculante 10 do STF, resguarda a cláusula de reserva de foro, nos casos em que o julgamento for em sede de Tribunal de Justiça, na medida em que entende violado o dispositivo constitucional por “decisão do órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”<sup>31</sup>.

Em síntese, como na arbitragem há a possibilidade de escolha de um ou mais árbitros, vale ressaltar que entendendo pela competência para realizar controle de constitucionalidade difuso sobre o caso, o Tribunal Arbitral fica vinculado a cláusula de reserva de foro prevista pela constituição.

---

<sup>29</sup> TIBURCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 167-186, mai. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32144>>. Acesso em: 05 Mai. 2020. doi:<<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32144>>.

<sup>30</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 35ª edição. Pg 777

<sup>31</sup> STF – 1ª T. – Rcl 24.284/SP – Rel. Min. Edson Fachin, julgamento: 22-11-2016.

## 2.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS DE CONTROLE

Como forma de fomento ao debate, traz-se também brevemente a desavença paralela acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade por órgãos de controle autônomos, como TCU e CNJ, que ainda encontra ampla controvérsia nas esferas do Direito Público e no entendimento dos Tribunais Superiores.

Em que por exemplo, por mais que haja a súmula nº 347 do STF, em que “Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, esta foi editada em 1963, sob a égide de outra ordem constitucional.

Havendo divergência jurisprudencial no próprio STF sobre o tema em que há decisões conflitantes tanto no sentido da impossibilidade, afirmando que a súmula não foi recepcionada pela Constituição de 88, como MS 25.888 e MS 26.410. Como também a favor pela competência dos órgãos de controle para exercício do controle de constitucionalidade, como no MS 31.439.

Destacando recente decisão monocrática do Min. Alexandre de Moraes no MS 35.410/DF, em que entende que o TCU ao realizar controle de constitucionalidade extrapola sua competência constitucional elencada no art. 71 da CRFB/88. Concluindo que “é inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos.”<sup>32</sup>

O posicionamento tradicional contrário a possibilidade do controle de constitucionalidade baseia-se em três bases argumentativas, (i) a legitimidade dos representantes do Executivo e Legislativo em proporem ações de controle concentrado de constitucionalidade, (ii) preservação da segurança jurídica e da harmonia institucional entre os poderes e suas funções e (iii) baseado no princípio da

---

<sup>32</sup> STF, MANDADO DE SEGURANÇA. MS 35.410/DF. Rel Min. Alexandre de Moraes. Decisão Monocrática. DJE 01/02/2018

legalidade, distanciando-se de uma hipótese de subversão hierarquia das fontes normativas.<sup>33</sup>

Em entendimento diametralmente oposto, cita-se a decisão do plenário do STF, de mesma época da decisão monocrática acima relatada, na PET 4.656/PR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, em que concluiu pela distinção entre a declaração de inconstitucionalidade e o afastamento da aplicabilidade da norma inconstitucional que “cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos autônomos de controle administrativo para fazer valer as competências a eles conferidas pela ordem constitucional”.<sup>34</sup>

O entendimento é derivado do princípio da supremacia da Constituição em que “aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação a Constituição”, assim o afastamento de norma tido por inconstitucional é facultado a toda administração pública.<sup>35</sup>

Destacando o entendimento do Prof. Luís Roberto Barroso que “todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento”, ainda que “o Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição.”<sup>36</sup>

Após apontamentos colocados acerca do controle de constitucionalidade por órgãos administrativos é possível retirar outras ramificações conclusivas para o presente estudo acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade dentro do procedimento arbitral.

Primeiramente é possível revigorar a linha conclusiva pela impossibilidade de realização de controle de constitucionalidade pelo arbitro, seguindo a linha de raciocínio MS 35.410/DF em que o tribunal arbitral estaria extrapolando sua competência e ainda realizando uma subversão hierarquia das fontes normativas, violando inclusive o princípio de presunção de constitucionalidade das normas infraconstitucionais.

---

<sup>33</sup> DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais, 4ª edição.

<sup>34</sup> STF, PETIÇÃO. PET 4.656. PLÊNÁRIO. ACORDÃO. REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA, DJE 4.12.2017

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92- 95

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92- 95

De modo a retomar a teoria em que o árbitro estaria excedendo os limites da convenção de arbitragem, na forma do art. 32, inciso IV, da Lei de Arbitragem, ao suprimir a hierarquia normativa presente no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, em sentido oposto, a partir do julgamento da PET 4.656, baseando-se pela supremacia da Constituição e da necessidade de análise de todo o ordenamento a partir da Carta Magna, é possível admitir que o árbitro não realizaria em si controle de constitucionalidade, mas apenas realizaria o afastamento da aplicação de norma que entende inconstitucional.

Convergindo então os entendimentos “que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado”<sup>37</sup> para com o de que o árbitro não seria mero aplicador da lei e ao ser requisitado de analisar todo o ordenamento, não podendo afastar a análise de compatibilidade para com a Constituição.

### 2.3 O DIREITO COMPARADO

Como tal matéria ainda não foi apreciada pelos órgãos superiores do poder Judiciário Brasileiro, de forma a dirimir uma solução definitiva e tornando-se precedente jurisprudencial sobre a possibilidade do juízo arbitral exercer controle difuso de constitucionalidade. Cabe este estudo levantar alguns precedentes internacionais de países em que aplicam o controle difuso de constitucionalidade em seu ordenamento.

Primeiramente, em sentido denegatório, traz-se a decisão da International Chamber of Commerce - ICC 6320, em que houve alegação que a legislação americana “*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*” (RICO), contrariaria a Constituição Americana no caso em tela. Entretanto, os árbitros rejeitaram tal alegação entendendo que esta declaração extrapolaria os poderes conferidos pela convenção de arbitragem.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016. p. 92- 95

<sup>38</sup> CCI n.º 6320, cf. Horacio A. GrigeraNaón, Can Arbitrators Deal With Hierarchical Conflicts of Laws (e.g. Between a Law and the Constitution)? In: BORTOLOTTI, Fabio; MAYER, Pierre (Ed.). The Application of



Nota-se então que já há precedente de um próprio tribunal arbitral sobre a impossibilidade de controle difuso de constitucionalidade sob pena de extrapolar o convencionado pelas partes no compromisso arbitral, destacando ainda que a legislação aplicável ao caso, era a própria legislação americana, berço do controle difuso de constitucionalidade.

Não obstante, outra câmara arbitral, a International Centre For Settlement of Investment Disputes – ICSID<sup>39</sup>, em caso julgado com objeto a legislação do Uruguai, já possui precedente sobre a possibilidade de afastamento de norma infraconstitucional frente ao seu conflito a Constituição do país, havendo aplicação direta da norma constitucional frente o conflito hierárquico.

Em mesmo sentido, cortes superiores constitucionais da América Latina, como da Argentina<sup>40</sup> e do Peru<sup>41</sup>, já se manifestaram pela possibilidade de o juízo arbitral exercer controle de constitucionalidade no procedimento arbitral, estando dentro de suas competências a análise de conflito hierárquico de normas.

Vale ainda ressaltar, que para que além de jurisdições que apontam tanto para a possibilidade quanto pela impossibilidade de o juízo arbitral exercer controle de constitucionalidade dentro do procedimento arbitral, há jurisdições em que o tribunal arbitral deve suscitar o incidente de controle de constitucionalidade ao a órgão judiciário estatal competente para decidir sobre a matéria constitucional, e após decidido a questão constitucional, o processo retorna ao tribunal arbitral para apreciação da demanda pelo juízo arbitral, um exemplo seria tal como ocorre na Itália.<sup>42</sup>

Em sentido parecido, em Portugal<sup>43</sup>, do qual é possível o questionamento perante órgão jurisdicional estatal frente a procedimentos arbitrais que tratam de conflito da legislação ordinária para com a constituição, é cabível recurso a jurisdição

---

Substantive Law by International Arbitrators. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC), v. 11, p. 97-108, 2014

<sup>39</sup> ICSID case no. ARB/06/11. Decision on Jurisdiction. (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf>).

<sup>40</sup> Oscar S. Oliva vs. Disco S.A., Corte Superior de Justiça de Córdoba, 14.3.12 (<http://www.kluwer-arbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1251664#a0012>).

<sup>41</sup> Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>.

<sup>42</sup> Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2001, n. 376. Pres. Ruperto; Rel. Marini, [http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent\\_376\\_01.html](http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent_376_01.html)

<sup>43</sup> Acórdão 202/2014, de 7 de abril, Diário da República, 2.ª série, n. 68, de 07.04.2014, p. 9463.

estatal do qual a decisão do tribunal arbitral tenha decidido sobre questão de conflito hierárquico de normas.

Assim, levanta-se a ponderação acerca dessa terceira vertente resolutive da problemática levantada pelo estudo, de que ao subordinar o procedimento arbitral ao crivo da jurisdição estatal retarda o procedimento arbitral, indo de encontro com um dos principais preceitos da arbitragem, do qual as partes desejam um procedimento célere.

Portanto, nota-se que no cenário internacional também se encontra bifurcado, em que há posições para ambos os posicionamentos, tanto em âmbito de decisões de tribunais locais quanto de próprias câmaras arbitrais, encontrando também soluções distintas para a controvérsia.

### **3 CONCLUSÃO**

Não é possível apontar consenso um na jurisprudência ou na doutrina, sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo procedimento arbitral. Porém é possível visualizar uma tendência majoritária pela resposta afirmativa, do qual este estudo se filia, sobrepondo pelo princípio da constituição e a natureza jurisdicional da arbitragem que vem sendo assentada pelos tribunais superiores brasileiros.

Ainda que haja uma linha majoritária pela possibilidade de controle de constitucionalidade, ainda há uma corrente minoritária em que não admite que o arbitro exercer função jurisdicional durante o procedimento arbitral, impedindo-o de realizar controle de constitucionalidade difuso.

Sustentando a argumentação dos princípios constitucionais de legalidade e presunção de constitucionalidade da norma infraconstitucional, o que impede órgãos não jurisdicionais de realizar o controle de constitucionalidade, sob pena de gerarem insegurança jurídica, conflito institucional e, por fim, supressão da ordem hierárquica normativa.

Para a arbitragem especificamente o núcleo central da objeção a realização do controle de constitucionalidade encontra-se na possibilidade de nulidade da

sentença arbitral por extrapolar os limites da convenção de arbitragem, pelo art. 32, IV, da Lei de Arbitragem, uma vez o arbitro suprimindo a ordem normativa escolhida pelas partes, afastando norma por considerar inconstitucional.

Não obstante, em linha argumentativa oposta, se considerado que a arbitragem tem natureza jurisdicional, baseado no entendimento colocado pelo STJ e pelo art. 18 da Lei de Arbitragem, se o arbitro é juiz de fato de e de direito, tal que o arbitro desempenha função jurisdicional durante o procedimento arbitral.

Outrossim, pautada no princípio da supremacia da Constituição, poderia considerar a atuação do árbitro apenas como o afastamento da norma inconstitucional, não necessariamente tratando-se ser o Controle de Constitucionalidade.

Nesta linha baseada na doutrina e no julgamento do MS 35.410/DF pelo arbitro, é qualquer indivíduo ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro deve analisar o ordenamento brasileiro como um todo sobrepondo a Constituição sobre as demais normas. Não sendo o arbitro mero aplicador da lei, este deve analisar a conformidade da norma para com a constituição no caso concreto litigado.

Outrossim, em uma análise internacional, também não é possível chegar a uma decisão definitiva acerca da matéria, uma vez que há entendimentos para ambos os posicionamentos. Há precedentes que negam a possibilidade de controle de constitucionalidade pelo arbitro, uma vez que extrapolaria a convenção de arbitragem, em contra partida há cortes constitucionais que já firmaram entendimento sobre a procedência de controle de constitucionalidade pelo arbitro em um procedimento arbitral.

De forma tangente, pela análise do contexto internacional, encontrou-se jurisdições que mitigaram entre os posicionamentos, estabelecendo então um uma dependência da câmara arbitral para com a jurisdição estatal no que tange o controle de constitucionalidade, em que a jurisdição estatal deve manifestar-se sobre a matéria constitucional ou em que pode revisar decisão arbitral que decida conflito hierárquico entre normas.

Face a todo o exposto, este estudo alinha-se sobre o entendimento de que o arbitro pode e deve ao analisar o caso concreto afastar norma infraconstitucional quando constatado conflito hierárquico com a Constituição. Diante da tendência de as

cortes superiores brasileiras afirmarem a natureza jurisdicional da arbitragem, em que o árbitro é juiz de fato e de direito.

Outrossim, acrescido ao entendimento do princípio da Supremacia da Constituição, do qual em um pensamento kelseniano a Constituição é base para validade e eficácia das demais normas se sobrepondo sobre todo o ordenamento. Restando claro que o árbitro ao ser nomeado para solucionar o conflito de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro é imperceptível que este analise todo o ordenamento, inclusive sua compatibilidade com a constituição no caso concreto.

## THE POSSIBILITY OF JUDICIAL REVIEW IN THE DOMESTIC ARBITRAL PROCEDURE

Arbitration gains more and more space in the Brazilian legal scene as an alternative resource for solving conflicts, so many questions arise about the limits, powers and jurisdiction of the arbitrator, within the arbitration procedure. This work aims to analyze the possibility of the arbitrator, within his competences, to carry out diffuse control of constitutionality within the domestic arbitration procedure, which occurs within the territory and using the Brazilian legal system. After a bibliographic review, it was found that there is no consensus in the doctrine or jurisprudence on the feasibility of the arbitrator, in the face of a hierarchical conflict of rules, to rule out the application of rules and to apply directly and the constitution. However, in view of the foregoing, the present study is affiliated with the view that the arbitrator can and should rule out application in the specific case of a rule that causes a state of unconstitutionality in the dispute, built on the principle of supremacy of the Constitution and the jurisdictional nature of the arbitration.

**Key words:** Arbitration. Constitution. Judicial Review

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Constrole de Constitucionalidade: Algumas Reflexões. In: 20 anos de lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins (Coord.). 1 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 742.

BARBI FILHO, Celso. Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei no 9.307/96 e outras intervenções na arbitragem privado. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano 36, no 108, São Paulo, 1997, out-nov, p. 73-90.

BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 82.

BERALDO, Leonardo de Faria. Curso de arbitragem: nos termos da lei no 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 8ª edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 2019. Pág. 73

BRASIL. Senado Federal. PROJETO DE LEI. PL nº 4.257/2019 Disponível no Site do Senado Federal, acessado em 01 de março de 2020, <

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914> >

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei de Arbitragem. Lei nº 9.307. 1996

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, SE 5.206 AgR / EP – ESPANHA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004

BRASIL Superior Tribunal de Justiça - STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2009, página 31.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem. São Paulo Editora Lumen Juris 5º edição. 2009

CRETELLA NETO, José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15-16.

CAPPELLETTI, V., O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. safE. 1992. 2º Edição, p. 77. LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 61.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gonet. Série IDP - Linha Doutrina - Curso de direito constitucional. Ed. Saraiva. São Paulo. 15º edição. 2019 [Minha Biblioteca]. Pag. 1268 14 edição

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal, n. 14, p. 83.

SILVA, Eduardo Silva. Arbitragem e direito da empresa – Domática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33.

CCI n.º 6320, cf. Horacio A. Grigera Naón, Can Arbitrators Deal With Hierarchical Conflicts of Laws (e.g. Between a Law and the Constitution)? In: BORTOLOTTI, Fabio; MAYER, Pierre (Ed.). The Application of Substantive Law by International Arbitrators. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC), v. 11, p. 97-108, 2014  
ICSID case no. ARB/06/11. Decision on Jurisdiction. (<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf>).

ARGENTINA. Oscar S. Oliva vs. Disco S.A., Corte Superior de Justiça de Córdoba, 14.3.12 (<http://www.kluwer-arbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-1251664#a0012>).

Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>>.

ITÁLIA. Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2001, n. 376. Pres. Ruperto; Rel. Marini, [http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent\\_376\\_01.html](http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent_376_01.html)

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 202/2014, de 7 de abril, Diário da República, 2.<sup>a</sup> série, n. 68, de 07.04.2014, p. 9463.