

A TRAJETÓRIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

THE TRAJECTORY OF THE CONSTITUTIONALIZATION OF ARBITRATION IN BRAZIL IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF 1988

<i>Recebido em:</i>	19/09/2018
<i>Aprovado em:</i>	01/12/2018

Paulo Nalin¹

William Soares Pugliese²

SUMÁRIO: *Introdução. 2. A declaração de constitucionalidade da lei de arbitragem. 3. Ampliação da arbitralidade. 4. Rumo à fundamentalidade da arbitragem. 5. Conclusões. Referências.*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a análise do instituto da arbitragem à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. O percurso traçado pela arbitragem, no Brasil, tem intrínseca relação com a Carta de 1988 e é justamente esse caminho que este ensaio examina. Nesta linha, o artigo examina a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou constitucional a Lei de Arbitragem, o que abriu caminho para sua ampla utilização. O segundo item examina a ampliação do escopo da arbitralidade, o que permitiu o crescimento da arbitragem em âmbitos inéditos, como o Direito de Família e o Poder Público. O último item tem caráter prospectivo e examina algumas das consequências da Proposta de Emenda à Constituição n. 108/2015, que pretende incluir a arbitragem como direito fundamental, no rol do art. 5º da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Constitucionalidade; Fundamentalidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the arbitration institute in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil. The course traced by arbitration in Brazil has an intrinsic relationship with the 1988 Constitution, and it is precisely this path that this essay examines. In this line, the article examines the decision of the Federal Supreme Court that ruled constitutional the Arbitration Law, which opened the way for its wide use. The second item examines the extension of the scope of arbitration, which allowed the growth of arbitration in other areas, such as Family Law and Public Power. The last item is prospective and examines some of the consequences of the Proposed

¹Pós-doutor pela Universidade da Basiléia (UniBasel – Suíça). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2004). Professor Associado de Direito Civil da UFPR. Advogado. Árbitro. E-mail: paulo_nalin@arauz.com.br

²Pós-doutorando pela UFRGS. Professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil). Mestre e Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. *Gastforscher* no *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Membro do IAP/PR. Advogado. Email: wpugliese@gmail.com

Amendment to Constitution n. 108/2015, which intends to include arbitration as a fundamental right, in the role of art. 5 of the Constitution.

KEYWORDS: Arbitration; Constitutionality; Fundamentality.

INTRODUÇÃO

Foi-se o tempo em que as Constituições eram vistas apenas como um diploma ligado ao ramo do Direito Público³. Pelo fenômeno da constitucionalização, movimento teórico e metodológico pautado na proeminência dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas, fez-se com que a força normativa da Constituição alcançasse temas tidos até então como domínios exclusivos da autonomia privada. No Brasil, o percurso da constitucionalização se confunde com os trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição de 1988 mudou o Direito brasileiro e a postura dos juristas brasileiros.⁴ A dogmática, até então calcada no exame e na compreensão dos Códigos, viu na Constituição uma via para justificar necessárias mudanças na realidade jurídica. A prática forense passou a recorrer intensamente ao texto constitucional como fonte direta para reclamar determinados direitos, o que, no plano do Direito Privado, deu-se nos eixos das titularidades, do projeto parental e do trânsito jurídico,⁵ mesmo sem regra infraconstitucional intermediadora entre a *fattispecie legale*(constitucional) e a *fattispecie concreta*. A sociedade, ao compreender a importância do texto da nova Constituição, na ótica emancipatória da pessoa humana, proporcionada pelos seus valores, princípios e regras, buscou impor caráter deontológico a uma normativa que até então era entendida meramente ontológica ou, muitas vezes, somente ‘programática’, na linguagem dos constitucionalistas. Tudo isso levou a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a ser uma verdadeira pedra fundamental para todo o país.

Por outro lado, a Carta de 1988 ocupou um papel tão central na sociedade brasileira que um dos seus efeitos mais evidentes – embora não esperado – foi o crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Mais do que isso, um dos principais raciocínios desenvolvidos pelos juristas contemporâneos é o da constitucionalidade das leis, o que faz

³ Empregam-se aqui os termos clássicos do *Direito Público* e *Direito Privado*, posto que superada a suma divisiva do Direito entre estes ramos hipotético do abstrato Mundo do Direito, para fins meramente didáticos.

⁴ Por todos, ver FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁵FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 157 e ss.

com que a grande maioria dos institutos jurídicos passem pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. Após a confirmação da constitucionalidade do instituto é que ele pode, de fato, ser um mecanismo eficiente e relevante. De certa forma, isso significa que o problema clássico do Direito e da teoria das normas (válido e inválido) é hoje precedido por outro: constitucional ou inconstitucional.

Dentre inúmeros exemplos que poderiam ser destacados, o presente artigo tem o objetivo de resgatar um dos institutos que passou por todo esse percurso: teve sua constitucionalidade questionada, o tema foi enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, foi considerado constitucional e, desde então, vem sendo um importante mecanismo para o julgamento de questões da maior importância. Hoje, inclusive, é objeto de discussão em Projeto de Emenda à Constituição, que pode torná-lo um direito fundamental. Trata-se do instituto da arbitragem.

Esse fenômeno pelo qual passou a arbitragem não foi isolado, uma vez que grande parte dos institutos jurídicos de natureza privada (v.g. propriedade, família, contrato) passou pelo teste da recepção constitucional de 1988, sendo que alguns não resistiram ao filtro⁶ constitucional, sendo banidos (v.g. classes de filiação) ou reformulados (v.g. contratos interprivados). E conquanto a arbitragem como instituto jurídico seja anterior à vigente Constituição (CCom 1850, art. 160, estabelecia a arbitragem compulsória para caso comerciais, o que perdurou até 1866, com a Lei 1.350), a sua lei especial procedimental (Lei 9.307, 23/09/1996⁷) é posterior ao vigente texto constitucional, e por conta do enfrentamento da lei procedimental pelo STF poderia a arbitragem enquanto instituto complexo (material-procedimental) ser julgada inconstitucional.

O presente artigo pretende relacionar a arbitragem com o percurso de trinta anos da Constituição e, conseqüentemente, com sua constitucionalização, da seguinte maneira. Em primeiro lugar, serão resgatadas as questões que pautaram a discussão da constitucionalidade do instituto, na década de 90 até o início do século XXI. Neste primeiro momento, o objeto da análise será o acórdão proferido nos autos de agravo regimental em homologação de sentença estrangeira, de n. 5206, no qual o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a arbitragem, ainda que em controle concreto.

⁶SCHIER, Paulo Ricardo. Novos momentos da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. SOUZA NETO, Daniel Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.) **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: LUMEN, p. 251-253.

⁷ Reformada pela Lei 13.129/2015.

O segundo momento do artigo examina o desenvolvimento do instituto após a confirmação de sua constitucionalidade. Em um período que pode ser considerado de “profissionalização” da arbitragem brasileira, seus adeptos passaram a defender a ampliação de seu escopo de aplicação, por meio de uma interpretação dúctil da ideia de direitos patrimoniais disponíveis. Nessa linha, surgiram argumentos em prol de arbitragens em que o Poder Público é parte e arbitragens em áreas até então inéditas, como o Direito de Família. Constatou-se também a atuação de profissionais brasileiros em arbitragens internacionais, cada vez mais frequente por conta da abertura do mercado, especialmente por conta da Convenção Internacional Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG).⁸

A parte final do artigo é prospectiva. Na medida em que o próprio Estado passou a perceber a insuficiência da estrutura do Poder Judiciário, os chamados meios alternativos para a resolução de conflitos têm recebido atenção cada vez maior e apoio quase irrestrito do Poder Judiciário. A arbitragem, ao lado das técnicas de conciliação e mediação, vêm assumindo um papel central na tentativa de reduzir a quantidade de trabalho que assola a justiça estatal. Assim, por meio da Proposta de Emenda à Constituição n. 108/2015, o emprego da arbitragem passará a ser considerado direito fundamental do cidadão brasileiro. Esta alteração pode consolidar a arbitragem como via substitutiva da jurisdição e ampliar sobremaneira seu escopo de aplicabilidade.

2.A DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM

Nos primeiros anos de vigência da Lei 9.307/96, havia uma forte suspeita de que a arbitragem seria declarada inconstitucional pelo STF. Em 1999, Carmen Tiburcio atribuiu o desempenho modesto da arbitragem à desconfiança quanto à jurisdição não estatal, “preconceito exacerbado pela sinalização, feita pelo Supremo Tribunal Federal, de que pode vir a considerar inconstitucional dispositivo fundamental do novo sistema instituído pela lei”.⁹

Vale destacar que a suspeita era mais do que fundada. Logo após a entrada em vigor da Lei 9.307/96, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento do agravo

⁸ A respeito da CISG, ver NALIN, Paulo; STEINER, Renata Carlos; XAVIER, Luciana Pedroso (Orgs.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Curitiba: Juruá, 2014.

⁹ TIBURCIO, Carmen. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu artigo 7º. **Revista de Direito Administrativo**. V. 218. Rio de Janeiro: FGV, out./dez. 1999, p. 176. (175-196)

regimental em homologação de sentença estrangeira, de n. 5206. Na primeira sessão em que o tema foi apreciado, no dia 10 de outubro de 1996 (cerca de vinte dias após a entrada em vigor da Lei 9.307/96), o relator, Min. Sepúlveda Pertence, votou no sentido de declarar inconstitucional os dispositivos centrais da lei, quais sejam, os arts. 6º e 7º, que tratavam da cláusula compromissória e da possibilidade de se instaurar a arbitragem pela via judicial, em caso de descumprimento da cláusula por uma das partes.

Como não se tratava de ação direta de inconstitucionalidade, mas sim de hipótese de competência originária do Supremo (à época), a questão da inconstitucionalidade foi suscitada na sessão de julgamento em exercício do controle difuso de constitucionalidade. Assim, logo após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, a Corte suspendeu o julgamento para que se manifestasse o Ministério Público Federal. Meses depois, o caso retornou à sessão de julgamento, o qual foi novamente interrompido por um pedido de vista do Min. Nelson Jobim. Era 08 de maio de 1997. A expectativa, portanto, era de um julgamento pela inconstitucionalidade e pelo abandono do instituto da arbitragem.

O caso retornou à sessão do STF apenas em 22 de novembro de 2000. Naquela oportunidade, o Min. Nelson Jobim abriu a divergência e votou pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei da Arbitragem. O julgamento, porém, foi interrompido por outros dois pedidos de vista em meio a votos a favor e contra a constitucionalidade dos dispositivos. Foram necessários outros seis meses para que o julgamento fosse concluído. Apenas em 03 de maio de 2001 a Lei da Arbitragem foi considerada constitucional, por seis votos – vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.¹⁰

¹⁰ 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L.

O ponto controvertido sobre o qual recaía a suspeita de inconstitucionalidade dizia respeito ao procedimento adotado pelo art. 7º, da Lei de Arbitragem, que prevê que o compromisso arbitral pode ser executado especificamente, como título executivo judicial. Na época, a discussão andava ao lado do problema do caráter jurisdicional da arbitragem. Em síntese, o argumento contrário ao da arbitragem – e, especialmente, às cláusulas compromissórias pelas quais as partes optavam pela via arbitral antes de qualquer conflito existir – era o de que a via arbitral contrariava a garantia de universalidade da jurisdição estatal. Se este argumento fosse considerado relevante e justificasse a inconstitucionalidade do dispositivo questionado, a eficácia das arbitragens no Brasil limitar-se-iam aos casos em que não houvesse questionamento do então denominado laudo arbitral perante o Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, porém, entendeu que o art. 7º não violava a Constituição, na medida em que a própria parte, ao manifestar sua vontade quando da assinatura de contrato com cláusula compromissória, ou de compromisso arbitral, abre mão da via jurisdicional estatal. Ademais, consideraram igualmente constitucional a previsão legal de que, na hipótese de haver uma parte recalcitrante, o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória possa ser executado perante o Poder Judiciário, com o objeto único de instaurar a arbitragem.

O que hoje pode ser considerado conhecimento corriqueiro foi, há menos de vinte anos, objeto de imensa controvérsia: o que estava em questão era o Poder do Judiciário, ou melhor, a possibilidade da jurisdição estatal ter voz em todo e qualquer conflito que pudesse ser discutido sob a competência dos tribunais brasileiros. Ao julgar constitucional os dispositivos centrais da Lei da Arbitragem, o Supremo Tribunal Federal admitiu que

9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (STF. Tribunal Pleno. SE 5206 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001)

particulares podem julgar conflitos, de forma definitiva, no Brasil, e que nessas hipóteses o Poder Judiciário nada mais pode fazer a não ser uma apreciação de eventuais nulidades absolutas, não concernentes ao mérito da sentença portanto, ou a execução da sentença arbitral.

Foi a partir do ano de 2002 que a arbitragem passou a se desenvolver no Brasil, com a segurança de que suas decisões seriam protegidas pela coisa julgada e que não haveria revisão casuística, para além dos limites¹¹ da própria Lei de Arbitragem, por parte dos tribunais estatais. A partir deste momento, as câmaras arbitrais passaram a ter maior atuação em virtude da certeza de que o trabalho por elas desenvolvido seria respeitado em qualquer esfera. Evidentemente, a doutrina alçou novos voos sobre o instituto: antes, a preocupação era preservar a figura; com a declaração de constitucionalidade, passou-se a investigar não apenas o procedimento arbitral, mas também a extensão dos temas que poderiam ser discutidos nessa via. É o que se examina a seguir.

3. AMPLIAÇÃO DA ARBITRALIDADE

Após ter sua constitucionalidade declarada, foi possível desenhar novos horizontes para a arbitragem. A partir deste momento, o instituto passou a ser efetivamente utilizado, especialmente por sociedades empresárias privadas a fim de resolver, de forma mais eficaz, os conflitos em que se envolviam. Neste período, a doutrina elaborou os mais festejados *Cursos de Arbitragem*¹², cobrindo os principais tópicos do tema. Dentre eles, um dos assuntos mais debatidos é a arbitralidade, ou seja, a condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem.

A arbitralidade encontra previsão legal no art. 1º da Lei da Arbitragem: as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se, em verdade, de um conjunto de filtros das matérias que podem ser encaminhadas ao juízo arbitral. Pelo teor dos requisitos, fala-se em arbitralidade objetiva e subjetiva.

¹¹Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

¹² Dentre as obras contemporâneas, destacam-se CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009; SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Sobre a arbitralidade subjetiva, tem-se como condição para firmar a convenção arbitral a capacidade das partes para contratar. Neste aspecto, o tema é objeto de amplo debate na doutrina. Por um lado, há quem compreenda a previsão do art. 1º da Lei da Arbitragem em termos restritos. Nessa linha, só se submete à arbitragem quem possui capacidade civil plena, nos termos do Direito Civil. Assim, os incapazes, as pessoas jurídicas irregulares e as entidades despersonalizadas não podem se submeter à arbitragem. Sustentam essa tese, dentre outros, Marinoni, Arenhart e Mitidiero.¹³

Há outra forma de ler o art. 1º. Para Cahali, por exemplo, a interpretação deve ser ampla.¹⁴ Para ele, a titularidade do direito é diferente de seu exercício. Os entes despersonalizados, portanto, podem participar de arbitragens porque podem contratar. Fosse apenas esse o único requisito de arbitralidade, menores de idade também poderiam submeter-se à arbitragem, desde que regularmente representados. Essa questão, porém, diz respeito ao segundo critério, de arbitralidade objetiva.

O requisito de arbitralidade objetiva exige que o litígio diga respeito a um direito patrimonial disponível. Em outras palavras, entende a doutrina majoritária que ficam excluídos da arbitragem os direitos não patrimoniais e os direitos indisponíveis. No que diz respeito aos direitos indisponíveis, é preciso distinguir esses direitos propriamente ditos de seus efeitos disponíveis, os quais podem ser discutidos em arbitragem. Tome-se por exemplo o direito a alimentos: sabe-se que o direito em si é indisponível, uma vez que é irrenunciável. No entanto, o valor e a forma de prestá-los admitem transação, de modo que seria possível discutir, na via arbitral, os efeitos disponíveis gerados pelo direito aos alimentos. Nessa linha, tem se tornado cada vez mais comum a opinião de que a arbitragem é possível no Direito de Família.¹⁵

A previsão legal afasta da arbitragem os casos em que a intervenção do Ministério Público é obrigatória. Entende-se que a exigência do legislador pela presença de membro do Ministério Público tinge de indisponível o direito e que a opção pela via arbitral configura subtração dessa garantia. Por essa razão é que casos que envolvem menores de

¹³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 551-553

¹⁴CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

¹⁵Sobre o tema, CAHALI, Francisco José. Arbitragem para Conflitos Decorrentes da Dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade - União Estável - Aspectos Polêmicos e Controvertidos**. Rio de Janeiro: GEN, 2009, v. 8, p. 77-95; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no Direito de Família: uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba: Unibrasil, 14, 2011, p. 251-267.

idade ou incapazes são obstados da via arbitral. É possível desenvolver tese contrária a esta afirmação, que será brevemente explorada no item 4.

Por ora, cabe destacar outro tema oriundo da arbitralidade objetiva de grande discussão: a possibilidade de se apreciar pela arbitragem casos em que a Administração Pública é parte. De acordo com o Direito Público, os interesses da Administração são sempre indisponíveis, razão pela qual a via arbitral seria inviável. Essa tese, hermética, vem sendo superada pela mesma constatação de que alguns efeitos que decorrem dos direitos da Administração Pública são, sim, disponíveis, tanto que sobre eles se admite transação na via jurisdicional.

Sobre o tema, diversas teses foram desenvolvidas¹⁶ e, entre os arbitralistas, a posição é de consenso: é possível a arbitragem que tem a Administração Pública como parte. A própria legislação admitiu essa possibilidade com o passar do tempo. Como sintetizam Cesar Augusto Guimarães Pereira e Eduardo Talamini, “em dois modelos de contratação administrativa mais complexos e economicamente expressivos (PPPs e concessões), há previsão legislativa ampla da arbitragem como forma de solução de conflitos”.¹⁷ Para os autores citados, mesmo nessas hipóteses, em que a Administração preserva intensa competência regulatória e que o particular exerce funções administrativas, “a lei não faz qualquer restrição abstrata acerca da aplicabilidade da solução arbitral”.¹⁸

A jurisprudência também contribuiu para a ampliação da arbitralidade no que diz respeito à Administração Pública. O Superior Tribunal de Justiça, em especial, registra reiteradas decisões que consideraram válidas arbitragens envolvendo entidades públicas. Nessa linha, destacam-se o Recurso Especial n. 612.439-RS, “relativo a contrato de compra e venda de energia elétrica firmado entre sociedade de economia mista estadual e uma empresa privada”¹⁹ e o Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 11.308-DF,

¹⁶ Dentre as mais recentes, tem-se KOERICH, Guilherme Back. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

¹⁷ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.8.

¹⁸ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.8.

¹⁹ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.9.

no qual “reconheceu-se o cabimento da arbitragem em contrato envolvendo o arrendamento de instalações portuárias”.²⁰

Seguindo esta linha, a doutrina também tem sustentado – obtendo o respaldo da jurisprudência – que as arbitragens podem envolver agências reguladoras,²¹ examinar concessões de serviço público²² e podem ter como parte empresas estatais empresariais.²³ Em estudo sobre as vantagens e as desvantagens para o Poder Público no que toca à arbitragem, Paulo Osternack Amaral demonstrou que o conjunto de pontos positivos é muito superior aos pontos negativos:

Em última análise, portanto, é plenamente viável, recomendável e vantajoso que a Administração Pública se submeta à arbitragem (...). A utilização da arbitragem para solucionar controvérsias relativas a contratos administrativos, além de representar um ganho de otimização e eficiência na justa composição dos litígios entre os jurisdicionados, traduz-se em uma importante alternativa àqueles litígios que exigem um conhecimento extremamente especializado em determinada área do conhecimento.²⁴

A partir desta análise, é possível concluir que a chave para compreender a arbitralidade objetiva está, portanto, no caráter disponível do interesse, não propriamente na disponibilidade do direito. Como consequência, tem-se que a restrição do art. 852, do Código Civil,²⁵ também deve ser interpretada em sentido restrito. Assim, sobre o Direito de Família, o que o que sempre se sustentou é vedação de ser apreciado pela arbitragem o que diga respeito, efetivamente, a questões de estado ou de direito pessoal, *ex vi* do art. 852²⁶ CC, não se confundido o texto da lei com os efeitos disponíveis oriundos de questões de

²⁰ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.9.

²¹ CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15-61.

²² KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-109.

²³ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. O uso da arbitragem por empresas estatais empresariais: estudo de caso da BNDESPAR. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-129.

²⁴ AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, Desvantagens e Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

²⁵ Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

²⁶ Art. 852 CC. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

estado ou do direito patrimonial de família. Nessa linha se posiciona um dos autores do anteprojeto da Lei de Arbitragem, Carlos Alberto Carmona.²⁷

No entanto, o vigente Código de Processo Civil, no seu art. 733, *caput*²⁸, trouxe nova discussão sobre os limites objetivos da arbitragem, na medida em que se mostra desproporcional autorizar que o *cartorário* possa declarar o *status* de divorciado, separado ou solteiro (no caso de união estável), sem que possa fazê-lo o árbitro que é, segundo a Lei de Arbitragem, juiz de fato e de direito. Com efeito, ao nosso ver, se encontra derogado o art. 852 do CC, na parte que limita a declaração, por julgamento arbitral, do *status* da pessoa que rompe com sua condição familiar.

Já no que diz respeito à arbitralidade e o Poder Público, a arbitragem é tão natural quanto o próprio contrato administrativo, como bem identificou Marçal Justen Filho.²⁹ Dito isto, o espaço para a arbitragem, envolvendo ou não o Poder Público, tende a crescer cada vez mais.³⁰

Nessa linha, o próximo item examina uma das mais recentes inovações no que diz respeito ao crescimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente a arbitragem. Em síntese, o que se anuncia é o reconhecimento de que essas vias passarão a ser reconhecidas, pelo Estado brasileiro, como direitos fundamentais, o que ensejará um novo contorno da disciplina.

4. RUMO À FUNDAMENTALIDADE DA ARBITRAGEM

Como anunciado na introdução, a parte final deste artigo é prospectiva. Na medida em que o próprio Estado passou a perceber a insuficiência da estrutura do Poder Judiciário, os chamados meios alternativos para a resolução de conflitos têm recebido atenção cada vez maior. A arbitragem, ao lado das técnicas de conciliação e mediação, vêm assumindo um papel central na tentativa de reduzir a quantidade de trabalho que assola a justiça

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²⁸ Art. 733 CPC. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825. Ver, também, o preciso estudo de MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**. V. 6, Curitiba: PGE-PR, 2015, p. 47-81.

³⁰ Vale registrar, por fim, que existem muitos estudos sobre a aplicação da arbitragem em outras áreas, como o Direito Desportivo e a Propriedade Intelectual. Nesta linha, ver TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Arbitragem e Mediação: em propriedade intelectual, esportes e entretenimento**. Curitiba: Appris, 2014.

estatal. Tudo isso levou à Proposta de Emenda à Constituição n. 108/2015, pelo Senador Vicentinho Alves,³¹ pela qual o emprego da arbitragem passará a ser considerado direito fundamental do cidadão brasileiro.

O conteúdo objetivo da Proposta de Emenda é bastante sintético: trata-se do acréscimo de um novo inciso ao rol de direitos fundamentais do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, com o seguinte conteúdo: “O Estado estimulará a adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.”³²

Na justificativa, o Senador Vicentinho Alves afirma que o aumento de processos em trâmite perante o Judiciário, aliada a sua falta de estrutura, tem negado o direito fundamental de acesso à justiça. Após apresentar os dados do CNJ, que revelam o crescimento quase exponencial do número de processos no Judiciário, o Senador sustenta o que segue:

É extreme de dúvida que a estrutura do Poder Judiciário, apesar do enorme esforço feito pelos seus integrantes, não tem condições para acompanhar esse crescimento vertiginoso dos conflitos judiciais. É da cultura da sociedade brasileira o culto ao litígio, justamente pela ausência de espaços institucionais voltados à comunicação de pessoas em conflito.

Nessa senda, para tornar efetivo o direito fundamental de acesso à Justiça, é preciso que o Estado fomente a utilização de meios extrajudiciais de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.³³

Apesar de enaltecer o Código de Processo Civil de 2015, que prestigia a conciliação e a mediação, o Senador entende que na Constituição da República os métodos alternativos de resolução de conflitos não passam de figuras implícitas. Justamente para enfatizá-los e para “erigi-los à categoria de norma constitucional de conteúdo principiológico” é que a PEC 108/2015 foi apresentada. A lógica é a de que, com previsão explícita no rol de direitos fundamentais, reforça-se “a necessidade de sua prática mais intensa em âmbito judicial e extrajudicial”.³⁴

³¹SENADO FEDERAL. **PEC 108/2015**.Sen. Vicentinho Alves. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1397910>. Acesso em 30/11/2017.

³² SENADO FEDERAL. **PEC 108/2015**.Sen. Vicentinho Alves. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1397910>. Acesso em 30/11/2017.

³³ SENADO FEDERAL. **PEC 108/2015**.Sen. Vicentinho Alves. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1397910>. Acesso em 30/11/2017.

³⁴ SENADO FEDERAL. **PEC 108/2015**.Sen. Vicentinho Alves. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1397910>. Acesso em 30/11/2017.

Pensar um determinado direito como fundamental significa levar em consideração as características dos direitos fundamentais³⁵ quando de sua interpretação. Assim, tem-se como primeira característica a fundamentalidade, no sentido de que determinados direitos constituem a base axiológica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico. Outra característica é a universalização, que tem por significado a titularidade dos direitos fundamentais por qualquer ser humano. Ademais, diz-se que os direitos fundamentais são absolutos – ou uma restringibilidade excepcional –, na medida em que esses direitos têm o máximo de hierarquia e somente podem ser restringidos mediante outro direito fundamental.

A esse trio de características, somam-se noções mais recentes, como a de que os direitos fundamentais vinculam o Poder Público, em suas três funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) e que os direitos fundamentais têm eficácia horizontal ou privada. Os direitos fundamentais, assim, devem ser levados em consideração pela Administração Pública e pelos particulares, independentemente de lei que regulamente ou repita o texto constitucional.

É chegada a hora de considerar os efeitos da promoção da arbitragem a direito fundamental. Tendo em vista a fundamentalidade, toda a população deverá ter acesso às câmaras arbitrais. Isto significa que novas câmaras serão muito bem-vindas, na medida em que poderão suprir a demanda de casos para os quais as arbitragens ainda são pouco utilizadas. Não seria desarrazoado cogitar, por exemplo, em câmaras arbitrais de acidentes de trânsito, de responsabilidade civil ou consumeristas. Tais câmaras poderiam praticar custos mais baixos, mas oferecer maior eficiência e celeridade que o Judiciário, garantindo assim a universalização. Ademais, ao se considerar a arbitragem como direito fundamental ao lado do acesso à justiça e da vinculação ao Poder Público, seria possível conceber mecanismos de acesso às câmaras arbitrais sem o pagamento de custas pela parte.

Outro tema que pode sofrer alterações são os limites atuais da arbitralidade. Se o direito à arbitragem for alçado a direito fundamental, as restrições impostas pelo art. 1º, da Lei da Arbitragem, cairiam por terra. Não haveria, aqui, qualquer razoabilidade em restringir a utilização das vias arbitrais para tratar de direitos indisponíveis. A lógica aplicável deveria ser oposta: qualquer restrição à utilização da arbitragem deverá ser fundamentada e justificada, sob pena de violação a direito fundamental.

³⁵ Sobre o tema, por todos, ver ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146-158.

Isto incluiu, aliás, uma das justificativas mais comuns que restringem a utilização da arbitragem: a participação do Ministério Público. Se a arbitragem for, de fato, alçada à categoria de direito fundamental, será necessário considerar mecanismos que permitam a participação do Ministério Público nas arbitragens.

As considerações podem ir muito mais longe. Se aprovado o texto simples e objetivo da PEC 108/2015, o próprio conceito de ação poderia ser alterado. Aliás, em uma de suas últimas obras, Ada Pellegrini Grinover³⁶ incluiu as vias alternativas de resolução de conflitos em seu conceito de jurisdição, de modo que a proposta aqui cogitada deixa de ser mera especulação.

O crescimento da arbitragem também demandará maiores esforços na identificação das fontes efetivamente vinculantes no direito brasileiro. Um tema que deverá ser examinado com muito mais cautela, nesta hipótese, será a relação entre os precedentes e as câmaras arbitrais, com especial destaque para a vinculação dos juízos privados às decisões dos tribunais superiores.³⁷

Tudo isso para dizer, em síntese, que a alteração proposta pelo Senado Federal pode provocar uma intensa modificação da estrutura judiciária brasileira, centralizada em grande parte no crescimento da arbitragem.

Registra-se, portanto, o relevante papel do instituto ao longo dos trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil e, mais do que isso, anuncia-se todo seu potencial para os próximos trinta anos – espera-se, com a mesma Constituição de 1988.

5. CONCLUSÕES

Assim como a própria Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o potencial do instituto da arbitragem ainda está para ser integralmente descoberto. A Constituição brasileira, que a cada dia é objeto de interpretação e de desenvolvimento, parece servir de inspiração para a via arbitral e para os juristas que com ela se preocupam.

Assim, de um instituto cuja própria constitucionalidade era duvidosa, a arbitragem segue uma trilha crescente. Foi este caminho e um futuro bastante promissor que o presente artigo procurou apresentar. Para tanto, examinou-se a decisão de

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

³⁷ Atualmente, sobre o tema, destaca-se o estudo de ABOUD, Georges. Jurisdição Constitucional vs. Arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. **Revista de Processo**. V. 214. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2012, p. 271-298.

constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Em julgamento colegiado realizado em 2001, pelo STF, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento pela constitucionalidade da lei, que não ofende a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional pelo Poder Judiciário. De acordo com o Supremo, a opção pela arbitragem é manifestação da autonomia da vontade para solucionar questões relativas a direitos disponíveis. Além disso, não se exclui a possibilidade de levar ao Judiciário a invalidação de cláusula arbitral, desde que com fundamento relevante. Após esse julgamento, as dúvidas quanto à legitimidade e constitucionalidade das arbitragens foram afastadas, de modo que a arbitragem passou a ser amplamente estudada e praticada no ambiente jurídico.

Após a confirmação da constitucionalidade da arbitragem, o instituto foi objeto de propostas de restrição de seu âmbito de aplicabilidade. Tal como a Constituição de 1988, que na década de 90 foi alvo de interpretações restritivas, especialmente no que dizia respeito à eficácia dos direitos fundamentais, a noção de arbitralidade também foi submetida às mais limitadas interpretações. Em pouco tempo, a arbitragem também superou esta restrição, destacando-se aqui o papel da doutrina no desenvolvimento de propostas hermenêuticas mais adequadas ao art. 1º, da Lei 9.307/1996.

Nos últimos anos, a arbitragem, ao lado da mediação e da conciliação, cresceu ainda mais. Sua eficácia foi constatada nos mais diversos planos, o que levou o próprio Senado Federal a propor seu reconhecimento como direito fundamental. Se aprovada a Proposta de Emenda à Constituição n. 108/2015, diversos desenvolvimentos a respeito do tema podem ser esperados. Como suscitou-se acima, novas câmaras arbitrais surgirão; a noção de arbitralidade será ampliada; as entidades públicas (tais como o Ministério Público) poderão ser instadas a atuar nos processos arbitrais e conceitos tradicionais do Direito brasileiro poderão ser ressignificados.

Este é o potencial do instituto da arbitragem. Este potencial não existiria não fosse a recepção do instituto pela Constituição de 1988. Rende-se, assim, a devida homenagem à Carta de 1988, cujos trinta anos de República e de Democracia merecem exaltação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, Desvantagens e Peculiaridades da Arbitragem Envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 345.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. O uso da arbitragem por empresas estatais empresariais: estudo de caso da BNDESPAR. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-129.

CAHALI, Francisco José. Arbitragem para Conflitos Decorrentes da Dissolução de União Estável. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade - União Estável - Aspectos Polêmicos e Controvertidos**. Rio de Janeiro: GEN, 2009, v. 8, p. 77-95.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15-61.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Arbitragem no Direito de Família: uma apreciação dos limites e possibilidades. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba: Unibrasil, 14, 2011, p. 251-267.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 824-825.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-109.

KOERICH, Guilherme Back. **Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 3. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**. V. 6, Curitiba: PGE-PR, 2015, p. 47-81.

NALIN, Paulo; STEINER, Renata Carlos; XAVIER, Luciana Pedrosa (Orgs.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e novos desafios. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo. (Coords.) **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7-12.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 146-158.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos momentos da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. SOUZA NETO, Daniel Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coords.) **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: LUMEN, p. 251-269.

SENADO FEDERAL. **PEC 108/2015**. Sen. Vicentinho Alves. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1397910>. Acesso em 30/11/2017.

STF. Tribunal Pleno. SE 5206 AgR, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001.

TIBURCIO, Carmen. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu artigo 7º. **Revista de Direito Administrativo**. V. 218. Rio de Janeiro: FGV, out./dez. 1999, p. 176. (175-196)

TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. **Arbitragem e Mediação**: em propriedade intelectual, esportes e entretenimento. Curitiba: Appris, 2014.

Esse artigo é publicado sob a licença Creative Commons Atribuição 4.0. Você tem o direito de: Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato; Adaptar — remixar, transformar, e criar a partir do material para qualquer fim, mesmo que comercial. [Clique aqui](#) e saiba mais sobre essa licença.