

ARBITRAGEM E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES

GUSTAVO FERNANDES DE ANDRADE

Sumário:

1. Introdução e ressalvas – 2. Teorias acerca dos poderes dos árbitros para exercer o controle de constitucionalidade – 3. Modelos de controle de constitucionalidade – 4. Visão comparativa do problema: 4.1. Sistemas que proíbem o controle de constitucionalidade pelo árbitro; 4.2. Sistemas que determinam o envio da questão constitucional ao juiz estatal competente; 4.3. Sistemas que permitem o controle de constitucionalidade pelo árbitro – 5. Obrigação de julgar de acordo com o direito aplicável – 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO E RESSALVAS

No conhecido caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte americana teve que enfrentar a questão relativa à possibilidade de o Poder Judiciário reputar inconstitucional uma lei formalmente aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos, que lhe conferia competências originárias não contempladas, expressamente, pela Constituição.¹ Confrontado com o argumento de que tal atividade não poderia ser desempenhada pelo Judiciário, Justice John Marshall respondeu ao repto afirmando que, no conflito da lei com a Constituição, deve o Judiciário negar validade à norma repugnante à Constituição.² Muito embora os fundamentos teóricos do *judicial review* fossem bem conhecidos mesmo antes desse

⁵ US 137 (1803).

[&]quot;It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the Constitution, if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the Court must either decide that case conformably to the law, disregarding the Constitution, or conformably to the Constitution, disregarding the law, the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the Courts are to regard the Cons-

julgamento emblemático,³ foi certamente no caso *Marbury v Madison* que o controle de constitucionalidade das leis foi reconhecido como sendo atividade típica do Poder Judiciário.

No âmbito da arbitragem, diante da obrigação dos árbitros de julgar o caso de acordo com o direito aplicável,⁴ o mesmo dilema enfrentado por John Marshall em *Marbury v Madison* pode se colocar como questão prejudicial ao julgamento do mérito da lide arbitral. Se, no caso concreto, há um conflito insuperável entre a lei e a Constituição,⁵ e sendo ambas incidentes sobre a relação jurídica controvertida, quais seriam os poderes detidos pelos árbitros para a solução dessa contrariedade? Poderiam os árbitros, com fundamento no art. 18 da Lei de Arbitragem,⁶ declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma ou tal atribuição seria de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário? E se o direito aplicável ao mérito da disputa for estrangeiro? Poderia o árbitro, *e.g.*, em uma arbitragem com sede no Brasil, declarar inválida a norma de direito estrangeiro pela violação de Constituição estrangeira?

Esclareça-se que o conflito hierárquico de normas a ser aqui considerado é apenas aquele existente entre a norma infraconstitucional e a Constituição de uma *mesma ordem jurídica*. O conflito entre regras de direito internacional e a as de direito nacional, por exemplo, não constitui conflito hierárquico de normas por ser, verdadeiramente, um conflito entre ordens jurídicas distintas.⁷⁻⁸ Pela mesma razão, a inaplicabilidade de regra

jurídica oriunda do direito estrangeiro por contrariedade, v.g., à Constituição brasileira, também não configura conflito hierárquico de normas: nos casos de exceção de ordem pública, a regra de direito estrangeiro é excluída, não pela sua contrariedade hierárquica à lei superior nacional, mas porque a ordem jurídica interna, mediante regra ou princípio, impede a aplicação de regra ou princípio de outra ordem jurídica. 10

Exclui-se igualmente do controle de constitucionalidade a ser exercido pelos árbitros aquele que se faz em *abstrato*, tendo em vista que os árbitros não podem proferir decisões com eficácia *erga omnes*, por extrapolar os limites da jurisdição criada pelas partes na convenção de arbitragem.¹¹

O conflito hierárquico de normas pode ocorrer em duas situações. Pode haver coincidência entre a jurisdição do país no qual a arbitragem tem a sua sede e o direito aplicável ao mérito da disputa (por exemplo, arbitragem com sede no Brasil e aplicação do direito brasileiro) ou o direito aplicável ao mérito pode ser oriundo de país distinto daquele no qual se processa a arbitragem (v.g., arbitragem com sede no Brasil, com aplicação do direito italiano ao mérito da disputa). Em ambos os casos, a obrigação do árbitro de julgar o caso de acordo com o direito aplicável será, rigorosamente, a mesma: para cumprir fielmente a sua missão, deve ele considerar o ordenamento jurídico na sua integralidade, 12 tendo a Constituição como o seu instrumento normativo fundamental. 13

No entanto, a solução concreta do problema é mais complexa do que a teoria parece sugerir. Tendo em vista que os ordenamentos jurídicos nacionais possuem métodos

titution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply" (5 US 137, 1803, p. 177-178).

Cf. HAMILTON, Alexander. *The Federalist*, Max Beloff ed., n. 78, p. 398, 1987: "It is rational [...] to suppose that the courts were designed to be an intermediate body between the people and the legislature, in order ... to keep the latter within the limits assigned to their authority".

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer Law International, 2014. p. 1997.

Logicamente, se a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma puder ser evitada mediante a aplicação dos princípios da interpretação conforme a Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e o da autolimitação judicial, o controle concreto da constitucionalidade da norma não se fará necessário (cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 839-840; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 223-224; e TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 393).

[&]quot;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."

[&]quot;Il convient toutefois d'observer d'emblée que le conflit de normes, dans de telles hypothèses, n'est que la conséquence indirecte d'un conflit entre ordres juridiques dont l'un, l'ordre international, doit être respecté par l'autre. Il n'y a pas à proprement parler, hiérarchie des normes, une hiérarchie supposant l'appartenance des diverses normes à un même ensemble; dans le cas contraire, les notions de supériorité et d'infériorité sont dénuées de sens, faute de référent commun" (MAYER, Pierre. L'arbitre international et la hiérarchie des normes. Revue de l'Arbitrage, v. 2011, issue 2, p. 361). Em sentido contrário, cf. TI-BURCIO, Carmem. 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, maio-ago. 2014.

Veja-se que os tribunais arbitrais de investimentos aplicam o direito internacional para assegurar a primazia deste quando o direito nacional conflita com o internacional (*cf. Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, 25 ILM 1441 (1986), I ICSID Ref. 509). Ainda no que se refere

aos mecanismos corretivos do direito local conflitante com o direito internacional, o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23.05.1969, incorporada pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009, estabelece que uma "parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado" (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/ ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>).

⁹ Cf. art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.376, de 30.12.2010: "As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".

[&]quot;Pour la même raison, le mécanisme de l'exception d'ordre public international, ou celui des lois de police, par lesquels une règle appartenant à la loi applicable est évincée au profit d'une règle ou d'une principe relevant d'un autre ordre juridique, ne mettent pas en cause une hiérarchie de normes; la règle évincée l'est, dans ces cas, en raison du contenu particulier de la règle ou du principe qui provoque l'éviction, et non de leur position plus élevée dans une hiérarchie de normes" (MAYER, Pierre. L'arbitre international... cit., p. 362).

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 6. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 79.

[&]quot;The determination that a national law shall apply encompasses all rules of that law with the hierarchy of sources as valid in that system. This will include references to statutes, case law, scholarly writings and customs, with the authority they are vested within that legal system" (MISTELIS, Loukas A. et al. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 445).

[&]quot;Pode-se afirmar que toda a atividade jurídica, desde a jurisdicional até a contratual, em geral, só pode se desenvolver dentro do 'cone de luz' da Constituição, ou seja, sob o guarda-chuva de proteção (mas também limitativo) do sistema constitucional" (IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. RARB 1/79).

diferentes de controle de constitucionalidade das leis,¹⁴ a análise do direito comparado indica que o árbitro pode resolver tal dilema de três maneiras distintas: a) pode declarar a inconstitucionalidade diretamente; b) pode concluir pela inexistência de poderes para examinar essa incompatibilidade ou, ainda, c) pode submeter ao juiz estatal competente o exame da questão de acordo com o que dispuser o direito aplicável.

Tendo em vista que o árbitro não é órgão do Estado, e nem se sujeita aos efeitos da *lex fori*, a determinação da competência dos árbitros para exercer o controle difuso de constitucionalidade das normas deve ser feita com abstração das regras de competência específica conferidas pela legislação processual comum ao juízo estatal para tal atividade.

2. TEORIAS ACERCA DOS PODERES DOS ÁRBITROS PARA EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

a) Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição arbitral simétrica

A hierarquia das normas constitucionais pode ser de natureza formal ou material. Aquela se refere ao processo de elaboração das leis: a norma somente será formalmente constitucional se as regras de competência e do processo legislativo para a edição do ato tiverem sido, fielmente, observadas. ¹⁵ Já a hierarquia material da Constituição diz respeito ao conteúdo do ato infraconstitucional: a norma será válida se o seu conteúdo for compatível com as regras constitucionais de organização, definidoras de direitos, programáticas e respeitar o princípio da proporcionalidade. ¹⁶ Se o ato normativo for formal ou materialmente inconstitucional, a sua invalidade deve ser declarada.

O Professor Pierre Mayer critica a denominada concepção normativa do conflito hierárquico de normas. Para ele, para se determinar a validade constitucional da norma não se deve apenas verificar a compatibilidade formal e material do ato, sendo necessário verificar, também, o efetivo papel que ele desempenha perante a sociedade. Para Pierre Mayer, ao defender a concepção realista do conflito hierárquico, a conformação da lei com a Constituição depende, essencialmente, das decisões judiciais: as normas existem na medida em que o Judiciário as aplica, pois são as decisões deste Poder que concretizam os direitos e obrigações dos indivíduos. Além disso, o referido autor sustenta que a

simples contradição da norma com a Constituição não conduziria, necessariamente, ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade, pois isso só ocorrerá se os juízes possuírem competência para declarar inválido o ato do Parlamento.¹⁷

Tal concepção tem implicações relevantes para a arbitragem, pois, se aceita a teoria, o árbitro só poderá exercer o controle de constitucionalidade se igual competência for outorgada aos juízes estatais. 18 De acordo com Pierre Mayer, há, portanto, uma verdadeira simetria de poderes entre a jurisdição estatal e a arbitral, estando os árbitros limitados àquelas atribuições conferidas, expressa ou implicitamente, ao juízo estatal para fins de controle de constitucionalidade de leis. Em síntese, se o juiz estatal não estiver autorizado a declarar inválida a norma, não se poderá conferir ao árbitro tal atribuição.

Desta forma, se, por exemplo, em uma arbitragem com sede no Brasil, o direito aplicável ao mérito for o Francês, os árbitros não poderiam, se aceita a tese, negar vigência a determinada lei francesa por considerá-la contrária à Constituição daquele país, tendo em vista que o juiz francês não possui igual competência, reservada, naquele sistema, ao Conselho Constitucional. Se, alternativamente, o direito aplicável ao mérito dessa hipotética arbitragem conduzida no Brasil fosse o italiano, o tribunal arbitral, ao adotar a concepção simétrica defendida por Pierre Mayer, se encontraria diante de uma situação ainda mais complexa. Considerando-se que a Corte Constitucional daquele país entende que os árbitros devem lhe submeter a alegação de inconstitucionalidade da lei italiana para julgamento, mesmo que os árbitros decidissem proceder ao envio da denominada "Questão de Legitimidade Constitucional" àquela Corte, restaria a dúvida acerca da legitimação de um tribunal arbitral, com sede no estrangeiro, para suscitar o incidente. La constitucional de constitucional.

Como se sabe, o controle de constitucionalidade pode estar difusamente distribuído entre vários órgãos do Poder Judiciário (como ocorre nos EUA e no Brasil); pode ser exercido por uma Corte Constitucional com competência exclusiva para tal atividade (Alemanha, Áustria e Itália), ou não ser suscetível de nenhum tipo de controle jurisdicional (Holanda) (cf. ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Comparative Constitutional Law: Judicial Review. 3 U. Pa. J. Const. L. 977, 2001).

Cf. LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.170; e BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade... cit., p. 29.

MAYER, Pierre. L'arbitre international... cit., p. 374.

[&]quot;Mais la simple contrariété à une norme supérieure ne conduit pas nécessairement à une telle prédiction: encore faut-il que le juge ait le pouvoir de la sanctionner. S'il ne l'a pas, c'est en fait la norme inférieure qui est la norme en vigueur, malgré la contrariété à la norme supérieure. Pour l'arbitre, la tâche d'appliquer au litige dont il est saisi le droit d'un certain pays, que cette tâche lui soit imposée par les parties ou qu'il ait décidé lui-même de s'y soumettre, ne peut se traduire que par l'application des règles qui sont effectivement en vigueur dans ce droit, c'est-à-dire celles qui seraient appliquées à un cas identique par les tribunaux du pays en cause. Elle ne peut avoir d'autre sens ni pour lui, ni pour les parties. Pas plus qu'il ne serait acceptable qu'un arbitre fasse prévaloir, parce qu'elle lui paraîtrait meilleure, son interprétation d'une règle étatique sur celle clairement consacrée par les tribunaux du pays qui l'a édictée ..." (MAYER, Pierre. L'arbitre international... cit., p. 375).

Cf. Constituição Francesa, arts. 61, 61-1 e 62 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf).

Consorzio Ricostruzione vs. Comune di Napoli Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2001, n. 376. Pres. Ruperto; Rel. Marini. (http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent_376_01.html).

Cf. Legge Costituzionale 9 febbraio 1948: "Art. 1.º La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione" (Disponível em: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/CC_SS_fonti_lc_09021948_n_1_rev.pdf).

Muito embora o acolhimento da concepção simétrica do controle de constitucionalidade não apresente maiores dificuldades nas arbitragens meramente domésticas e nos casos em que a equiparação com o juiz estatal permite o exercício de tal controle diretamente pelos árbitros, devem-se questionar as premissas de tal teoria. Se o árbitro exerce jurisdição como os juízes estatais; se o árbitro não é órgão integrante da estrutura do Estado e se a ele, em regra, não se aplica a lex fori, a incorporação, por simetria, das regras de competência do direito nacional acerca do exercício do controle de constitucionalidade não deveria, a rigor, ser relevante para se determinar os poderes do árbitro nessa matéria, a ser aferida de modo autônomo.

Controle de constitucionalidade pelo exercício de jurisdição autônoma

De acordo com a concepção normativa defendida por Jan Paulsson, claramente influenciada por Santi Romano²² e Hans Kelsen,²³ uma norma só é válida se houver sido estabelecida de acordo com a norma superior que lhe serve de fundamento. Consequentemente, 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.²⁴ Ademais, diante da supremacia da Constituição, o árbitro, ao aplicar o direito ao caso concreto, deve priorizar sempre a norma superior, mesmo que igual atribuição não seja reconhecida ao juiz estatal. Segundo Jan Paulsson, ainda que, de acordo com as leis processuais aplicáveis, o árbitro pudesse suspender o processo arbitral para encaminhar a questão prejudicial de constitucionalidade da norma ao juiz estatal, ele não deveria exercer tal prerrogativa, pois, se assim procedesse, ele estaria renunciando ao dever de julgar a causa nos termos da missão outorgada ele pelas partes.²⁵

Jan Paulsson fundamenta a sua argumentação em duas premissas principais. Em primeiro lugar, o direito escolhido pelas partes, ou aplicado pelo árbitro em observância das regras de conflito, forma uma unidade indissolúvel e tal unidade observa, necessariamente, a ordem hierárquica estabelecida pela Constituição. Consequentemente, para interpretar e fazer incidir o direito aplicável o árbitro deve, obrigatoriamente, respeitar essa ordem hierárquica. Além disso, não sendo o árbitro órgão integrante da jurisdição estatal, ele não precisa observar as regras de processo aplicáveis para o julgamento da questão incidental de constitucionalidade, devendo decidir tal questão com abstração das condicionantes impostas ao juiz estatal.²⁶

A concepção autônoma do controle de constitucionalidade centra-se no reconhecimento de que aos árbitros se confere jurisdição,27 que se exercita de modo autônomo, sem que se transfiram para o âmbito do processo arbitral as regras típicas e de observância obrigatória dos processos judiciais.²⁸ Se ao árbitro se reconhece o poder de julgar a lide nos limites da respectiva convenção,29 devendo decidir as questões de fato e de direito que lhe forem submetidas, sob pena de nulidade da sentença,30 não se deve, portanto, subtrair-lhe o poder de resolver, incidentalmente e com efeitos limitados às partes do processo, a questão relativa à validade constitucional da norma, sem a qual a sua missão de julgar o caso não se exerce na sua plenitude.

national law make plenary determinations about constitutionality - no matter what government officials say, without any subservience to pronouncements by a national judiciary" (ob. cit., p. 226).

[&]quot;L'Ordinamento Giuridico, Studi sul Concetto, le Fonti e i Caratteri del Diritto", Gale, Making of Modern Law Ed., 2013.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 2. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1962. v. II, p. 149.

Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals, ICSID Review-Foreign Law Journal, v. 23, n. 2, p. 215 e ss., 2008.

Ob. cit., p. 226.

[&]quot;At one level down, we find issues of licitness of purported acts of legislation. This is ordinary constitutional law, i.e. evaluating enactments by the light of the formal constitution in place. There is nothing at all unorthodox about the proposition that international tribunals empowered to apply

Confirmado pelo entendimento amplamente dominante da doutrina brasileira, como se verifica, e.g., nos estudos de CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 45-46; WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas relações internacionais. Rarb, São Paulo: RT, n. 18, p. 295, 2003; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La nuova legge brasiliana sul arbitrato. Temas de direito processual. 6.ª série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 283; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. III, n. 1.472-f; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, p. 1167; CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55-58; ALVIM, J. E. Carreira. Direito arbitral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 46; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 82-85; FIGUEIRA JR., Joel Dias. Manual da arbitragem. São Paulo: RT, 1997. p. 96-97; BERMUDES, Sergio. Juízo arbitral e juízo comum: solução de conflitos. Arbitragem doméstica e internacional. Estudos em homenagem ao professor Theóphilo de Azeredo Santos. São Paulo: Forense, p. 378; e MARTINS, Pedro Batista. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. São Paulo: Forense, p. 218.

Note-se que há doutrina claramente minoritária que sustenta a impossibilidade do controle de constitucionalidade pelos árbitros sob a justificativa de que estes não exerceriam verdadeira jurisdição, mas possuiriam, apenas, "poderes decisórios". Confira-se: "However, no constitution expressly provides for an arbitral assessment of the validity of national norms purported to be unconstitutional. By drawing upon a distinction between the concepts of jurisdictional power and decision-making power, vis-à-vis the functions performed by both judges and international decision makers, this article argues that the task of determining whether a norm is valid or not is a categorically jurisdictional function that should be decided solely by the state courts in exercise of their jurisdictional power. [...] Accordingly, it can be said that the power to consider whether specific provisions of national law are valid by reference to constitutional norms is a categorically jurisdictional function that goes beyond the scope of the arbitrator's decision-making powers. Consequently, it is submitted that, in arbitration proceedings, when a norm is purported to be contrary to constitutional provisions, arbitrators will have to inexorably 'apply' the purportedly unconstitutional norm, in which case they would be applying a norm that, as will be seen further on, is technically valid" (BETANCOURT, Julio César. Understanding the "Authority" of International Tribunals: A Reply to Professor Jan Paulsson. J. Int. Disp. Settlement 4(2): 227-244, p. 227

Lei de Arbitragem, arts. 32, IV, e 38, IV.

Lei de Arbitragem, art. 26, II.

3. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A doutrina apresenta variadas classificações para os modelos de controle de constitucionalidade. No que se refere ao órgão competente, o controle pode ser político, ³¹ jurisdicional ou híbrido. ³² No que diz respeito ao tipo jurisdicional de controle de constitucionalidade, este pode ser *concentrado* (austríaco ou europeu), conferindo-se competências exclusivas para a declaração a uma Corte Constitucional ou órgão jurisdicional superior, que decidirá o tema como questão principal e com eficácia *erga omnes*; ³³ *difuso* (ou americano), no qual se atribui a todos os juízes o poder-dever de declarar, incidentalmente e com eficácia restrita às partes do processo, a invalidade da norma; ³⁴ e *misto*, no qual convivem, harmonicamente, o controle difuso, exercido por todos os juízes, e o controle concentrado exercido por uma Corte Constitucional ou Tribunal Supremo com competência exclusiva para decidir a questão em determinadas ações de perfil abstrato. ³⁵ Quanto à forma, o controle pode ser *incidental*, no qual a decisão acerca da constitucionalidade é prejudicial do mérito da ação, ou *principal*, hipótese em que a questão constitucional é formulada autonomamente e constitui o próprio objeto da ação.

Como se disse anteriormente, o controle de constitucionalidade de que aqui se trata é exclusivamente o *difuso*, a ser decidido pelos árbitros como questão meramente incidental ao julgamento do mérito da ação arbitral.

Note-se, contudo, que, mesmo nos países que adotam, exclusivamente, o modelo concentrado de constitucionalidade, nos quais os juízes comuns não podem declarar a inconstitucionalidade das leis,³⁶ em decorrência da adoção de um sistema constitucional

que se funda, em larga medida, na supremacia parlamentar,³⁷ há procedimentos específicos nas respectivas constituições autorizando o envio do incidente à Corte Constitucional para julgamento.³⁸ Nesses casos, se a questão relativa à constitucionalidade da lei for essencial para o julgamento do mérito da ação, o juiz a encaminhará, de acordo com o que dispuser a legislação específica e observando-se os seus requisitos de admissibilidade, à Corte Constitucional para decisão.

No que se refere ao ordenamento jurídico europeu, o art. 267 do Tratado da União Europeia contempla mecanismo análogo ao estabelecido pela maioria das Constituições dos seus países signatários: se houver incompatibilidade entre o direito nacional e as normas do Tratado, os juízes nacionais não podem reconhecê-la diretamente, devendo encaminhar o conflito ao Tribunal de Justiça da União, que possui competência exclusiva para tal julgamento.³⁹

É o caso da Constituição da Holanda ("Artikel 120. De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen" – file:///C:/Users/gf048317/Downloads/Netherlands_Constitution_as_of_2015_nl.pdf) e do Reino Unido.

ds_Constitution_as_ot_2015_nl.pdt) e do Reino Unido.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade...* cit., p. 43.

Entre os países da Comunidade Europeia, diversos possuem regras expressas nas respectivas Constituições outorgando competência às Cortes Constitucionais para o controle concentrado de constitucionalidade (cf., v.g., Áustria, art. 140; Bélgica, arts. 141-142; Bulgária, art 149; República Tcheca, art 87; Estonia, art. 149; Finlândia, art. 106; França, arts. 61-62; Alemanha, art. 93; Hungria, art. 24; Itália, art. 134; Polônia, art. 188; Espanha, art. 161; e Suécia, art. 14).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. V, p. 30.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.056.

Cf. art. 89 da Constituição austríaca: "Artikel 89. (1) Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Verordnungen, Kundmachungen über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), Gesetze und Staatsverträge steht, soweit in den folgenden Absätzen nicht anderes bestimmt ist, den ordentlichen Gerichten nicht zu. (2) Hat ein ordentliches Gericht gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit, einer Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages) aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit, eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit oder eines Staatsvertrages aus dem Grund der Rechtswidrigkeit Bedenken, so hat es den Antrag auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift

beimVerfassungsgerichtshofzustellen" (https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf).

JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. Nova Iorque: Foundation Press, 1999. p. 461.

Cf., v.g., o art. 163 da Constituição Espanhola ("Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos" - http:// www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=159&fin=165&tipo=2);art. 100(1) da Constituição alemã ("Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt" – https://www.gesetze-im-internet.de/gg/ BINR000010949.html); e art. 61-1 da Constituição francesa ("Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article" - http:// www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution--du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074. html#article61).

[&]quot;Artigo 267. O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: 11 a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-

Ressalte-se, contudo, que o modelo europeu de controle de constitucionalidade somente confere legitimidade para o encaminhamento da questão constitucional a órgãos *judiciais* ou a eles equiparados. Por exemplo, a Constituição espanhola se refere a "órgano judicial";⁴⁰ a francesa a uma "instance en cours devant une juridiction";⁴¹ a Lei italiana 87, de 11.03.1953, restringe a legitimação para suscitar a questão constitucional a uma "autorità giurisdizionale",⁴² e o art. 100(1) da Constituição alemã fala em *Gericht* (tribunal) para tratar dos legitimados para suscitar o controle de constitucionalidade perante o *Bundesverfassungsgerichtes*, o Tribunal Constitucional Federal.⁴³ No âmbito do Tratado da União Europeia, o referido art. 267 limita a "órgão jurisdicional nacional" a legitimidade para o envio da questão convencional ao Tribunal de Justiça da União.⁴⁴

Como se percebe, a escolha de determinada teoria acerca do conflito hierárquico de normas possui implicações práticas evidentíssimas para o processo arbitral. A automática equiparação do árbitro ao juiz estatal para tal finalidade levará, inevitavelmente, à necessidade de se verificar (a) os poderes do juiz estatal em matéria de controle de constitucionalidade e (b) o procedimento a ser seguido pelos árbitros para o eventual envio do incidente ao juízo competente. E mesmo nos casos em que o juiz estatal possua competência para suscitar a questão isso não significa, necessariamente, que o árbitro possuirá igual prerrogativa, diante das variadas restrições constitucionais impostas nessa matéria como se verá a seguir.

4. VISÃO COMPARATIVA DO PROBLEMA

As diversas concepções e teorias acerca dos limites da jurisdição arbitral conduziram a soluções distintas no que se refere aos poderes dos árbitros para decidir, em um caso concreto, o conflito hierárquico de normas. O exame da jurisprudência específica

acerca do tema indica que há sistemas jurídicos que proíbem o julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo árbitro; há ordenamentos que condicionam a resolução da questão ao seu envio ao juiz estatal competente para a matéria e, por fim, aqueles nos quais se reconhece o poder do árbitro para declarar, com eficácia restrita às partes do processo arbitral, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

4.1. Sistemas que proíbem o controle de constitucionalidade pelo árbitro

No sistema francês, o Conselho Constitucional é único órgão com atribuição para declarar a inconstitucionalidade em abstrato das leis editadas pelo Parlamento. ⁴⁵ Contudo, desde 1.º.03.2010, qualquer parte de um procedimento civil ou administrativo pode pedir a declaração de inconstitucionalidade da norma, denominada de Questão Prioritária de Constitucionalidade. Tal questão é suscitada perante o juízo ordinário no qual se processa a causa, que decide se remete ou não o requerimento à Corte de Cassação ou ao Conselho de Estado, conforme o caso. Se entender presentes os requisitos de admissibilidade, a Corte de Cassação, ou o Conselho de Estado, encaminha o incidente ao Conselho Constitucional para decisão. Todavia, o árbitro não pode suscitar a Questão Prioritária de Constitucionalidade em razão do entendimento de que ele não integra a estrutura judiciária do sistema francês.

Com efeito, em um caso recentemente julgado pela Corte de Cassação, relativo a uma arbitragem envolvendo uma disputa entre um advogado e a respectiva sociedade da qual ele fazia parte, decidiu-se que a alegada incompatibilidade entre o art. 1843-4 do Código Civil francês e a Constituição francesa não deveria ser objeto da Questão Prioritária de Constitucionalidade, tendo em vista que o árbitro não poderia ser considerado "tribunal judicial" para fins de suscitar a referida questão perante o Conselho Constitucional. ⁴⁶ No mesmo sentido, em *Société Smeg NV v. Soc. La Poupardine*, a Corte de Cassação entendeu que a decisão de um tribunal arbitral, que se declarou incompetente para examinar a compatibilidade de uma norma de direito francês com o direito comunitário europeu, não violava a missão conferida aos árbitros para o julgamento do mérito do litígio, por se entender que tal decisão extrapolaria da jurisdição arbitral. ⁴⁷ Ao assim decidir, a Corte

⁻se-á com a maior brevidade possível" (http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-11/pt_extrait_cour.pdf).

⁴⁰ Art. 163 (http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229).

Art.61-1 (http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html#article61www).

[&]quot;Art. 23. Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il pubblico ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso" (http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_224.do).

⁴³ Cf. nota 36, supra.

⁴⁴ Cf. nota 37, supra.

Art. 61 e seguintes (https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194#LEGIARTI000019241071).

^{46 [2012/01]} Cour de cassation (1re Ch. civ., e Cour de Cassation (Ch. Com.), 28 Juin 2011, Arrêt n.º 804, aff. N.º P 11-40.030 (QPC). Revue de l'Arbitrage, v. 2011, Issue 3, p. 836: "L'arbitre investi de son pouvoir juridictionnel par la volonté commune des parties ne constituant pas une juridiction relevant de la Cour de cassation au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance nº 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, il s'ensuit que la question transmise par l'arbitre désigné par le bâtonnier, saisi en application d'une convention d'arbitrage, est irrecevable". Cf. Elie Kleiman and Shaparak Saleh, Arbitrators cannot seek a ruling on the constitutionality of statutory provisions, October 13 2011 (http://www.lexology.com/library/detail. aspx?g=8ad65e5f-02ba-4e24-9612-9555bb0bacc7#17).

⁴⁷ [2012/01] Cour de cassation (1re Ch. civ.), 29 juin 2011, Société Smeg NV c/ soc. La Poupardine (Arrêt n.º 702, F-S-P+B+I, pourvoi n° 10-16680 – M. Charruault, prés., Mme Pascal, cons. rapp.,

20 ANOS DA LEI DE ARBITRAGEM

de Cassação deixou claro que os árbitros não estão obrigados a se pronunciar sobre a adequação de uma norma de direito nacional com as regras de cumprimento obrigatório do direito comunitário europeu.48

No âmbito do Tratado da União Europeia, os juízes dos países integrantes da comunidade europeia também não podem declarar inválidas as regras de direito nacional pela contrariedade ao direito comunitário: nos termos do art. 267 do referido Tratado, tal competência foi reservada ao Tribunal de Justiça da União. 49 Por considerar que os tribunais arbitrais não se qualificam como "órgão jurisdicional nacional" para fins do controle de compatibilidade com o direito comunitário, o Tribunal de Justiça da União decidiu nos casos Nordsee v Reederei Mond⁵⁰ e Guy Denuit e Betty Cordenier v. Transorient - Mosaïque Voyages et Culture SA, 51 que o árbitro não possui legitimidade para encaminhar a questão da compatibilidade da norma com o Tratado diretamente ao Tribunal de Justica

M. Gauthier, av. gén. - SCP Monod et Colin, av. - Décision attaquée : Paris (Pôle 1 - Ch. 1), 17 décembre 2009. Rejet.): "Ayant relevé que le litige soumis aux arbitres avait pour objet l'appréciation du bien-fondé de la rupture unilatérale du contrat par la défenderesse, la cour d'appel, juge de l'annulation, qui n'avait pas le pouvoir de réviser la décision au fond, a pu en déduire que les arbitres, en se déclarant, fût-ce à tort, incompétents pour statuer tant sur la conformité au droit communautaire de la décision de refus d'agrément de la demanderesse, prise par l'ONIC en application de la réglementation nationale alors en vigueur que sur la légalité de l'article L. 211-16 du Code rural au regard des règles communautaires, et en déclarant la résiliation fondée, s'étaient conformés à leur mission".

- SANCHEZ, Elena Sevila. Smeg NV v. EARL Poupardine, Court of Cassation of France, First Civil Law Chamber, 29 June 2011. Revista del Club Español del Arbitraje, Kluwer España, v. 2012, issue 15, p. 147-149.
- Cf. nota 36, supra.
- Processo n.º C-102/82, j. 23.03.1982: "13. It follows from these considerations that the link between the arbitration procedure in this instance and the organization of legal remedies through the courts in the member state in question is not sufficiently close for the arbitrator to be considered as a 'court or tribunal of a member state' within the meaning of article 177. [...] 15. It is for those national courts and tribunals to ascertain whether it is necessary for them to make a reference to the court under article 177 of the treaty in order to obtain the interpretation or assessment of the validity of provisions of community law which they may need to apply when exercising such auxiliary or supervisory functions" (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0102).
- Processo 125/2004, j. 27.01.2005: "Questões prejudiciais Apresentação ao Tribunal de Justiça -Órgão jurisdicional nacional na acepção do artigo 234.º CE - Conceito - Tribunal arbitral - Exclusão. (Artigo 234.º CE). Um tribunal arbitral voluntário como o collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages (Bélgica), que dirime litígios entre particulares e agências de viagens, não constitui um órgão jurisdicional de um EstadoMembro na acepção do artigo 234.º CE, uma vez que não há qualquer obrigação, nem de direito nem de facto, de as partes contratantes confiarem os seus diferendos à arbitragem e que as autoridades públicas belgas não estão implicadas na escolha da via da arbitragem" (http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62004CJ0125&lang1=en&lang2= PT&type=TXT&ancre=). No mesmo sentido, cf. Commune d'Almelo v. NV Energiebedrijf Ijsselmij (Processo C-393/92, j. 27.04.1994, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri= CELEX:61992CJ0393&from=EL) e Eco Swiss (C-126/97, Colect., p. I-3055, n. 34).

da União. Se houver efetivamente tal incompatibilidade, esta deverá ser suscitada pelo juiz estatal encarregado da ação de cumprimento ou de anulação da sentença arbitral.⁵²

Na arbitragem CCI 6320, o tribunal arbitral foi confrontado com a alegação de que o Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)53 americano seria contrário à Constituição dos Estados Unidos, o que os árbitros rejeitaram sob a justificativa de que tal declaração extrapolaria dos poderes conferidos a eles mediante a estipulação da convenção de arbitragem. 54-55

Nos casos considerados acima, pode-se concluir que, entre a miríade de competências outorgadas aos árbitros para o julgamento da lide não se inclui a de decidir, incidenter tantum, o conflito hierárquico de normas.

18 U.S. Code Chapter 96.

Para uma análise completa do caso 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: BOR-TOLOTTI, 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.

Note-se que, em sentido diametralmente oposto, a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu no caso Regent Company v Ukrain que um tribunal arbitral pode ser considerado como órgão judicial para fins de incidência do art. 6, § 1.º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos: "54. In so far as the Government raised an objection to the applicability of Article 6 § 1 of the Convention to arbitration proceedings, the Court reiterates that Article 6 does not preclude the setting up of arbitration tribunals in order to settle disputes between private entities. Indeed, the word 'tribunal' in Article 6 § 1 is not necessarily to be understood as signifying a court of law of the classic kind, integrated within the standard judicial machinery of the country" (file:///C:/ Users/gf048317/Downloads/001-85681.pdf). ungasihar semenanyak sanggaban atah pilipin men

[&]quot;[143] As an initial matter, the Tribunal will not decide on defendant's contention of the alleged unconstitutionality of the RICO statute and the amendments intended to be made to it. As to the unconstitutionality of a national statute, an international arbitral tribunal might first doubt whether it is empowered to decide upon it, notwithstanding the jurisdiction it has to decide upon the application of the statute. Indeed, to decide that a statute enacted in a sovereign State is unconstitutional, and to refuse to apply it for that reason, would mean that a tribunal rejects the validity and the effects of an element of the law of that State, which is still in force inside the territory of such State, and has not been declared unconstitutional by its competent courts. In the view of this Tribunal, it is highly probable that it does not possess and cannot exercise such an extraordinary power, in any case where the statute in question does not infringe upon transnational public policy, as indeed the RICO statute does not. [144] The Tribunal notes that the RICO statute has not been declared unconstitutional by the Supreme Court of the United States, and is still in force in the United States and applied by its courts. Accordingly, its application cannot be rejected because of its being unconstitutional, but only if the Tribunal were to determine that the conditions of its application were not fulfilled, with regard to its own provisions or to principles and/or rules of international law. This finding cannot be affected by the fact that amendments to the RICO statute are presently under discussion, or even on the way to be enacted. Whatever the contents and the fate of such amendments, they are not yet a part of the law, and cannot therefore have any effect on its applicability" (Yearbook Commercial Arbitration, Kluwer Law International, v. 20, p. 62-109, 1995).

4.2. Sistemas que determinam o envio da questão constitucional ao juiz estatal competente

Na Itália, a Corte Constitucional chegou a conclusão diversa daquelas formuladas pela Corte Cassação francesa e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. No julgamento do caso *Consorzio Ricostruzione vs. Comune di Napoli*, a Corte não apenas reconheceu a possibilidade de os árbitros suscitarem a "Questão de Legitimidade Constitucional" da lei, como ainda decidiu ser obrigação do tribunal arbitral levar o incidente à referida Corte sempre que a resolução dele for indispensável para o correto julgamento da lide arbitral. ⁵⁶⁻⁵⁷ Note-se, todavia, que, se o conflito for entre a norma de direito nacional italiano e as regras do direito comunitário europeu, os árbitros deverão resolver o incidente diretamente, sujeitando-se a sua decisão ao controle posterior de validade na eventual ação anulatória da sentença arbitral. ⁵⁸

No sistema italiano, a questão constitucional se resolve mediante o envio obrigatório do incidente à Corte Constitucional para julgamento. No entanto, a solução encontrada pela jurisprudência italiana não esclarece se igual competência se reconheceria a tribunais arbitrais sediados fora do território italiano e a quem se tenha atribuído a missão de julgar a lide de acordo com o que determina a respectiva legislação nacional.

4.3. Sistemas que permitem o controle de constitucionalidade pelo árbitro

No que se refere aos sistemas favoráveis ao controle de constitucionalidade pelos tribunais arbitrais, a Corte Superior de Córdoba, na Argentina, proferiu importante decisão acerca do tema. Por entender que os árbitros possuem idênticos poderes – e deveres – para declarar inválida a norma contrária à Constituição, a Corte argentina entendeu que um tribunal arbitral, validamente constituído, não encontra limitação nem reserva alguma para decidir acerca do conflito hierárquico de normas:

En definitiva, la circunstancia de que, para resolver la contienda sometida a arbitraje deba efectuarse el control de constitucionalidad de la normativa que se entiende aplicable, de ninguna manera puede considerarse materia excluida de la competencia al Tribunal arbitral, ni mucho menos, cuestión que deje sin efecto lo pactado por las partes en la cláusula compromisoria. [...] Por todo lo expuesto, consideramos – en sintonía con lo decidido en el fallo en crisis– que el Tribunal arbitral, cuando – como en el caso – está ante un asunto que es de su competencia y que fue sometido por las partes a su jurisdicción, no tiene limitación o reserva alguna para asumir y definir la constitucionalidad de las normas en que fundamentará su laudo. Dicho de otro modo, la interposición de un planteo de inconstitucionalidad no provoca la invalidez de la cláusula compromisoria ni la incompetencia del Tribunal arbitral. De tal guisa, debe confirmarse el acogimiento de la excepción de incompetencia articulada por la parte demandada y –en consecuencia – rechazarse este segmento del embate casatorio, cuestión que así decidimos. ⁵⁹

Note-se que a alegação de que a norma questionada – lei de emergência que tratava da "pesificação" da economia argentina – era de natureza cogente não retirava dos árbitros, na visão daquela Corte, a competência para declarar a sua incompatibilidade constitucional.

De forma ainda mais categórica, o Tribunal Constitucional do Peru decidiu, no caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia, que, por ser a arbitragem uma jurisdição independente, assegurada pela Constituição, as suas competências não poderiam ser submetidas a uma interpretação restritiva que conduzisse à proibição do exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis no âmbito de um processo arbitral:

24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138.º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138.º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º [...], más

[&]quot;Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. [...] Conclusivamente, dunque, va affermato, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, che anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa" (Corte Costituzionale, Sentenza 22 novembre 2001, n. 376. Pres. Ruperto; Rel. Marini, http://www.diritto.it/sentenze/cortecost/sent_376_01.html).

Cf. BENEDETTELLI, Consolo; BROZOLO, Radicati di: "Ai riguardo, sembra da ritenere che il richiamo all'art. 23.1. n. 87/1953 comporti [...] non la semplice facoltá ma l'obbligo degli arbitri di sollevare la questione di legittimità costituzionale, ove ritenuta rilevante e non manifestamente infondata" (Commentario Breve al Diritto dell'Arbitrato Nazionale ed Internazionale. Padova: Cedam, 2010. p. 272). No mesmo sentido, cf. CAPPUCI, Luigi. An Important Decision of the Italian 'Corte Costituzionale' regarding the Powers of Arbitral Tribunals to Apply to the Court to Test Constitutionality of a Law: Note – Corte Costituzionale, 22 November 2001, ASA Bulletin, v. 20, issue 1, p. 138–141, 2002; e IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. RARB 1/79.

[&]quot;Non é invece contemplata, tra le ipotesi di sospensione del procedimento arbitrale, quella della preguidiziale comunitaria, anche perché, come noto, la Corte de Giustizia delle Comunità Europee, con un orientamento anche di recente ribadito, esclude gli arbitri privati dal novero delle giurisdizioni nazionali legittimati ad effettuare il rinvio preguidiziale alla Corte stessa [...]. In tale ipotesi, pertanto, no resta che riconoscere agli arbitri il potere di conoscere incidenter tantum della questione pregiudiziale comunitaria e di disapplicare norme e atti amministrative illegittimi, salva la successiva eventuale impugnazione del lodo" (BENEDETTELLI, Consolo; BROZOLO, Radicati di. Commentario... cit., p. 272-273).

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

aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos – y no solo al Poder Judicial – el deber de respetarla, cumplirla y defenderla (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).⁶⁰

Em Portugal, a questão da declaração de inconstitucionalidade da norma proferida por tribunal arbitral se resolve sob o entendimento de que, além de integrarem a ordem jurídica portuguesa, as decisões dos árbitros nessa matéria se sujeitam a recurso ao Tribunal Constitucional nos termos do art. 280, 3.º, da Constituição portuguesa. ⁶¹ Com efeito, no caso *Apl – Administração do Porto de Lisboa S.A. vs. Liscont*, o Tribunal Constitucional confirmou sentença arbitral que havia declarado a inconstitucionalidade da "Lei 14/2010, de 23 de julho, por violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da proteção da confiança legítima, decorrentes do princípio do Estado de direito democrático, a que se refere o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa", reconhecendo, dessa forma, a plena legitimidade do tribunal arbitral para decidir, diretamente e sem a intervenção prévia do Judiciário, o conflito hierárquico de normas. ⁶²

Na Alemanha, os tribunais arbitrais podem examinar a constitucionalidade da lei diretamente, ⁶³ julgando o conflito hierárquico de normas como questão prejudicial, ou referi-la à Corte Constitucional Federal. No entanto, este encaminhamento não se faz de modo direto: de acordo com a regra do art. 100(1) da Constituição alemã ⁶⁴ e do art. 1.050 do ZPO, ⁶⁵ o termo *Gericht* (tribunal) é interpretado restritivamente e, por isso, os árbitros precisam encaminhar a questão constitucional ao juiz estatal de primeira instância para que este, então, a remeta à Corte Constitucional. ⁶⁶⁻⁶⁷ No entanto, segundo o

entendimento da doutrina especializada, como o tribunal arbitral não é órgão judicial e deve julgar o caso de acordo com o direito aplicável, podem os árbitros afastar a incidência da norma diante da sua incompatibilidade com a Constituição. Em outras palavras, no direito alemão, o encaminhamento da questão constitucional ao Judiciário é mera opção dos árbitros, que podem julgar o incidente diretamente.

No âmbito das arbitragens de investimento, os tribunais arbitrais também têm proclamado a sua competência para efetuar o controle da validade constitucional das normas do direito interno. No caso *Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company vs The Republic Of Ecuador*, o Equador havia concedido à Occidental o direito de exercer a atividade de exploração de petróleo naquele pais. O tratado bilateral de investimentos firmado entre os Estados Unidos e o Equador previa que eventuais disputas entre os investidores e o Equador se resolveria mediante uma arbitragem de acordo com as regras da ICSID. Quando a Occidental iniciou a arbitragem para discutir o descumprimento das regras de proteção ao investimento, o Equador alegou a inarbitrabilidade da disputa, sob a justificativa de que a Lei de Arbitragem equatoriana proibia que aquele litígio fosse resolvido por árbitros.

Como a Constituição equatoriana, no seu art. 163, estabelecia que os tratados internacionais, validamente firmados pelo Equador, prevalecem sobre a legislação comum daquele país, o tribunal arbitral negou, diretamente, a aplicação da norma local mediante interpretação do alcance da regra constitucional, sob a justificativa de que não se poderia invocar a lei ordinária para negar validade ao tratado internacional:

86. More fundamentally, the Respondent cannot invoke its domestic law for the purpose of avoiding ICSID jurisdiction under the Treaty. As noted earlier, by virtue of the Treaty, the Respondent expressly consented to the submission of disputes for settlement by binding arbitration under the Washington Convention, thereby establishing the basis for this Tribunal's jurisdiction in the present circumstances. The Respondent's Constitution, at Article 163, recognizes that international treaties duly ratified by the Republic of Ecuador shall prevail over any laws in Ecuador.⁶⁸

Como aos árbitros se conferem poderes para decidir o caso de acordo com o que dispuser o direito incidente, sem restrições e limitações que não decorram da missão a eles outorgada, a jurisprudência acima indicada aponta, claramente, na direção de que o conflito hierárquico de normas pode e deve ser exercido diretamente pelos árbitros, sem a necessidade de se delegar ao juízo estatal o julgamento da questão prejudicial de constitucionalidade da norma.⁶⁹

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

[&]quot;Artigo 280.º Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade. [...] 3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público."

⁶² Acórdão 202/2014, de 7 de abril, *Diário da República*, 2.ª série, n. 68, de 07.04.2014, p. 9463.

⁶³ Geimer in Zoeler, 29. ed., 2012, art 1.051, recital 18.

⁶⁴ Cf. nota 36, supra.

[&]quot;The arbitral tribunal or a party with the approval of the arbitral tribunal may request from a court assistance in taking evidence or performance of other judicial acts which the arbitral tribunal is not empowered to carry out. Unless it regards the application as inadmissible, the court shall execute the request according to its rules on taking evidence or other judicial acts. The arbitrators are entitled to participate in any judicial taking of evidence and to ask questions" (http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=KLI-Bockstiegel-2015-PartII-Ch5-1050#a0005).

Cf. Voit in Musielak, ZPO, 10. ed., 2013, sec. 1050, Rn. 10; Geimer in Zoeler, Zivilprozessordnung, 29 ed., 2012, art 1050 recital 18; Maunz in Maunz/Duering, Grundgesetz, 67 ed., 2013, art. 100, recital 27f; e Klaus Sachs and Torsten Lörcher, Part II: Commentary on the German Arbitration Law, 10th Book of the German Code of Civil Procedure, Chapter V: Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1050 – Court Assistance in Taking Evidence and Other Judicial Acts, in Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll et al. eds., Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, 2. ed., Kluwer Law International, 2015, p. 296.

O mesmo procedimento se aplica caso haja incompatibilidade de norma do direito alemão com o direito comunitário europeu: o árbitro deverá remeter a questão ao juiz estatal alemão para que

esse, se entender cabível o incidente, o encaminhe ao Tribunal de Justiça da União Europeia (cf. MünchKommZPO-Münch, 2013, § 1050, para. 11 e Stein/Jonas-Schlosser, 2002, § 1050, para. 4).

⁶⁸ ICSID case no. ARB/06/11. Decision on Jurisdiction. (http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0577.pdf). No mesmo sentido, cf. PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim vs. Ticaret Limited Sirketi and Republic of Turkey, ICSIDcaseno.ARB/02/5(http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0694.pdf).

[&]quot;Como qualquer juiz, pode o árbitro apreciar a questão prejudicial relativa à constitucionalidade da lei incidente, apresentada pelas partes. Se o árbitro é juiz, se exerce a jurisdição aplicando o

755

5. OBRIGAÇÃO DE JULGAR DE ACORDO COM O DIREITO APLICÁVEL

O art. 18 da Lei de Arbitragem confere aos árbitros amplos poderes para decidir tanto as questões de fato, quanto as de direito, contidas na lide arbitral, mantendo tradição do nosso direito existente desde o Código Civil de 1916 ("Art. 1.041. Os árbitros são juízes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes"), preservada no art. 1.078 do Código de Processo Civil de 1973 na sua redação original ("Art. 1.078. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentenca que proferir não fica sujeita a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes.").

Por tal razão, sempre se entendeu, sem maiores contestações, que, no que se refere à função de julgar,

[...] cabe ao árbitro, ou árbitros, para compor a lide atual, ou prevenir a lide iminente, submetido ao seu julgamento, realizar aquelas operações que o juiz efetua quando sentencia, as quais envolvem a determinação da lei incidente, a interpretação e aplicação da norma cabível, o afastamento do preceito impertinente e a exclusão da regra inválida ou sem eficácia.⁷⁰

Afinal de contas, como ensina Pontes de Miranda, o juízo dos árbitros "é juízo como qualquer outro, quanto à sua função de julgar".71

Justamente para que a sentença proferida pelos árbitros produza, entre as partes e seus sucessores, "os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário" (Lei de Arbitragem, art. 31), constituindo, se validamente proferida, título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC/2015), não se poderia admitir que os árbitros se vissem privados do poder de interpretar a norma incidente sobre a relação jurídica controvertida, qualquer que seja a natureza de tal regra, seja ela dispositiva ou cogente, pouco importa.⁷²

Aliás, o e. Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo e. Min. Luiz Fux, ao interpretar o alcance da regra contida no art. 18 da Lei de Arbitragem, decidiu, categoricamente, que,

[...] uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à

direito, como fazem os integrantes do Poder Judiciário, impedi-lo de apreciar a constitucionalidade da norma incidente, para, então, aplicá-la ou recusar-lhe aplicação, seria obstar-lhe ao exercício da função que é sua. Se a lei proibisse ao árbitro, ou árbitros, semelhante atividade, estaria, delirantemente, tirando deles com uma mão o que deu com a outra, ou melhor, o que com a outra lhes impôs, obrigando-os a proferir o laudo (CPC, art. 1.081), a julgar toda a controvérsia, sob pena de nulidade do seu laudo (CPC, art. 1.100, III), e os sujeitando a perdas e danos pelo descumprimento do seu encargo (CPC, arts. 1.082 e 1.083)" (BERMUDES, Sergio. Direito processual civil: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 299).

homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.⁷³

É precisamente em razão da isonomia de poderes com o juiz togado, para se valer aqui da feliz expressão do Min. Luiz Fux no acórdão acima citado, que não apenas pode, mas deve o árbitro decidir, sem limitações de qualquer natureza, acerca do direito aplicável ao caso,⁷⁴ até porque, se houver omissão quanto à questão constitucional, a sentença arbitral por ele proferida será nula, pela ausência de fundamentação adequada, exigida, expressamente, pelo art. 26, II, da Lei de Arbitragem.⁷⁵

Ao exercer a jurisdição na sua plenitude, o árbitro deve, como antecedente lógico da disposição final do caso, decidir qual a norma incide sobre a relação jurídica controvertida, o que, logicamente, inclui o dever de afastar a norma repugnante à Constituição.76 Se os árbitros podem julgar por equidade nos casos previstos na Lei;⁷⁷ se podem decidir o litígio "com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio"; 78 se às partes se reconhece a liberdade de escolher, livremente, "as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem",79 não se compreenderia por que o julgamento do conflito hierárquico de normas extrapolaria da jurisdição dos árbitros, 80

BERMUDES, Sergio. Direito processual civil... cit., p. 298.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

BERMUDES, Sergio. Direito processual civil... cit., p. 297.

STJ, AgRg no MS 11.308, 1.ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 14.08.2006.

[&]quot;O árbitro julga como juiz. O árbitro, ou árbitros são, efetivamente, juízes do caso submetido à sua decisão, que lhes compete julgar por inteiro, como determina a interpretação, a contrario sensu, do art. 1.100, III, do Código de Processo Civil, onde se estatui ser nulo o laudo arbitral, 'se não julgar toda a controvérsia submetida ao juízo. O julgamento de 'toda a controvérsia,' para repetir a lei, compreende, obviamente, um pronunciamento sobre a totalidade das questões necessárias a uma deliberação, inclusive as questões prévias, isto é, questões cuja solução deve anteceder, logicamente, a de outras, naquelas abrangidas as questões preliminares e as questões prejudiciais [...]" (BERMUDES, Sergio. Direito processual civil... cit., p. 298/299).

[&]quot;Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...] II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito [...]".

[&]quot;É contraditório pretender, por um lado, que o julgador (juiz ou árbitro, são o mesmo na questão em exame) tenha que formular uma decisão apropriada do ponto de vista do método e do direito, mas, por outro, legitimar a priori um vício no raciocínio jurídico: isto é, obrigar o julgador a adotar, na sua decisão, o mais grave dos vícios, como aquele de aplicar uma norma incompatível com os valores supremos e extraordinários da Constituição" (IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. RARB 1/79).

Lei de Arbitragem, art. 2.º.

Lei de Arbitragem, art. 2.°, § 2.°.

Lei de Arbitragem, art. 2.°, § 1.°.

[&]quot;Nos termos do art. 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, pelo que, dispondo ele do iudicium, e podendo decidir de acordo com o direito ou com a equidade, pode afastar a aplicação de lei eventualmente inconstitucional, fazendo-o através de controle difuso, exercitando um poder que detém todo aquele que exerce poder jurisdicional, independentemente de ser um juízo estatal ou juízo arbitral. Nem teria sentido remeter ao juiz togado o exame da constitucionalidade da lei, como se fosse uma questão prejudicial, porque definitivamente não é, e, além disso, ela adquiriria, em tal circunstância, colorido de controle concentrado que nem o juiz togado, em primeira instância, pode exercitar" (ALVIM, J. E. Carreira. Direito arbitral cit., p. 31-32).

até porque não pode o julgador pretender aplicar o direito ao caso concreto de modo seletivo, desconsiderando a questão relevante que a ele se submete.⁸¹

Note-se que natureza cogente da norma (seja a de hierarquia constitucional, seja a que com ela se choca) não torna inarbitrável o direito controvertido no caso. ⁸² Ao examinar especificamente tal questão, Christophe Seraglini e Jérôme Ortscheidt esclarecem que os conceitos de indisponibilidade do direito e de ordem pública costumam ser confundidos e, por tal razão, aplicados erroneamente. Segundos os referidos autores, normas de ordem pública podem, e, na verdade, devem ser aplicadas pelos árbitros para decidir o mérito de uma disputa sem que isso transforme o direito subjetivo da parte em direito indisponível. Isso porque, enquanto a ordem pública assegura a observância do conteúdo de certos direitos, independente do foro no qual são controvertidos, a indisponibilidade atua para garantir o exercício individual de determinado direito, proibindo a prática de atos de disposição ou transação, salvo mediante a observância de determinada formalidade exigida na lei e mediante o controle exercido pelo Estado. ⁸³

Em razão da necessária distinção que se deve fazer entre a disponibilidade de um direito subjetivo e a natureza cogente de determinada norma integrante do direito objetivo aplicável, a Corte de Apelação de Paris decidiu, em um litígio envolvendo a aplicação, ao mérito do caso, de norma imperativa do direito da concorrência, que

[...] l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une règlementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux, [e que] l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public

"But on the other hand, as long as international adjudicators are mandated to apply the national law (which is after all something which *ex hypothesi* the relevant state insisted on when committing to international jurisdiction) they simply cannot do so selectively; the difficult questions are precisely the ones likely to be important." (PAULSSON, Jan. Ob. cit., p. 232).

"Decidir, para fins de exercício da função estatal de compor litígios, se uma regra de direito está conforme a Constituição, ou se a contraria, bem como fixar a extensão da incidência ou aplicabilidade da norma, constitui função jurisdicional, enquanto transigir é atuação negocial. Por isso, não se podem aplicar à primeira atividade quaisquer princípios da segunda, seja para proibila, seja para admitir seu desempenho" (BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil...* cit., p. 302).

international et dispose d'un pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle [...].⁸⁴

Na Itália, nos seus comentários ao art. 819 do Código de Processo Civil, 85 Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo esclarecem "che gli arbitri risolvono senza autorità di guidicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se riguardanti materie non compromettibili e salvo che la legge ne imponga la decisione con efficacia de giudicato. In base alla nuova disciplina, dunque, il potere di cognizione incidentalle delgli arbitri non incontra più ostacolo nel fatto che la questione preguidiziale riguardi situazini sostanziali no compromettibili", 86 para conferir uma competência amplissima aos árbitros para o julgamento de qualquer questão incidental no processo, ainda que tal questão, isoladamente considerada, não seja passível de solução por arbitragem.

A exemplo do que ocorre em outros sistemas, que, como o brasileiro, não restringem a cognição dos árbitros à interpretação e aplicação de normas meramente dispositivas, ⁸⁷ no regime da Lei de Arbitragem podem e devem os árbitros aplicar regras cogentes, o que torna arbitrável, *e.g.*, disputas relativas a relações trabalhistas, ⁸⁸ de consumo, ⁸⁹

[&]quot;Les notions d'indisponibilité d'un droit d'une part, et d'existence d'une règle d'ordre public régissant le fond du litige d'autre part, sont parfois confondues: le droit serait indisponible dès lors que des dispositions d'ordre public le régissent le fond. [...] Certaines règles d'ordre public peuvent régir le fond du litige sans pour autant rendre les droits litigieux indisponibles; à l'inverse, des droits peuvent être indisponibles alors qu'aucune règle d'ordre public ne les régit au fond. En fait, ces deux notions ne se situent pas sur le même plan [...]. L'indisponibilité est commandée par un souci de protection d'une personne. Et une règle d'ordre public "juridictionnel" va donc, pour garantir l'exercice de ses droits par cette personne, lui interdire d'y renoncer tant qu'ils ne sont pas acquis, voire tant que l'état de faiblesse n'a pas cessé, que les droits en cause soient ou non couverts au fond par une des dispositions d'ordre public. L'ordre public au fond vient, quant à lui, garantir le contenu de certains droits, sans pour autant interdire l'arbitrage; ils s'imposent même dans l'arbitrage, l'arbitre étant tenu de les mettre en œuvre" (Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrétien, 2013, § 106, p. 116).

Paris, 19 de maio de 1993, Labinal, Rev. Arb. 1993, p. 645, nota Ch. Jarrosson, *in* Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, ob. cit., § 110, p. 120.

[&]quot;Art. 819. Questioni pregiudiziali di merito. Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge."

⁸⁶ Commentario Breve al Diritto dell'Arbitrato Nazionale ed Internazionale. Padova: Cedam, 2010. p. 268.

Foi o que decidiu a Corte Superior de Justiça de Córdoba no citado caso Oscar S. Oliva vs. Disco S.A.: "Ello así, ni siquiera frente a normas autocalificadas de 'orden público'. Y es que el orden público de tal ley no es una materia en sí misma excluible de la competencia de los árbitros, sino una característica de ciertas normas cuya constatación debe hacer el intérprete que debe aplicarlas. Es decir, no existen dos clases de normas aplicables: las que pueden aplicar los árbitros y las que deben aplicar los jueces. Cuando el árbitro aplica y decide conforme a derecho, se entiende que debe aplicar toda la realidad jurídica en su conjunto – y por encima de todo – la Constitución. En su mérito, nada impide que los árbitros apliquen normas de orden público o que, por el contrario, consideren que las mismas no tienen ese carácter y que deben ceder ante otras …los árbitros no cumplirían con su cometido si no emitieran un laudo jurídicamente consistente, lo que sólo es posible si aplican al caso las normas relevantes de todo el orden jurídico, incluyendo sus normas de orden público, sometiéndolas eventualmente, a un test de constitucionalidad si lo planteanadecuadamentelaspartes..." (http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document. aspx?id=kli-ka-1251664#a0012).

Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo... cit., p. 42-44; e MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis. In: WALD, Arnoldo (Org.). Doutrinas essenciais: arbitragem e mediação. São Paulo: RT, 2014. v. II, p. 422.

⁸⁹ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67337/69947>. Acesso em: 6 jul. 2015; e CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo... cit., p. 52.

concorrencial⁹⁰ e ambiental,⁹¹ para ficar aqui apenas nos exemplos mais referidos pela doutrina nacional.

Tendo em vista que o árbitro, para julgar, deve interpretar e aplicar normas cogentes, se aplicáveis ao caso, ele não poderá, no exercício da jurisdição arbitral, desconsiderar a Lei Fundamental. Veja-se que a jurisdição dos árbitros nessa questão vai além da mera declaração de invalidade da norma, incluindo, também, a possibilidade de exame da compatibilidade constitucional dela com as regras de proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, como ensina Sergio Bermudes:

Convém acrescentar que, se o juízo arbitral tem poderes, como é inerente à sua função e foi explicado, para apreciar a questão da constitucionalidade de uma regra jurídica e deixar de aplicá-la, declarando-a inconstitucional, também pode, *a fortiori*, decidir pela inaplicabilidade da norma a uma determinada situação jurídica, não porque seja inconstitucional, mas por entender contida a sua eficácia, diante de um óbice criado pela própria Constituição. Assim, sem declarar inconstitucional a lei, ou mesmo a declarando constitucional, de modo explícito, podem o árbitro, ou árbitros deixar de aplicá-la, se a julgarem prejudicial ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, ou à coisa julgada. Em outras palavras, pode o juízo arbitral decidir que a eficácia da norma é contida, diante da garantia do inciso XXXVI do art. 5.º da Constituição e, por isso, deixar de aplicá-la a uma situação concreta. 92

Em artigo específico sobre o tema, Jan Paulsson assim se manifestou sobre o poder do árbitro para exercer o controle de constitucionalidade das leis:

Mandatory national law must under no circumstances be automatically equated with public policy. Otherwise the rule of law would indeed be nothing but rule by law. Laws themselves must be subject to the rule of law. A national law which declares itself to be mandatory achieves no greater status by doing so. To the contrary, self-aggrandizing attempts to announce explicitly that a legislative act or an executive order 'is a matter of public policy' may well raise suspicions that the law in question is improper at its

root – even as a non-mandatory law. A purported mandatory law – like any law – is not necessarily effective even on the national level. In all legal systems worthy of the name, courts may annul or disregard laws which violate the rule of law – often by their constitutional irregularity. International courts and tribunals must have at least equally great authority if their duty to apply the national law is to have its full meaning. ⁹³

Lembre-se de que esse controle não é mera faculdade que se concede aos árbitros. Tal como o juiz estatal, o árbitro não pode desconsiderar a questão relativa à constitucionalidade da lei suscitada pela parte, ou *ex officio*, e cuja apreciação seja essencial para o adequado julgamento da lide arbitral. Se ao julgador não se permite desconhecer a lei, e sendo a Constituição a lei suprema, os árbitros não se desoneram da sua missão de julgar sem a deliberação, direta e explícita, acerca do incidente de constitucionalidade da lei.⁹⁴

Logicamente, a interpretação do direito aplicável pressupõe que os árbitros julguem o caso em contemplação do que o ordenamento jurídico, representado pela jurisprudência e doutrina dominantes, 95 estabelece como solução adequada para o específico conflito de interesses, não lhes sendo lícito substituir o entendimento jurisprudencial consolidado, obsequioso da segurança jurídica, pelas suas próprias concepções individuais acerca da constitucionalidade da norma. 96

6. CONCLUSÕES

No âmbito da jurisdição arbitral, não havendo restrições decorrentes da outorga de jurisdição conferida pela convenção de arbitragem, nem impedimentos oriundos da indisponibilidade do direito controvertido, o árbitro julga como o juiz estatal, desincumbindose da sua missão mediante a prolação de sentença que aplica o direito ao caso concreto.

Em razão do princípio da supremacia da Constituição, não se pode exercer adequadamente a jurisdição com abstração das regras e princípios fundamentais do ordenamento

⁹⁰ CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de aplicação das normas do direito antitruste pelo juízo arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 335.

⁹¹ COUTO, Oscar Graça; CARVALHO, Monica Tavares de Campos V. de. Arbitragem e meio ambiente. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). *Arbitragem interna e internacional*: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 331.

BERMUDES, Sergio. *Direito processual civil...* cit., p. 302. No mesmo sentido, TIBURCIO, Carmem. Controle de constitucionalidade... cit., p. 173: "Seguindo este entendimento, em uma arbitragem com sede no Brasil e com aplicação da lei substantiva brasileira, o árbitro pode deixar de aplicar determinada lei por considerá-la inconstitucional, realizando o controle incidental. O árbitro aplica o direito brasileiro na sua integralidade e tem o dever de examinar a constitucionalidade da lei aplicável ao caso. [...]. 1. No caso da arbitragem doméstica: a) com aplicação da lei material brasileira – admite-se o controle pelo árbitro. 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".

⁹³ Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals cit., p. 224.

PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, Rio, 1975. t. VI, p. 55-56.

[&]quot;The creation of rules that are consistent and predictable is part of what Fuller calls the 'inner (or internal) morality of law.' When making law, decision makers have a moral obligation to strive for consistency and predictability, and thus to follow precedents. It may be debatable whether arbitrators have a legal obligation to follow precedents – probably not – but it seems well settled that they have a moral obligation to follow precedents so as to foster a normative environment that is predictable" (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitral Precedent: dream, necessity or excuse?. Arbitration International, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, v. 23, n. 3, p. 374, 2007).

Todavia, não é correto afirmar-se que o árbitro possui plena liberdade para ignorar decisões interpretativas do STF e suas súmulas vinculantes, principalmente pelo fato de que esses provimentos veiculam questões de direito constitucional cujo desatendimento, em regra, poderá acarretar a posterior anulação da sentença arbitral" (ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo*, v. 214, p. 271, dez. 2012).

jurídico. Se, para compor a lide arbitral, o julgador precisa optar entre aplicar a lei e ignorar a Constituição ou dar primazia a esta em detrimento da norma infraconstitucional, o conflito hierárquico se resolve, necessariamente, com a nímia observância da Carta Magna.

Para julgar a ação arbitral de acordo com o que estabelece o direito aplicável, o árbitro pode e deve afastar, como questão incidental ao julgamento do mérito, a norma inconstitucional no exercício do controle difuso de constitucionalidade. A decisão dos árbitros, no caso, possuirá eficácia apenas com relação às partes do processo.

Muito embora haja sistemas jurídicos nos quais se veda o exame da constitucionalidade da norma pelo árbitro, ou se condiciona o julgamento do incidente ao envio da questão ao juízo estatal, a jurisdição autônoma conferida aos árbitros pela convenção de arbitragem lhe permite resolver o conflito hierárquico de normas diretamente. Ao estabelecer que o árbitro é juiz de fato e de direito, o art. 18 da Lei de Arbitragem não apenas confere amplíssima jurisdição aos árbitros, como ainda lhes reconhece o poder para dizer "what the law is".97



ARBITRAGEM E FALÊNCIA

⁹⁷ Marbury vs Madison, 5 US 137 (1803).