

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÁRBITRO: VEDAÇÃOOU DEVER

1 Introdução

Com o crescimento do emprego da arbitragem¹, como forma de resolução de conflitos, algumas questões jurídicas merecem abordagem, entre elas a da possibilidade ou não da declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro, assunto que conta com poucos trabalhos doutrinários específicos².

Optamos pela divisão do desenvolvimento do trabalho em quatro partes, de modo que trataremos do ato inconstitucional e respectiva sanção; do controle de constitucionalidade nas suas duas modalidades: difuso e abstrato; da arbitragem; da declaração da inconstitucionalidade pelo árbitro, com as correntes existentes, adotando uma delas e externando as conclusões ao final.

O método dedutivo foi adotado, realizando a pesquisa bibliográfica e consistente na análise crítica sobre a doutrina nacional e estrangeira, visando consolidar entendimento para o desenvolvimento da problemática exposta.

2 Ato inconstitucional e sanção

Antes de tratarmos do objeto central deste estudo, algumas palavras são necessárias acerca da inconstitucionalidade e sua respectiva sanção. Cuida-se de vício que:

Não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é a consequência estabelecida pela Constituição para a sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade³.

Impende salientar que não há previsão expressa na Constituição da sanção cominada ao ato inconstitucional, o que caracteriza o princípio da nulidade⁴ como implícito⁵, sendo extraído do controle difuso de constitucionalidade⁶.

Na doutrina⁷ defende-se que a modalidade de controle de constitucionalidade adotada identifica a sanção:

O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparente de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos ab initio ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia erga omnes e não retroativas ou com retroatividade limitada⁸.

Canotilho concorda com os ensinamentos acima: "No caso do judicial review o

efeito típico é o da nulidade e não simples anulabilidade".⁹ E afirma: a sanção nulidade é típica do controle difuso. Convém lembrar que:

A sanção de nulidade é tida como a mais eficiente no que diz respeito à preservação da supremacia das normas constitucionais, por impedir o ingresso do ato legislativo no plano da eficácia desde o seu nascêdouro (*ab initio*), automaticamente (*pleno iure*).¹⁰

Acrescentamos que a Constituição Federal dispõe em cinco oportunidades¹¹ que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória e não podemos desprezar o termo empregado pelo Poder Constituinte Originário, já que não há palavras inúteis no texto da Lei Maior¹². Esse fundamento reforça a tese da nulidade do ato inconstitucional, considerando que segundo a doutrina as decisões declaratórias¹³ reconhecem atos nulos¹⁴, não anuláveis¹⁵.

Assim, pertence à tradição jurídica brasileira¹⁶ a teoria da nulidade da lei inconstitucional, fundada no aforismo pelo qual “inconstitucional statute is not law at all”¹⁷.

Firmou-se o dogma da nulidade da lei inconstitucional na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁸, conferindo-se à declaração de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc*. Como consequência, impõe-se o desfazimento no tempo de todos os atos passíveis de retroação que tiverem ocorrido durante a vigência do ato inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal entende que a apreciação da constitucionalidade do ato é matéria de ordem pública, tanto que o controle difuso deve ser exercido de ofício¹⁹ e não admite desistência da ação direta²⁰. Esse assunto será retomado, de forma mais detalhada, no item concernente à posição adotada neste estudo.

Verificada a premissa inicial no sentido da existência da sanção nulidade para a inconstitucionalidade no ordenamento pátrio, resta entrar no controle de constitucionalidade.

3 Controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade, no ordenamento pátrio, é híbrido²¹, existindo dois métodos ou sistemas de controle repressivo de constitucionalidade²²: o concentrado (ou reservado, ou via de ação, ou direto); e o difuso (ou aberto, ou via de exceção ou

defesa, ou descentralizado). Trataremos, brevemente, de cada um deles.

Antes, porém, da abordagem de cada espécie, necessário se faz destacar que não pode ser confundido o controle abstrato com concentrado, que são modalidades distintas.

No controle abstrato se faz presente a inexistência de partes, e pode ser instaurado “independentemente da demonstração da existência de um interesse jurídico específico”²³, configurando típico processo objetivo, cuja finalidade é a preservação da ordem jurídica. São ações do controle abstrato: a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Diversamente, o controle concentrado é exercido diretamente no Supremo Tribunal Federal²⁴, e nem sempre é abstrato, abrangendo: a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão; e a ação direta interventiva.

Conforme se pode verificar, a ação direta interventiva não pertence ao rol das ações do controle abstrato porque “não desencadeia um processo objetivo”²⁵, já que o “objeto do processo não é a declaração da inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas antes a solução de um conflito entre a União e o Estado-membro que pode desembocar numa intervenção”.²⁶

3.1 Controle difuso

A doutrina aponta a origem do controle difuso de constitucionalidade no direito americano, no julgamento do caso William Marbury vs James Madison. O Juiz da Suprema Corte John Marshall, em 1803, decidiu que na incompatibilidade entre a Lei e a Constituição, prevalece esta última.

Elival da Silva Ramos ressalta:

Antes mesmo de a Suprema Corte firmar entendimento favorável ao controle, o que somente aconteceu em 1803, no célebre caso ‘Marbury versus Madison’, os Tribunais Federais de Apelação (Cortes de Circuito) já declaravam que um ato legislativo em contraste com uma norma constitucional deve ser apartado e rechaçado por incompatibilidade.²⁷

Ronaldo Polletti acentua:

A Justiça do Estado de New Jersey, em 1780, declarou nula uma lei por contrariar ela a Constituição do Estado. Desde 1782, os juízes da Virgínia julgavam-se competentes para dizer da constitucionalidade das leis. Em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou lei pelo fato de ela colidir com os artigos da Confederação.²⁸

O controle difuso tem como característica a potencialidade de ser encetado por qualquer juiz ou tribunal, diante de um determinado caso concreto²⁹. Esse é o oposto do controle concentrado, no qual a fiscalização se concentra em um único órgão³⁰.

Impende ressaltar que não se pode confundir controle incidental com controle difuso. Há possibilidade de controle incidental no controle concentrado, por exemplo na Ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1/DF. Antes de abordar o mérito da ação (constitucionalidade ou não de determinada norma), o Supremo Tribunal Federal declarou, em sede de controle incidental, a constitucionalidade da ação declaratória (prevista por Emenda Constitucional)³¹, e somente depois apreciou o mérito.

No controle incidental “a inconstitucionalidade é suscitada incidentalmente em processo que tem por objeto uma questão diferente (a situação de vantagem alegada pelo autor), constituindo, na técnica processual, uma questão prejudicial, ou seja”³², “questão de direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo”³³, e que fará parte da motivação do decisum, em julgamento incidenter tantum. Tal modalidade

(controle incidental) difere do controle em via principal, no qual o “objeto do

processo é o próprio ato arguido de inconstitucional”³⁴.

Contudo, o controle difuso será sempre incidental³⁵, já que a questão principal não poderá ser a questão constitucional, sob pena de ausência de interesse de agir (ausência do requisito necessidade da tutela jurisdicional, para solucionar o mal alegado), manifestada pela inexistência de um caso concreto.

Interessante observar que no controle difuso são sindicáveis: a ação, ou seja, os atos normativos; e a omissão, isto é, a ausência de conduta positiva determinada pela Lei Maior. Temos controle difuso das omissões, além do mandado de injunção³⁶, em qualquer ação individual ou coletiva que se busca seja suprida uma omissão inconstitucional, como a questão incidental em ação civil pública com pedido principal diverso da declaração de inconstitucionalidade, mas uma sentença condenatória de fazer:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes³⁷

O controle difuso poderá, inclusive, ser exercido de ofício, consoante já decidiu o Pretório Excelso:

Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte³⁸.

Há precedente do Supremo que afastou o prequestionamento³⁹ (que decorre do art. 102, inciso III⁴⁰, da Constituição Federal), adotando a causa de pedir aberta no recurso extraordinário⁴¹, com fundamento em que cabe ao Supremo a guarda da Constituição (art. 102, caput da Constituição Federal). Essa tese foi consagrada pelo Código de Processo Civil de 2015 no artigo 1.034.

Em síntese, para o Pretório Excelso o controle difuso poderá ser exercido de ofício, no recurso extraordinário, sem observância do prequestionamento, já que ele é o guardião da supremacia. Nessa situação é aplicável o artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015 que prevê, em homenagem ao contraditório, verdadeira obrigação ao magistrado, sob pena de nulidade⁴²:

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Em todas as modalidades de controle de constitucionalidade a motivação da declaração de inconstitucionalidade é imprescindível, ante a exigência inscrita no artigo 93, inciso IX⁴³, da Constituição Federal, como é cediço.

Geraldo Ataliba, acerca do dever de motivar o julgamento no controle difuso, preleciona: “para que a decisão judicial não pareça arbitrária – ela não é, mas para que não pareça

– então tenho que dizer: ‘eu declaro esta lei inconstitucional, por isso não a aplico’”⁴⁴, afastando, desta forma, a presunção de constitucionalidade da lei.

A importância do controle difuso é acentuada por José Afonso da Silva, o qual esclarece que somente o controle concentrado “não seria suficiente para a organização de um sistema eficaz de proteção aos direitos humanos, pois tal competência” já cabia ao Supremo Tribunal Federal, “no regime das Constituições anteriores, e não raro, lamentavelmente, suas decisões sustentaram o arbítrio do regime militar”.⁴⁵

Marcelo Figueiredo leciona:

A grande virtude do controle difuso de constitucionalidade está exatamente na sua coerência e simplicidade. A possibilidade de qualquer juiz negar aplicação à lei ordinária que confronte a constituição é admirável. Possibilita que todo o Judiciário analise e confronte a constitucionalidade da lei e dos demais atos normativos.⁴⁶

O controle difuso pode ser exercido em qualquer ação, até os instrumentos da chamada “jurisdição constitucional da liberdade”⁴⁷, que são “meios processuais constitucionais que objetivam o amparo dos direitos humanos”⁴⁸; ou em ação de competência originária, por exemplo, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus, ação originária (por exemplo as previstas no art. 102, I, alíneas e, f e n).

3.2 Controle abstrato

No controle abstrato de constitucionalidade, diferentemente, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo⁴⁹ em tese, nesse caso por ação ou por omissão⁵⁰, independentemente da existência de uma lide. Já nessa via de controle, o próprio pedido da ação intentada será a inconstitucionalidade do ato, que deverá ser declarada no dispositivo da decisão, em julgamento principaliter.

Os processos de controle abstrato têm a natureza objetiva. Não têm partes e “podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico”.⁵¹ Diversamente do controle concreto⁵², no qual devem “existir dois sujeitos que discutam sobre direitos subjetivos”.⁵³

No controle abstrato temos: a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade por ação e omissão⁵⁴; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental autônoma. Considerando-se que não constitui o objeto principal do presente, não teceremos considerações sobre essas ações⁵⁵.

4 Arbitragem

Antes de entrarmos diretamente no ponto central deste trabalho, necessárias são algumas considerações acerca da arbitragem.

Um dos maiores desafios, após a vigência da Constituição de 1988, constitui a celeridade na prestação jurisdicional⁵⁶, lembrando que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, conforme salientava Rui Barbosa⁵⁷. Nesse contexto da necessidade de criar um mecanismo de solução de lides, mais célere⁵⁸ do que o Judiciário⁵⁹, surgiu em 1996, no direito pátrio⁶⁰, a arbitragem⁶¹, que prevê vantajosa⁶² modalidade alternativa de solução de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, por meio da participação de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem poderes de uma convenção de arbitragem, decidindo com fundamento nesta, sem participação estatal, certo que a decisão tem os mesmos atributos de uma sentença judicial.

A Lei de Arbitragem prevê expressamente que "o árbitro é juiz de fato e de direito" (art. 18 da Lei 9.307/1996). Essa previsão da atividade do árbitro remonta, no Brasil, a 1850 no art. 457 do Regulamento 737: "os árbitros julgarão de facto e de direito, conforme a legislação commercial (Cap. I do Tit. I) e clausulas do compromisso" e foi reiterada:

- i) No art. 1.041 do CC/1916: "os árbitros são juízes de fato e de direito, não sendo sujeito seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes"; e
- ii) No art. 1.078, do Código de Processo Civil de 1973 (revogado pela Lei de Arbitragem): "o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes".

Portanto, neste trabalho é adotada a tese no sentido de que o legislador, ao expressar que o "árbitro é juiz de fato e de direito" (art. 18 da Lei 9.307/1996), acolheu a natureza jurisdicional da arbitragem⁶³:

Cabe acrescentar que os impedimentos e suspeições previstos para os juízes no Código de Processo Civil são aplicáveis aos árbitros (art. 14, caput, da Lei da Arbitragem), corroborando a natureza jurisdicional da arbitragem⁶⁴.

Ademais, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31 da Lei da Arbitragem), configura título executivo judicial (art. 515, VII do Código de Processo Civil de 2015⁶⁵ e art. 31, da Lei da Arbitragem), sujeito a impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do art. 525 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, conforme prevê o art. 33, § 3º da Lei de Arbitragem.

Acrescentamos que o Código de Processo Civil equiparou a carta arbitral⁶⁶ à carta precatória feita pelo juiz (arts. 237, IV, 260 e 267), corroborando a natureza jurisdicional da arbitragem, defendida por Cornelutti⁶⁷.

5 Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro

Definida a natureza jurisdicional da arbitragem, resta ingressar no tema específico do presente estudo, qual seja, se constitui dever ou faculdade do árbitro a declaração de inconstitucionalidade, mesmo na arbitragem com fundamento na equidade⁶⁸, a qual os árbitros decidirão de acordo com o que lhes pareça mais justo, razoável ou equânime.

5.1 Dever de o árbitro declarar a inconstitucionalidade

Os adeptos dessa corrente fundamentam sua tese no sentido de que o árbitro é juiz de fato e de direito e, como tal, deverá⁶⁹ apreciar, de forma incidental, a constitucionalidade⁷⁰, nesse sentido Nelson Nery Júnior:

Ressalta-se que o controle da constitucionalidade das leis pode ser feito pelo juiz estatal e pelo árbitro, incidenter tantum, valendo apenas para o caso concreto. O que árbitro não possui em abstrato sobre a constitucionalidade de lei, porque neste caso a decisão teria eficácia erga omnes, transcendendo os limites do compromisso, restrito às partes⁷¹

No sentido da possibilidade de o árbitro declarar a inconstitucionalidade de forma

incidental, no exercício do controle difuso são as lições de Eduardo Albuquerque Parente:

Essa atividade de verificação da ordem constitucional de maneira difusa é inerente à atividade jurisdicional, da qual o árbitro não escapa. A análise, por ser difusa, ocorre incidenter tantum. A inconstitucionalidade sempre surgirá como questão de direito controvertida. O árbitro a apreciará nas razões de decidir sobre determinado pedido⁷²

Da mesma forma, Georges Abboud salienta que o árbitro exerce função jurisdicional e, ao se deparar com a situação de inconstitucionalidade, deverá realizar o controle difuso de constitucionalidade⁷³, mesmo nas arbitragens por equidade, já que os “dispositivos constitucionais são, por excelência, matérias de ordem pública”⁷⁴.

Essa corrente é aceita pela doutrina majoritária argentina:

De qualquer modo, a solução majoritária aceita que os árbitros não só possam decidir sobre a constitucionalidade de uma lei, senão que, devido ao sistema de controle de constitucionalidade difuso imperante na Argentina, estão obrigados a fazê-lo⁷⁵.

Convém salientar que a ordem pública⁷⁶ deverá ser respeitada em toda e qualquer arbitragem (art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem) e a homologação para execução de sentença arbitral estrangeira será denegada pelo Superior Tribunal de Justiça se a decisão ofende a ordem pública nacional (art. 39, II da Lei de Arbitragem)⁷⁷.

5.2 Vedações ao árbitro de declarar a inconstitucionalidade

A corrente que defende a existência de vedações ao árbitro de declarar a inconstitucionalidade tem repercussão em outros países, não repercutindo entre os doutrinadores brasileiros.

No direito francês, que tem como característica um controle concentrado⁷⁸, apenas ao árbitro é vedado decidir sobre a inconstitucionalidade⁷⁹, bem como é vedado encaminhar o incidente de controle da constitucionalidade ao Conselho Constitucional⁸⁰:

Os árbitros não pertencem ao órgão jurisdicional nacional e, como tal, não estão sob a autoridade de nenhum estado. O resultado lógico é que eles não podem solicitar ao Conselho Constitucional a indicação sobre a conformidade das disposições estatutárias com o direito constitucional francês.

Já na Itália, também aderiu ao controle concentrado exclusivo, a Suprema Corte⁸¹ admitiu que o árbitro remetesse a questão àquela Corte, tal como um juiz de direito, mas persiste a vedação ao árbitro em declarar a inconstitucionalidade.

Ana Carolina Weber⁸² comenta precedente da Corte Constitucional Italiana⁸³, que não se aplica ao nosso sistema jurídico, diante do sistema de controle concentrado exclusivo lá adotado:

Desta feita, o que a Corte Constitucional italiana consagrou foi a exata equiparação dos árbitros aos juízes de direito, permitindo aos primeiros, nos moldes do sistema italiano, suspender o procedimento arbitral para ter eventual questão constitucional decidida por aquela Corte.

Entretanto, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não é idêntico ao italiano. No Brasil, vigem, com as suas particularidades, tanto o sistema do controle concentrado como do controle difuso de constitucionalidade. Assim, os juízes brasileiros não possuem o mesmo dever dos juízes italianos.

Concluindo:

Acrescente-se, ainda, que, no caso brasileiro, não se poderia aplicar, anteriormente mencionado precedente da Corte Constitucional Italiana. A Constituição brasileira assentou que somente terão legitimidade para promover o controle concentrado de constitucionalidade aqueles que se encontram elencados no artigo 103, dentre os quais não se incluem o juiz togado de primeira instância, nem os árbitros.

Apesar de o sistema brasileiro apresentar a modalidade concentrada do controle de constitucionalidade, ela não foi estruturada nos mesmos moldes do controle exercido pela Corte Constitucional Italiana.

Portanto, os doutrinadores estrangeiros adeptos da tese que veda aos árbitros a declaração de inconstitucionalidade baseiam-se em sistemas jurídicos distintos do brasileiro, que adotam o controle concentrado de constitucionalidade exclusivo⁸⁴, razão pela qual esta tese não encontra defensores no Brasil, já que a adoção de institutos estrangeiros deve se adequar ao nosso sistema constitucional, tal como alertava Saulo Ramos⁸⁵, evitando-se a importação de teorias, conceitos, princípios e regras⁸⁶.

5.3 Posição adotada

Reiteramos que não temos dúvida de que o árbitro atua como juiz (tal como concluímos no item 3), e acrescentamos que figura entre os seus deveres a declaração de inconstitucionalidade, tal como o juiz no controle difuso.

Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de que a supremacia da Lei Maior seja desconsiderada por quem detém o poder de aplicar o Direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica.

Canotilho corrobora a afirmação acima: “É nesta supremacia normativa da lei constitucional que o ‘primado do direito’ do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão”⁸⁷.

Portanto, a supremacia da Lei Maior é inafastável, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Sabemos que a supremacia da ordem constitucional traduz princípio essencial que deriva, em nosso sistema de direito positivo, do caráter eminentemente rígido de que serevestem as normas inscritas no estatuto fundamental.

Nesse contexto, em que a autoridade normativa da Constituição assume decisivo poder de ordenação e de conformação da atividade estatal – que nela passa a ter o fundamento de sua própria existência, validade e eficácia –, nenhum ato de Governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) poderá contrariar-lhe os princípios ou transgredir-lhe os preceitos, sob pena de o comportamento dos órgãos do Estado incidir em absoluta desvalia jurídica.⁸⁸

José Maria Roca Martínez aponta que os árbitros são encarregados de proferirem a

decisão em conformidade com o ordenamento jurídico e, em consequência, à Constituição. Essa lição se aplica, também, ao árbitro que julga por equidade, que se encontra “igualmente submetido aos princípios constitucionais”⁸⁹.

Visando a assegurar a supremacia do Texto Fundamental, temos o controle de constitucionalidade que:

É o corolário lógico da supremacia constitucional, seu instrumento necessário, o requisito para que a superioridade constitucional não se transforme em preceito moralmente platônico e a Constituição em simples programa político, moralmente obrigatório, um repositório de bons conselhos, para uso esporádico ou intermitente do legislador, que lhe pode vibrar, impunemente, golpes que a retalham e desfiguram.⁹⁰

Verificada a importância do princípio da supremacia da Constituição como uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito adotado pela Constituição de 1988, importante reiterar que não há previsão expressa na Constituição da sanção cominada ao ato inconstitucional, o que caracteriza o princípio da nulidade como implícito⁹¹, extraído do controle difuso de constitucionalidade e das previsões na Constituição Federal que estabelecem que a inconstitucionalidade é reconhecida por decisão declaratória, reafirmando a nulidade do ato inconstitucional.

Entendemos que o “princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional”⁹² e, segundo a doutrina, foi preservada “a orientação que considera nula ipso jure e ex tunc a lei inconstitucional”.⁹³

Convém repetir que o controle de constitucionalidade do ato é matéria de ordem pública⁹⁴, segundo o Supremo Tribunal Federal, tanto que o controle difuso deve ser exercido de ofício⁹⁵ e não se admite a desistência da ação direta de inconstitucionalidade⁹⁶.

No sentido de que o controle de constitucionalidade é matéria de ordem pública, Osiris Vargas Pellanda afirma:

Violar uma norma constitucional é, em última análise, violar a ordem pública, uma vez que é na Constituição que se encontram os princípios e regras que refletem os valores mais importantes para uma nação.

O Código Bustamante – código de direito internacional privado resultante de tratado internacional do qual o Brasil é Estado-partes – estabelece em seus arts. 4º e 5º quais as normas que por natureza são consideradas de ordem pública, e inclui entre estas as administrativas e políticas de proteção individual e coletiva, bem como as constitucionais. Carla Pinheiro⁹⁷ afirma que a noção de ordem pública se ajusta à noção

mesma de direitos fundamentais, uma vez que se trata de um reflexo da ordem social na qual o que lhe é essencial à sua existência e à manutenção do bem-estar e da paz social⁹⁸.

Há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as normas constitucionais são matéria de ordem pública⁹⁹. Da mesma forma ensina Maria Helena Diniz¹⁰⁰.

O Código de Direito Internacional Privado, aprovado na Sexta Conferência Internacional Americana pela Convenção de Havana em 20.02.1928, ratificado pelo

Brasil, e introduzido no direito positivo interno brasileiro por Resolução do Congresso Nacional, aprovada pelo Decreto 5.647, de 08.01.1929, e cuja execução é determinada pelo Decreto 18.871, de 13.08.1929, contém disposição com o seguinte teor: "Art. 4º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional". (redação original)

Ana Luiza Nery sintetiza de forma lapidar o que se entende por ordem pública:

Examinar a ordem pública é atentar aos aspectos relativos à constitucionalidade do ato ou negócio, que engloba matérias como as garantias constitucionais, a forma federativa do Estado, o Estado Democrático de Direito, a sociedade pluralista, ou seja, aspectos jurídicos cuja violação descharacterizaria o próprio modelo de organização de valores determinados pela Constituição Federal¹⁰¹

Conclui Ana Luiza Nery:

" Em nenhuma hipótese é admissível decisão arbitral contra constitutionem, na medida em que os dispositivos constitucionais são, por excelência, matérias de ordem pública¹⁰²"

No sentido da obrigatoriedade da observância da ordem pública, dentre elas as normas constitucionais, pelo árbitro são as lições de Carmem Tiburcio:

Note-se, porém, que a Lei de Arbitragem brasileira parece exigir também a observância da ordem pública brasileira, caso a arbitragem tenha sede no Brasil. Isso é o que determina o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem: 'Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública'. Por outro lado, o art. 32 da LA, ao enumerar os fundamentos para a nulidade do laudo, não inclui expressamente a contrariedade à ordem pública brasileira.

Em virtude do referido dispositivo legal (art. 2º, §1º LA), pode-se afirmar que o árbitro no Brasil também deve respeitar a ordem pública brasileira, o que significa dizer que o árbitro deve verificar a adequação da lei estrangeira aos princípios fundamentais da Constituição brasileira¹⁰³.

Fixada esta premissa no sentido de que o controle de constitucionalidade constitui dever do árbitro, caracterizando-se entre as matérias de ordem pública, resta apreciar as consequências do descumprimento de tal dever.

A decisão proferida em arbitragem que contraria a Constituição, aplicando ato inconstitucional, isto é, sem a realização do imprescindível controle de constitucionalidade, é nula, já que essa é a sanção cominada ao ato inconstitucional. Essa previsão decorre diretamente da Lei Maior, prescindindo qualquer previsão na Lei de Arbitragem, mas que merece abordagem, visando à apreciação de todos os fundamentos possíveis em defesa da posição ora adotada.

Embora a Lei de Arbitragem preveja que as partes poderão "escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública" (art. 2º, § 1º), não consta a violação à ordem pública no rol das hipóteses que ensejam a nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei em comento).

Temos que o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando elenca as hipóteses que

ensejam a nulidade da arbitragem, comporta interpretação sistemática¹⁰⁴, acrescentando a violação à ordem pública (art. 2º, § 1º da Lei 9.307/96), como fundamento para a nulidade da sentença arbitral, já que não existem na Lei palavras inúteis¹⁰⁵, não podendo o intérprete desprezar o texto da Lei que veda a violação à ordem pública pela decisão do árbitro, que será preservada com a declaração de inconstitucionalidade. Por conseguinte, nessa hipótese cabível a ação de nulidade da sentença arbitral¹⁰⁶, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem, conforme lecionam Carlos Alberto Carmona¹⁰⁷ e Cândido Rangel Dinamarco¹⁰⁸.

Corroborando a tese ora defendida, acrescentamos que a homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional (art. 39, II da Lei de Arbitragem¹⁰⁹).

Carlos Alberto Carmona conclui sobre o tema:

Concluo que não teria cabimento que o legislador se preocupasse em repelir ataques à ordem pública vindos de laudos proferidos no exterior, mantendo aberto o flanco às sentenças arbitrais nacionais (...)

O sistema arbitral brasileiro é coerente, de modo que tanto as sentenças arbitrais nacionais quanto as sentenças arbitrais estrangeiras estão sujeitas à mesma condição geral de validade, qual seja, não atentar contra a ordem pública¹¹⁰

Portanto, tanto a arbitragem internacional como a nacional não podem ofender a ordem pública nacional, conforme os artigos 39, II e 2º, § 1º, da Lei 9.307/96, motivo pelo qual deve o árbitro, seja na arbitragem nacional, seja na arbitragem internacional¹¹¹, exercer o controle de constitucionalidade, evitando que a decisão aplique norma inconstitucional, o que acarretará na nulidade, passível de declaração via de ação de nulidade da sentença arbitral, prevista no art. 33 da Lei de Arbitragem.

6 Conclusão

O árbitro atua como juiz, de modo que como o juiz de direito em sede de controle difuso, tem o dever de declarar a inconstitucionalidade. Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a possibilidade de que a supremacia da Lei Maior seja desconsiderada por quem detém, em substituição ao magistrado, o poder de aplicar o Direito, em manifesto prejuízo à segurança jurídica.

Não declarada a inconstitucionalidade pelo árbitro, temos uma sentença que também será inconstitucional, portanto nula, como todo ato inconstitucional.

Embora a Lei de Arbitragem preveja que as partes poderão “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública” (art. 2º, § 1º), não consta a violação à ordem pública no rol das hipóteses que ensejam a nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei em comento).

O rol do art. 32 da Lei de Arbitragem, quando elenca as hipóteses que ensejam a nulidade da arbitragem, comporta interpretação sistemática, acrescentando a violação à ordem pública (art. 2º, § 1º da Lei 9.307/96), como fundamento para a nulidade da sentença arbitral, já que não existem na Lei palavras inúteis, não podendo o intérprete desprezar o texto da Lei que veda a violação à ordem pública pela decisão do árbitro, que será preservada com a declaração de

inconstitucionalidade. Por conseguinte, nessa hipótese cabível a ação de nulidade da sentença arbitral, prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem.

7 Referências

- ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ARROYO, Diego P. Fernández, e VETULLI, Ezequiel H. Certezas e dúvidas sobre o novo direito arbitral argentino. RBA n. 49. Jan.-mar. 2016.
- ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro, v. I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA, Rui. Oração aos Moços, Obras Completas de Rui Barbosa, v. 48, t. 2, 1921.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. O Incidente de Inconstitucionalidade: Matéria Jurídica. Revista Jurídica Virtual, n. 27, ago. 2001, site: [\[www.planalto.gov.br/ccivil/03/revista/Rev27/Revista27.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/revista/Rev27/Revista27.htm).
- BERNARDES, Juliano Taveira Bernardes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional, T. I, 2017, Salvador: Editora Juspodivm, 7. ed.
- BERNARDES, Juliano Taveira. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Revista Jurídica Virtual, Brasília, n. 08, jan. 2000, site: [\[www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev08/arg/descump/Juliano.htm\]](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev08/arg/descump/Juliano.htm).
- BIANCHI, Roberto A., Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad, Rev. JA 2003-IV-75.
- BIENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BUZAID, Alfredo. Do juízo arbitral. Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v. 1, p. 635. set. 2014.
- CAIVANO, Roque J. Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje. Revista Peruana de Arbitraje, p. 107-153. Lima, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada . 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIDIER JR, Fredie. e outros. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos

efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 2.

DINARMARCO, Cândido. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6. ed. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de constitucionalidade e seus feitos. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GARCIA, Maria. Arguição de Descumprimento: direito do cidadão. Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Internacional. Ano 8, n. 32, p. 99-106, jul.-set.2000.

GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. RBA 5/10-12.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado “efeito vinculante”. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16.

GRIMBERG, Carl. História Universal: O império das pirâmides. Trad. de Jorge B. de Macedo, v. 2, São Paulo: Azul.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle da constitucionalidade. Revista Forense, v. 341.

HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 40, p. 181-192. jan-mar. 2014.

IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 1, p. 79-87. jan.-abr. 2004.

KLEIMAN, Elie; SALEH, Shaparak. Arbitrators Cannot Seek a Ruling on The Constitutionality of Statutory Provisions, Newsletters, International Law Office. Disponível em: [\[www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/France/Freshfields-Bruckhaus-Deringer-L\]](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/France/Freshfields-Bruckhaus-Deringer-L)

.

LEMES, Selma. Arbitragem em Números e Valores, site: [http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20%20e%20

LIMA, Géron Marques de. O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

MARTÍNEZ, José María Roca. Arbitraje e Instituciones Arbitrales. Barcelona, J. M. BoschEd., 1992.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo. São Paulo, v. 97, p. 241-250. jan.-mar. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (coords.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 7. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MAYER, Pierre. L'arbitre international et la hiérarchie des normes, Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage n. 2, 2011.

MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de ofício em grau recursal. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Anteprojeto de lei sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 7, n. 29, p. 24-36, out.-dez. 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Revista Jurídica Virtual, n. 4, ago. 1999, site: [www.planalto.gov.br/ccivil/revista/rev04/efeitovinculante.htm].

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Controle Concentrado de Constitucionalidade – Comentários à Lei n. 9.868 de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

- MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional. 2. ed. Coimbra, 1983.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOORE, Blaine Free. The Supreme Court and unconstitutional legislation. In: Studies in History, Economics and Public Law, v. LIV, n. 2.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, t. I, 2002.
- MORELLO, Augusto. “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”. ED 198-467, 2002.
- NAON, Horatio A. Grigera. Arbitration and Latin America. In: LEW, Julian; MISTELIS, Loukas. Arbitration insights: twenty years of the annual lecture of the school of international arbitration. 2007.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 10º, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012.
- POLLETI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos Tribunais Superiores. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 13, p. 148-162. Jan. –mar. 1996.
- ROGIERO, Nuno. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. A constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade, Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SEGALL, Pedro Machado; ZOUARI, Thomas. Autonomia do procedimento arbitral em relação ao ordenamento estatal – a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo árbitro. Comentários à decisão 804 du 28 juin 2011 (11-40.030) da corte de cassação francesa. Revista de Arbitragem e

Mediação. São Paulo, v. 33, p. 435-444. abr.-jun. 2012.

SHERMAN, Marcus, Complex litigation, St. Paul (Minn.), West Publ., 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v.13-15.

SILVA, José Afonso da. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: Evolução histórica e direito atual. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, setembro de 1998.

SILVA, José de Anchieta da. A súmula do efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Vírgilio Afonso da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In: Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

TAVARES, André Ramos. Súmula de Efeito Vinculante, As tendências do direito público no limiar de um novo milênio. São Paulo: Saraiva, 2000.

TAVARES, André Ramos. Tratado da arguição de preceito constitucional fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9882/99). São Paulo: Saraiva, 2001.

TAVARES, André Ramos. Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). Arguição de Descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei n. 9882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TIBURCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266.

VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral. Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco, V. I, nº 4 (jul. dez./2008), ano III

ZAVASCKI, Teori Albino Zavascki. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

1 Segundo pesquisa concluída em abril de 2017 pela advogada Selma Lemes, autoridade em arbitragem, na doutrina e na prática: “Em 2010, o número de arbitragens nas 6 câmaras pesquisadas era de 128 novos casos. Em 2016, foram 249 novas arbitragens, o que representa um aumento de quase 95% no número de procedimentos novos entrantes”. Há tendência de aumento das arbitragens, inclusive com a Administração Pública: “Em 2016 houve 20 novos casos de arbitragens envolvendo a Administração Pública Direta ou Indireta em cinco das seis Câmaras pesquisadas (CAMARB, CAM-CCBC, CAMFIESP/CIESP, CAM-BOVESPA e CAM-FGV). Já no que se refere às arbitragens em curso em 2016, com a Administração Pública, foram 55 casos. Considerando que em 2016 o número total de arbitragens sendo processadas era de 609 casos, pode-se dizer que quase 9% (9,03%) dessas arbitragens tiveram em um dos polos a Administração Pública. Esse percentual provavelmente tenderá a subir nos próximos anos, haja vista a previsão expressa na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96 alterada pela Lei 13.129/2015) acerca de arbitragem com a Administração Pública nos contratos de PPP, concessões emergentes e a Parceria Pública de Investimento – PPI (Lei 13.334/2016 e MP 752/2016) conforme site:

[<http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20%20e%20> “Em 2005, primeiro ano em que foi realizada a pesquisa ‘Arbitragem em números e

valores’, o levantamento mostrou que as cinco maiores câmaras do país cuidavam de 21 arbitragens sobre assuntos do dia a dia das empresas, como contratos de compra e venda de equipamentos e seguros, em disputas que envolviam pouco mais de R\$ 247 milhões. Em 2013, nessas mesmas câmaras discutiu-se cerca de R\$ 3 bilhões em 147 processos arbitrais. Os temas debatidos, hoje bem mais complexos, tratam principalmente de questões sobre disputas societárias e contratos de infraestrutura”, Jornal Valor Econômico, 27 de janeiro de 2014, site: [www.valor.com.br/legislacao/3407430/arbitragens-envolveram-r-3-bilhoes-em-2013].

2 Nesse sentido: TIBURCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266. p. 167-186, maio/ago. 2014. p. 173. Da mesma forma salientam: SEGALL, Pedro Machado; ZOUARI, Thomas. Autonomia do procedimento arbitral em relação ao ordenamento estatal – a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma pelo árbitro. Comentários à decisão 804 du 28 juin 2011 (11-40.030) da corte de cassação francesa. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 33. abr.-jun. 2012. p. 435; e IUDICA, Giovanni. Arbitragem e questões relativas à constitucionalidade. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 1. jan.-abr. 2004. p. 79.

3 RAMOS, Elival da Silva. A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 63-64.

4 Adotamos a lição do professor Celso Ribeiro Bastos que “toda a norma infringente da Constituição é nula” (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. p. 389). Nomesmo sentido é o entendimento do STF: RE-93173/SP,

Relator Min. Firmino Paz, Julgamento 15/06/1982 – 2^a Turma; RE-56192/RN, Relator(a) Min. Cândido Motta, Julgamento 23/03/1965 – Primeira Turma (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Disponível em:

[www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;re:1982-06-15;93173-1].

Acesso em: 15.11.2016). ADIMC-1434/SP Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar, Relator Min. Celso de Mello; Julgamento 20/08/1996 – Tribunal Pleno;

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347055>.

Acesso em: 15.11.2016).

5 Não se pode olvidar que entre os princípios implícitos e os expressos “não se pode falar em supremacia”. É dizer, ambos retiram fundamento de validade do mesmo texto jurídico, segundo lição de Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva.p. 90).

6 “O sistema de controle de constitucionalidade funciona como critério identificador da sanção de inconstitucionalidade acolhida pelo ordenamento. Assim, a sanção de nulidade exige a presença do controle via incidental, apresentando a decisão que constata a incidência da sanção aparente de uma retroatividade radical, por redundar na negativa de efeitos ab initio ao ato impugnado. Já a sanção de anulabilidade aparece necessariamente associada ao controle concentrado, em que se produzam decisões anulatórias com eficácia erga omnes e não-retroativas ou com retroatividade limitada” (RAMOS, Elival Silva. *A inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94). Canotilho concorda com os ensinamentos acima: “No caso do judicial review o efeito típico é o da nulidade e não simples anulabilidade” (op. cit., p. 875). Vale lembrar que o ordenamento constitucional pátrio adotou o sistema híbrido ou misto, isto é, temos o controle difuso e concentrado.

7 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit. p.

94.8 Ibidem, p. 94.

9 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina. p.875.

10 RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 128.

11 Constituição Federal: Artigo 52, X – “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”; e 103,

§ 2º “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”; e Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípua mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:...b) declarar a inconstitucionalidade de

tratado ou lei federal"; e Art. 97. "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da

República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988.

12 Lembramos que na Constituição não há palavras inúteis, já que aplicável a lição de Carlos Maximiliano: "interpretarem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa". (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 7. ed., São Paulo: Editora Livraria Freitas Bastos S/A, 1961.p. 312).

13 "O processo meramente declaratório visa apenas à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica". (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994.p. 302). Entendemos que é aplicável o conceito acima aos processos de controle abstrato, já que a constitucionalidade é uma relação jurídica.

14 Canotilho aponta: "Fala-se em efeito declarativo quando a entidade controlante se limita a declarar a nulidade pré-existente do acto normativo. O acto normativo é absolutamente nulo (null and void) e, por isso, o juiz ou qualquer outro órgão de controlo 'limita-se' a reconhecer declarativamente a sua nulidade. É o regime típico do controle difuso" (op. cit., p. 875).

15 Sobre o tema vide FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Controle de Constitucionalidade e seus efeitos. Salvador: Juspodvim, 2016, 3. ed. Walber de MouraAgra afirma que em alguns casos a decisão de inconstitucionalidade é constitutivo-negativa, "tornando-se o ato inconstitucional por vontade do Poder Judiciário, dimensionando-se o STF como um órgão legislativo negativo" (AGRA, Walberde Moura. Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 495).

16 BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do executivo. In: Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 70.

17 Westel Woodbury Willoughby. The Constitutional Law of the United States. New York, 1910, v. 1, p. 9/10. Vale observar que consolidação do controle de constitucionalidade atribuiu-se à decisão proferida no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803: "Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como os outros atos, é alterável quando à legislatura aprouver alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se a última é verdadeira, então as Constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza ilimitável". Afirma ainda Cappelletti que "se é verdadeiro que hoje todas as constituições modernas do mundo ocidental tendem já a afirmar o seu caráter de constituições rígidas e não mais flexíveis, é também verdadeiro, no entanto que este movimento, de importância fundamental e de alcance universal, foi efetivamente, iniciado pela Constituição norte-americana de 1787 e pela corajosa jurisprudência que se

aplicou" (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 47-48).

18 Vide notas de rodapé 15 e 17 citando os autores e precedentes que acolheram o dogma da nulidade do ato constitucional.

19 "Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a constitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte", STF Pleno, Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 219.934-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Informativo 365: "Concurso Público. Ressalva.

Nomeação para cargo em comissão. Décimos da diferença entre remuneração do cargo de que seja titular o servidor e do cargo em função ocupado.

Inconstitucionalidade. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação", como exceção à exigência de

concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação "a qualquer título" de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do seu ADCT, tão só, à expressão, 'a qualquer título', constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente".

20 STF: ADI 892 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 27.10.1994, DJ 07.11.1997 PP-57230 EMENT VOL-01890-01 PP-00057; ADI 1971,

Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 01.08.2001, publicado em DJ 14.08.2001 PP-00229. Na doutrina vide: André Ramos Tavares, *Tratado da arguição de preceito fundamental*, op. cit., p. 356.

21 VELOSO, Zeno, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, p. 34.

22 O objeto desse controle pelo Judiciário são leis, ou atos normativos ou atos do poder público já editados. Vale lembrar que a doutrina trata do controle preventivo de constitucionalidade e dos órgãos controladores.

23 MENDES, Gilmar Ferreira, *A Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53.

24 Com exceção da Ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual prevista no artigo 125, da Constituição Federal: "Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição" ... "§ 2º Cabe

aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, vedada a atribuição da legitimidade para agir a um único órgão”.

25 CLÈVE, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 128.

26 Ibidem, p. 129.

27 A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção, São Paulo: Saraiva, 1994. p. 103. Nanota de rodapé n. 223, o citado autor afirma: “Ghiglani menciona decisão de uma Corte Federal de Circuito datada de 1795 e relatada pelo Juiz Patterson, que à época também fazia parte da Suprema Corte”, acrescentando outras decisões anteriores como no caso “Ware v. Hylton”, no qual uma lei do Estado da Virgínia tinha sido declarada inconstitucional, p. 104, nota de rodapé 228.

28 Controle da Constitucionalidade das leis, Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 36. Sobre o assunto vide Blaine Free Moore, *The Supreme Court and unconstitutional legislation, Studies in History, Economics and Public Law*, Volume LIV, number 2, p. 13.

29 Na doutrina há quem defenda a tese da inidoneidade da ação civil pública como instrumento do controle difuso de constitucionalidade, “seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais”, conforme leciona MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 356; da mesma forma

entendeu o Supremo Tribunal Federal Reclamação n. 633-6/SP – Rel. Min. Francisco Rezek, Diário da Justiça, Seção I, 23 de setembro de 1996. p. 34945. Admitiu o Pretório Excelso apenas o controle de constitucionalidade na ação civil pública para tutelar direitos individuais homogêneos, considerando-se que os efeitos da decisão só irão alcançar o grupo de pessoas, Reclamação n. 663-6/SP – Rel. Min. Nelson Jobim, Diário da Justiça, Seção I, 13 de outubro de 1997, p. 51467. Em sentido contrário ao entendimento de Gilmar Mendes é a lição de NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil Anotado*. p. 1504, nota n. 07; concordando com esta tese FARIAS, Paulo José Leite de Ação civil pública e controle de constitucionalidade, publicado na internet, site não fornecido. Recente julgado do Supremo Tribunal Federal, RCL 1.733-SP (medida liminar), cujo Relator foi o Min. Celso de Mello, adotou este entendimento, “Controle Incidental de Constitucionalidade. Questão Prejudicial.

Possibilidade. Inocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pelas vias difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal.

Precedentes. Doutrina”. Concordamos com a tese do Pretório Excelso, que veda a

utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade. Em síntese a questão constitucional deverá ser alegada na causa de pedir, nunca como pedido exclusivo. Juliano Taveira Bernardes aponta: "Ocorre, todavia, que a tendência da jurisprudência do STF parece ser contrária ao controle concreto exercido em ações civis públicas fundadas em interesses coletivos ou difusos, "quando, então, a decisão teria os mesmos efeitos de uma ação direta, pois alçaria todos, partes ou não, na relação processual estabelecida na ação civil" (Cf. decisão na Reclamação 554/MG, Min. Maurício Corrêa, DJU de 26.11.1997, p. 61738), in Novas perspectivas de utilização da ação civil pública e da ação popular no controle concreto de constitucionalidade, publicado na Revista Jurídica do Palácio do Planalto, n. 52, de setembro de 2003, site [www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_52/sumario52.htm]. Sobre o tema vide BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional. Tomo I, op. cit., versão digital.

30 RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 97.

31 STF – Pleno, Ação declaratória de constitucionalidade n. 1-1/DF, Rel. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção I, 5 de novembro de 1993, p. 23286, vencido o Min. Marco Aurélio.

32 RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p.

98.33 MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 76.

34 RAMOS, Elival da Silva, op. cit., p. 98.

35 Jorge Miranda leciona: "A fiscalização difusa é concreta, predominantemente subjetiva e incidental", op. cit., p. 501.

36 Vide sobre o tema no tópico 1.3.2.4, que o diferenciamos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

37 STF Pleno, RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13.08.2015, Acórdão eletrônico repercussão geral – Mérito DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01.02.2016.

38 STF Pleno, Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 219.934-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Informativo 365: "Concurso Público. Ressalva. Nomeação

para cargo em comissão. Décimos da diferença entre remuneração do cargo de que seja titular o servidor e do cargo em função ocupado. Inconstitucionalidade. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação", como exceção à exigência de concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação "a qualquer título" de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal

Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a constitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de constitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do ADCT, tão só, à expressão, "a qualquer título", constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente", grifo nosso.

39 No mesmo sentido: STF, RE 298.694/SP.

40 Neste sentido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, CPC Anotado, p. 109, que afirmam: "Preencher significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional previamente à interposição do recurso".

41 Em obra em coautoria com Juliano Taveira Bernardes afirmamos: "Julgamento do RE 420.816/PR, quando o Ministro Sepúlveda Pertence registrou que, em RE interposto contra decisão que declarara a constitucionalidade de tratado ou lei federal (letra "b" do inciso III do art. 102 da CF), o efeito devolutivo inerente ao recurso devolve ao STF 'toda a questão da constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida'". Entretanto, "No RE 630.147/DF (caso Roriz), por maioria, o Plenário do STF não acatou a tese da causa de pedir aberta no recurso extraordinário. Ficaram vencidos, porém, os Ministros Dias Toffoli, Cesar Peluso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que mantiveram entendimento quanto a ser cabível, em recurso extraordinário, a adoção de fundamento diverso do invocado pelas partes e, também, não abordado pelo acórdão recorrido. Porém, como tal precedente versava sobre caso bastante polêmico a envolver o ex-Governador do Distrito Federal, ainda parece cedo para afirmar que o STF tenha mesmo abandonado a tese da causa de pedir aberta em matéria de RE", Direito Constitucional, Tomo I, JusPodivm: Salvador, 5. ed., 2015.

42 Nesse sentido: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 215 e 218.

43 Constituição Federal, "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX

– todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004)".

44 Regime Tributário e Estado de Direito, Regime Tributário e Estado de Direito, site oficial do Tribunal Regional Federal da 3^a Região: www.trf3.gov.br/palestra03.htm, p. 2.

45 Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: Evolução histórica e direitoatual. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, edição especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, setembro de 1998. p. 173.

46 O controle de constitucionalidade – Algumas Notas e Preocupações, publicado na obra: Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil, Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, coordenação: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg, no prelo, p. 10.

47 São eles o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular, o mandado deinjunção, o habeas-data, e a ação civil pública.

48 SILVA, José Afonso. Proteção constitucional dos direitos humanos no Brasil: Evoluçãohistórica e direito atual .Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Edição Especial em comemoração dos 10 anos da Constituição Federal, setembro de 1998. p. 175.

49 E, da mesma forma, ato do poder público, via arguição de descumprimento depreceito fundamental.

50 Inconstitucional, logicamente.

51 MENDES, Gilmar Ferreira. Ação Declaratória de Constitucionalidade. MARTINS, IvesGandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.).São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53.

52 Vale reiterar que na ação direta de inconstitucionalidade interventiva há controleconcentrado concreto, conforme salientamos no item 1.2.

53 MENDES, Gilmar Ferreira, A Ação Declaratória de Constitucionalidade. MARTINS, IvesGandra da Silva ; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53.

54 A qual não foi conferido efeito vinculante, entendido como força obrigatoria geral ou força de lei, motivo pelo qual não será abordada neste.

55 Sobre o tema vide: FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Controle de Constitucionalidade e seus efeitos.3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

56 “A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)”, fonte siteCNJ:
[www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvi Acesso em: 24.05.2017.

57 Trecho de Oração aos Moços, Obras Completas de Rui Barbosa, V. 48, t. 2, 1921.

58 “A arbitragem mostra já ter conquistado espaço definitivo como forma de

solução de conflitos em contratos comerciais, no Brasil. Algumas variáveis importantes conduziram essa resultante, dentre elas – e inegavelmente – a morosidade do Judiciário, seu despreparo para o trato com negócios mais sofisticados, bem como a possibilidade de sigilo no processo arbitral”, Hermes Marcelo Huck e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo, Árbitro: juiz de fato e de direito, Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 40. jan.-mar. 2014. p. 181-192.

59 O prazo para a sentença arbitral ser proferida é de seis meses, caso não tenha sido outro convencionado pelas partes, art. 23 da Lei de Arbitragem, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro”. O Conselho Nacional de Justiça publicou uma pesquisa que concluiu que entre a distribuição até a baixa do processo, quanto a todos os casos pendentes em 31.12.2015, a média é de duração de 6 anos e 10 meses, na Justiça Estadual Cível, com exclusão dos juizados especiais, cf. Relatório da Justiça em Números 2016, CNJ: Brasília, site: [\[www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf\]](http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf). Acesso em: 20.07.2017. p. 148.

60 Sobre a origem da arbitragem vide Alfredo Buzaid, Do juízo arbitral, Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v. 1/2014, p. 635, Set/2014: “O instituto do Juízo arbitral é conhecido e praticado desde a mais remota antiguidade. Nossa investigação começa, porém, no Direito Romano, onde a matéria, foi regulada com precisão no “Digesto”, Liv. IV, tít. 8, no Código. Liv. II, tít. 55, sob a epígrafe ‘De Receptis’. Os documentos relativos ao período mais antigo deitam pouca luz e a sua invocação tem um valor muito relativo”.

61 Por meio da Lei 9.307/1996.

62 “Pode-se dizer que as empresas entenderam as vantagens em utilizar a arbitragem. Podem resolver com mais brevidade (em comparação com o Judiciário) demandas contratuais e, seja qual for o resultado (não obstante esperam sair vitoriosos em seus pleitos), retirar de suas demonstrações financeiras (balanço contábil) esse contingenciamento. Na linguagem econômica, reduzem-se os custos de transação. A decisão em optar pela arbitragem é tanto econômica como jurídica”, conforme site Consultor Jurídico, site: [\[www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa\]](http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa), acesso em: 26.07.2017. “As vantagens geralmente atribuídas à arbitragem incluem a celeridade, a economia, o conhecimento específico do prolator da decisão, a privacidade, a maior informalidade e a definitividade da decisão sem possibilidade de recurso”, Marcus Sherman, Complex litigation, St. Paul (Minn.), West Publ., 1992. p. 988. Cândido Rangel Dinamarco acrescenta outra vantagem extraída da doutrina de Cornelutti: “não sem uma gota de cinismo, também se aponta entre as vantagens da arbitragem a defesa contra possíveis riscos fiscais da publicidade dos negócios e da contabilidade das partes”, A arbitragem na teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2013. p. 32.

63 Carlos Alberto Carmona afirma: “É possível que o legislador, ao empregar a consagrada expressão ‘juiz de fato e de direito’, tenha tido em mente a ideia de que em alguns juízos separam-se as decisões de fato e de direito (como ocorre com o

julgamento do júri, onde apenas os fatos são submetidos aos jurados, enquanto toca ao juiz togado aplicar o direito), querendo deixar consolidada a ideia de que no juízo arbitral não se fará tal separação; talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juízes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quanto com as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito" (Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p.

268-269). No mesmo sentido: "O texto normativo expressa, sim, a essência jurisdicional devotada pelo legislador à atividade arbitral. Volta-se para os elementos intrínsecos da função exercida pelo árbitro. Função essa eminentemente jurisdicional. É nesse particular que a atividade arbitral se embrica com a do juiz togado. Ambos exercem *munus publicum*, a despeito da temporariedade dos poderes do árbitro. Ambos são chamados a resolver uma controvérsia, não obstante o caráter privado da nomeação do árbitro. Ambos manejam as questões de fato e de direito. Árbitros e juízes ordinários aplicam o direito ao caso concreto, componente maior da expressão da jurisdição (*iudicium*), muito embora não detenha o árbitro os poderes de coerção e de execução.

Daí por que o árbitro é, sem dúvida, juiz de fato e de direito. Ao menos no que toca aos elementos intrínsecos da sua atividade" (MARTINS, Pedro A. Batista.

Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 218-219)."Admitida e reconhecida a jurisdicionalidade da atividade arbitral, a relevância do debate, nos dias de hoje, está muito mais na percepção da limitação dos poderes dos árbitros no exercício de sua função jurisdicional, em face das disposições da Lei n. 9.307/1996. E esse debate, por seu turno, leva a uma questão de enorme relevância para o desenvolvimento da arbitragem em nosso país e que será tratada a seguir: a verdadeira

'cooperação' que deve ditar o relacionamento entre juízes e árbitros, dada a limitação de poderes destes, para que se cumpra a missão unívoca da pacificação social, mediante a resolução célere e eficaz dos conflitos (...). Assim é que o árbitro exerce atividade cognitiva plena, cabendo-lhe estudar o caso, investigar os fatos, colher as provas que entender cabíveis e aplicar as normas legais apropriadas (*notio*). Do mesmo modo, tem o árbitro poder convocatório das partes, sem necessidade qualquer auxílio judicial, sendocerto que as partes vinculam-se a todos os atos do procedimento arbitral. Por fim, é inquestionável que, ao árbitro, compete proferir julgamento final que, no ordenamento atual, reveste-se da mesma eficácia da sentença judicial", GIUSTI, Gilberto, O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. RBA 5/10-12. Cândido Rangel Dinamarco também defende a natureza jurisdicional da arbitragem, já que a caracterização da jurisdição deve ser feita não pelos sujeitos que a exercem, mas pela natureza e escopos da atividade exercida", op. cit., p. 40/41.

64 Comentando o Código Civil de 1973, Nelson Nery e Rosa Nery afirmam: "A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 475-N IV),

não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada portítulo judicial, sendo passível de impugnação ao cumprimento de sentença com fundamento no CPC 475-L, segundo a LArb 33 § 3º", Op. cit., coment. 1, art.18 da Lei de Arbitragem, p. 1531.

65 Este artigo repete a previsão do art. 475-N, IV, do CPC de 1973.

66 A carta arbitral, criada pelo Código de Processo Civil de 2015, é expedida para que "para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória" (art. 237, IV, do CPC/2015). Esta novidade tem por fim estimular a cooperação entre árbitro e juizna distribuição da justiça com celeridade e eficiência, já que não são foros antagônicos, nesse sentido José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro, Cinco pontos sobre a arbitragem no Projeto do Novo Código Processo Civil, Revista de Processo 205/307. São exemplos de providências a serem solicitadas na carta arbitral intimação por meio de oficial de justiça ou cumprimento de liminar.

67 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. 5. ed. italiana. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-America, 1989. v. I, p.109-114.

68 Merece transcrição a conclusão de Carlos Alberto Carmona, sobre a arbitragem julgada com fundamento na equidade no sentido de que "sujeitam as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa). Assim, podendo ser negligenciadas limitações leais e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes!", op. cit., p. 67.

69 Carmem Tiburcio afirma que: "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 constitucional, 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", op. cit., p. 173. Neste estudo a doutrinadora conclui que: "não é possível a adoção de um critério uniforme quanto ao controle da constitucionalidade das leis pelo árbitro. É preciso analisar caso a caso o conflito para então definir se tal controle se encontra dentro das competências do árbitro. Para simplificar, podemos dividir os possíveis cenários em dois grandes grupos — o da arbitragem doméstica e o da arbitragem estrangeira —, os quais se subdividem conforme a lei aplicada", p. 184.

70 Tal como ocorre na Argentina, NAON, Horatio A. Grigera. *Arbitration and Latin America*. In: LEW, Julian; MISTELIS, Loukas. *Arbitration insights: twenty years of the annual lecture of the school of international arbitration*. 2007. p. 440.

71 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 161.

72 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. São Paulo: Atlas, 2012. p. 282.

73 ABOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 617.

74 Op. cit., p. 624.

75 ARROYO, Diego P. Fernández, e VETULLI, Ezequiel H. Certezas e dúvidas sobre onovo direito arbitral argentino. RBA. n. 49. jan.-mar. 2016. p. 71.

76 Sobre o conceito de ordem pública, Carmem Tiburcio afirma: “A expressão designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal. Nada obstante, é possível identificá-la como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em uma determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil”, op. cit., p. 177.

77 Camem Tiburcio aponta: “Em virtude do referido dispositivo legal (art. 2º, § 1º LA), pode-se afirmar que o árbitro no Brasil também deve respeitar a ordem pública brasileira, o que significa dizer que o árbitro deve verificar a adequação da lei estrangeira aos princípios fundamentais da Constituição brasileira”, op. cit., p. 177.

78 “A partir da desconfiança do povo francês para com seus juízes, em virtude dos abusos ocorridos no período que antecedeu a Revolução de 1789, o controle de constitucionalidade na França é conferido apenas a um órgão político, chamado Conselho Constitucional. Até recentemente, o controle de constitucionalidade das leis era aceito somente na modalidade preventiva, exaurindo-se com a promulgação da lei. Assim, as decisões do Conselho Constitucional consistiam, basicamente, em sobrestar a votação de projetos legislativos inconstitucionais, condicionando-a a uma prévia reforma constitucional. Já se admitia controle repressivo, mas só de decretos editados pelo Presidente da República (Constituição francesa, artigo 37.2). A partir de julho de 2008, reformas constitucionais ampliaram a competência do Conselho Constitucional, permitindo-lhe fiscalizar, repressivamente, a constitucionalidade das leis. Esse controle repressivo, porém, depende de exceção de inconstitucionalidade (exception d’inconstitutionnalité) a ser suscitada pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação”, BERNARDES, Juliano Taveira Bernardes e FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional, T. I. 2017, Salvador: Editora Juspodivm, 7. ed. versão digital.

79 “Um tribunal arbitral não deve ser levado a decidir sobre a conformidade de um estatuto com uma lei constitucional francesa, uma vez que a Constituição prevê que o Conselho Constitucional é a única entidade habilitada a fazê-lo”, MAYER, Pierre, L’arbitre international et la hiérarchie des normes, Revue de l’arbitrage: Bulletin du Comité français de l’arbitrage n. 2, 2011, p. 361-384.

80 cf. KLEIMAN, Elie e SALEH, Shaparak, Arbitrators Cannot Seek a Ruling on The Constitutionality of Statutory Provisions, Newsletters, International Law Office, disponível em:

Acesso em: 19.07.2017, que apontam: “De acordo com a Lei 2009-1523, desde 1 de março de 2010, os tribunais franceses comuns podem contestar a constitucionalidade de um estatuto ou disposição estatutária através de um procedimento específico chamado ‘a questão prioritária de constitucionalidade’ (QPC), que pode ser traduzido como ‘uma decisão de prioridade Sobre a constitucionalidade’. (1) A reforma permitiu que o Supremo Tribunal, se solicitado por uma parte, exerçer seu poder discricionário para solicitar uma decisão do Conselho Constitucional sobre a conformidade de uma disposição estatutária com a Constituição. Da mesma forma, o artigo 23-1 da Ordem 58-1067, que implementa uma lei organizacional sobre o Conselho Constitucional (conforme alterada pela lei de 2009) permitiu que os tribunais inferiores franceses ‘cumpram a jurisdição do Supremo Tribunal’. Se solicitado por uma parte, pedir a esse tribunal que considere se o Conselho Constitucional deve ser obrigado a tomar tal decisão. No entanto, a reforma ficou em silêncio sobre a questão de saber se os tribunais arbitrais gozam de direitos semelhantes para pedir ao Supremo Tribunal que encaminhe uma questão ao Conselho Constitucional. Em uma decisão de 28 de junho de 2011, o Supremo Tribunal não considerou que tais direitos fossem permitidos aos árbitros. O tribunal decidiu que o árbitro nomeado pelo chefe do Baralho de Paris (conhecido como ‘bâtonnier’) em uma disputa entre um advogado e um escritório de advocacia não tinha o direito de solicitar ao Conselho Constitucional que se pronuncie sobre a conformidade de uma disposição estatutária Com o direito constitucional francês.

(2) No caso relatado, o tribunal tratou do regime específico de arbitragem pelo bâtonnier. No entanto, o tribunal considerou que os árbitros não podiam referir um QPC ao Conselho Constitucional”, tradução livre.

81 Corte constituzionale, 22 novembre 2001, n. 376, pres. Ruperto; rel. Marini —Consorzio Ricostruzione (CO.RI) c. Comune di Napoli, disponível no site: [\[www.giurcost.org/decisioni/2001/0376s-01.html\]](http://www.giurcost.org/decisioni/2001/0376s-01.html). Acesso em: 20.07.2017.

82 WEBER, Ana Carolina. O controle de constitucionalidade no procedimento arbitral. Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco, v. I, n. 4 (jul./dez./2008), ano III, p. 21.

83 Corte Constitucional Italiana, caso n. 376, depositada em 28.11.2001.

84 Carmem Tiburcio conclui: “Em países onde se adota o controle concentrado, já se questionou se o Tribunal Constitucional pode apreciar o pedido de análise da constitucionalidade de lei surgida no âmbito de um caso concreto em arbitragem”, op.cit., p. 75.

85 “Aos brasileiros impõe-se grande cuidado na adoção de institutos estrangeiros, porque... caímos na imitação injustificável às nossas características”, RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos Tribunais Superiores. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 13, publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p.153.

86 Vírgilio Afonso da Silva afirma: “Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis”, SILVA, Vírgilio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: *Interpretação Constitucional*, 2005, São Paulo: Malheiros, p. 116. Propugna o autor pelacriação de uma teoria constitucional brasileira, a qual pode e deve aproveitar-se da discussão internacional, mas esta não pode ser encarada como ponto de chegada, op. cit., p. 143.

87 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina. p. 245.

88 ADIn 2.215-PE (Medida Cautelar), Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 17 de abril de 2001.

89 MARTÍNEZ, José María Roca. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J. M. Bosch Ed., 1992. p. 166.

90 HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 130.

91 Não se pode olvidar que entre os princípios implícitos e os expressos “não se pode falar em supremacia”. É dizer, ambos retiram fundamento de validade do mesmo textojurídico, segundo lição de CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 90.

92 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. p. 255. O citado autor, em nota de rodapé, menciona julgado do Supremo Tribunal Federal, no RE 103.619, Rel. Min. Oscar Corrêa, publicado na RDA 160/80. No mesmo sentido Clémerson Merlin Clève, op.cit., p. 246. Ressalte-se que recentemente Gilmar Ferreira Mendes mudou de entendimento, concluindo que a “lei inconstitucional não seria, portanto, nula ipso iure, mas apenas anulável”. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868*, de 10.11.1999, p. 314.

93 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 256. Acrescenta o citado autor que tal posição tem base constitucional: “O princípio do Estado de Direito, fixado no artigo 1º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1º, do artigo 5º, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, reforçam a supremacia da Constituição” (op. cit., mesma página).

94 Nesse sentido: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256-257; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 373; e SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 141.

95 “Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex

officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte", STF Pleno, Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário n. 219.934-SP, Relatora Min. Ellen Gracie, Informativo 365: "Concurso público. Ressalva. Nomeação para cargo em comissão. Décimos da diferença entre remuneração do cargo de que seja titular o servidor e do cargo em função ocupado. Inconstitucionalidade. 1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de "nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação", como exceção à exigência de concurso público. Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação "a qualquer título" de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos. 2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade da lei, sempre que esta se verificar, ainda que ex officio, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte. 3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado. 4. Embargos da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do seu ADCT, tão só, à expressão, 'a qualquer título', constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente".

96 STF: ADI 892 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 27.10.1994, DJ 07.11.1997 PP-57230 Ementa Vol-01890-01 PP-00057; ADI 1971,

Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 01/08/2001, publicado em DJ 14.08.2001 PP-00229. Na doutrina vide André Ramos Tavares, Tratado da arguição de preceito fundamental, op. cit., p. 356.

97 PINHEIRO, Carla. Direito internacional e direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2001. p. 125.

98 O controle de constitucionalidade no direito internacional privado, site da Advocacia Geral da União: www.agu.gov.br/page/download/index/id/531679.

99 SEC 802/US, Rel. Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 17.08.2005, DJ 19.09.2005. p. 175.

100 Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 368.

101 NERY, Ana Luiza. Arbitragem coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 96.

102 Op. cit., p. 274.

103 Op. cit.

104 Como bem ressaltou Eros Roberto Grau: “Não se interpreta o direito em tiras”, explicando que “não se interpretam texto de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”, Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 113.

105 “Não se presume a existência de expressões supérfluas”, MAXIMILIANO, Carlos, “Hermenêutica e Aplicação do Direito” (16. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997. p. 251.

106 Descartamos o cabimento do recurso extraordinário, já que incompatível com o “sistema do processo arbitral”, conforme Eduardo de Albuquerque Parente, op. cit., p.282.

107 Op. cit., p. 418. Em sentido contrário Eduardo de Albuquerque Parente afirma que o art. 32 é taxativo, não prevendo tal possibilidade, o que afasta o cabimento da ação de nulidade da sentença arbitral, ressalvando a possibilidade de defesa que o vício estaria na fundamentação da decisão e, portanto, tornando-a anulável (art. 26, II, e art.32, III), op. cit., p. 283.

108 “A ação anulatória é o único meio possível para afastar tais transgressões constitucionais, sendo por isso imperiosa a interpretação integrativa proposta, sob pena de permitir que as inconstitucionalidades permaneçam”, op. cit., p. 242.

109 A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá), no seu art. 5º 2, “b”, determina a impossibilidade de se reconhecer e executar uma sentença arbitral que seja contrária à ordem pública. No mesmo sentido, dispõe a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque, no Art. V, 2, “b”. A Convenção Interamericana sobre a eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu, 1979) prevê que as decisões arbitrais somente terão eficácia extraterritorial se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que

se pedir o reconhecimento ou cumprimento, art. 2, “h”. A Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o desenvolvimento do comércio internacional (UNCITRAL) sobre arbitragem comercial internacional (Viena, 1985) prevê, no art. 34, hipóteses que o Judiciário poderá anular a sentença arbitral, dentre elas, no art. 2, “b”, ii, a sentença contraria a ordem pública do presente Estado”. Esse rol foi extraído da obra de CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 417.

110 Op. cit., p. 418.

111 Carmem Tiburcio conclui: “Assim, o STJ pode deixar de homologar o laudo arbitral proferido no exterior que tenha aplicado a lei brasileira de forma contrária a normas fundamentais da Constituição brasileira. Com relação a essa hipótese, podem-se admitir duas situações distintas, que levam à mesma conclusão: a solução dada ao caso, no mérito, fere a Constituição ou a lei brasileira aplicada ao caso é inconstitucional. Note-se que não se trata de verificar se a lei brasileira foi corretamente aplicada pelo árbitro no exterior, pois isso seria uma verdadeira revisão de mérito, o que não é admitido, mas uma verificação da conformidade da decisão estrangeira com os princípios fundamentais da Constituição brasileira, o que

se admite no âmbito da ordem pública brasileira, como já se viu”, op. cit., p. 85.