



Aplicação do artigo 97 da Constituição Federal na arbitragem

Application of article 97 of the Federal Constitution in arbitration

  Carlos Eduardo Montes Netto¹

  Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira²

  Luiz Guilherme de Souza Castro³

Resumo: O artigo 97 da Constituição Federal estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial os tribunais poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, sob pena de ineficácia jurídica da decisão. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo analisar se o mencionado dispositivo constitucional deve ser aplicado nas arbitragens, apresentando como justificativa o aumento da utilização da arbitragem como forma de resolução de conflitos e a carência de trabalhos específicos sobre o assunto. O método adotado foi o hipotético-dedutivo, com a abordagem da arbitragem, do controle de constitucionalidade e da cláusula de reserva de plenário, a partir de

1 Mestre e doutorando em Direitos Coletivos e da Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Leciona em cursos de graduação na Universidade Paulista - UNIP (Campus Araraquara) e na Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. E-mail: carlosmontes3@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4274-0309> ID Lattes: 7657051756600540

2 Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008), Mestre em Direito do Estado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Procurador do Estado de São Paulo. Professor Titular do Programa de Doutorado, Mestrado em Direito e Graduação da UNAERP, onde atua como Coordenador Geral dos Cursos de Pós-graduação lato sensu em Direito. Membro da Comissão Especial de Arbitragem do Conselho Federal da OAB. E-mail: olavoferreira@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1067-4335> ID Lattes: 2218713858394368

3 Advogado. Graduado pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNAERP. Presidente da Comissão de Arbitragem da 12ª Subseção da OAB/SP. E-mail: luigzer@hotmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4256-5416> ID Lattes: 0080873193984121

pesquisas bibliográficas nas áreas de Direito Constitucional e da Arbitragem, valendo-se de artigos científicos, dissertações, teses, artigos de jornais, bem como da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, inferindo-se, ao final, que a sentença arbitral singular não precisa observar o artigo 97 da Constituição, mas as decisões proferidas em arbitragens colegiadas deverão sempre ser tomadas pela maioria absoluta dos árbitros, sob pena de ineficácia jurídica.

Palavras-chave: Arbitragem; Controle de constitucionalidade; Cláusula de reserva de plenário.

Abstract: Article 97 of the Federal Constitution establishes that only by the vote of an absolute majority of its members or of the members of the respective special body can the courts declare the unconstitutionality of a law or normative act of the Public Power, under penalty of legal ineffectiveness of the decision. The purpose of this article is to analyze whether the article 97 of the Federal Constitution should be applied in the resolution's of conflicts by arbitration regarding the absence of specific work on the subject. The method adopted was the hypothetical deductive, with an arbitration approach, constitutionality control and plenary reservation clause, starting with the analysis of bibliographic research in the areas of Constitutional Law and by Arbitration, making use of dissertations, theses, newspaper articles, as well as the Federal Constitution of 1988 and the legislation, implying, at the end, that a singular arbitral award does not need to comply with article 97 of the Constitution, but as rendered in collective arbitrations be taken by the absolute majority of the arbitrators, under penalty of legal ineffectiveness.

Keywords: Arbitration; Constitutionality control; Clause of plenary reservation.

Data de submissão do artigo: Dezembro de 2019

Data de aceite do artigo: Novembro de 2020

Introdução

A morosidade processual no Poder Judiciário é objeto de constante insatisfação da sociedade, constituindo a celeridade na prestação jurisdicional um dos maiores desafios para a solução de lides. Apesar de ser uma das formas mais antigas de solução de conflitos pela heterocomposição, a arbitragem, no Brasil, apenas em 1996 ganhou novos contornos, tornando-se uma modalidade alternativa de solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis que possibilita maior celeridade e especialidade.

Até a entrada em vigor da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, o instituto não foi muito utilizado, considerando que o Código de Processo Civil de 1973 determinava a homologação do chamado “laudo arbitral”, por meio de sentença judicial, com a possibilidade de interposição de recursos, convertendo o Poder Judiciário em uma espécie de segunda instância da arbitragem.

Na atual legislação, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31 da Lei da Arbitragem), configurando título executivo judicial (art. 515, VII do Código de Processo Civil de 2015 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.

Outrossim, o artigo 18 da Lei de Arbitragem prevê expressamente que “os árbitros são juízes de fato e de direito”, reforçando que o legislador acolheu a natureza jurisdicional da arbitragem (BONIZZII; FERREIRA: 2017; 543-578). Nessa perspectiva, o presente estudo corrobora a premissa de que a arbitragem possui natureza jurisdicional e que constitui dever de o árbitro declarar a inconstitucionalidade (NERY JÚNIOR: 2010; 161; TIBÚRCIO: 2014; 173), mesmo na arbitragem com fundamento na equidade. Resta analisar se a chamada cláusula de reserva de plenário (*full bench*), prevista no artigo 97 da Constituição Federal, é aplicável a essa forma de resolução de conflitos.

Neste sentido, na tentativa de atingir tal propósito, utilizou-se como metodologia o método dedutivo diante da análise da arbitragem, da autonomia da vontade das partes na sua formatação, do controle de constitucionalidade e da cláusula de reserva de plenário (*full bench*).

1. Da arbitragem

A arbitragem é um dos mais primitivos meios de composição de conflitos por um terceiro imparcial (heterocomposição). No direito romano (ALVES: 2012; 27), admitia-se e estimulava-se a arbitragem voluntária e facultativa. Ela foi obrigatória entre as fases das ações da lei (*legis actiones*) e do processo formulário (*per formulas*).

Desde as Ordenações Filipinas, criadas em 1595 e ratificadas em 1603, a arbitragem sempre esteve presente no direito brasileiro. O Livro III, Título XVI, das Ordenações Filipinas já previa a possibilidade da utilização da arbitragem, nos seguintes termos:⁴

Posto que as partes comprometam em algum Juiz, ou Juizes arbitros, e se obriguem no compromisso star por sua determinação e sentença, e que della não possam appellar, nem agravar, e que o contrario fizer pague a outra parte certa pena e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena, ou não paga, fique sempre a sentença dos arbitros firme e valiosa; poderá a parte, que se sentir agravada, sem embargo de tudo isto, apellar de sua sentença para os superiores, sem pagar a dita pena; e se os arbitros lhe denegarem a apellação, façam-lha dar os Juizes ordinários [...]

Neste cenário, constitui-se um sistema especial de julgamento com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e

⁴ Nas Ordenações Filipinas havia a possibilidade de recurso aos juízes ordinários, funcionando o Poder Judiciário como uma espécie de segunda instância da arbitragem.

com exequibilidade reconhecida, através do qual duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas), de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem, por meio de acordo, contratualmente, um terceiro (árbitro), a quem confiam o papel de resolver a pendência, aceitando os litigantes a decisão proferida (BUZAID: 1958; 187-196). Na lição de José Maria Rossani Garcez (2004; 71):

A arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou dos árbitros – os quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destas resultante de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.

É bem por isso que a arbitragem se encontra regulada no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.307/1996, elaborada com o claro objetivo de proporcionar outra via, diversa do Judiciário, para solução de conflitos de maneira mais célere⁵, especializada e desburocratizada, em atendimento ao crescente anseio da sociedade (HUCK; AMADEO: 2014; 181-192).

Além disso, essa técnica se consolidou como instrumento legítimo e alternativo à jurisdição. Atualmente, a opção pela arbitragem tem sido crescente, sendo uma das principais causas o grande preparo dos árbitros. Diante da reconhecida especialidade dos árbitros, as partes buscam a solução do conflito de forma técnica, de maneira que o árbitro possa apontar pontos chaves (técnicos) - aproximando as partes do núcleo do conflito, para que a partir daí possam partir para a melhor solução do conflito.

⁵ No ano de 2014 a morosidade processual foi a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça. (CNJ: 2019).

Ademais, a sentença arbitral é equiparada à sentença emanada pelo Poder Judiciário, constituindo um título executivo judicial⁶, devendo ser proferida no prazo máximo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, caso as partes não tenham convencionado de forma diversa.⁷

Entretanto, não existe a previsão de recursos na Lei de Arbitragem, exceto a possibilidade de pedido de correção de erro material ou de esclarecimento de omissão⁸, o que seria equivalente aos embargos de declaração na esfera judicial. O pedido de correção deve ser formulado no prazo de cinco dias do recebimento da notificação de sentença arbitral (art. 30 da Lei de Arbitragem). Portanto, pode-se inferir que a intenção da Lei de Arbitragem é possibilitar uma solução célere e equânime, por isso conferiu poderes às partes para formatarem a melhor forma de procedimento, a chamada convenção de arbitragem.

2. Da autonomia da vontade das partes na formação da arbitragem

Ainda no sentido histórico, a doutrina da autonomia da vontade surgiu com o Humanismo e a reforma, no século XVI, encorpando-se a partir do século XVII, com a Escola do Direito Natural. A idade Média não reconhecia o primado da vontade individual, que não era respeitada senão nos limites da fé, da moral e do bem comum. Naquela época, os interesses da comunidade familiar, religiosa ou econômica, ultrapassavam o interesse individual das pessoas. Apenas na Escola Jusnaturalista que a autonomia da von-

⁶ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” (Lei nº 9.307/1996).

⁷ “Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.” (Id.).

⁸ “Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.” (Id.).

tade teve o seu primado, com a laicização do direito (GILISSEN: 2013; 737).

O princípio da autonomia da vontade possui quatro pressupostos: a) a faculdade de contratar ou de não contratar, de acordo com os próprios interesses; b) a possibilidade de escolher com quem contratar; c) a liberdade para a fixação do conteúdo do contrato; d) a qualificação do contrato como fonte formal de direito, sujeitando as partes à execução forçada das obrigações nele previstas (PEREIRA: 2010; 19-22). De acordo com a Lei 9.307/96, a arbitragem se funda na autonomia da vontade das partes⁹, pela cláusula compromissória ou compromisso arbitral (art. 3º da Lei nº 9.307/1996).

Dispõe o art. 4º da Lei de Arbitragem que: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Nessa perspectiva, o compromisso arbitral é a convenção de arbitragem mediante o qual as partes pactuam que o conflito já existente entre elas será decidido pela forma arbitral e pode ser: a) judicial, caso as partes decidam colocar termo ao procedimento judicial em andamento e submeter a lide à arbitragem; ou b) extrajudicial, firmado depois do conflito, mas antes do ingresso de ação judicial.

Os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei nº 13.129/2015, demonstram a clara predileção do legislador pela autonomia da vontade das partes, podendo elas escolher livremente as regras de direito que desejam que sejam aplicadas na arbitragem, obviamente desde que respeitados a ordem pública e os bons costumes. Vale ressaltar também que somente se as partes não indicarem o procedimento, forma, critérios de julgamento e prazos (chamada cláusula compromissória vazia) o procedimento adotado será definido pelo árbitro ou tribunal arbitral.¹⁰

⁹ Para Leonardo José de Campos Melo (2010; 20) é tão íntima a relação entre essa lei e a liberdade contratual, que a arbitragem não será válida se não decorrer de inequívoco consentimento.

¹⁰ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.”

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.” (Lei nº 9.307/1996).

3. Controle de constitucionalidade

Hodiernamente, constata-se a existência de diversos diplomas Constitucionais, com larga previsão de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, num passado não muito distante, constatou-se a prática de diversas arbitrariedades, como a escravidão, morte do devedor inadimplente, ablação do nariz dos funcionários que exorbitavam na cobrança de impostos, o direito de pernada, dentre outras atrocidades (FERREIRA: 2016; 17).

Em face das várias violações a direitos surgiu a necessidade da imposição de limites aos governantes¹¹ manifestada por um movimento denominado constitucionalismo (FERREIRA: 2016; 18), definido por Canotilho (2003; 51) como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”

Desse movimento, materializou-se a relação entre organização estatal, contenção do poder e defesa dos direitos fundamentais, com o surgimento do Estado Constitucional ou Estado de Direito, disciplinado por normas jurídicas de um documento chamado Constituição.¹² Além disso, as constituições possuem uma supremacia de conteúdo em relação às leis, impondo a compatibilidade das demais normas que integram o ordenamento jurídico¹³, esta-

11 Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (2000; 166-167), conhecido pela teoria da separação dos poderes, com relação à atribuição de poder ao homem, verificou que: “[...] trata-se de uma experiência que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite”.

12 Segundo André Ramos Tavares (2005; 45): “[...] doravante, com a implementação dos ideais do constitucionalismo, o poder, pertence ao povo, é exercido pelo legislador. Mas este é limitado por normas básicas (da Constituição), resultantes da vontade popular (que novamente comparece no discurso teórico). A ruptura está justamente nessa ressalva final. Há uma preocupação primária em conter o poder. Opera-se, com isso, uma alteração substancial também na relação entre os clássicos “poderes”, na medida em que o legislador deixa de ser apresentado como onipotente e soberano. Essa mudança, por seu turno, reflete diretamente na questão das fontes do direito, pois o legislador não possui mais o monopólio da produção (e revogação) do Direito. [...] A Constituição será, doravante, fonte do Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do Direito.”

13 Consoante Eduardo Garcia de Enterría: “Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es la base misma de su supremacia y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica em la construcción del Estado y del ordenamento jurídico” (ENTERRÍA: 2001; 65). Tradução livre: Esta resistência, validade ou imunidade da Constituição diante de todas as normas e atos que dela derivam, é a base da sua supremacia e, portanto, a pedra angular da sua eficácia como uma peça técnica na construção do Estado e do ordenamento jurídico”.

belecendo órgãos encarregados de obstar a produção e manutenção de atos normativos em desacordo com elas.

A Constituição é utilizada como parâmetro de controle e como ponto de referência que permite medir as normas infraconstitucionais que são objeto de controle este por sua vez é feito com a finalidade de preservar a integridade da Constituição contra eventuais questionamentos. Neste sentido, o controle de constitucionalidade tem por fundamento teórico a defesa do princípio da supremacia constitucional diante do reconhecimento da hierarquia normativa superior das normas constitucionais, objetivando garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam.

No ordenamento jurídico brasileiro, esse controle é híbrido (VELOSO: 2000; 34), existindo dois métodos ou sistemas de controle repressivo de constitucionalidade: o concentrado (reservado, via de ação, ou direto); e o difuso (aberto, via de exceção ou defesa, ou descentralizado).

3.1 Controle difuso de constitucionalidade

O chamado controle difuso de constitucionalidade¹⁴ está relacionado com o sistema americano de controle de constitucionalidade das leis, que permite o controle de constitucionalidade das leis por qualquer juiz ou tribunal, sem a necessidade de uma ação específica, sendo a verificação da constitucionalidade da norma realizada no próprio caso concreto submetido ao Judiciário.

14 "Impende ressaltar que não se pode confundir controle incidental com controle difuso. Há possibilidade de controle incidental no controle concentrado, como 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), 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, questão de direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo, e que fará parte da motivação do *decisum*, em julgamento *incidenter tantum*. Tal modalidade (controle incidental) difere do controle via principal, no qual o "objeto do processo é o próprio ato arguido de inconstitucional".

Contudo, o controle difuso será sempre incidental, 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". (FERREIRA: 2016; 41-42).

A Constituição Federal dos Estados Unidos previa a criação de uma Suprema Corte, regulamentada pela lei federal *Judiciary Act*, de 24-9-1789. Os trabalhos da Corte foram iniciados em 1790, em Nova Iorque. Dentre as competências dessa Corte, estabelecidas pela Constituição Federal, não havia a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade de leis e atos federais. No seu artigo 6, II, havia disposição de que os juízes estaduais se submetiam à legislação federal, permitindo a dedução, por meio de uma interpretação extensiva, que eles deveriam afastar com base em vício de inconstitucionalidade, normas estaduais que contrariassem o direito federal (DIMOULIS; LUNARDI: 2017; 51).

De acordo com Elival da Silva Ramos (1994; 103):

[...] 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.

Assenta Ronaldo Polletti (1985; 36):

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.

Em 1800, os federalistas perderam as eleições, vencidas pelos republicanos. Ao fim daquele ano, em vias de ser substituído por Thomas Jefferson, o então presidente John Adams, na tentativa de conservar uma parcela do seu poder político, no último dia do seu governo, assinou ato com a investidura de 42 novos juízes, todos federalistas. John Marshall, secretário de Estado na época, havia

tido indicado por Adams para a Presidência da Suprema Corte e prestado compromisso em 04 de fevereiro de 1801, permanecendo como secretário de Estado, a pedido do Presidente John Adams, até o término do seu mandato (NOWAK; ROTUNDA: 2008; 1).

Não houve tempo para a entrega dos atos de investidura a todos os juízes de paz, entre eles William Marbury. James Madison, secretário de Estado que havia acabado de ser empossado pelo presidente Thomas Jefferson, negou-se a entregar os atos de investidura daqueles que não os receberam pela falta de tempo. Diante disso, Marbury, no fim de 1801, ajuizou ação originária perante a Suprema Corte americana, requerendo que Madison fosse obrigado a lhe entregar o ato de investidura (NOWAK; ROTUNDA: 2008; 2).

O processo foi julgado somente em 1803, quando John Marshall, então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou que Marbury tinha direito à investidura no cargo, concluindo que Madison agiu ilegalmente ao negar a posse de Marbury e que, de acordo com os princípios aplicáveis da *common law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury.¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁷

A decisão proferida no caso Marbury vs. Madison foi objeto de contundentes críticas que, inclusive, valeram-se do mesmo texto constitucional para extrair conclusões opostas (DIMOULIS; LUNARDI: 2017; 62). Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a possibilidade de controle de constitucionalidade, apesar da ausência de previsão expressa na Constituição Federal. O controle difuso pode ser realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Ocorre em um caso concreto e a declaração

15 Não cabia, porém, o writ, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, inconstitucional e nulo o artigo 13 dessa lei, que atribuía competência originária à Suprema Corte para expedir ordens de mandamus (RODRIGUES: 1992; 21).

16 Segundo Oswaldo Luiz Palu (1999; 104): “Evitou a Suprema Corte o confronto com o Executivo, e ao mesmo tempo afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário anular leis votadas pelo Congresso”.

17 No mesmo sentido da nota anterior, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2017; 61-62) assentaram que Marshall convenceu a Corte a adotar uma solução com duas vantagens políticas, ao indeferir o pedido com fundamentação constitucional, alegando falta de competência em razão da inconstitucionalidade da lei que lhe atribuía essa competência: “Primeiro, a Suprema Corte evitava o conflito com o governo federal, aceitando a decisão de não entregar o diploma de investidura a Marbury. Segundo, a Suprema Corte afirmava seu poder perante o Legislativo e o Executivo, formulando a doutrina do controle de constitucionalidade de leis federais. Dessa maneira, a Suprema Corte, sem entrar em conflito imediato com os outros poderes e sem sofrer uma derrota, criou uma poderosa “arma” para futuros conflitos com os demais poderes”.

de inconstitucionalidade é realizada de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito.

3.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade é relacionado pela doutrina ao modelo austríaco, que foi concebido sob influência da concepção kelseniana¹⁸ de controle concentrado, caracterizando-se pela circunstância de somente poder ser realizado por um único órgão (ou por poucos, e previamente determinados, órgãos).

Outrossim, a Constituição Austríaca de 1920 outorgou ao Tribunal Constitucional poder para decidir sobre questões constitucionais arguidas pelo Governo Federal em face de leis estaduais ou pelos Governos Estaduais em face de leis federais, sem qualquer caso concreto em litígio. Possibilitou-se ao Tribunal Constitucional apreciar a questão constitucional como pressuposto de uma controvérsia pendente, desde que julgada na própria Corte Constitucional.

Segundo André Luiz Batista Neves (2007; 43):

Aquilo a que se pode chamar de modelo europeu continental de fiscalização somente ganhará contornos próprios em 1920, com o advento da Constituição austríaca, cujo grande artífice foi Hans Kelsen. Ao contrário do ocorrido na América do Norte, em que a criação do instituto atendeu a imperativos de ordem pragmática, as condições políticas da nascente República da Áustria possibilitaram transmutar em operacionais conceitos integrantes de um arcabouço teórico previamente construído de forma coerente.

18 No escólio de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi: "Após o fim da Primeira Guerra Mundial, no âmbito de uma mudança política radical, a Áustria adotou, em 1920, um modelo de fiscalização judicial da constitucionalidade diferente do estadunidense. Na preparação desse modelo, foi decisiva a participação de Hans Kelsen, que elaborou anteprojetos como conselheiro do Ministério da Justiça e, em seguida, como conselheiro da Assembleia Constituinte. Além disso, Kelsen escreveu importantes trabalhos doutrinários, analisando e defendendo o modelo austríaco. Torna-se sua relevância que muitos autores denominam o modelo austríaco de "kelsiano" (DIMOULIS; LUNARDI: 2017; 63).

Nessa perspectiva, embora ainda prevaleça a visão de que o controle concentrado teve origem com a Constituição Federal austríaca de 1920, não é correta sob o ponto de vista histórico, pois o primeiro Tribunal Constitucional encarregado do controle concentrado foi criado pela Constituição da Checoslováquia, promulgada em fevereiro de 1920. Esse Tribunal foi idealizado por Franz Weyr, amigo de Hans Kelsen. No entanto, não houve atuação relevante na prática, tendo sido a sua criação ofuscada pelo Tribunal austríaco (DIMOULIS; LUNARDI: 2017; 63-64).

A possibilidade de atuação do Tribunal Constitucional no controle concreto de normas referentes a processos pendentes em outros Tribunais ocorreu apenas com a reforma de 1929, que reconheceu, de maneira excepcional, a possibilidade de efeitos *ex tunc* para a decisão do Tribunal Constitucional referente a causas originárias do Tribunal Superior (*Oberster Gerichtshof* – representa a Corte ordinária mais elevada, equivalente ao STJ, no sistema brasileiro) e da Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) – (ALENCAR: 2010; 182).

A atuação da Corte de Justiça Constitucional austríaca teve início em 1921 e passou por uma profunda transformação com a reforma constitucional de 1929, que afastou os membros das Corte eleitos pelo Parlamento, inclusive Hans Kelsen. Posteriormente, foi dissolvida em 1933, após a instauração de uma ditadura pelo Executivo, e novamente instituída em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial (HALLER: 1979; 61-67).

Além disso, verifica-se a presença do controle concentrado de constitucionalidade na Alemanha e em outros países da Europa continental, tendo sido introduzido no direito brasileiro pela EC nº 16/ 1965, na Constituição de 1946, que instituiu a representação de inconstitucionalidade. Nessa modalidade de controle, a declaração de inconstitucionalidade ocorre de modo principal e é o próprio pedido formulado na ação que se fundamenta em violação formal ou material à Constituição.

4. Controle difuso nos tribunais e a cláusula de reserva de plenário (*full bench*)

Ainda sobre o controle difuso, a cláusula de reserva de plenário¹⁹, também denominada regra do *full bench*, está prevista no artigo 97 da Constituição Federal e estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, espelhando o princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

Assim, diante desse entendimento, não cabe aos órgãos fracionários dos Tribunais reconhecer a inconstitucionalidade da lei antes de esta ser declarada inconstitucional pela maioria absoluta do Tribunal ou do seu Órgão Especial.²⁰ Nesses casos, o órgão fracionário deverá sobrestar o julgamento do caso concreto e remetê-lo ao pleno ou órgão especial, para decisão específica sobre a existência ou não da inconstitucionalidade. Resolvida tal questão, o órgão fracionário aplicará ao caso concreto a solução dada, julgando o mérito do recurso (FERREIRA: 2016; 45).

Consoante ensina Carlos Alberto Lucio Bittencourt (1949; 45-46), a observância da cláusula de reserva de plenário não constitui uma regra de funcionamento ou uma norma de competência, configurando-se em uma condição de eficácia jurídica da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Não se exige, contudo, a reserva de plenário para se declarar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público, podendo ser pronunciada pelo órgão fracionário.²¹

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a cláusula de reserva de plenário somente deverá ser observada

19 Aponta Dirley da Cunha Júnior que a regra está presente no direito constitucional brasileiro desde a Constituição de 1934 (CUNHA JÚNIOR: 2017; 160).

20 Artigo 93, XI, da Constituição Federal: “nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;”

21 “A reserva de plenário só é exigida para a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que essa declaração infirma a presunção de constitucionalidade que milita em favor das leis e atos estatais” (CUNHA JÚNIOR: 2017;161).

quando a lei ou ato normativo ainda não tiver sido declarado inconstitucional pelo próprio Supremo²²⁻²³ ou pelo plenário ou órgão especial do respectivo tribunal²⁴⁻²⁵, em controle incidental ou concentrado de constitucionalidade.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi introduzido no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 9.765/98, tendo a regra sido mantida no atual Código de Processo Civil pelo parágrafo único do artigo 949.²⁶ A exigência da reserva do plenário não se esgota nas hipóteses de declaração final de inconstitucionalidade, alcançado as decisões colegiadas proferidas em sede de medida cautelar, nos termos do artigo 10 da Lei 9.868/99.²⁷

Mesmo nos casos de excepcional urgência, que apenas dispensa a exigência da audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado, a decisão se encontra vinculada ao plenário do Tribunal, conforme prevê o § 3º do artigo 10 da Lei 9.868/99 (CUNHA JÚNIOR: 2017; 162).

Além disso, destaca-se que a reserva de plenário precisa ser observada, ainda que o tribunal não declare expressamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, limitando-se a afastar

22 "INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controversia sobre ato normativo ja declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da Republica - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo" (STF, AI 168.149).

23 No mesmo sentido: STF, AI 167.444.

24 "Recurso extraordinário: limitação temática às questões suscitadas na interposição. O juízo de conhecimento do recurso extraordinário, como é da sua natureza, circunscreve-se às questões suscitadas na sua interposição: não aventada nesta a nulidade do acórdão recorrido, que teria declarado a inconstitucionalidade dele, sem observância do art. 97 da Constituição, é impossível conhecer do recurso para declarar o vício não alegado. II. Controle de constitucionalidade de normas: reserva de plenário (CF, art. 97): reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. III. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97): inaplicabilidade, no caso, da exceção prevista no art. 481, parágrafo único, do C.Pr.Civil (red. da L. 9.756/98). 1. O artigo 481, parágrafo único, introduzido no Código de Processo Civil pela L. 9.756/98 - que dispensa a submissão ao plenário, ou ao órgão especial, da arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão - alinhou-se à construção jurisprudencial já então consolidada no Supremo Tribunal, que se fundara explicitamente na função outorgada à Corte de árbitro definitivo da constitucionalidade das leis. 2. A regra, por isso mesmo, só incide quando a decisão do órgão fracionário de outro tribunal se ajusta à decisão anterior do plenário do Supremo Tribunal. 3. Manifesta é a sua impertinência a hipóteses, como a do caso, em que a Turma da Corte de segundo grau vai de encontro ao julgado do STF, para declarar inconstitucional o dispositivo de lei que aqui se julgara válido perante a Constituição" (STF, RE 433.806).

25 Da mesma forma: STF, RE 404.280.

26 "Art. 949. Se a arguição for: [...] Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão." (Lei nº 13.105/2015).

27 "Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias." (Lei nº 9.868/1999).

a sua incidência total ou parcial, conforme dispõe a súmula vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal que: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Não obstante, observa-se no precedente representativo, RE 482.090, que o acórdão recorrido violou a reserva de plenário, na medida em que deixou de aplicar retroativamente dispositivos legais, declarando implícita e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial.²⁸

Dirley Cunha Júnior (2017; 163) acentua que a simples ausência de aplicação de uma norma jurídica não configura, por si só, violação da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal, sendo necessário que a decisão seja fundamentada na incompatibilidade entre a norma legal utilizada como base dos argumentos expressos na ação e na Constituição, não devendo a exigência de reserva de plenário ser confundida com a interpretação das normas legais. Assim, quando houver incompatibilidade entre uma lei anterior e uma Constituição posterior, não incidirá a reserva de plenário, sendo o conflito resolvido pela revogação da norma hierarquicamente inferior.

Caso o tribunal, no exercício da jurisdição, em casos concretos (controle concreto/difuso), restrinja a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-as com relação a outros, ainda que a pretexto de realizar uma interpretação conforme a Constituição, não há que se falar propriamente em declaração de inconstitucionalidade.

28 “CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. “Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição” (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.” (STF, RE 482.090).

nalidade.²⁹ Ainda, no caso de declaração de inconstitucionalidade de atos ou negócios jurídicos (contratos, convênios etc), não é necessário se observar a cláusula de reserva de plenário, já que não se qualificam no conceito de “Lei” ou de “ato normativo” do Poder Público (FERREIRA: 2016; 46).

5. Aplicação do artigo 97 da Constituição Federal na arbitragem

Conforme destacado neste estudo, a arbitragem possui natureza jurisdicional, atuando o árbitro como juiz, figurando entre os seus deveres a declaração de inconstitucionalidade, tal como o juiz no controle difuso de constitucionalidade. Entretanto, não se conforma 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 ao caso concreto, em manifesto prejuízo à segurança jurídica.

O controle de constitucionalidade tem por finalidade a defesa do princípio da supremacia constitucional diante do reconhecimento da hierarquia normativa superior das normas constitucionais, buscando garantir que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam.

Conforme leciona José Maria Roca Martínez (1992; 166), os árbitros são encarregados de proferirem a decisão de acordo com o ordenamento jurídico e, obviamente, à Constituição, inclusive na arbitragem por equidade. Diante do objetivo de assegurar a supre-

29 “Caderneta de poupança. Direito adquirido. Interpretação do artigo 17 da Medida Provisória nº 32/89 convertida na Lei 7.730/89. Redução do percentual da inflação aplicável ao caso. - Inexistência de ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal. Com efeito, o acórdão recorrido não declarou a inconstitucionalidade do artigo 17, I, da Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei 7.730/89, mas, apenas, em respeito ao direito adquirido, o interpretou no sentido de que não se aplicava ele às cadernetas de poupança em que, antes da edição dela, já se iniciara o período de aquisição da correção monetária. Note-se que no controle difuso interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o artigo 97 da Constituição, e isso porque, nesse sistema de controle, ao contrário do que ocorre no controle concentrado, não é utilizável a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, por se lhe dar uma interpretação conforme à Constituição, o que implica dizer que inconstitucional é a interpretação da norma de modo que a coloque em choque com a Carta Magna, e não a inconstitucionalidade dela mesma que admite interpretação que a compatibiliza com esta. - Falta de prequestionamento (súmulas 282 e 356) da questão constitucional relativa ao direito adquirido no que diz respeito à redução do percentual da inflação aplicável ao caso. Recursos extraordinários não conhecidos.” (STF, RE 184.093).

macia do texto constitucional, torna-se necessário garantir que a superioridade da Constituição não seja transformada 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 (HORT: 1999; 130).

Para esse ínterim, convém repetir que o controle de constitucionalidade do ato é matéria de ordem pública, tanto que o controle difuso deve ser exercido de ofício e não se admite a desistência da ação direta de inconstitucionalidade (BONIZZI; FERREIRA: 2017; 543-578). Nessa vertente, violar uma norma constitucional representa violar a ordem pública, considerando que é na Constituição que se encontram os princípios e regras que refletem os valores mais importantes para uma nação (BONIZZI; FERREIRA: 2017; 543-578).

A Lei de Arbitragem, em seu art. 2º, § 1º, ao estabelecer que as partes podem escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública³⁰, torna, como não poderia deixar de ser, obrigatória a estrita observância aos princípios e regras constitucionais.³¹

De lado similar, as normas constitucionais deverão ser respeitadas em qualquer espécie de arbitragem, ainda que pautada na equidade, e a homologação para a execução de sentença arbitral estrangeira será denegada pelo Superior Tribunal de Justiça se a decisão ofender a Constituição (art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem e art. 39, II da mesma Lei).

Infere-se que é inarredável a conclusão de que os árbitros devem exercer o controle de constitucionalidade, independentemente da vontade das partes, surgindo a necessidade de analisar a aplicação da cláusula de reserva de plenário na arbitragem, con-

30 O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as normas constitucionais constituem matéria de ordem pública (STJ, Sentença Estrangeira Contestada 802).

31 É possível se convencionar sobre qualquer matéria, com exceção das de ordem pública (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA: 2019;163).

siderando que a regra do art. 97 da Constituição, nos casos em que sua observância é obrigatória, constitui verdadeira condição de eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade.

Como é cediço, a cláusula de reserva de plenário não impede que os juízos singulares declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle difuso, já que a norma constitucional tem como destinatários os Tribunais, órgãos colegiados. Nesse sentido, existem arbitragens com árbitro único, situação em que não há qualquer dificuldade em concluir pela inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal, já que não é órgão colegiado. Resta saber, por conseguinte, quanto à aplicação da cláusula de reserva nas arbitragens colegiadas, já que inexistente norma infraconstitucional a respeito.

Diante disso, com relação ao Poder Judiciário, nossos tribunais são divididos, em regra, em órgãos fracionários menores, geralmente denominados “seções”, “câmaras” ou “turmas” e, de acordo com o artigo 97 da Constituição Federal, mesmo que o órgão fracionário entenda que uma lei viola a constituição, não poderá declará-la inconstitucional.

Nos Juizados Especiais, em que a competência recursal é exercida pelas Turmas Recursais integradas por juízes de primeiro grau, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que é dispensável a observância do art. 97 da Constituição Federal³², assentando que o princípio da reserva de plenário não se aplica no âmbito dos juizados de pequenas causas (art. 24, X, da Constituição Federal) e dos juizados especiais em geral (art. 98, I, da CF/88), que não funcionam, na esfera recursal, sob o regime de plenário ou de órgão especial.³³

No que se refere às arbitragens com mais de um árbitro, o artigo 24 da Lei de Arbitragem prevê que a decisão será tomada

32 STF, RE 453.744.

33 “[...] o art. 97 da Constituição, ao subordinar o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito normativo a decisão nesse sentido da maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais, está se dirigindo aos Tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, IX. A referência, portanto, não atinge juizados de pequenas causas (art. 24, X) e juizados especiais (art. 98, I), que, pela configuração atribuída pelo legislador, não funcionam, na esfera recursal, sob o regime de plenário ou de órgão especial. As Turmas Recursais, órgãos colegiados desses juizados, podem, portanto, sem ofensa ao art. 97 da Constituição e à Súmula Vinculante 10, decidir sobre a constitucionalidade ou não de preceitos normativos.” (STF, ARE 868.457).

pela maioria e que o presidente pode ficar vencido se a maioria discordar de seu voto. Contudo, cabe ao presidente do tribunal decidir, caso ocorra empate após os demais árbitros proferirem suas respectivas decisões, prevalecendo seu voto (artigo 24, § 1º da Lei de Arbitragem) somente nessa hipótese.

Em que pese o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal com relação à não aplicação da cláusula de reserva de plenário no âmbito dos Juizados Especiais, essa situação em nada se assemelha à arbitragem na qual predomina a ampla autonomia da vontade das partes para escolher livremente os árbitros, suplentes e as regras de direito que desejam que sejam aplicadas, com a observância obrigatória das normas de ordem pública, a exemplo das regras constitucionais.

Ademais, nos Juizados Especiais a questão constitucional ainda poderá ser objeto de controle difuso de constitucionalidade, por meio de recurso extraordinário, não existindo a previsão de recursos na Lei de Arbitragem, não sendo razoável cogitar que os árbitros possam ignorar questão de ordem pública (controle de constitucionalidade), gerando enorme insegurança jurídica ao procedimento, evidente nulidade e prejuízo às partes que abrem mão de litigar no Poder Judiciário pelas conhecidas vantagens do procedimento arbitral.

Em que pese a ausência de previsão do respeito à ordem pública no rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem, que elenca os casos de nulidade da sentença arbitral, a exemplo do que se verifica no sistema italiano, o legislador deu por subentendida a necessidade de os árbitros obedecerem a ordem pública, sob pena de nulidade (CARMONA: 2009; 415-418).

Em reforço, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2017; 543-578) assentam que tanto a arbitragem internacional como a nacional não podem violar a ordem pública nacional, nos termos dos artigos 39, II e 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/96, devendo o árbitro exercer o controle de constitucionalidade nas arbitragens nacionais ou estrangeiras, evitando a

aplicação de norma inconstitucional, com a nulidade da sentença arbitral.

O artigo 33, *caput* da Lei de Arbitragem, estabelece que a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade de sentença arbitral, nos casos nela previstos. O § 3º do mesmo prevê que a decretação de nulidade da sentença arbitral poderá ser requerida em impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA: 2019; 324).

Nos artigos 525, § 12, e 535, § 5º, do Código de Processo Civil, está prevista a inexigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Portanto, considerando a inafastabilidade do controle de constitucionalidade pelos árbitros nas arbitragens colegiadas e que a sentença arbitral será sempre proferida pela maioria absoluta e, em caso de empate, a decisão caberá ao Presidente, alcançando a maioria absoluta, já que o número de árbitros é sempre ímpar (artigo 13, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem), aplica-se a cláusula de reserva de plenário, sob pena de nulidade da decisão colegiada e possibilidade de controle judicial (via ação declaratória de nulidade ou impugnação ao cumprimento de sentença).

Considerações finais

Um dos maiores desafios do Poder Judiciário é a celeridade na prestação jurisdicional. Em razão disso, tem-se verificado uma busca cada vez maior das partes pela Arbitragem, em que o prazo para proferir a sentença é de seis meses, caso outro não tenha sido convencionado pelos interessados.

Além da celeridade, a arbitragem ainda oferece às partes a escolha de um árbitro especializado, flexibilidade procedimental (com a prevalência da autonomia da vontade, ao contrário do que ocorre no âmbito do procedimento judicial), a possibilidade de confidencialidade e a redução de custos.

Destaca-se, no entanto, que a Lei de Arbitragem não dispõe sobre o Controle de Constitucionalidade. Seu art. 2º, § 1º estabelece apenas que a liberdade das partes na arbitragem deve observar a ordem pública, trazendo um conceito vago, indeterminado e aberto, entendendo a doutrina e a jurisprudência que a apreciação da constitucionalidade constitui matéria de ordem pública e de observância obrigatória em qualquer espécie de arbitragem.

Nessa perspectiva, com a inafastável conclusão de que os árbitros têm o dever de exercer o controle de constitucionalidade, surge a dúvida sobre a aplicação da cláusula de reserva de plenário na arbitragem, considerando que a regra do art. 97 da Constituição, nos casos em que sua observância é obrigatória, representa condição de eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade.

Assim, nas arbitragens com árbitro único, não existe qualquer dificuldade em se concluir pela inaplicabilidade do artigo 97 da Constituição Federal, já que não se trata de órgão colegiado, a exemplo dos juízos singulares que têm o dever de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de controle difuso.

Portanto, quando se tratar de arbitragem colegiada, considera-se que a sentença arbitral será sempre proferida pela maioria absoluta e que o número de árbitros é sempre ímpar (artigo 13, § 1º da Lei de Arbitragem), deve ser obrigatoriamente observada a cláusula de reserva de plenário como condição de eficácia jurídica da decisão declaratória da inconstitucionalidade.

Referências

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de. **Controle de Constitucionalidade nos Sistemas Norte-Americano, Austríaco e Alemão**: Análise Comparada e a Tendência de Convergência. Direito Público: publicação oficial vinculada ao Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, v. 7, n. 32.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lucio. **O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÁRBITRO: VEDAÇÃO OU DEVER. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Processo, [S.l.], v. 274, p.543-578, dez. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/cenetto/Downloads/artigo_REVISTA_DE_PROCESSO_CONTROLE_DE_C.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 15 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13105.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BUZUID, Alfredo. **Do juízo arbitral**. Texto da prova escrita do Professor Alfredo Buzaid no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, iniciado em 15 de março de 1958, p. 187-196. Disponível

em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66347/68957>.
Acesso em: 07 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

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

CNJ. 2019. **Morosidade da justiça é a principal reclamação recebida pela ouvidoria do CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em: 07 mar. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri et al. **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional**: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. Madri, Civitas, 2001.

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

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de Arbitragem Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Juspodivm, 2019.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação**. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2013, p. 737.

HALLER, Herbert. **Die Prüfung von Gesetzen**. Wien: Springer, 1979.

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, 2014. Jan – Mar.

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

MELO, Leonardo José de Campos. **Autonomia da vontade, consensualismo e arbitragem**: A extensão da cláusula compromissória a partes não-signatárias fundamentada na teoria dos grupos de sociedades. A prática da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. 2010. 109 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2319. Acesso em: 14 mar. 2019.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

NEVES, André Luiz Batista. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. Salvador: JusPODIVM, 2007.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Principles of constitutional law**. St. Paul: Thomson West, 2008.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Livro 3 Tit. 16: **Dos Juizes árbitros**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p578.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. III. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POLLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A corte suprema e o direito constitucional americano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

STF, AI 167.444, Segunda Turma, Relator: Min. Carlos Velloso, julgado em 30.05.1995.

STF, AI 168.149, Segunda Turma, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 26.06.1995.

STF, ARE 868.457, Tribunal Pleno, Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 16.04.2015.

STF, RE 184.093, Primeira Turma, Relator: Min. Moreira Alves, julgado em 29.04.1997.

STF, RE 404.280, Primeira Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23.03.2004.

STF, RE 433.806, Primeira Turma, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 08.03.2005.

STF, RE 453.744, Primeira Turma, Relator: Min. Cesar Peluso, julgado em 25.08.2006.

STF, RE 482.090, Tribunal Pleno, Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18.06.2008.

STJ, Sentença Estrangeira Contestada 802, Corte Especial, Relator: Min. José Delgado, julgado em 17.08.2005.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

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, 2014.

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