

Georges Abboud: Precisamos rejeitar arbitragens supremas

01/02/2022

Aos leitores que enxergam a arbitragem como um “novo mundo” completamente autônomo do Direito positivo nacional, e que não enxergam a intrincada relação entre arbitragem e tribunais superiores, em especial, a jurisdição constitucional, este texto é um convite à reflexão e ao debate.



Fazemos o convite porque há muito tempo defendemos

a necessidade de compreendermos corretamente as especificidades da autonomia científico-dogmática da jurisdição constitucional, para que ela possa a fazer jus às grandes promessas do constitucionalismo dos séculos 17 e 18, reinterpretadas à luz das sociedades contemporâneas hipercomplexas [1].

Nessa ordem de ideias, precisamos travar uma discussão teoricamente madura acerca da influência da jurisdição constitucional em relação à arbitragem. Dito em poucas e melhores palavras, a arbitragem é vista por segmentos teóricos quase como um *Direito paralelo ao Direito*, um instituto — importantíssimo, diga-se de passagem — que permite a aplicação, em território nacional, de quaisquer “Direitos” do mundo, mas que ainda resiste a uma assimilação dogmática pelo próprio Direito nacional e a uma filtragem a partir da Constituição.

Nosso intuito, com o presente ensaio, é propor uma forma de proteção da autonomia da arbitragem, por intermédio da jurisdição constitucional. Fazemos essa assertiva porque se a natureza privada da arbitragem for deteriorada numa visão de uma blindagem em relação à jurisdição constitucional, ao final, a própria arbitragem será fragilizada e ficará impossibilitada de se espalhar para outros temas, em especial, os relacionados ao Direito Público ou temas privados que envolvam participação de entes públicos.

Portanto, convidamos o público leitor a suspender preconceitos dogmáticos e olhar os itens subsequentes como uma análise que prestigia a arbitragem como instituto fundamental ao Direito brasileiro, por consequência, não pode ser alheio ou indiferente à jurisdição

constitucional brasileira.

A não compatibilização da arbitragem com a jurisdição constitucional é, em última instância, a incompatibilização com a própria democracia constitucional brasileira.

Não raras vezes veiculam-se em procedimentos arbitrais causas de tamanha complexidade que podem impactar em setores econômicos e sociais com maior intensidade que demandas travadas na própria jurisdição estatal [2].

O árbitro — juiz de fato e de Direito para o procedimento — encontra-se igualmente debaixo da jurisdição constitucional. A autonomia arbitral é sempre *relativa*, porque a ordem normativa maior emana do topo, da Constituição Federal. Esse não é um fenômeno recente. A tão chamada *constitucionalização* do Direito opera, essencialmente, em dois níveis: 1) na elaboração de novas leis adequadas ao novo contexto constitucional; ou 2) na reinterpretação, pela jurisdição constitucional, do ordenamento jurídico existente.

A nova realidade constitucional provocou uma mudança importantíssima de paradigma em termos de teoria do Direito; a orientação das normas em termos de “valores” a serem atingidos produz aquilo que em termos *weberianos* denomina-se a materialização ou substanciação do Direito [3].

Na análise que Gunther Teubner faz dos paradigmas *formal*, *substancial* e *reflexivo* do Direito, a partir do conceito expandido de racionalidade proposto por Jürgen Habermas — que, por sua vez, fê-lo a partir de discordâncias com o reducionismo weberiano de racionalidade a certos atributos internos do Direito[4] —, demonstra que há, no Direito “substantivo”, uma soberania do *propósito* em detrimento da concepção formal, tradicionalmente concebida em termos de delimitação das esferas autônomas de atuação dos indivíduos e justificadas pela manutenção do individualismo e da economia de mercado.

Em termos de racionalidade *interna* — uma das três dimensões propostas por Habermas, ao lado da *sistêmica* e da *normativa* — o paradigma formal compreende o Direito como *racional* na medida em que é “*estruturado de acordo com padrões de conceitualidade analítica, rigor dedutivo e raciocínio orientado por regras*” [5].

Segundo o mesmo critério, no paradigma substantivo o Direito formal é “suplementado” por normas que buscam regular diretamente o comportamento social de forma normativamente prescritiva. É, em termos de racionalidade *normativa* — aquela preocupada com as justificativas do Direito —, a mudança da *autonomia* para a *regulação* [6].

Teubner avança na diferenciação dos paradigmas aplicando-os a um exemplo de Direito Contratual: se determinada obrigação contratual é controvertida, para o paradigma *formal* pouco importam os resultados sociais dessa disputa. O Direito está preocupado com o preenchimento de certas formalidades, tais como a convergência das vontades (*meeting of the minds*) ou, para um exemplo brasileiro, dos chamados elementos de existência e requisitos de validade dos negócios jurídicos (CC 104 a 114) [7].

No paradigma substancial, o Direito preocupa-se com o resultado social da querela e permite a intervenção direta do Estado, seja pela via legislativa ou judicial. No Direito brasileiro, podemos tomar os exemplos da *função social* (CC 421) ou *revisão judicial* dos contratos.

Partindo das ideias expostas acima devemos agora considerar a relação das ações constitucionais com a arbitragem, tendo em vista que essa não se submete ao regime dos recursos cíveis, dispondo, com meio de impugnação *interno*, apenas do pedido de esclarecimentos, e *externo*, da ação anulatória fundada nas hipóteses taxativas da LArb 32, que refletem aspectos formais.

Vale desde logo refutar um contra-argumento possível: o de que a filtragem constitucional poderia ser feita pela via do recurso extraordinário, em sede de ação anulatória. Tal alternativa não nos parece viável por três razões, essencialmente: 1) vincular o filtro constitucional à mais alta instância recursal do país e, com isso, carregar, simbolicamente a arbitragem do mesmo estigma processual da morosidade; 2) pela via do recurso extraordinário, a matéria toda é submetida à revisão e não somente *aspectos* específicos dela, o que representa uma perda para a autonomia arbitral; e 3) admitir exclusivamente o recurso extraordinário forçaria nosso sistema judicial a conviver com arbitragens — inconstitucionais desde sua instauração — por anos e anos gerando risco sistêmico de desregulação.

Nessa perspectiva, nossa proposta é a de que o controle feito pela jurisdição constitucional recaia sobre dois objetos: a) o *produto decisório* — os árbitros são materialmente vinculados aos provimentos judiciais vinculantes exarados pelo STF; e b) a *arbitrabilidade*, objetiva ou subjetiva, da matéria.

Com relação ao ponto a), fazemos aqui a ressalva expressa de que, após meditarmos melhor sobre o assunto e nos envolvermos em frutuótos debates acadêmicos, entendemos por bem rever a posição externada até a presente edição de nosso “Processo Constitucional Brasileiro” (5ª edição, 2021). Fazemos essa observação porque não podemos escrever a respeito do dever de *accountability* sem realizarmos o nosso próprio. Nosso novo entendimento se sustenta essencialmente no redimensionamento dado pela jurisdição constitucional à reclamação e à arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Entendemos que o STF pode agir, pela via da reclamação constitucional — que é a via processual adequada para preservação da competência e autoridade das decisões do tribunal (CF 102, I, “I”, e 103-A, §3º) — quando, por exemplo, o tribunal arbitral se recusar a aplicar determinada súmula vinculante que determinaria outro resultado ao procedimento. Exemplo ilustrativo nesse sentido, por exemplo, seria a violação à Súmula Vinculante nº 10 a ocorrer quando a arbitrabilidade do tema for inconstitucional por contrariar Direito positivo brasileiro.

Mas não é só. Em nossa perspectiva, a reclamação serve também de filtro à arbitrabilidade dos *sujeitos* da arbitragem e de seu objeto, impedindo que sejam instaurados procedimentos em que figurem partes ilegítimas — ou ilegítimamente representadas — ou que *players* utilizem a arbitragem para obter pronunciamentos ilícitos ou inconstitucionais, de modo a desvirtuar o próprio devido processo legal.

Pensemos na hipótese de determinado indivíduo instaurar uma arbitragem pretendendo obter uma indenização por danos que, segundo o Direito brasileiro, sequer são indenizáveis, ou que importem no cumprimento e garantias que imponham determinação de prisão do depositário infiel, contrariando o entendimento do STF nos HC 87.585 e REs 466.343 e 349.703.

O prejudicado não deve ser obrigado a aguardar a instauração e eventual desfecho desfavorável do procedimento arbitral para poder recorrer à jurisdição constitucional. Nossa sugestão é a de que a parte que se saiba ameaçada de ver contra ela instaurado procedimento arbitral com objeto ilícito ou inconstitucional possa ajuizar uma *reclamação preventiva* [8] através da qual o STF possa determinar o trancamento do procedimento ou a realização, pelo tribunal arbitral, de controle de constitucionalidade, certo de que o resultado deste poderá ser objeto de nova reclamação, caso venha a contrariar provimentos judiciais vinculantes do STF.

Outra possibilidade de controle constitucional da arbitragem é a utilização da ADPF para impugnação de provimentos arbitrais inconstitucionais. É certo que a legitimidade ativa para as ações constitucionais é restrita (CF 103).

Com as propostas acima, nossa intenção não é outra que não, a um só tempo, preservar a autoridade da jurisdição constitucional e a autonomia da arbitragem que, sem uma submissão às normas constitucionais, perde completamente sua legitimidade e abre um perigoso flanco para utilização instrumental por *players* mal-intencionados [9].

Há um equívoco na premissa de que a arbitragem *não* se submete *prima facie* à jurisdição constitucional. O erro é a possibilidade de se degenerar a arbitragem como instrumento para veicular pretensões que sabidamente seriam rechaçadas na jurisdição estatal, tornando-a uma espécie de *locus* em que se aplica um Direito paralelo ao Direito. Para homenagearmos *Stolleis*, a arbitragem não pode ser um modelo de Direito *para produzir um não Direito*. Pior: a arbitragem torna-se, nesse cenário, o local ideal para que particulares fraudem direitos fundamentais sob o signo da estabilidade e legitimidade da jurisdição constitucional.

Desde um ponto de vista *luhmanniano* isso pode ser concebido como uma espécie de corrupção sistêmica, já que o código do Direito (lícito/ilícito, constitucional/inconstitucional) é completamente substituído por uma espécie de Direito “paralelo”, sem que nenhum agente institucional possa agir contra essa *desdiferenciação* funcional permitida pela arbitragem [10].

Já a partir da perspectiva delineada em nosso “Direito Constitucional Pós-Moderno”, estaríamos diante da degeneração do Direito, do rapto da ordem pelo voluntarismo privatista, alheio à Constituição Federal.

Em ultima análise, permitir-se-ia a existência de situações esdrúxulas em que árbitros — caso não vinculados à jurisdição constitucional — possam dar última palavra em matéria constitucional, o que viola frontalmente a CF 102, *caput*.

Como se sabe, na visão de Niklas Luhmann o caráter *normativo* do Direito significa que as normas jurídicas são expectativas de comportamento estabilizadas contrafactualmente (*kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen*). Vale dizer, a validade normativa independe de sua observância [11] e os indivíduos continuarão a compreender as normas

jurídicas como válidas mesmo que observem descumprimentos a elas.

A filtragem constitucional por nós proposta serve, ainda, para aumentar o escopo dos objetos arbitráveis e o leque de indivíduos sujeitos à arbitragem, inclusive atores públicos, já que as condições de legitimidade serão preenchidas pela submissão do procedimento ao crivo da jurisdição constitucional.

Ao final, nossa proposta pode ser sintetizada do seguinte modo: realizar a adequada sujeição da arbitragem à jurisdição constitucional é *condição de legitimidade* para sua própria expansão. Nosso intuito não é enfraquecer a legitimidade da arbitragem, pelo contrário, objetivamos evitar sua degeneração ao ser instrumentalizada como mecanismo para fraudar o Direito positivo brasileiro.

A dogmática do Direito vem, no mundo inteiro, discutindo as potencialidades do uso de precedentes estrangeiros nas jurisdições nacionais. É uma consequência inevitável da crescente dependência dos Estados nacionais em relação a problemas que afetam o mundo como um todo, ou, para nos atermos à terminologia luhmanniana, ao “sistema político da sociedade mundial” (*politischen System der Weltgesellschaft*) [12].

Não podemos, escorados numa simplória compreensão de autonomia arbitral, ater-nos a um debate fantasioso acerca da submissão ao não da arbitragem à jurisdição constitucional. Precisamos aceitar de uma vez por todas a normatividade da Constituição, com todas as suas implicações, o que significa rejeitar arbitragens supremas.

[1] Georges Abboud. *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, nº 2.5.2, pp. 483 e ss; Georges Abboud.

[2] Sobre o tema, conferir o percuciente livro de Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos e a Ameaça da Destruição da Grande Companhia*, Editora Contracorrente, 2021, passim.

[3] Cf. Georges Abboud. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, 1ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, nº 3.4, pp. 566 e ss.

[4] Cf. Jürgen Habermas. *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, in: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, 7ª edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2001.

[5] Cf. Gunther Teubner. *Substantive and reflexive elements in modern law*“, in: *Law & Society Review*, v. 17, nº 2, 1983, pp. 239-286 (p. 253).

[6] Gunther Teubner, op. cit., pp. 251-254.

[7] Ibidem, pp. 255-256.

[8] A modalidade preventiva da jurisdição constitucional já defendemos desde a última edição do nosso: *Processo Constitucional Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, nº 4.11.7.5.3, pp. 1.054 e ss.

[9] Acerca do risco, conferir: Rafael Valim e Walfrido Warde. *Abutres, Ingênuos*, cit., passim.

[10] Cf. Marcelo Neves, *Constituição e Direito na modernidade periférica: Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. 1ª edição, São Paulo: WMF Martins Fontes, trad. Antônio Luz Costa, 2018, passim.

[11] Cf. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 3ª edição, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 43.

[12] Niklas Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*. 1ª edição, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2002, p. 221. Cf. também Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, in: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 4ª edição, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1991, pp. 51 e ss; Georges Abboud, *Processo Constitucional Brasileiro*, cit., nº 6.11, pp. 1.274 e ss.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas/>