

Depois de 35 anos: Ainda possível florescer onde não há luz?

No aniversário de 35 anos da Constituição Federal, é crucial examinarmos melhor a aplicação das disposições constitucionais a situações que não estavam no horizonte imediato de preocupações da Assembleia Constituinte, algo que não pode ser feito sem mobilizarmos as razões primordiais do movimento constitucionalista em seu afã de conter a expansão do poder político mediante a garantia de direitos fundamentais e o estabelecimento das estruturas mínimas de Estado.



Como bem se sabe, um passo fundamental ao estabelecimento da

modernidade foi o assentamento da legitimidade política em bases seculares. A *esfera pública* foi, a partir do século 18, o *locus* em que se desenvolveram discussões públicas racionais "referentes à dominação política com o intuito não de gerar um novo regime social, mas, antes, de mudar a base de legitimidade dessa dominação, antes calcada primordialmente por relações de poder entre estamentos" [1]. Foi também nessa época, conforme analisamos em obra publicada em 2014, que a *fundamentação* das sentenças passou a ser uma exigência social informada pelo espírito iluminista [2].

O constitucionalismo como fenômeno eminentemente moderno destituiu a preeminência da política sobre o direito mediante o estabelecimento de uma relação simétrica em que o direito serve como "segundo código" qualificador do poder político que, assim, deixa de ser uma realidade factualmente fundada e pode, reciprocamente, legitimar as decisões do sistema jurídico [3]. Vistas as coisas dessa forma, o *Estado Constitucional* foi o passo seguinte em relação ao modelo do *Estado de Direito* — que submetia *todos* ao sistema jurídico, incluindo aqueles responsáveis pela criação do direito — no sentido de que é a Constituição que ultimamente regula os termos dessa submissão. O fenômeno constitucionalista está inserido precisamente nesse horizonte de contenção do poder mediante exigências de sua justificação perante a sociedade.

É bem verdade que o constitucionalismo teve como referencial histórico o *Estado Nacional* que vem perdendo força pela pressão da globalização que faz a sociedade civil reaparecer em primeiro plano. Isso significa que o poder público que ameaça a democracia já não é mais monopolizado pelo Estado, tampouco foi integralmente conquistado por algum órgão transnacional específico [4].



Mas não é só. É precisamente a expansão potencialmente patológica de outras racionalidades sociais não-políticas, como a economia, a mídia e as novas tecnologias que vem mobilizando grande parte do debate constitucionalista contemporâneo. Numa palavra, pode-se dizer que há uma intrincada relação de poderes extraestatais capazes de ameaçar os direitos fundamentais [5].

Não desconhecemos nenhuma dessas circunstâncias. Aliás, analisamo-las de forma minudente em nosso *Direito Constitucional Pós-Moderno*, obra dedicada a explicitar a insuficiência do paradigma da decisão para a solução de questões complexas e cada vez mais dependentes de um conhecimento social de que o Estado não dispõe e tampouco é capaz de obter de forma solitária justamente porque tal *expertise* encontra-se dissolvida na sociedade e, mais especificamente, nos grandes agentes privados [6].

Dito isso, é salutar a centralidade que a arbitragem vem adquirindo no Brasil. Nos parece inequívoco que esse movimento é um produto da necessidade de espaços mais flexíveis e cognitivamente abertos para a solução de litígios complexos. Nossa preocupação constante, lançada inclusive em textos anteriores [7], é com a forma pela qual determinados segmentos teóricos vêm defendendo a autonomia da arbitragem, afastando-a da Constituição que, para nós, continua sendo o horizonte de justificação de qualquer tipo de poder, seja ele público ou não, o que significa que não pode prosperar o argumento *ad terrorem* de que o Brasil corre o risco de se tornar um país não amigável à arbitragem caso imponha maiores exigências de *accountability* a ela.

Aliás, o observador menos preocupado com a constituição pretensamente "científica" de um meio alternativo de resolução de conflitos ou com a criação/expansão de um mercado de serviços jurídicos próprios perceberá com facilidade que certas perguntas "comuns" na seara da arbitragem soariam despropositadas, quiçá até perversas, se colocadas no contexto do Judiciário estatal.



Georges Abboud
professor e advogado

Vamos refletir por um segundo, qual seria a reação se propuséssemos,

em um seminário de direito constitucional ou processual, os seguintes temas de debate: o juiz está vinculado à Constituição? Deve o juiz levar em conta decisões do STF ou STJ na aplicação do direito Brasileiro?

Tal é o caso de questões como (1) a existência ou não de vinculação do árbitro às decisões do STF/STJ e suas súmulas; (2) a possibilidade ou não de um político em exercício atuar como árbitro; (3) a extensão do direito de revelação das relações pessoais e profissionais do julgador; ou (4) a possibilidade ou não de um árbitro julgar procedimento cujo resultado possa lhe garantir vantagens econômica ou a algum de seus pares julgadores.

A função social da *arbitragem* é a função social da jurisdição *em geral*, por intermédio da qual conflitos são solucionados e, na contemporaneidade, questões complexas são equacionadas. Por quais razões devemos aceitar que um político não possa exercer simultaneamente o cargo de juiz, mas possa atuar como árbitro? Ou que uma lei federal — o CPC — regule detalhadamente as exigências da imparcialidade no âmbito da jurisdição estatal, mas que a arbitragem siga uma lógica própria baseada no juízo que o julgador faz de sua própria higidez?

Tudo isso converge para o diagnóstico de que a estrutura interna da arbitragem deve se tornar permeável àqueles que são os preceitos constitucionais mais caros às democracias. Daí a necessidade de mecanismos de *enforcement* por meio dos quais a arbitragem possa se tornar controlável e justificável perante a sociedade.

Já tivemos a oportunidade de analisar aqui na **ConJur** o dever de revelação dos árbitros em perspectiva constitucional [8]. Ora, é um verdadeiro contrassenso incumbir o árbitro de analisar, em última instância, o que deve ser revelado como potencialmente comprometedor de sua própria parcialidade. Há uma propensão natural, talvez até sem qualquer dolo, à filtragem de eventos relevantes quando se tem em vista a possibilidade de ser contratado a atuar como arbitro em uma causa que pode dar-lhe prestígio e proveito econômico.

A PGR, no âmbito da ADPF 1.050, em seu parecer destacou a relevância de conferirmos perspectiva constitucional ao dever de revelação dispondo no item 5 que: *"O dever de revelação é instrumento para averiguação da imparcialidade do árbitro, sendo válido que o órgão jurisdicional faça análise da relevância da informação omitida e o seu possível impacto sobre o resultado de julgamento para, só então, decidir pela eventual anulação da sentença arbitral"*.

Sobre esse ponto, em uma conversa com o advogado mais qualificado que conheço, ouvi a seguinte indagação: qual o problema referente à revelação? Se a lei diz que a dúvida é aos olhos da parte, qual o problema de revelar tudo? Já que é uma escolha, não tem recurso, a arbitragem é algo diretamente relacionado ao Sistema Jurídico, se a revelação incomoda, por si só já há um problema. Na simplicidade da indagação, já estava presente a sabedoria da resposta. Não pode haver melindre ou dificuldades artificiais com o dever de revelação.

Arriscamos dizer que essa mitigação do dever de revelação coloca em xeque a própria credibilidade da arbitragem, pois corre-se o risco constante de se ver sob a jurisdição de alguém sujeito tão somente à sua própria consciência no que diz respeito ao conteúdo da imparcialidade. A situação torna-se ainda mais complexa quando se exige uma prova cabal de que a não revelação de tal ou qual fato tenha gerado prejuízo ao litigante perdedor. Não parece natural pressupor que a própria *derrota* no procedimento seja um prejuízo presumido? Ainda mais, como determinar o grau de contaminação do arbitro se sequer se sabe objetivamente quais fatos não foram revelados?

A problemática do dever de revelação é um excelente exemplo de como a arbitragem, na condição de sistema autorregulado, tem se tornado insensível a valores externos e tendido a expansão de forma preocupante, tudo com a complacência de "experts" e "especialistas" no nada teórico que atuam como verdadeiros mercadores que buscam expandir a procura por um produto que tem como diferencial falta de transparência e *accountability*.

Insistimos que o Judiciário tem se mostrado a melhor via regulatória para induzir a arbitragem a se desenvolver de forma mais republicana. Aliás, o ajuizamento da ADPF 1.050, que tem por objeto a interpretação constitucionalmente mais adequada do dever de revelação, demonstra que há em marcha um processo darwinista que evidencia a necessidade de regulação da arbitragem como forma de garantia da sua própria credibilidade, *precisamente porque sistemas autorregulados tendem ao egoísmo em busca de expansão de prestígio e poder econômico*.

É isso, inclusive, o que nos ensina a melhor experiência internacional. Na obra *Arbitragem & Constituição*, Peter B. Rutledge analisa diversos mecanismos por intermédio dos quais "os princípios constitucionais se infiltraram na arbitragem" [9], dentre os quais está a *interpretação judicial* que as Cortes fazem do direito positivo e de tratados para vinculá-los expressamente "a princípios de Direito Constitucional" [10]. Reproduzimos aqui um importante exemplo que Rutledge traz do caso *Commonwealth Coatings* no qual desempenhou um papel central a interpretação das Seções (10)(a)(2) da Lei Federal de Arbitragem dos EUA (*Federal Arbitration Act*) — que "autorizam as cortes federais a anular sentenças 'quando houver parcialidade ou corrupção evidente dos árbitros'" [11] — à luz do direito constitucional.

Relata Rutledge que um dos julgadores — o juiz Black — utilizou-se de uma decisão anterior, emitida pela Suprema Corte no caso *Tumey v. Ohio*, na qual se discutiu a interpretação do devido processo legal: "[d]o ponto de vista dos fatos, o caso *Tumey* estava bem longe do caso *Commonwealth Coatings*. No entanto, o juiz Black interpretou que o caso *Tumey* era uma defesa do princípio constitucional mais amplo de que o devido processo exigia que uma decisão fosse 'anulada quando houvesse interesse pecuniário, mesmo que mínimo, por parte do juiz' no resultado" [12].

O exemplo de Rutledge pode ser sintetizado numa lição muito clara: a arbitragem não precisa perder sua autonomia para receber influxos do direito constitucional, que é o ramo do direito naturalmente vocacionado à contenção do poder. O que é necessário é assegurar que o STF possa fiscalizar a pertinência da autorregulação arbitral em relação à sua função social, sem que sombras lhe cubram as faces e a vista.

O grau de blindagem que tem sido proposto aos árbitros e às arbitragens é de tal intensidade que é possível concluir, sem qualquer exagero, que, na atualidade, o Supremo Tribunal Federal é passível de maiores críticas — e as recebe bem, como se sabe — do que o *metiê* arbitral. A Suprema Corte é escrutinada por especialistas, teóricos, jornalistas, *influencers* e sua atividade é totalmente pública e exposta em tempo real. Outrossim, seus integrantes são constantemente fiscalizados pela opinião pública, diversas vezes até de forma injusta. Nesse cenário, por qual razão, em relação à atividade dos árbitros se faz necessário confiar exclusivamente na própria capacidade de autorregulação da arbitragem ou na consciência republicana de seus árbitros e juristas? Essa confiança não seria no mínimo ingenuidade? Quando uma empresa da envergadura e do prestígio da Vale afirma evitar arbitragens por temer a ausência de imparcialidade dos árbitros, não deveríamos acender ao menos a luz amarela?

Mencionamos, já no início do texto, a relevância do Iluminismo para a fundamentação das decisões e recorreremos ao seu principal teórico, Immanuel Kant, para relembrar uma imagem alegórica singular feita pelo filósofo: para Kant, aqueles que se beneficiam da manutenção de alguns indivíduos na minoridade o fazem a partir do convencimento do perigo de sua ausência, que as ameaça "se tentam andar sozinhas". A esses que não atingem o Esclarecimento, Kant deseja o que ele chama "a mais inofensiva de todas as liberdades", a saber "fazer um uso público de sua razão em todos os domínios". Encerro este texto pedindo o mesmo e arriscando-me a pedir um pouco a mais: livrai também da sombra da minoridade aqueles que já muito livraram-se da tutela. A razão exige um salto em direção à luz. Não há mais espaço para sombras tão frondosas.



-
- [1] KROSCHINSKY, Matthäus. "A esfera pública e o PL das *Fake News*: reflexões habermasianas", in: *Consultor Jurídico*, 14.5.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-14/matthaus-kroschinsky-esfera-publica-pl-fake-news>.
- [2] ABOUD, Georges. *Discrecionalidade Administrativa e Judicial: O Ato Administrativo e a Decisão Judicial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 277-279.
- [3] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil. O Estado Democrático de Direito a Partir e Além de Luhmann e Habermas*, 3ª Ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2020, p. 160-161.
- [4] GRIMM, Dieter. *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, trad. Belinda Cooper, Nova Iorque: Columbia University Press, 2015, p. 110.
- [5] Por todos, cf. ABOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo; TEUBNER, Gunther; LADEUR, Karl-Heinz; VOßKUHLE, Andreas. *Constitucionalismo Global*, São Paulo: Contracorrente, 2022; e KROSCHINSKY, Matthäus. "Gunther Teubner e a 'nova questão constitucional'", in: *Consultor Jurídico*, 30.1.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-30/matthaus-kroschinsky-teubner-questao-constitucional>.
- [6] Cf. ABOUD, Georges. *Direito Constitucional Pós-Moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, Parte III.
- [7] Por todos, cf. ABOUD, Georges. "Precisamos rejeitar arbitragens supremas", in: *Consultor Jurídico*, 1.2.2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/georges-abboud-precisamos-rejeitar-arbitragens-supremas>.
- [8] ABOUD, Georges. "O dever de revelação dos árbitros em perspectiva constitucional", in: *Consultor Jurídico*, 10.6.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-10/observatorio-constitucional-dever-revelacao-arbitros-perspectiva-constitucional>.
- [9] RUTLEDGE, Peter B. *Arbitragem & Constituição*, trad. Pedro Davoglio, São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 205.
- [10] RUTLEDGE, Peter B. *Arbitragem & Constituição*, cit., p. 225.



[11] RUTLEDGE, Peter B. *Arbitragem & Constituição*, cit., p. 223.

[12] RUTLEDGE, Peter B. *Arbitragem & Constituição*, cit., p. 224.