ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM*

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO**

1. Colocação do tema; 2. Constitucionalidade e inconstitucionalidade: uma questão política; 3. A distinção entre regras e princípios e a sua relevância para a interpretação constitucional; 4. A lei de arbitragem e os princípios constitucionais do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição; 5. Conclusão.

1. Colocação do tema

Dividido em três subtítulos — *a constitucionalidade da lei de arbitragem; arbitragem e princípio do juiz natural; arbitragem e princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário* —, o tema objeto desta exposição, essencialmente, é o exame da compatibilidade do parágrafo único, do art. 6º, e de todo o art. 7º da Lei n.º 9.307, de 23/9/96, com o princípio constitucional de que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito* (CF — art. 5º, inciso XXXV).

Registro, desde logo, para posterior exame, que não foram trazidos à colação outros tantos princípios jurídicos, igualmente aplicáveis à espécie — como o princípio da dignidade da pessoa humana, o da segurança jurídica, o da autonomia privada, o da liberdade de contratar, o da força vinculativa dos contratos, o da confiança no tráfego jurídico e o da boa-fé, por exemplo —, todos eles pautas axiológicas que pelo fato não estarem, ou *ainda* não estarem condensadas em regras diretamente aplicáveis, nem por isso deixam de constituir fundamentos, pontos de partida ou *tópicos* para a atualização dos modelos jurídicos. Afinal de contas, se os princípios são as regras a longo prazo, parece razoável aplicá-los desde logo, sempre que a sua substância normativa se manifeste nas regras que os prenunciam.

* Aula proferida na Universidade de Brasília no Curso de Extensão *Arbitragem, Mediação e Negociação*, em 23/11/99.

** O autor é Advogado, Professor Universitário e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público — IDP.

A questão da constitucionalidade da lei de arbitragem, como sabemos, encontra-se sob apreciação do Supremo Tribunal Federal — Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7/ Reino da Espanha, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence —, estando o processo com vista ao Ministro Nelson Jobim.

Ciente, ademais, da precisa introdução ao tema, feita pelo ilustre colega Carlos Eduardo Caputo Bastos, que gentilmente me forneceu cópia do seu Plano de Aula, e atento ao erudito e minucioso voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no sentido da inconstitucionalidade daqueles dispositivos legais, tentarei suscitar novas questões ou, para ser mais preciso, as mesmas questões em perspectiva diversa, no caso sob o ângulo da hermenêutica constitucional, sabidamente um campo de manobra ilimitado para a criatividade judicial do direito, seja pela estrutura normativo-material *aberta, polissêmica e indeterminada*, que é própria das constituições — notadamente da sua parte *dogmática* —, seja pela singular posição institucional de que desfrutam as cortes constitucionais, situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, consoante lição de Mauro Cappelletti.¹

A propósito dessa supremacia institucional e do poder criador, de que desfrutam as cortes constitucionais, para a conformação jurídico-política das relações sociais, vale relembrar, entre outras lições do gênero, a seguinte passagem do célebre discurso de Francisco Campos, na solenidade de abertura dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, em 2 de fevereiro de 1941:

“Juiz das atribuições dos demais Poderes, sois o próprio juiz das vossas. O domínio da vossa competência é a Constituição, isto é, o instrumento em que se define e se especifica o Governo. No poder de interpretá-la está o de traduzi-la nos vossos próprios conceitos. Se a interpretação, e particularmente a interpretação de um texto que se distingue pela generalidade, a amplitude e a compreensão dos conceitos, não é operação puramente dedutiva mas atividade de natureza plástica, construtiva e criadora, *no poder de interpretar há de incluir-se, necessariamente, por mais limitado que seja, o poder de formular*. O poder de especificar implica margem de opção tanto mais larga quanto mais lata, genérica, abstrata, amorfa ou indefinida a matéria de cuja condensação há de resultar a espécie”.²

1 Mauro Cappelletti. *O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais*, in *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo, Saraiva, 1961, vol.3, pág. 38. Embora desprovidos de mandato político para o desempenho dessas *novas* funções, os tribunais constitucionais lograram compensar a congênita falta de legitimidade do seu ativismo judicial com uma espécie de *legitimação pelo procedimento*, comprovando a tese de Lúcio Bittencourt de que “*a interpretação é parte integrante do processo legislativo*”. (*Revista do Serviço Público*, Ano V, dezembro de 1942, Vol. IV-N.3, págs. 121/127).

2 *O Poder Judiciário na Constituição de 1937*, in *Direito Constitucional*. Rio, Forense, 1942, pág. 367.

Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade³, esses tribunais — aliás com ampla aceitação nas sociedades democráticas —, transformaram-se em variantes do poder legislativo, legisladores positivos ou, se preferirmos, descontado o exagero da expressão, verdadeiras “constituintes de plantão”, confirmando, agora com validade *erga omnes*, as palavras de Charles Hughes — então Governador do Estado de Nova York e, mais tarde, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos —, quando afirmou que os americanos viviam sob uma constituição, mas essa carta política era aquilo que os juízes achavam que ela o era.

Sobre essa liberdade criadora, de que sempre desfrutaram a Suprema Corte e os juízes norte-americanos, é particularmente expressiva esta passagem de Pekelis, lembrada pelo mesmo Cappelletti:

“... em certo sentido, os Estados Unidos não têm uma constituição escrita. As grandes cláusulas da Constituição americana (...) não contêm senão um apelo à decência e à sapiência daqueles a quem é confiada a responsabilidade de sua atuação. Dizer que a compensação deve ser *justa*, que a proteção da lei deve ser *igual*, que as penas não devem ser nem *cruéis* nem *inusitadas*, que as cauções e sanções pecuniárias não devem ser *excessivas* nem a investigação *irrazoável*, e que a privação da vida, da liberdade ou da propriedade não se pode determinar *sem o due process*, tudo isso nada mais significa do que autorizar a atividade de criação do direito, sobretudo do direito constitucional, por parte dos juízes, os quais são deixados livres para definir o que seja cruel, razoável, excessivo, devido ou talvez igual.”⁴

O mesmo se poderá dizer, porque idêntica a situação, no particular, com referência a todos os países — como o Brasil — que atribuem ao Poder Judiciário a última palavra sobre o sentido e o alcance das suas constituições, quase todas elas modeladas em linguagem igualmente aberta e plurissignificativa.⁵

3 Nos albores da República, quando do julgamento do célebre pedido de *habeas corpus* em favor dos perseguidos políticos de Floriano Peixoto, Rui Barbosa, invocando a doutrina norte-americana, assim definiu a posição do STF no jogo dos poderes do Estado: “Intérprete final da Constituição (Dicey), o Supremo Tribunal Federal é, pois, o último juiz da sua própria autoridade (Cooley)”. Cf. Edgard Costa, *Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio, Civilização Brasileira, 1964, 1^a vol., pág. 22.

4 *Juízes Legisladores?* Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1993, págs. 67/69, nota 128.

5 Cf. Christopher Wolfe. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madrid, Civitas, 1991, pág.15; Gilmar Ferreira Mendes. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1996; J. Sousa e Brito *et alii*. *Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra, 1995; Pedro Cruz Villalón. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987; Louis Favoreu. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, Ariel, 1994; Louis Favoreu *et alii*. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1984.

2. Constitucionalidade e inconstitucionalidade: uma questão política

Isto posto, nosso ponto de partida — com apoio em Kelsen⁶ — será a afirmação de que não existe inconstitucionalidade em si, mas apenas inconstitucionalidade declarada; que só *ocorre* conflito entre lei e Constituição onde algum ordenamento jurídico atribuir competência ou poder a determinado órgão para *provocar* essa ocorrência; que, por isso mesmo, toda decisão pela inconstitucionalidade de uma lei, embora aparentemente declaratória, será necessariamente *constitutiva* desse conflito entre lei e Constituição; que, finalmente, à luz das modernas construções hermenêuticas da jurisdição constitucional — do tipo *interpretação conforme*, *apelo ao legislador*, *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto* e, especialmente, a *declaração total de inconstitucionalidade com restrição de efeitos* —, as decisões sobre a constitucionalidade das leis assumiram a feição de juízos de conveniência e de oportunidade, para cuja formulação as cortes que os emitem trocaram, abertamente, a lógica do racional pela lógica do razoável e o império das regras pela soberania dos princípios.

Nessa linha de raciocínio — que ousaria chamar *fática*, *livre e realista* — e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século, pode-se dizer que sem aquela declaração de incompatibilidade proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferir-lhes a constitucionalidade, nenhuma lei expedida pelo legislativo poderá ser considerada *inconstitucional*; e que, finalmente, enquanto não for anulada — e nos limites em que o seja — toda lei é *constitucional*.⁷

Trata-se, a toda a evidência, de uma forma de colocar o problema que deixa mal a todos quantos, aferrados aos velhos princípios, sempre sustentaram — e muitos ainda o sustentam — que as leis inconstitucionais não são leis porque nunca o foram; que são atos nulos ou inválidos *ab initio*, se é que algum início tiveram; que são criaturas natimortas, privadas de vitalidade; que são um *nada jurídico*, desprovido de qualquer efeito; que, enfim, são tecidos congenitamente acometidos pela mais grave das doenças jurídicas, pelo mal sem cura da inconstitucionalidade, uma doença terrível que só admite o tratamento cirúrgico da sua retirada do organismo jurídico, uma estranha operação que, obviamente, pressupõe a existência da lei a ser extirpada, mas que uma vez concluída, com a retirada do tumor, autoriza o médico a dizer que essa coisa maligna jamais esteve no corpo do paciente...

Diante do artificialismo desse modo de tratar a questão da inconstitucionalidade — um procedimento tortuoso que, freqüentemente, expunha e ainda expõe as cortes constitucionais ao constrangimento de fecharem os olhos para os efeitos concretos das leis declaradas inconstitucionais, como se essa tática de avestruz possa desfazer os seus atentados à natureza das coisas —, diante desse estranho comportamento, tanto mais nocivo quanto são incalculáveis os seus efeitos perversos, juristas de

6 *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1969, págs. 185/190.

7 *Op. cit.*, pág. 187.

vanguarda desde cedo se insurgiram contra essa miopia jurisdicional, no particular aspecto do respeito ao valor *segurança jurídica*, reputado tão importante para a vida direito quanto o são os princípios da *constitucionalidade* e da *legalidade*.

Entre nós, merece especial registro — até porque remete aos mais importantes estudiosos do tema — o trabalho de Almiro do Couto e Silva *Princípios da legalidade da Administração e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, um primoroso ensaio que o mestre gaúcho dedicou à análise do princípio da segurança jurídica em suas interseções com o princípio da legalidade da Administração Pública, sob a ótica de que esse último princípio, “até então tido como incontestável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagens, são atos regulares, praticados com a observância das leis”.⁸

No plano normativo, e em nível constitucional, afora o exemplo histórico da Constituição Federal Austríaca (art. 140.5), merece especial registro o art. 282.4, da Constituição da República Portuguesa, que atribui ao Tribunal Constitucional a prerrogativa de restringir o alcance, de regra retroativo, dos veredictos de inconstitucionalidade, sempre que, a juízo da corte, em decisão fundamentada, a *segurança jurídica*, *razões de equidade* ou *interesse público de excepcional relevo* exigirem se reduza a eficácia daqueles pronunciamentos.

No Brasil, em plano infraconstitucional, saudamos o advento da recente Lei nº 9.868, de 10/11/99, contendo norma, do seguinte teor, inspirada naquele dispositivo da Carta Política de Portugal:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Ainda em fase de projeto, tivemos ensejo de tecer algumas considerações em torno dessa avançada solução legislativa, que ao ver dos seus autores fundava-se, desde logo, no argumento — haurido na jurisdição constitucional norte-americana — de que a constituição não proíbe nem exige efeito retroativo nos pronunciamentos de inconstitucionalidade.

São desse estudo exploratório as seguintes observações críticas:

“Com essa fórmula, inspirada imediatamente na Constituição Portuguesa de 1976, mas historicamente amadurecida na experiência da nossa jurisdição constitucional, tem-se em mira atenuar as consequências das declarações de inconstitucionalidade, em ordem a impedir que, por amor aos *princípios*, os juízes

8 In *Revista de Direito Público*, nº 84, outubro-dezembro de 1987-Ano XX, São Paulo, RT, pág. 47.

acabem contrariando a *natureza das coisas*, desnecessariamente aliás, porque a *Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo*, como bem salientaram os autores do projeto.

Conscientes da *gravidade* e do *risco* de se atribuir semelhante prerrogativa a um tribunal — mesmo que essa corte seja o Supremo Tribunal Federal —, gravidade e risco que se potencializam pelo caráter aberto e indeterminado dos conceitos de *segurança jurídica* e de *excepcional interesse social*, cuidaram os idealizadores da proposta de justificá-la à exaustão, certamente atentos à advertência de que o abandono dos precedentes exige não apenas a *explicação ordinária* das razões de fato e de direito que fundamentaram essa mudança de posição, como também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior.⁹

Afinal de contas, sempre se entendeu que uma lei declarada inconstitucional *não é lei de forma alguma* e, por isso, há de ser tida como *nula e de nenhum efeito*... Então, por que mudar? Por que abandonar esse velho e confortável entendimento, que tem a seu favor argumentos lógicos da maior consistência? Por que, enfim, preservar situações que se criaram ao abrigo de normas sabidamente inconstitucionais?

Simplesmente porque assim o exige a *natureza das coisas* e porque *a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência*...

Pela radical mudança de perspectiva consubstanciada nessa ousada proposta, é de se considerar que aí se encontra a maior e a mais importante abertura em nosso processo de controle abstrato de constitucionalidade, porque dará ensejo a que o Supremo Tribunal Federal — alertado sobre todas consequências das suas decisões —, venha a adotar, sem contorcionismos, uma realística *jurisprudência de resultados*, assumidamente inspirada nos valores da *segurança jurídica* e do *interesse social*, que são congênitos à idéia de direito”.¹⁰

No plano da jurisdição constitucional, atestam idêntica preocupação, entre outros procedimentos, os originalíssimos *apelos ao legislador*, ousadas construções hermenêuticas via das quais, nas ações de inconstitucionalidade que é instado a julgar, o Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha — o *Bundes-*

9 Robert Alexy. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág.265; Aulis Aarnio. *Lo Racional como Razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág.260; Marina Gascón Abellán. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid, Tecnos, 1993, págs. 39/40.

10 Inocência Mártires Coelho. *As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Ano 35, nº 137, jan/mar 1998, págs.164.

verfassungsgeritch —, embora rejeitando o pedido, *adverte* o Parlamento de que se *prenuncia* uma situação de conflito com a Lei Maior, um choque que se tornará atual se não forem adotadas medidas legislativas capazes de conjurar essa *patologia* constitucional.

Por outras palavras, embora *ainda* constitucional, aos olhos do tribunal a situação *tende* se tornar inconstitucional, exigindo do Parlamento uma pronta atuação para estancar o processo e impedir seu desfecho. Via de regra, esses apelos têm sido atendidos, dando ensejo a profundas reformas legislativas, como registra em sua erudita tese de doutoramento o ilustre constitucionalista ilmar Ferreira Mendes.¹¹

A essa luz, portanto, o que antes era tratado como enfermidade incurável, sob a lógica do *tudo ou nada*, sabidamente insuficiente para resolver as crises dos negócios humanos, agora passa a ser visto apenas como um *estado de tensão* — típico da interpretação constitucional, enquanto hermenêutica de princípios¹² —, um mal-estar passageiro, que sob a *lógica do razoável* não precisa das traumáticas soluções cirúrgicas, pela simples razão de que é um simples incômodo e não uma doença fatal.

Trata-se de um novo modo de pensar que, de resto — sob a fecunda influência da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer —, parece dominar a teoria jurídica contemporânea, em cujo âmbito generalizou-se o entendimento de que é somente no momento da sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam, em toda a sua amplitude, o sentido e o alcance dos enunciados normativos.¹³

Por isso alguns juristas, como Pérez Luño¹⁴, chegam a dizer que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da interpretação, enquanto outros asseveram — como o faz, com freqüência, o nosso Miguel Reale —, que o Direito é *norma e situação normada* e que *a norma é a sua interpretação*¹⁵, *uma afirmação que, de resto, é comprovada pelo fato, não contestado sequer pelos críticos da criatividade hermenêutica, de que o direito, em sua concreta existência, é aquele “declarado” pelos juízes e tribunais, e que sem o problema suscitado a partir do intérprete as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas.*¹⁶

Nesse mesmo sentido, observa Karl Larenz que a aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto *imane*nte da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do trabalho hermenêutico, uma tarefa que não se pode desenvolver abstratamente, porque exige — para recíproco esclai-

11 *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1998, 2ª ed., pág.243.

12 Inocêncio Mártires Coelho. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1997, pág.98.

13 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, 1978, cit., pág.396.

14 *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pág.254.

15 *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, pág.594; *Teoria Tridimensional do Direito — Situação Atual*. São Paulo, Saraiva, 1986; *Fontes e Modelos do Direito*, cit., pág.33.

16 Kaufmann, Arthur. *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho*, in *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid, Editorial Debate, 1992, pág. 49; Fernández-Largo, Antonio Osuna, *El debate*, cit, pág.92.

recimento, aproximação e explicitação —, um *balançar de olhos* entre a norma e o fato, entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre a possível interpretação e o seu resultado, tal como antevistos pelo intérprete-aplicador.

Trata-se, portanto, de uma exigência metodológica, ou, mais propriamente, ontognosiológica — porque inerente ao *ser* e ao *conhecer* da realidade jurídica —, de uma exigência que decorre da unidade essencial do processo de compreensão do direito, um processo de natureza histórica e dialética, em cujo âmago se fundem, necessariamente, como momentos distintos, mas complementares, os instantes de produção, interpretação e aplicação dos modelos jurídicos.¹⁷

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos — um trabalho essencialmente entregue à clarividência dos intérpretes-aplicadores — apresenta-se como requisito indispensável ou *conditio sine qua non* da própria efetividade do direito, o qual só funciona à medida que se mantém sintonizado com a realidade social, da qual emerge e sobre a qual atua, muito embora essa sintonização não deva comprometer a autonomia dos modelos normativos e a sua pretensão de conformar, *juridicamente*, a sociedade segundo pautas axiológicas quanto possível independentes.¹⁸

A propósito da singular posição reconhecida a juízes e tribunais como instâncias de superação do inevitável *descompasso* entre os problemas sociais e as respostas legislativas — a legitimar a pronta intervenção judicial para *criativamente dar a cada um o que é seu* — merece transcrição esta significativa passagem de José Puig Brutau:

“El legislador puede, ciertamente, adelantar más com un solo de sus pasos que los jueces com los pasos representados por muchas decisiones o sentencias; pero los períodos de inactividad, inercia o irresolución del primero no le permiten casi nunca señalar nuevas rutas a la evolución jurídica, ante el incesante progreso representado por la actividad de los profesionales del Derecho y, ante todo, de los jueces. Además, el legislador sólo se decide a obrar cuando el objetivo que se propone lo han señalado una serie de necesidades acumuladas. El legislador da la sensación de un miope armado com una arma poderosa”.¹⁹

Destarte, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos intérpretes-aplicadores — e não ao legisladores — encontrar as primeiras respostas para os novos

17 *Metodologia da Ciência do Direito*, 1978, cit., págs.323, 355 e 396/398; Fernández-Largo, Antonio Osuna. *El debate*, cit., pág.112: “La aplicación se integra a la perfección com los demás momentos comprensivos que la precedieron. La hermenéutica ha recuperado la antigua unidad sistemática entre legislar, interpretar y aplicar, mostrando la continuidad indisociable de esos momentos, bajo la unidad que les confiere el ser partes del único proceso de comprensión del derecho.”

18 A propósito das relações entre os fatos sociais e as normas jurídicas. cf. nosso *A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988*, in *Revista Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 184, jul./dez. 1994, págs. 5/18.

19 *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Barcelona, Bosch. s/d. pág.19.

problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, ao invés de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem consensos verdadeiros, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.

3. A distinção entre regras e princípios e a sua relevância para a interpretação constitucional

Das mais relevantes para Prática do direito, sobretudo em âmbito constitucional, essa distinção tem como base a estrutura normativo-material dos preceitos constitucionais, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação, como se verá adiante.

Inicialmente, embora nos desobrigando de discutir uma como que diferença *ontológica* entre regras e princípios, até porque essa suposta ontologia não resiste ao teste da experiência nos diferentes quadrantes do mundo jurídico²⁰, dispensando-nos desse esforço, digamos, *essencialista*, afirmaremos, com Marcel Stati, que “aquilo que caracteriza particularmente o princípio — e isto constitui sua diferença com a regra de direito (...) — é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica...”²¹

Sob perspectiva diversa, Josef Esser distingue aquelas duas espécies normativas dizendo que “os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são conteúdo em oposição a forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas — adverte — não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial”, até porque “histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como *ratio*”.²²

Se, por outro lado, adotarmos o critério de Ronald Dworkin, diremos que a diferença entre regras e princípios é de natureza *lógica* e que decorre dos respectivos modos de aplicação²³.

Com efeito, em razão da sua estrutura normativo-material — *se A, deve ser B* —, as *regras* são aplicadas à maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de

20 Cf., por todos, Josef Esser. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona, Bosch, 196, especialmente as págs.113/179.

21 *Le Standard Juridique*. Paris, LJAM, 1927, pág. 56

22 *Principio y norma*, cit., pág.65.

23 *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1995, pág. 74 e segs.

acordo com a regra de reconhecimento²⁴ do sistema a que pertencem, as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando — como *inválidas* — outras regras, que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.

Noutras palavras, em se tratando de *regras* de direito, sempre que a *sua* previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a *sua* consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*.

Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de *outras* regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também *integralmente e com exclusividade*, afastando-se — por incompatíveis — as consequências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Daí se dizer que, na aplicação aos casos ocorrentes, disjuntivamente as regras valem *ou* não valem, incidem *ou* não incidem, umas afastando ou anulando as outras, sempre que as respectivas consequências jurídicas forem *antinômicas* ou reciprocamente excludentes.

Como o Direito, pelo menos enquanto *ordenamento* ou *sistema*, não tolera *antinomias*, ao longo dos séculos de interpretação das leis a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação generalizada, para resolver as antinomias, pelo menos as *aparentes*, já que as antinomias *reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada à liberdade do aplicador do direito.²⁵

Fruto desse trabalho jurisprudencial, a que não faltou suporte doutrinário, são os chamados critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*, usualmente enunciados em latim — *lex posterior derogat priori*; *lex superior derogat inferiori*; *lex specialis derogat generali* —, em verdade simples regras técnicas que, ao serem utilizadas, dão-nos a nítida sensação de que resolveram um pseudoproblema, como diriam os doutos...

É que, efetivamente, a incidência de uma norma afasta a incidência da outra, de tal sorte que, na generalidade dos casos, as chamadas regras de *solução* de conflitos são invocadas pelos operadores do direito menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos conflitos entre normas.

Final de contas, parece intuitivo que aqueles princípios, *precedendo* a promulgação das regras de direito, previnam ou evitem o surgimento de conflitos entre elas, os quais, precisamente por isso, têm existência meramente *aparente*, o que não impede, entretanto, que os aplicadores do direito os tenham como conflitos *reais* e, “tomando a nuvem por Juno”, dediquem o melhor dos seus esforços para combater simples moinhos de vento...

24 Herbert Hart. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, págs. 117/118.

25 Sobre antinomias jurídicas e critérios para a sua solução, ver, por todos, Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília, Editora da UnB/Polis, 1989, trad. Cláudio Cicco e Maria Celeste Santos, especialmente págs. 81/114.

No âmbito da aplicação dos *princípios*, ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas, por sua própria natureza, finalidade e formulação, como que não se prestam a provocar conflitos, criando apenas um momentâneo estado de *tensão* ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica ser passageiro e consegue superar no curso do processo de aplicação do direito.²⁶

É que, diferentemente das regras, que possuem hipóteses de incidência fixas e consequências jurídicas determinadas — umas e outras reciprocamente excludentes —, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência, apenas enunciando *motivos* para que se decida num ou noutro sentido. Em palavras de Karl Larenz, dir-se-ia que, em si mesmos, os princípios não são, ou *ainda* não são, regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que apontam para a norma a ser descoberta ou formulada pelo intérprete-aplicador à luz das exigências do caso.²⁷

Sem imporem aos seus operadores uma única decisão correta e justa (*one right answer*), eles admitem *convivência* e *conciliação* com outros princípios eventualmente concorrentes, que ofereçam razão para soluções em sentido contrário, tudo num complexo *jogo concertado* de complementação e restrição recíprocas e num processo dialético, que se iniciam no momento da sua aplicação às situações da vida e que se concluem quando o intérprete, concretizando-as, logra apreender o sentido e o alcance dessas pautas axiológicas.²⁸

A sua gênese e o modo como são positivados nos textos constitucionais, por outro lado, evidenciam que os princípios jurídicos possuem, igualmente, uma importante *dimensão institucional*, como fatores de criação e manutenção de *unidade política*, à medida que, nos momentos constituintes, por exemplo, graças à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos sem os quais as

26 A propósito das colisões de princípios, leia-se esta aguda observação de Humberto Bergmann Ávila: “A própria idéia de “conflito” deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio “depende” da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a idéia de “colisão”? Tratar-se-ia de um conflito aparente e não-uniforme, já que a idéia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem, o que no caso dos princípios é previamente inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não possuírem uma hipótese e uma consequência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantém entre si”. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215:151-179, jan.mar.1999 (Nota 48, à pág. 162).

27 *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid, Civitas, 1993, trad. Luis Díez-Picazo, págs. 33.

28 Claus-Wilhelm Canaris. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Gulbenkian, 1989, págs. 88/99; Karl Larenz. *Metodologia*, cit, 1989, pág.579: “É decisivo, por outro lado, que o pensamento não procede aqui ‘linearmente’, só num sentido: o princípio esclarece-se pelas suas concretizações e estas pela sua união perfeita com o princípio”.

disputas ideológicas seriam intermináveis, e os conflitos delas resultantes não permitiriam a promulgação consensual das leis fundamentais.²⁹

A propósito dessa dimensão polissêmica dos princípios, da sua múltipla funcionalidade e do modo como se desenvolve o *jogo* da sua aplicação, o Supremo Tribunal Federal, numa decisão que se pode considerar paradigmática, deixou assentado que em face da Constituição, para *conciliar* o fundamento da *livre iniciativa* e o princípio da *livre concorrência* com os princípios da *defesa do consumidor* e da *redução das desigualdades sociais*, em conformidade com os ditames da *justiça social* — valores que seriam inconciliáveis, se tomados em sentido absoluto —, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.³⁰

Trata-se, portanto, nunca é demasiado insistir, de uma espécie de convivência necessariamente *amistosa* — um *jogo concertado* —, que admite e até mesmo exige conciliações, menos pela natureza, digamos, *pacífica* dos princípios, do que pelo fato de as colisões entre eles não serem antinomias *jurídicas* propriamente ditas, embora possam dar lugar a *regras* incompatíveis, o que acontece com certa frequência³¹.

Com efeito, na decisão acima referida, acolhendo os argumentos do Relator, a nossa corte constitucional mais não fez do que *ponderar e relativizar* o peso dos princípios concorrentes e, diante das *circunstâncias* do caso, legitimar a intervenção legislativa do Estado em determinado setor da atividade econômica — no caso, o chamado ensino pago — sem que assim decidindo tenha invalidado qualquer dos *standards* normativos em *conflito*, os quais, *abstratamente* considerados, conservaram a sua força normativa, assim como a sua relevância constitucional.

Se e quando, em face de um outro caso *concreto*, aqueles mesmos princípios voltarem a entrar em estado de *tensão* — e novamente a depender das *circunstâncias* —, o tribunal poderá levar a cabo um *balanceamento* diverso, atribuindo maior peso ao princípio que, na situação anterior, recebera menor ponderação, sem que essa preterição circunstancial tenha acarretado sua exclusão do ordenamento jurídico ou qualquer redução, por mínima que seja, da sua densidade axiológica.

Por isso, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta de valoração for ou parecer aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este *ou* aquele princípio — com exclusão de todos os demais que, *prima facie*, também poderiam ser utilizados como *norma de decisão* —, o intérprete-aplicador fará uma ponderação entre os *standards* concorrentes, optando, afinal, por aquele que, *nas circunstâncias*, e segundo a sua prudente avaliação, deva ter um *peso* relativamente maior.

29 Vital Moreira. *Revisão Constitucional e “Princípios Fundamentais”*, in *Constituição e revisão constitucional*. Coimbra, Editorial Caminho, 1980, pág. 73.

30 ADIn 319/DF. Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 149/666-692.

31 Norberto Bobbio. *Teoria General del Derecho*. Bogotá, Temis, 1987, pág.190; Josef Esser, *Princípio y norma*, cit., págs.55/56.

Porque se trata de um método de ponderação de bens *no caso concreto* para, afinal e à luz do princípio da *unidade da Constituição*, se alcançar uma *concordância prática*, parece intuitivo que, pelo menos sob esse prisma, não exista uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores e/ou princípios constitucionais, ressalvada — porque fora e acima de cotejo — a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte* de todos os valores, valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, como *princípio e fim* de toda ordem jurídica.³²

Considerando, como acentuamos acima, que em função do contexto a avaliação dos princípios pode *mudar de sinal*, o fato de se atribuir maior importância a um deles, em determinada situação, não invalida nem desqualifica a pauta que se deixou de aplicar, porque a sua preterição terá decorrido exclusivamente da análise das *circunstâncias* do caso, não valendo, por isso mesmo, sequer como precedente. É que, ao contrário das regras de direito, os princípios jurídicos — porque são *mandatos de otimização* e não *ordenações de vigência* —, podem e devem ser aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação³³.

Nesta última característica — a de serem *mandatos de otimização* — é que, ao ver de Robert Alexy, reside o atributo fundamental dos princípios jurídicos, e que permite sustentar a tese de que eles são normas *qualitativamente* distintas das regras de direito:

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”³⁴.

32 Cf., sobre a transcendentalidade do valor *pessoa humana*, Battista Mondin. *A metafísica da pessoa como fundamento da Bioética*, in *Questões atuais de Bioética*, Stanislav Ladusâns (Coord.). São Paulo, Edições Loyola, 1990, págs.147/174, e *Definição filosófica da pessoa humana*. Bauru-SP, EDUSC, 1998; Miguel Reale. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1963, págs. 70/74, e *Filosofia do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, págs. 211/214; Gregorio Peces-Barba. *Los Valores Superiores*. Madrid, Tecnos, 1986, págs. 112 e 121; Joaquín Arce y Flórez-Valdés. *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Madrid, Civitas, 1990, págs. 144/151; e Edilson Pereira de Farias. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1996, págs.21/55.

33 Robert Alexy. *Derecho y razón práctica*. México, Fontamara, 1993, págs. 12/14.

34 *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs.86/87.

A despeito da grande aceitação que mereceu da doutrina, não são poucos os autores de expressão que opõem resistência a esse critério diferenciador, seja acentuando que não somente os princípios, mas também as regras, seriam mandatos de otimização, seja afirmando que não apenas as regras, mas também os princípios, podem entrar em *colisão total*, de sorte que, num caso concreto, a aplicação de determinado princípio afastaria os outros, eventualmente colidentes, como não pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico.³⁵

Por isso, a idéia de *mandato de otimização* ao invés de servir de fundamento para uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios, antes representaria uma simples técnica de argumentação, utilizável não somente na aplicação dos princípios, mas também na concretização de todo e qualquer *standard* normativo.³⁶

Divergências à parte, Gomes Canotilho adverte que é particularmente complexa a tarefa de apontar diferenças entre regras e princípios, mas que esse trabalho poderá fazer-se com base nos seguintes critérios:

- grau de *abstração*: os *princípios jurídicos* são normas com um grau de abstração relativamente mais elevado do que o das *regras de direito*;
- grau de *determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (*e.g.* legislador ou do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação direta;
- caráter de *fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (*e.g.* os princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (*e.g.* o princípio do Estado de Direito);
- *proximidade* da idéia de direito: os *princípios* são *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na *idéia de direito* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;
- *natureza normogenética*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.³⁷

35 Humberto Bergmann Ávila, op. cit., págs. 163/164.

36 Luis Prieto Sanchís. *Sobre Principios y Normas*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1992, págs.44/50.

37 *Direito Constitucional*, cit., págs. 1034/1035.

4. A lei de arbitragem e os princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição

Assente que as constituições modernas, pelo menos em sua parte dogmática, estruturam-se como sistemas *abertos* de regras e princípios, cuja linguagem é necessariamente polissêmica e indeterminada; que a interpretação constitucional é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, com base em critérios ou premissas — filosóficas, metodológicas, epistemológicas — diferentes mas, em geral, reciprocamente, complementares³⁸; que essa pluralidade de métodos se converte em “veículo da liberdade do juiz” (Martin Kriele), o qual, por isso mesmo, acaba escolhendo o método em função do resultado que, estimando correto e justo, pretenda alcançar em cada caso; que, finalmente, como instâncias derradeiras, as cortes constitucionais proferem veredictos insuscetíveis de revisão, se tudo isso for verdadeiro, parece lícito concluir-se que, ao fim e ao cabo, as suas decisões equivalem a *erratas* e *adendas* das constituições que aplicam, e a questão da constitucionalidade das leis fica reduzida a um juízo político resultante da pré-compreensão e da ideologia dos magistrados que exercem a jurisdição constitucional.

Se isso for verdadeiro, e nos parece que o seja, pelo menos em tese, a discussão sobre a constitucionalidade da lei da arbitragem — no particular aspecto de sua conformidade com os princípios do *juiz natural* e da *inafastabilidade do Poder Judiciário* —, embora deva partir do texto da Constituição, especialmente dos incisos XXXV e XXXVII do art. 5º, sob pena de empobrecimento e de bloqueio de saídas, tem de se deslocar do âmbito restrito das regras de direito, enquanto *ordenações de vigência*, para o espaço aberto dos princípios jurídicos, enquanto *mandatos de otimização*.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que a condenação dessa lei — nos termos da erudita e minuciosa pronúncia de inconstitucionalidade do eminente Ministro Sepúlveda Pertence — se vier a se confirmar, terá a fundamentá-la, essencialmente, o peso da *doutrina assente* e da *opinião dominante*, uma e outra ideologicamente regressivas e saudosistas, porque voltadas para o passado, em busca de um Estado perdido; de um Estado interventor e provedor geral; de um Leviatã tutelar, onipresente e emasculador, que à força de tudo resolver por todos — genericamente, *et pour cause*, presumidos fracos ou deficientes — impede o livre desenvolvimento da personalidade individual; de um Estado que não respeita, porque não consegue compreendê-los, os valores da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, assim como não entende a regra moral das obrigações e o princípio do *pacta sunt servanda*; de um Estado que regula todas as relações humanas e não admite a existência dos chamados espaços livres do direito ou de direitos sem Estado; de um Estado que apregoa o pluralismo político, mas não admite divergências de opinião; de um Estado que diz aceitar a diversidade de ordenamentos, mas só reconhece à lei o atributo de fonte do direito; de um Estado que se contenta em ser *moderno*,

38. Gomes Canotilho, op. cit., págs. 1.033 e 1.084.

quando o entorno já vive a pós-modernidade; de um Estado, enfim, que não tolera as camisas coloridas dos cidadãos porque só reconhece a cinzenta túnica dos súditos...

Se ao invés de contraporem a uma só leitura — estreita e reducionista — dos *princípios* do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição, as *regras* da lei de arbitragem que reputam inconstitucionais, esses acusadores buscassem os *princípios* subjacentes àquelas regras, um procedimento que, de resto, tornou-se rotineiro no âmbito da chamada interpretação especificamente constitucional enquanto *hermenêutica de princípios*, se assim agissem, livres de preconceitos e abertos à discussão e à crítica, esses fomentadores de inconstitucionalidades e adeptos do retrovisor provavelmente haveriam de encontrar razões de sobra para não esterilizar o mecanismo da arbitragem, um valioso instrumento não-estatal de composição e superação de conflitos, cujas vantagens são de todos conhecidas, inclusive e sobretudo dos seus mais ferrenhos adversários.

5. Conclusão

Finalmente, a título de conclusão e, por que não dizer, de última provocação: num contexto de economia globalizada e de lutas de gigantes³⁹, num cenário em que o Estado-nação e, com ele, os conceitos de soberania *indivisível* e de constituição *autárquica*, que lhe davam sustentação teórica, parecem esvair-se aos nossos olhos, para dar lugar a entidades supranacionais, cuja “constituição virtual” — qual uma inexorável “lei de gravidade política” — vai se impondo sobre povos e territórios só nominalmente independentes, chega a ser engraçado, para não dizer ridículo, que, em nome de uma abstrata proteção dos mais fracos e do repúdio aos pactos leoninos — quem seria o leão numa disputa entre a Microsoft e a Netscape, ou entre a Esso e a Texaco? — pretendam Estados periféricos rejeitar, em tese e desde logo, por suposta inconstitucionalidade, a mera possibilidade de se *submeterem* aos seus juízes — sabidamente isentos, confiáveis e independentes — pedidos de instituição de arbitragem contra quem, tendo assumido a obrigação de fazê-lo, se recuse a firmar o compromisso arbitral que dará consequência à cláusula compromissória livremente pactuada.

³⁹ Cf., entre outros, André-Jean Arnaud. *Entre modernité et mondialisation — Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*. Paris, L.G.D.J., 1998.