

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO INTERINSTITUCIONAL-DINTER UNISINOS/FURB  
NÍVEL DOUTORADO**

**FELICIANO ALCIDES DIAS**

**A ARBITRAGEM SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA DO DIREITO:  
UMA ALTERNATIVA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA  
NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

**SÃO LEOPOLDO  
2017**

FELICIANO ALCIDES DIAS

**A ARBITRAGEM SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA DO DIREITO:  
UMA ALTERNATIVA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA  
NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Linha de pesquisa: Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Orientador: Prof<sup>o</sup>. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

SÃO LEOPOLDO

2017

Ficha catalográfica elaborada por Everaldo Nunes – CRB 14/1199  
Biblioteca Universitária da FURB

---

D541a

Dias, Feliciano Alcides, 1968-

A arbitragem sob a perspectiva econômica do direito: uma alternativa para a democratização do acesso à justiça nas relações empresariais / Feliciano Alcides Dias. - São Leopoldo, 2017.

374 f. : il.

Orientador: Darci Guimarães Ribeiro.

Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo .

Bibliografia: f. 345-371.

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Arbitragem (Processo civil). 4. Acesso à Justiça. 5. Análise econômico-financeira. 6. Transação (Direito). 7. Custos de transação. I. Ribeiro, Darci Guimarães, 1965-. II. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

---

CDD 341.4618

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “A ARBITRAGEM SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA DO DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS”, elaborada pelo doutorando **Feliciano Alcides Dias**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

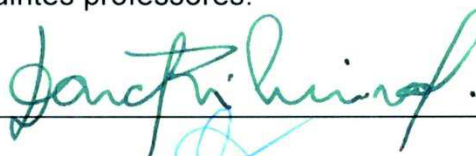
São Leopoldo, 15 de março de 2017.

  
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos

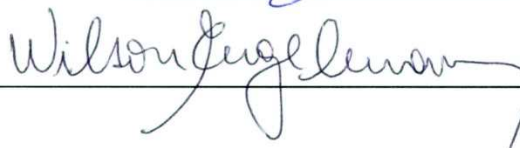
Membro: Dr. Luciano Benetti Timm



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



Membro: Dr. Wilson Engelmann



## AGRADECIMENTOS

Nesse momento, resta agradecer a todos aqueles que, em alguma medida, contribuíram para o desenvolvimento da tese.

Inicialmente, sou grato a Deus, minha querida esposa Fernanda e as joias preciosas Laura, Isabela e Gabriela, amadas filhas, por terem tolerado minha quase completa ausência.

À minha mãe Salete, exemplo de pessoa por sua perseverança e ensinamentos de vida.

Aos meus colegas do Doutorado em Direito, alguns se revelando grandes amigos pelo companheirismo, colaboração e pela discussão acadêmica.

Ao meu orientador, Professor Doutor Darci Guimarães Ribeiro e demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

À Universidade Regional de Blumenau – FURB, por me viabilizar a realização do Doutorado, gestores, professores, servidores e aos alunos dos cursos de Graduação e da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito.

## RESUMO

As transformações da sociedade hipermoderna e a organização das empresas têm provocado à expansão de novas formas de processos decisórios, através dos meios cooperados de tratamento e resolução de controvérsias que passaram a ser utilizados com maior frequência entre os interessados, além dos serviços jurisdicionais do Estado. Nessa ótica, a arbitragem pode ser considerada um instrumento de desenvolvimento democrático do acesso à justiça, pois ressalta a condição do agente na solução de conflitos em âmbito privado e de natureza patrimonial, tendo em vista que suas bases estão fundadas no princípio da autonomia de vontade das partes. A descrença de grande parte da sociedade em resolver seus conflitos pelo Poder Judiciário brasileiro, revela-se diante da sua ineficiência, morosidade e imprevisibilidade em termos da prestação de serviços aos seus jurisdicionados, que pode trazer reflexos negativos para o desenvolvimento econômico do país. Deste modo, exsurge o problema em examinar se a arbitragem, enquanto instituição econômica mostra-se um mecanismo eficiente, em face dos motivos pelos quais indivíduos e empresas decidem arbitrar seus conflitos com a inclusão de cláusulas arbitrais em seus contratos, com a possível redução dos custos de transação. Assim, a novel legislação sobre o instituto arbitral almeja reforçar a garantia da democracia expressa pela participação das partes na condução do processo, que se encontra consubstanciada pela constitucionalização do direito processual civil brasileiro. Essa situação reforça a interpretação dos fenômenos que se apresentam sob a matriz do método fenomenológico hermenêutico e sobre a abordagem da Análise Econômica do Direito, associada à realização de pesquisa empírica, de natureza exploratória e de campo, as principais Câmaras Arbitrais catarinenses. A arbitragem configura-se como meio célere e confiável de resolução de controvérsias, inserindo-se numa dimensão contributiva extrajudicial, tanto no âmbito jurídico, como social e econômico.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça. Arbitragem. Análise econômica do direito. Custos de transação.

## ABSTRACT

Changes to the hypermodern society and the organization of companies have caused the expansion of new decision-making processes through cooperated means of treatment and settlement of litigations, which started to be used more frequently by interested parties in addition to the jurisdictional services by the State. From this point of view, arbitration may be regarded as a democratic development tool for access the justice, as it emphasizes the agent's condition to settle conflicts of private and financial nature, in view that it is grounded on the principle of autonomy of will of the parties. Incredulity of a great part of the Brazilian society to settle its conflicts through the local Judiciary Power results from its inefficiency, delay and unpredictableness when providing its services to population, which may have negative reflections on the economic development of Brazil. As a result, it must be examined if arbitration is an efficient mechanism as an economic institution in view of the reasons for which individuals and companies decide to settle their conflicts by including arbitration clauses in their agreements having the possible reduction in the transaction costs. Therefore, the new arbitration legislation aims at emphasizing the guarantee of democracy expressed by participation of the parties in the process conduction, which is consolidated through constitutional definition of the Brazilian civil procedure law. Such a situation stresses the interpretation of the phenomenon presented under matrix of the hermeneutical, phenomenological method and approach of the Law Economic Analysis associated to conduction of an empirical investigation of exploratory and field nature of the main Chambers of Arbitration in the State of Santa Catarina. Arbitration is a fast, reliable mean of litigation settlement inserted in an extrajudicial contributive dimension in the legal, social, and economic area.

**Key words:** Access to justice. Arbitration. Law economic analysis. Transaction costs.

## RIASSUNTO

Le trasformazioni della società ipermoderna e l'organizzazione delle aziende hanno portato alla espansione di nuove forme dei processi decisionali, attraverso metodi cooperativi di trattamento e la risoluzione delle controversie che ora sono usate più frequentemente tra le parti interessate, oltre ai servizi giurisdizionali dello Stato. Da questo punto di vista, l'arbitrato può essere considerato uno strumento di sviluppo democratico di accesso alla giustizia, si sottolinea la condizione dell'agente nella risoluzione dei conflitti di sfera privata e di natura patrimoniale, dato che le sue basi si fondano sul principio dell'autonomia di volontà delle parti. L'incredulità di gran parte della società a risolvere i suoi conflitti dalla Magistratura Brasiliana, si rivela in ragione della sua inefficienza, lentezza e imprevedibilità riguardante alla fornitura di servizi a quelli che hanno bisogno della sua giurisdizione, che possono avere conseguenze negative per lo sviluppo economico del Paese. Quindi, il problema si pone in esaminare se l'arbitrato, come istituzione economica dimostra di essere un meccanismo efficiente, in considerazione dei motivi per cui gli individui e le aziende scelgono di stabilire le loro controversie con l'inclusione di clausole arbitrali nei contratti, con la possibilità di ridurre dei costi di transazione. Così, la nuova legislazione sull'Istituto dell'Arbitrato ha lo scopo di rafforzare la garanzia democratica espressa dalla partecipazione delle parti nella guida del processo, che è basato sulla costituzionalizzazione della legge brasiliana di procedura civile. Questa situazione rafforza l'interpretazione dei fenomeni che si presentano sotto la matrice del metodo fenomenologico ermeneutico e l'approccio di analisi economica del diritto, associati con lo svolgimento di ricerche empiriche, esplorativa e sul campo, delle principali Camere di Arbitrato dello Stato di Santa. L'arbitrato è configurato come un mezzo veloce e affidabile di risoluzione delle controversie entrando in una dimensione contributiva stragiudiziale, sia nel quadro giuridico, che sociale ed economico.

**Parole chiave:** Accesso alla giustizia. Arbitrato. Analisi economica del diritto. Costi di transazione.



## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Principais espécies de conflitos submetidos ao procedimento arbitral. ....	281
Quadro 2 - Percentual dos acordos celebrados ao longo do procedimento arbitral. ....	283
Quadro 3 - Estabelecimento das regras de julgamento do processo arbitral.....	286
Quadro 4 - Crescimento econômico das Câmaras Catarinenses.....	288
Quadro 5 - Índice de Confiança na Justiça - Brasil.....	313

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED Análise Econômica do Direito

Art. Artigo

§ Parágrafo

CC Código Civil

CF Constituição Federal

CNJ Conselho Nacional de Justiça

CPC Código de Processo Civil

STJ Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A QUESTÃO DA DESMONOPOLIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA (HIPER)MODERNIDADE BRASILEIRA.....</b>	<b>22</b>
<b>2.1</b>	<b>A Sociedade Hipermoderna como vetor Socioeconômico .....</b>	<b>22</b>
<b>2.2</b>	<b>O Processo Civil e a Ordem Democrática Contemporânea .....</b>	<b>39</b>
2.2.1	As tensões do Estado e sua preocupação com a Justiça .....	40
2.2.2	A Democratização Processual Civil e o Processo Participativo .....	56
2.2.3	Releitura Hermenêutica do Processo Civil Democrático .....	69
<b>2.3</b>	<b>A Globalização Econômica e novas formas de Regulação Jurídica .....</b>	<b>93</b>
<b>2.4</b>	<b>O Conflito e a problematização da crise no Poder Judiciário brasileiro... </b>	<b>105</b>
<b>2.5</b>	<b>Revitalização do Acesso à Justiça e a (des)judicialização da Jurisdição Estatual: enfoque para Arbitragem brasileira .....</b>	<b>120</b>
<b>3</b>	<b>O SISTEMA ARBITRAL NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO: INSTRUMENTO ADEQUADO PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS CONTRATUAIS.....</b>	<b>141</b>
<b>3.1</b>	<b>A regência jurídica da Arbitragem brasileira e a observância das Garantias Constitucionais .....</b>	<b>141</b>
<b>3.2</b>	<b>A (in)existência de limites na Estipulação Negocial para a Instituição da Arbitragem nos Contratos .....</b>	<b>157</b>
3.2.1	Da Autonomia de Vontade das partes .....	158
3.2.2	Da Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral .....	166
<b>3.3</b>	<b>Modernização do Instituto da Arbitragem .....</b>	<b>177</b>
<b>3.4</b>	<b>Sistema Processual Arbitral e o Código de Processo Civil brasileiro .....</b>	<b>187</b>
3.4.1	Da Relação Processual Arbitral: Fases da Arbitragem.....	191
3.4.2	Sentença Arbitral: implicações do novo Diploma Processual .....	225

<b>4</b>	<b>ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM SEGUNDO A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS .....</b>	<b>245</b>
<b>4.1</b>	<b>A contribuição da Análise Econômica para o Direito .....</b>	<b>245</b>
4.1.1	Princípio da Eficiência Econômica.....	259
4.1.2	Teoria dos Custos de Transação.....	268
<b>4.2</b>	<b>A Arbitragem como instrumento de Acesso à Justiça para o Desenvolvimento Econômico .....</b>	<b>275</b>
<b>4.3</b>	<b>As perspectivas Econômicas da Convenção Arbitral no âmbito Contratual.....</b>	<b>289</b>
<b>4.4</b>	<b>Incentivos Econômicos da Arbitragem e a redução dos Custos de Transação .....</b>	<b>304</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>329</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>345</b>
	<b>APÊNDICE A – Síntese do Referencial Teórico e da Metodologia da Pesquisa.....</b>	<b>372</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Análise Econômica da Arbitragem constitui-se em um instrumento apto a fortalecer a democratização do acesso à justiça, na resolução de controvérsias de natureza contratual e empresarial, em sede da desjudicialização dos conflitos.

Este estudo destaca as características específicas do instituto da arbitragem que objetiva solucionar, de modo célere e efetivo, demandas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, na perspectiva da “Análise Econômica do Direito”, com vistas à redução dos custos de transação.

A sociedade hipermoderna<sup>1</sup> passa por transformações cada vez mais complexas, em razão da enorme diversidade nas relações sociais que têm alcançado os indivíduos de forma geral e, conseqüentemente, corroborados com a existência de mais conflitos. Diante dessa crescente complexidade, há uma progressiva perda da autonomia do Estado em matéria de regulação pelo direito, sobretudo, em face da globalização econômica. As relações sociais também impactam em outras áreas, gerando tensões nos âmbitos político, econômico, ambiental, jurídico e em diversos cenários sociais, a partir dos quais emergem novos protagonistas nos processos decisórios.

O modelo tradicional de solução de conflitos não consegue resolvê-los com a eficiência e qualidade desejadas, seja no plano quantitativo, em relação à razoável duração do processo, seja no plano qualitativo, mediante a obtenção da pacificação social com a resolução de controvérsias, diante do excessivo grau de judicialização.

Deste modo, constata-se uma crise no Poder Judiciário brasileiro, resultante de uma cultura demandista que ainda impera em nosso país com o agravamento da morosidade nos serviços jurisdicionais estatais. Entre outras causas, a lentidão da justiça se destaca como uma das principais razões que torna imprescindível o acolhimento de formas adequadas além das patrocinadas pelo Estado, capazes de atender os anseios de acesso à justiça.

O nível de funcionamento do Poder Judiciário brasileiro é reconhecidamente muito inferior ao desejado, bastando observar as estatísticas descritivas pelo

---

<sup>1</sup> “A sociedade hipermoderna se apresenta como a sociedade em que o tempo é cada vez mais vivido como preocupação maior; a sociedade em que se exerce e se generaliza uma pressão temporal crescente”. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 75.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através dos relatórios anuais denominados *Justiça em Números*. No último relatório divulgado em 2016, foram apresentados os dados coletados referentes ao ano-base de 2015, em que se constata um crescimento de congestionamento da justiça estatal na ordem de 102 milhões de processos.<sup>2</sup>

O retrato da sazonalidade da litigiosidade brasileira apresenta-se através dos levantamentos computados pela totalidade dos casos baixados e pendentes, ao contrário dos levantamentos anteriores que se referiam à soma dos casos novos e pendentes. Nesse contexto, o montante dos processos que o Poder Judiciário suportou durante o ano, encontra-se representado entre os casos já resolvidos e os não resolvidos. Esse universo de processos, portanto, não se refere apenas ao volume de ações que de fato estão pendentes de julgamento perante a justiça estatal, aguardando uma solução definitiva.

Na visão do CNJ, mesmo com essa alteração nos critérios de apuração da litigiosidade, o relatório aponta que o número de processos baixados quase sempre equivale ao número de casos novos. No entanto, desde o ano de 2009, há um aumento significativo de estoque dos processos no Poder Judiciário em torno de 74 milhões. Registre-se que o percentual de 19,4% foi o crescimento acumulado nesse período, ou seja, comparando àquele ano, houve um acréscimo de 9,6 milhões de processos. “Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque”.<sup>3</sup>

Nesse ponto, observa-se que a morosidade na prestação dos serviços jurisdicionais aumentam os custos de transação na resolução de disputas e podem bloquear o acesso a esse órgão jurisdicional de potenciais usuários. Deste modo, os indicadores que permitam aferir o mau funcionamento da justiça estatal, podem refletir também, o desempenho da economia brasileira.

É inevitável reconhecer que o Poder Judiciário, ao longo do tempo, tem-se tornado um sistema multiportas para qualquer espécie de conflito, numa leitura equivocada e exacerbada da garantia constitucional do acesso à justiça, contudo, não

---

<sup>2</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 17.

<sup>3</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 42.

supera os diferentes obstáculos de ordem econômica e cultural que impedem a realização dessa acessibilidade.

A garantia constitucional processual do acesso à justiça contida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXV, expressa que a resolução dos conflitos seja acessível a toda sociedade. Na atualidade, essa garantia passa por uma renovação de sua concepção tradicional, através dos meios adequados de resolução de conflitos, cuja dimensão envolverá estudos para o aprimoramento do sistema arbitral.

Importa considerar que, nem todo e qualquer conflito de interesses reclama apenas a provocação à jurisdição estatal, assumindo uma feição monopolística, valendo observar que dentro de uma concepção democrática do acesso à justiça, a legislação infraconstitucional deve regular as formas em que o povo deve participar diretamente na administração da justiça.<sup>4</sup> Tanto que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 reconhece em seu artigo 3º, a ampliação desse acesso para os meios auto e heterocompositivos, na esfera judicial ou extrajudicial.

O procedimento arbitral se refere a uma das formas de ampliação do direito de acesso à justiça no âmbito extrajudicial, sob uma perspectiva democrática participativa, em consonância com o novo diploma processual e às alterações legislativas aprovadas recentemente, que modernizaram o instituto da arbitragem<sup>5</sup>. Para tanto, faz-se necessário o estudo de um sistema jurisdicional adequado de resolução de controvérsias para além do Poder Judiciário, como um fator importante para a promoção do desenvolvimento econômico e social.

Sob esse aspecto, não se verifica na disciplina da novel legislação processual civil, o que se entende por um “processo jurisdicional democrático”, restringindo a exposição de motivos a mencionar que deverá haver uma “sintonia fina” entre o texto infraconstitucional e a Constituição Federal.

---

<sup>4</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 319.

<sup>5</sup> BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.129 de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

Destarte, há que se ponderar se a nova codificação processual ainda apresenta evidências de atuação judicial de um juiz solipsista, como um dos parâmetros das decisões judiciais e arbitrais. Para compreender este desafio, perpassa-se por uma nova teoria do direito, a partir de uma teoria da decisão construída através de uma crítica hermenêutica do direito, com o propósito de romper o instrumentalismo processual e, principalmente, a discricionariedade judicial. A codificação atual tem de significar a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para todo o processo civil. No entanto, essa proteção nem sempre é suficiente e, em alguns casos, incorre na ausência de proteção aos compromissos assumidos pelo Estado Constitucional.

Os problemas enfrentados na qualidade de desempenho da jurisdição estatal na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição, seja quanto a morosidade ou pelo fenômeno da politização ou não-neutralidade do Poder Judiciário, tem impacto significativo sobre o funcionamento da economia. A ineficiência dos sistemas legal e judicial também aumenta o risco jurídico pela incerteza na interpretação dos contratos e a imprevisibilidade das decisões judiciais, reduz a atratividade dos investimentos e afeta o mercado de crédito, além de influenciar a política econômica a ser mais intervencionista, comprometendo a eficiência e o crescimento econômico.

O estudo que se apresenta com esta tese adere à linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-Graduação em Direito Público, nível Doutorado, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Nessa linha de pesquisa, procura-se discutir questões específicas sobre o Estado e responder às demandas sociais a partir da concretização dos direitos sociais-fundamentais. Referida linha, objetiva-se também, apontar à necessidade de investigação da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas pelos Tribunais, tornando fundamentais estudos da Constituição e Jurisdição e seus vínculos no campo do direito material e processual.

Nesse contexto, demonstram-se quais os problemas a serem enfrentados pela arbitragem na atualidade, com estudos de Filosofia e Sociologia do Direito, além de ter sempre em vista a ciência processual. Não se ignora que, sem uma mudança de cultura do sistema jurisdicional, corre-se o risco de que a alteração legislativa se torne mais uma daquelas tantas outras que já ocorreram no Código de Processo Civil.



Dentro de uma moldura democrática, igualmente se faz importante, uma redefinição nos conceitos de jurisdição, considerando que esta não se restringe no acesso ao Poder Judiciário, mas em uma tendência à desmonopolização da atividade jurisdicional.

Nesse contexto, formulou-se a principal problemática desta tese, em razão da observação deste pesquisador que atua como árbitro em duas Câmaras de Mediação e Arbitragem no Estado de Santa Catarina<sup>6</sup>, sobre a tendência crescente das empresas optarem pela instituição da arbitragem, em face dos impactos causados pela demora na entrega da prestação jurisdicional do Estado. Levando em consideração esses aspectos, questiona-se sob quais condições a convenção da arbitragem representa uma alternativa democrática viável de acesso à justiça para resolução de conflitos no âmbito contratual, como uma instituição econômica eficiente que incentiva a redução dos custos de transação?

As hipóteses viáveis para responder a essa problematização consiste em um primeiro momento, na afirmação de que a arbitragem é vista como um instrumento democrático de acesso à justiça, na medida em que há inúmeras vantagens nessa modalidade de composição da controvérsia, seja pela prevalência da autonomia de vontade das partes, escolha dos árbitros em razão de sua especialização nas questões submetidas à sua apreciação, além da flexibilidade e celeridade do procedimento, em face da tendência contemporânea de desjudicialização dos conflitos perante o Estado Democrático de Direito.

Em relação à segunda hipótese, a convenção de cláusulas arbitrais inseridas nos contratos de natureza contratual, sob o ponto de vista econômico, traduz em uma opção na resolução de controvérsias que compete com o modelo estatal de jurisdição. Esta competição reconhece que a arbitragem trata-se de uma instituição econômica eficiente na redução dos custos de transação, notadamente, em relação à previsibilidade, celeridade e a eficácia das decisões arbitrais, além de outras vantagens específicas, atribuindo maior segurança jurídica ao empresariado quanto à proteção aos direitos de propriedade e o adimplemento dos contratos celebrados. Neste panorama, tem-se uma releitura do instituto arbitral como contribuição ao

---

<sup>6</sup> “Medial Câmara de Mediação e Arbitragem do Vale do Itajaí - MEDIARVI e a Câmara de Mediação e Arbitragem de Blumenau e Região – CMAB (ambas de Blumenau/SC)”.

desenvolvimento do mercado empresarial e a preservação das relações socioeconômicas.

No âmbito desta pesquisa, se objetiva em linhas gerais, investigar sobre a possibilidade de incentivos econômicos da arbitragem com vistas à redução dos custos de transação, como possível meio de desmonopolização dos conflitos, em uma perspectiva democrática de revitalização do acesso à justiça, na resolução de controvérsias de natureza contratual.

Com relação aos objetivos específicos que equivalem aos capítulos estruturados, averiguam-se as transformações sociais, econômicas e jurídicas da sociedade hipermoderna; a tensão do Estado e a democratização do direito processual civil; releitura da concepção do processo jurisdicional democrático à luz da hermenêutica filosófica; o fenômeno da globalização econômica e o surgimento de novas formas de regulação jurídica; a potencialização do conflito e a crise do monopólio da jurisdição estatal perante o Estado Democrático de Direito; examinar os movimentos de revitalização do acesso à justiça e a tendência brasileira na questão da desjudicialização dos conflitos; analisar a arbitragem como instrumento democrático de resolução de conflitos no âmbito contratual e seus reflexos jurisdicionais, assim como as recentes alterações na Lei de Regência da Arbitragem com base no Código de Processo Civil brasileiro de 2015; averiguar o princípio da autonomia de vontade das partes e a (in)existência de limites na convenção da arbitragem convencionada nos contratos; avaliar o instituto arbitral como possível mecanismo de desenvolvimento econômico na resolução de conflitos contratuais, segundo a percepção das principais Câmaras Arbitrais de Santa Catarina; examinar quais espécies de conflitos no âmbito contratual que, frequentemente, são convencionadas as cláusulas arbitrais e, por fim, investigar os incentivos que estimulam a utilização da arbitragem, na solução de disputas e quais as vantagens verificadas em termos de redução dos custos de transação.

A abordagem metodológica utilizada para o desenvolvimento da tese consiste em correlacionar o método fenomenológico-hermenêutico com a Análise Econômica do Direito. Em relação ao primeiro método abordado, aproxima-se o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Importante registrar algumas considerações sobre a metodologia que sustenta a tese e a pesquisa propriamente

dita: o “método” fenomenológico-hermenêutico<sup>7</sup>. Frise-se que não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos. Pelo contrário, o sujeito (o pesquisador) está diretamente implicado, pois relacionado com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Deste modo, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, pois ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Resulta assim, o significado do fenômeno.

O objeto da pesquisa fenomênica consiste na atribuição de sentido formulado pelo círculo hermenêutico, em que o texto deve falar por si próprio, a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. Na seara jurídica, o problema hermenêutico define, a partir do texto jurídico, o sentido normativo formal a ser atribuído a um fato da vida social. Deste modo, em relação à construção da hermenêutica jurídica, esclarece Gadamer<sup>8</sup> que esse modelo revelou-se promissor por reconhecer que a aplicação encontra-se inserida em toda forma de compreensão. “Quando o jurista se sabe legitimado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e face ao sentido original de um texto legal, o que faz é o que, seja como for, tem lugar em qualquer forma de compreensão”.

No movimento do círculo hermenêutico, em que a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação, é que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade. Dessa forma, para a fenomenologia, tudo deve ser estudado tal como aparece para o sujeito mediante sua pré-compreensão, constituindo-se em uma postura do modo como o mundo é compreendido com vistas a explicá-lo, não sendo considerada uma mera teoria.<sup>9</sup>

No que tange a abordagem sobre a Análise Econômica do Direito, esta fornece contribuições para auxiliar a compreensão do Direito, cujo referencial possibilita a análise sobre o comportamento dos indivíduos diante das várias opções de escolha

---

<sup>7</sup> STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento*. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores)

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 504.

<sup>9</sup> GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 39.

racional possível, adequando as normas jurídicas ao mundo real.<sup>10</sup> Nesse sentido, a pesquisa pretende oferecer estudos sobre a arbitragem valendo-se do instrumental da ciência econômica voltados à compreensão e resolução dos problemas jurídicos.

Com essa abordagem, estuda-se economicamente a arbitragem através de uma análise positiva<sup>11</sup>, com vistas a descrever e avaliar sua eficiência sobre as consequências na tomada de decisão pela inclusão da cláusula arbitral nos contratos de natureza contratual, especialmente, em termos da redução dos custos de transação que decorre do contexto econômico atual e de um mundo globalizado. A análise econômica normativa não será abordada na tese, por tratar-se de um critério de valor previamente definido em que não se admitem pesquisas empíricas, cujo objetivo possibilita recomendar políticas e regras legais com base nas consequências econômicas determinadas pelo princípio da eficiência. No caso da tese, este modelo não se aplica.

Em relação ao método de procedimento, a pesquisa vale-se numa primeira etapa do método histórico, comparativo, estatístico e estudo de campo, com a possibilidade de verificar, primeiramente, os impactos do acesso à justiça para o processo de desenvolvimento do direito processual civil e sua extensão para os meios adequados de resolução de controvérsias. Após, será analisado o instituto da arbitragem como sistema jurídico com base no ordenamento brasileiro, assim como, a manifestação da autonomia de vontade das partes interessadas na inclusão de cláusulas arbitrais no âmbito contratual. Em seguida, a pesquisa envolverá a investigação dos fatores de incentivos à arbitragem como possibilidade de redução dos custos de transação.

As técnicas de pesquisa serão desenvolvidas com base em pesquisas bibliográficas nacionais e estrangeiras, legislativa e doutrinária, além de outros textos disponíveis na internet e repertórios jurisprudenciais atualizados sobre o tema.

Sobre o procedimento, investiga-se através da pesquisa empírica de natureza exploratória e de campo<sup>12</sup>, mediante aplicação de questionários, a gestão e eficiência das principais Câmaras de Arbitragem catarinenses, como referencial para explicitar o problema a ser investigado e proporcionar maior flexibilidade em relação ao fenômeno

---

<sup>10</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

<sup>11</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88.

<sup>12</sup> GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

a ser analisado. Diante das dificuldades encontradas na coleta de dados em nível nacional, decorrente da confidencialidade, característica predominante do instituto da arbitragem, optou-se pelo estudo de campo por possibilitar um aprofundamento das questões propostas, segundo determinadas variáveis.

Considerando que cada pesquisa apresenta critérios diferenciados quanto ao seu objetivo, a escolha por essa modalidade justifica-se em virtude da flexibilidade do seu planejamento e por abranger os mais variados aspectos em relação aos fatos ou fenômenos estudados. Todavia, não há como estabelecer um padrão para a pesquisa exploratória, traçando-se apenas alguns exemplos, como “pesquisas bibliográficas, estudos de caso e mesmo levantamentos de campo que podem ser considerados estudos exploratórios”.<sup>13</sup> A técnica da pesquisa referente aos dados obtidos no desenvolvimento da pesquisa seguirá a análise de conteúdo, com categorias pré-estabelecidas.<sup>14</sup>

Para atingir os objetivos propostos e alcançar os resultados com vistas à solução do problema apresentado, além da possível comprovação das hipóteses formuladas, a tese foi estruturada em três capítulos, de modo a proporcionar o entendimento da realidade que se espera obter com a pesquisa.

No primeiro capítulo pretende-se compreender a resolução de controvérsias em uma nova dimensão do acesso à justiça perante o Estado Democrático de Direito, contextualizado sob a perspectiva da sociedade hipermoderna. Para tanto, faz-se necessário analisar as tensões do Estado de Direito e sua preocupação com a justiça, assim como o modelo de processo constitucional com a ordem democrática. Nesse ponto, importante uma releitura do processo civil democrático sob a perspectiva da hermenêutica crítica do direito.

De igual forma, será fundamental analisar a questão da globalização econômica e o surgimento de novas formas de processos decisórios, diante da crise do Poder Judiciário brasileiro, com vistas à (des)judicialização dos conflitos como Política Pública judiciária nacional de Resolução de Disputas, proposta pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça<sup>15</sup>. Propõe-se ainda, discorrer sobre alguns aspectos

---

<sup>13</sup> GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

<sup>14</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 48.

<sup>15</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º. 125, de 29 de novembro 2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder*

diferenciais das formas autocompositivas (conciliação e mediação) e heterocompositivas (jurisdição estatal e, especialmente, a arbitragem), de modo a integrá-los ao sistema jurisdicional.

O estudo da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos constituem-se na abordagem do segundo capítulo, a partir do momento que a sociedade, com o advento do fenômeno da globalização, possa dispor desse mecanismo de acesso à justiça para o fortalecimento da democracia.

Destaca-se nesse capítulo, a relevância e a modernização da arbitragem na atualidade, em face da recente reforma de sua Lei de Regência, com intuito de ampliar o campo de sua aplicação, tornando-a mais acessível. Nesse sentido, o instituto arbitral deverá ser investigado sob a premissa dos princípios processuais constitucionais, notadamente, a extensão do princípio do acesso à justiça que vislumbra a criação de alternativas por meio de procedimentos simplificados e/ou de julgadores informais e especializados.

Um dos pontos centrais a ser analisado, reside na possibilidade da (in)existência de limites na estipulação negocial para a instituição da arbitragem, tendo como princípio maior a liberdade, pautada na autonomia da vontade das partes, assim como, se o desenvolvimento do procedimento arbitral deverá observar às novas regras processuais estabelecidas pelo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado e sancionado em 2015.

Por fim, no terceiro capítulo da tese, demonstra-se a Análise Econômica da Arbitragem nas relações contratuais, em uma nova dimensão da democratização do acesso à justiça. Nesse contexto, propõe-se examinar inicialmente, a inter-relação entre o Direito e a economia, com base nas premissas da Análise Econômica do Direito. Após, o instituto da arbitragem passa a ser analisado como instituição econômica, sobre a influência dos estudos das instituições na economia neoinstitucionalista, respaldadas por Douglass North, Oliver Williamson e Ronald Coase.

Na sequência, propõe-se a investigação se a arbitragem interfere no desenvolvimento econômico do país, especialmente, em relação ao cumprimento dos contratos, quando convencionada a cláusula arbitral. Para tanto, realiza-se pesquisa

empírica às principais Câmaras Arbitrais de Santa Catarina filiadas à Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem, a fim de investigar o instituto da arbitragem como possível mecanismo de desenvolvimento econômico, em termos da redução dos custos de transação, na resolução de conflitos de natureza contratual. Pretende-se verificar quais contratos seriam mais utilizados para o emprego da convenção da arbitragem no cenário catarinense, além das vantagens em comparação com o Poder Judiciário.

Enfim, a pesquisa propicia explorar as possíveis razões econômicas na resolução de controvérsias pela utilização da arbitragem, de modo a verificar se há um sistema de incentivos favoráveis e mais adequado para o cumprimento dos contratos, principalmente, com a possibilidade de redução dos custos de transação relacionados à prestação jurisdicional.

A utilidade da pesquisa possibilita maior compreensão do instituto da arbitragem como meio de solução de controvérsias adequado nas relações contratuais e empresariais, em detrimento da jurisdição estatal. Contudo, não é a pretensão desta tese abordar as teorias do desenvolvimento nas várias modalidades em que se apresenta, porquanto, a proposta que se pretende desenvolver visa instituir reflexões sobre a Análise Econômica ao âmbito do Direito, especificamente, relacionada aos métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias na seara contratual, por meio da arbitragem.



## 2 A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A QUESTÃO DA DESMONOPOLIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA (HIPER)MODERNIDADE BRASILEIRA

O acesso à justiça trata de um princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com a finalidade de garantir a todos o pleno acesso à justiça, indistintamente, devendo originar resultados socialmente imparciais e de maneira igualitária.

Diante da complexidade da sociedade atual, vários obstáculos de ordem cultural, social, político, econômico, jurídico, entre outros, por vezes, limitam a participação ou cooperação dos sujeitos interessados na solução de suas controvérsias, assim como agravam a cultura demandista que impera em nosso país. Sem embargo, o Poder Judiciário não consegue recepcionar em sua completude, nem tampouco responder de forma eficiente a complexidade dos conflitos cada vez mais recorrentes na sociedade hipermoderna.

### 2.1 A Sociedade Hipermoderna como vetor Socioeconômico

Na contemporaneidade, dependendo da categoria do conflito, a modernidade é caracterizada. Para Touraine<sup>16</sup>, a modernidade manifestou-se pela ideia de que o homem é o que ele faz, devendo haver uma correlação “estrita entre a produção, tornada mais eficaz pela ciência, a tecnologia ou a administração, a organização da sociedade, regulada pela lei e a vida pessoal, animada pelo interesse, mas também pela vontade de se libertar de todas as opressões”.<sup>17</sup>

Nesse sentido, a modernidade associa-se aos elementos da racionalização e a subjetivação. No primeiro aspecto, ela não pode ser apenas considerada como uma mera transformação sujeita a um ciclo de acontecimentos, mas sim, a propagação dos frutos da atividade racional, administrativa, tecnológica e científica.

---

<sup>16</sup> TOURAINE, Alain. Uma visão crítica da modernidade. In: TOURAINE, Alain. *A modernidade: Cadernos de sociologia*. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, v. 5, n. 05, 1993. p. 32.

<sup>17</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 9.



A ideia de modernidade substitui Deus no centro da sociedade pela ciência, deixando as crenças religiosas para a vida privada. Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência para que se fale de sociedade moderna. É preciso, além disso, que a atividade intelectual seja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que a impersonalidade das leis proteja contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam os instrumentos de um poder pessoal, que vida pública e vida privada sejam separadas, assim como devem ser as fortunas privadas do orçamento do Estado ou das empresas.<sup>18</sup>

Por muito tempo, a modernidade era vista exclusivamente por uma visão racionalista instrumental, constituída através da técnica e ciência. No entanto, essa conformação não traz a imagem completa da modernidade, a partir do momento em que oculta o surgimento do sujeito como ser humano liberto e criador. Evidente o pertencimento do homem à natureza, assim como é considerado produto de um conhecimento objetivo. Mas, segundo Touraine, na era moderna, o homem também é “sujeito e subjetividade”.<sup>19</sup>

Deste modo, o mundo moderno ocupa-se com um sujeito que encontra-se libertado, cujo princípio do bem é colocado sob o controle que o indivíduo tem diante de suas ações e a forma que possa “conceber e sentir seus comportamentos como componentes da sua história pessoal de vida, conceber a si mesmo como ator. O *Sujeito é a vontade de um indivíduo de agir e de ser reconhecido como ator*”.<sup>20</sup>

Contudo, nas sociedades modernas, o sujeito não pode ser confundido com o indivíduo. A contribuição essencial da psicanálise tem demonstrado que o “sujeito não é a consciência do Ego, muito menos o reconhecimento de um Si-mesmo social (Self). Ele é, ao contrário, desprendimento da imagem do indivíduo criada pelos papéis, pelas normas, pelos valores da ordem social”.<sup>21</sup> Esse distanciamento está associado pelo conflito entre a liberdade pessoal do sujeito com a ordem previamente estabelecida, repressão e as lógicas do poder, em direção a transformar seus desejos em felicidade.

---

<sup>18</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 18.

<sup>19</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 218.

<sup>20</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 219-220.

<sup>21</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 308.

Pelo visto, a modernidade manifestou-se, portanto, na busca de transformações em prol de uma redefinição da ordem social, emergindo como principal característica o processo de integração entre a subjetivação e a racionalização que impulsiona a modernização da sociedade e da cultura.

Sobre a Modernidade, numa perspectiva contemporânea, Edgard Morin e Anne Brigitte Kern ponderam que o desenvolvimento da tríade ciência/técnica/indústria perde seu caráter providencial. Nesse ponto, a modernidade é questionada no mundo do bem-estar adquirido, apesar de ainda permanecer a ideia otimista de conquistar as promessas dentro de um complexo civilizacional. No entanto, esse dinamismo problematiza a própria tríade. “A Modernidade comportava em seu seio a emancipação individual, a secularização geral dos valores, a diferenciação do verdadeiro, do belo, do bem”.<sup>22</sup>

O individualismo traz o significado de atomização e anonimato, não se restringindo apenas a autonomia e emancipação. Em relação à secularização, esta além de refletir a libertação aos dogmas religiosos, também se caracteriza pela angústia, dúvida, incertezas e perda dos fundamentos. Nesse contexto, os valores se diferenciam no esteticismo fútil, na desmoralização, no niilismo e não apenas na exaltação estética, na autonomia moral ou na busca livre da verdade. Assim, tem-se que a virtude que rejuvenesce a ideia do novo, compreendida como “(novo=melhor=necessário=progresso) se esgota, ainda em uso somente para os descartáveis, as telas de televisão, as performances automobilísticas. Não haverá mais ‘novo romance’, ‘nova cozinha’, ‘nova filosofia’.”<sup>23</sup>

Diante de tais situações, é tarefa da sociedade contemporânea construir uma nova ordem, uma mudança no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida encontra-se assentada. Com efeito, o pós-modernismo surgiu com a finalidade de solucionar a crise do Direito e por alvitrar uma mudança no arcabouço jurídico da modernidade, constituído em razão do monopólio do Estado na produção das normas jurídicas, assim como pelo uso de sua força coercitiva por um sistema jurídico policêntrico, ou seja, de cunho dialético, envolvendo sujeitos

---

<sup>22</sup> MORIN, Edgard; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 81.

<sup>23</sup> MORIN, Edgard; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995. p. 81.

participativos, direcionado a autorregulação e meios de soluções consensuais dos conflitos.<sup>24</sup>

A definição de pós-modernismo geralmente é permeada por muitas incertezas e ambiguidades, no entanto, António M. Hespanha o sintetiza expressando que,

O pós-modernismo representa, em geral, uma reação contra as tendências generalizadoras e racionalizadoras da modernidade, ou seja, da época da cultura europeia que, desde o Iluminismo até o cientismo triunfante (no domínio das ciências duras e no domínio das ciências sociais) da nossa época, crê, por um lado, que o nível mais adequado para conhecer e organizar é o geral, o global, e que, por outro lado, esse conhecimento e essa organização são progressivos e aditivos, representando vitórias sucessivas sobre a irracionalidade e a desordem. Os seus valores centrais são, portanto, a generalidade e a abstracção, a racionalidade, a planificação e a hétero-disciplina, a funcionalidade. A reação pós-modernista dirige-se contra tudo isto. Ao geral opõe o particular; ao gigantismo do grande opõe a beleza do pequeno (*small is beautiful*); à eficácia da perspectiva macro opõe a subtileza da perspectiva micro; ao sistema opõe o caso; à hétero-regulação opõe a auto-regulação; ao funcional opõe o lúdico; ao objetivo opõe o subjectivo; à verdade opõe a política.<sup>25</sup>

No Direito pós-moderno, o Estado apresenta-se revestido com um carácter menos autoritário e mais flexível, em que as normas imperativas de conduta são reduzidas gradativamente. Há uma tendência pela busca de soluções negociadas com as partes interessadas. A pós-modernidade “abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial”.<sup>26</sup>

Trata-se, contudo, de uma mera questão terminológica. Seja como for, para Bauman, a questão principal como traço permanente da pós-modernidade é o “derretimento dos sólidos”, pois, “o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas da vida conduzidas individualmente, de

---

<sup>24</sup> VIEIRA, José Ribas. *Teoria do estado: a regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

<sup>25</sup> HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura europeia*. Publicações Europa-America. 1997. p. 246.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2.

um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro”.<sup>27</sup> Assim, chama atenção às transformações ocorridas dos paradigmas nessa fase recente da era moderna, ressaltando a fragmentação do indivíduo perante a sociedade e um amplo conjunto de desregulações nas áreas política, social e econômica, gerando um grau crescente de incertezas.

Nesse contexto, essas perspectivas da modernidade líquida foi o início de uma nova forma de vida ou uma variação transitória de um tipo de ordem social para outra de convivência humana. Uma das principais características dessa fase refere-se a dificuldade em construir relações duradouras, os vínculos sociais passam a ser descartáveis, efêmeros e voláteis. Nesse passo, com a individualização da sociedade, rompe-se com a ideia de comunidade, na busca de uma redefinição da própria identidade do indivíduo, seus propósitos e felicidades na vida.

Como resultado, tem-se uma versão individualizada e notadamente privatizada da modernidade, em que os padrões, códigos e regras não são considerados exclusivamente como pontos estáveis de orientação que pudesse guiar a vida do indivíduo, de modo que muitas dessas configurações contradizem-se entre si, fazendo emergir comandos normativos ainda mais conflitantes diante da ausência de boa parte de seus poderes de forma coercitiva.

Na atualidade, observa-se que ao invés do estabelecimento de políticas públicas que sirvam de base futura e orientação para a convivência humana, tem-se o inverso. Em sua grande maioria, muitas dessas políticas derivam do inventário das tarefas individuais para serem constituídas ou reformuladas. Assim, “os poderes que liquefazem passaram do “sistema” para a “sociedade”, da “política” para as “políticas da vida” – ou desceram do nível “macro” para o nível “micro” do convívio social”.<sup>28</sup>

Frise-se que a sociedade do século XXI não é considerada menos moderna a que entrou no século XX, todavia, a distinção reside nas formas históricas de convívio humano que a fazem nova e diferente, baseada em duas características: a primeira trata-se do declínio e colapso da antiga concepção moderna de um Estado de perfeição, na crença ilusionista de uma sociedade justa e sem conflitos, da ordem perfeita, equilibrada, em que todas as necessidades são satisfeitas. A segunda

---

<sup>27</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 12.

<sup>28</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 14.

mudança se refere na “desregulamentação e a privatização das tarefas e deveres modernizantes. O que costumava ser considerada uma tarefa para a razão humana, vista como dotação e propriedade coletiva da espécie humana foi fragmentado (‘individualizado’), relegado, portanto, à administração individual e de seus recursos.<sup>29</sup>

A privatização do impulso modernizante significa que o espaço privado é que coloniza o público. Como o indivíduo é o senhor de seu próprio destino, “não tem razão de atribuir ‘relevância tópica’ (o termo é de Alfred Schutz) ao que quer que resista a ser engolfado no eu e trabalhado com os recursos do eu; mas ter essa razão e agir sobre ela é precisamente a marca registrada do cidadão”.<sup>30</sup>

Ao se comparar a condição social no mundo pós-moderno do século XX com a pós-modernidade, de fato, tem-se a passagem de uma sociedade de produção para a sociedade de consumo, que provocou uma transformação de valores.<sup>31</sup> Evidente que, diante de toda uma era da história mundial, houve processos de fragmentação da vida humana.

De fato, Alain Touraine anuncia que o ser humano como um ser social está extinto, circunstância definida em razão do lugar ocupado na sociedade, que origina seu comportamento e ações. Em seu lugar, firma entendimento de que “o princípio da combinação da definição estratégica da ação social que não é orientada por normas sociais e a defesa, por todos os atores sociais, de sua especificidade cultural e psicológica pode ser encontrado dentro do indivíduo, e não mais em instituições sociais ou em princípios universais”.<sup>32</sup>

Assim, do quadro de uma suposta sociedade justa desloca-se para o campo dos direitos humanos, em que o discurso ético e político devem primar na liberdade do direito de escolha dos indivíduos ao modo de vida adequado, sendo diferentes na sua própria concepção de felicidade, a partir de suas ações na vida. “A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de ‘individualização’, assim como as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diárias da rede de entrelaçamentos chamada ‘sociedade’.” Entretanto, essa atividade do indivíduo

---

<sup>29</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 37-38.

<sup>30</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 49.

<sup>31</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 182.

<sup>32</sup> TOURAINE, Alain. *Can we live together?: equality and difference*. Califórnia: Stanford University Press, 1998. p. 177.

não é estanque e sim, constantemente assume novas formas dependendo dos resultados num dado contexto histórico.<sup>33</sup>

Nessa esteira, há um crescente abismo entre essas condições, especialmente, quanto ao controle dos indivíduos sobre seus destinos e na liberdade de decidirem de acordo com seus próprios desejos. Ferguson observa que a noção de desejo vincula o “consumo à auto-expressão”, mas também, de gostos e discriminações.

O indivíduo expressa a si mesmo através de suas posses. Mas, para a sociedade capitalista avançada, comprometida com a expansão continuada da produção, esse é um quadro psicológico muito limitado, que, em última análise, dá lugar a uma “economia” psíquica muito diferente. O querer substitui o desejo como força motivadora do consumo.<sup>34</sup>

A história do consumismo marca o descarte de muitos obstáculos considerados ‘sólidos’, com os quais reduziam o ‘princípio do prazer’ a dimensão pautada pelo ‘princípio da realidade’. Os economistas do século XIX caracterizavam a ‘necessidade’ como símbolo da própria ‘solidez’, finita e inflexível, rejeitada e suprida por algum tempo pelo desejo, por ser mais ‘fluido’ e “expansível que a necessidade por causa de suas relações meio ilícitas com sonhos plásticos e volúveis sobre a autenticidade de um ‘eu íntimo’ à espera de expressão. Agora é a vez de descartar o desejo”.<sup>35</sup>

Por muito tempo, o espírito que movia a atividade consumista não dizia respeito apenas à satisfação das necessidades, mas o desejo que sobreviveu à sua utilidade como entidade volátil, efêmera e insaciável do indivíduo em relação aos outros objetos físicos ou psíquicos do passado. Nesse passo, a sociedade pós-moderna organizada em torno do consumo “deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quererres voláteis – não mais por regulação normativa”.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 39.

<sup>34</sup> FERGUSON, Harvie. *The lure of dreams: Sigmund Freud and the construction of modernity*. Londres: Routledge, 1996. p. 205.

<sup>35</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 89.

<sup>36</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 90.

Como visto, os indivíduos possuem identidades e papéis sociais que podem ser construídos e desconstruídos, estando sujeitos às mudanças e adaptações de suas posturas e escolhas. Há na contemporaneidade uma ressignificação que distingue comunidades e redes, a primeira vincula os laços humanos que precede o indivíduo, enquanto a rede é caracterizada pelas ações de conexão e desconexão.

Outra questão resulta do dilema do Estado em não ter o poder suficiente para assegurar de forma satisfatória as promessas da modernidade, passando a subcontratar muitas funções que deveriam ser desempenhadas pelo Estado.

Parece haver pouca esperança de resgatar os serviços de certeza, segurança e garantias do Estado. A liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da extraterritorialidade, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga; a retribuição pela violação do novo estatuto global é rápida e impiedosa. De fato, a recusa a participar do jogo nas novas regras globais é o crime a ser mais impiedosamente punido, crime que o poder do Estado, preso ao solo por sua própria soberania territorialmente definida, deve impedir-se de cometer e evitar a qualquer custo.<sup>37</sup>

Essas consequências recaem sobre a questão econômica diante do sistema dual na era da modernidade líquida, de um lado, através das “economias nacionais dos Estados” e, de outra banda, o real, sem caracterizar-se como oficial, das “unidades e instituições transnacionais”. Em contrapartida ao “Estado com seu território e poder, outros elementos da ‘nação’ podem ser e são facilmente ultrapassados pela globalização da economia”.<sup>38</sup>

Com o propósito de romper as amarras em torno da discussão sobre a modernidade e pós-modernidade, Ulrich Beck<sup>39</sup> ressalta a passagem da primeira fase

---

<sup>37</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 212.

<sup>38</sup> “Muitas vezes a punição é econômica. Governos insubordinados, culpados de políticas protecionistas ou provisões públicas generosas para os setores “economicamente dispensáveis” de suas populações e de não deixar o país à mercê dos “mercados financeiros globais” e do “livre comércio global”, têm seus empréstimos recusados e negada a redução de suas dívidas; as moedas locais são transformadas em leprosas globais, pressionadas à desvalorização e sofrem ataques especulativos; as ações locais caem nas bolsas globais; o país é isolado por sanções econômicas e passa a ser tratado por parceiros comerciais passados e futuros como um pária global; os investidores globais cortam suas perdas antecipadas, embalam seus pertences e retiram seus ativos, deixando que as autoridades locais limpem os resíduos e resgatem as vítimas”. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 212-213.

<sup>39</sup> BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: SAGE, 1992. p. 3.



de modernização, fundada na oposição entre tradição<sup>40</sup> e modernidade, para uma segunda fase denominada de modernização reflexiva. Importante lembrar que a tradição foi destruída pela modernidade, porém, sua contribuição marcou “as primeiras fases do desenvolvimento social moderno – período em que o risco era calculável em relação às influências externas. Esta fase é concluída com a emergência da alta modernidade ou daquilo que Beck chama de modernização reflexiva”.<sup>41</sup> Nessa última etapa, a própria modernização é vista como um problema, por se referir ao cientificismo, assim como, aos princípios de funcionamento da sociedade industrial.

Para tanto, Beck contextualiza o seu tipo de sociedade em decorrência de três estágios de mudança social compreendida pela pré-modernidade, modernidade e, por fim, de forma simples, a modernidade reflexiva. Desta forma, a modernidade é vista como coextensiva com a sociedade industrial e a nova modernidade reflexiva com a sociedade de risco.<sup>42</sup>

No entanto, tanto a sociedade industrial como a sociedade de risco é considerada formações sociais distintas, pois, o “princípio axial da sociedade industrial é a distribuição de bens, enquanto que a da sociedade de risco é a distribuição dos males ou perigos. Além disso, a sociedade industrial está estruturada através de classes sociais, enquanto sociedade de risco é individualizado”.<sup>43</sup> Para Beck, a sociedade de risco mantém, ao mesmo tempo, uma sociedade industrial, principalmente, porque a indústria em conjunto com a ciência, está envolvida na criação dos riscos que passam a fazer parte dessa sociedade.

Na contemporaneidade, esta transição da indústria para sociedade de risco pode ser entendida a partir da perspectiva de uma teoria da segunda modernidade proposta por Ulrich Beck de forma mais abrangente. Nesse passo, “a transição social de uma sociedade de indústria para uma dos riscos coincide com uma mudança maior

---

<sup>40</sup> “A tradição está ligada à memória, especificamente aquilo que Maurice Halbwachs denomina ‘memória coletiva’; envolve ritual; está ligada ao que vamos chamar de noção formular de verdade; possui ‘guardiães’; e, ao contrário do costume, tem uma força de união que combina conteúdo moral e emocional”. GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 81.

<sup>41</sup> GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 113.

<sup>42</sup> BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: SAGE, 1992. p. 3.

<sup>43</sup> BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: SAGE, 1992. p. 3.



e mais abrangente da modernidade em geral: uma mudança da primeira modernidade para a segunda modernidade”, cuja passagem decorreu de cinco processos que foram responsáveis por essas alterações: a) globalização multidimensional; b) radicalização e intensificação do processo de individualização; c) crise ambiental global; d) revolução de gênero; e) terceira revolução industrial.<sup>44</sup>

Com o advento da sociedade de risco, a sua conceituação provoca transformações sistêmicas, notadamente, por esta designar uma etapa da modernidade em que as ameaças produzidas pelo caminho da sociedade industrial passam a tomar forma.<sup>45</sup> Com efeito, a sociedade de risco é também uma sociedade reflexiva, com tendência autocrítica e forma autônoma de como foi constituída. “Os riscos são infinitamente reprodutíveis, pois se reproduzem juntamente com as decisões e os pontos de vista com que cada um pode e deve avaliar as decisões na sociedade pluralista”, assim, linhas de conflito tendem a surgir diante do retorno da incerteza, imprevisibilidade e da falta de controle em determinadas áreas, a exemplo dos riscos das empresas, dos empregos, da saúde e do ambiente correm o risco de se relacionar um com o outro.<sup>46</sup>

Por sua vez, a reflexividade pode ser considerada de duas formas: Primeiro, há uma “reflexividade estrutural, em que a ação, libertada das restrições da estrutura social, reflete as regras e os recursos dessa estrutura; reflete-se nas condições sociais da existência. Segundo, há uma auto-reflexividade em que a ação reflete-se a si mesma”. Nessa última, substitui-se o controle heterônimo dos agentes pelo autocontrole. A reflexividade é vista de modo diferente para Beck e Giddens, em que pese os autores tratem da reflexividade estrutural. “Beck colocou em primeiro plano a reflexividade sobre as instituições de ciência, na estrutura da crítica ecológica,

---

<sup>44</sup> SORENSEN, Mads P.; CHRISTIANSEN, Allan. *Ulrich Beck: an introduction to the theory of second modernity and the risk society*. London: Routledge, 2012. p. 7.

<sup>45</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 17.

<sup>46</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 20.

enquanto o foco de Giddens na reflexividade é mais geral e diz respeito às regras e aos recursos da sociedade”.<sup>47</sup>

Ambos os autores tem em comum o problema da insegurança e os meios de minimizar os seus efeitos nas estruturas conceituais sobre a reflexividade na modernidade. A inquietação de Giddens envolve uma mudança de concepção nas relações de confiança, pois esta não se refere a um envolvimento face a face, mas a uma questão de confiança através da mediação dos sistemas especialistas<sup>48</sup>.

Beck, a seu modo, contrapondo-se a essa afirmação, aduz que a reflexibilidade - caracterizada pela individualização - com foco para provocar a mudança social, implica numa liberdade crescente em relação aos sistemas especialistas da ciência dominante e, ao mesmo tempo, apresenta uma crítica a eles. Todavia, enquanto o primeiro autor preocupa-se com o problema da ordem, formulado em decorrência da insegurança ontológica e encontra a solução nos próprios sistemas especialistas, o segundo manifesta-se com a mudança social, ou seja, a mudança das vidas cotidianas e sua minimização de riscos mediante ação reflexiva frente à crise da modernidade.<sup>49</sup>

Diante dessa sociedade de risco, surge a ideia de uma modernidade considerada como autorreferencial. “A produção de risco e os seus agentes cognitivos - crítica da civilização, crítica da tecnologia, a crítica do ambiente, dramatização riscos e investigação de risco nos meios de comunicação de massa - são uma forma normal imanente do sistema de revolucionar de necessidades”.<sup>50</sup> Todavia, independente da

---

<sup>47</sup> LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 141.

<sup>48</sup> Os sistemas especialistas referem-se “às práticas dos chamados profissionais e de outros especialistas; têm um forte aspecto institucional; podem também se referir à especialização objetivada em máquinas, como aeroplanos e computadores, ou em outros sistemas objetivos, como os mecanismos monetários”. LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 144.

<sup>49</sup> LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997. p. 142-144.

<sup>50</sup> BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: SAGE, 1992. p. 56.

situação em que as necessidades humanas possam ser satisfeitas, havendo riscos, segundo Niklas Luhmann, a economia também se torna autorreferencial.<sup>51</sup>

A transição da primeira modernidade para uma modernização reflexiva ou considerada de segunda modernidade traz consigo uma série de novos desafios e mudanças, tanto para a sociologia, política, economia e as ciências em geral.

Lipovetsky retrata a pós-modernidade atenuando o seu sentido de forma não unidimensional, mas sim, com característica dual, cuja configuração se apresenta no formato do paradoxo (mudança na dinâmica do individualismo e desregramento das estruturas tradicionais) que coexistem em duas premissas: a valorização da autonomia e o aumento da independência. “A essência do individualismo é mesmo o paradoxo. Ante a desestruturação dos controles sociais, os indivíduos, em contexto pós-disciplinar, têm a opção de assumir responsabilidade ou não, de autocontrolar-se ou deixar-se levar”.<sup>52</sup>

A expressão “pós-modernidade” pode revelar certos problemas por sugerir um rompimento histórico do individualismo moderno, entretanto, o seu termo é adequado a partir do momento que chancela um marco de transformação em sua história.

De início, pensa-se a modernidade segundo dois valores essenciais (a saber: a liberdade e a igualdade) e numa figura inédita (o indivíduo autônomo, em ruptura com o mundo da tradição). Só que, na era clássica, o surgimento do individualismo ocorreu concomitantemente com a ampliação do poder estatal, o que fez que essa autonomização dos indivíduos permanecesse mais teórica que real. A pós-modernidade representa o momento histórico preciso em que todos os freios institucionais que se opunham à emancipação individual se esboroam e desaparecem, dando lugar à manifestação dos desejos subjetivos, da realização individual, do amor-próprio.<sup>53</sup>

A mutação da modernidade exsurge na segunda metade do século XX, em que os responsáveis pela transição desta à pós-modernidade são o consumo de massa e os valores da cultura hedonista e psicologista. A primeira fase do consumo

---

<sup>51</sup> É sob esta perspectiva que foi articulada a teoria sistêmica de Niklas Luhmann e de Gunther Teubner, que concebem o direito como sistema autopoietico, ou seja, como um sistema cerrado, autorreprodutor, totalmente autônomo em relação à sociedade. TEUBNER. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 85.

<sup>52</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 21.

<sup>53</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 23.

(de 1880 a 1950) limitava-se à classe burguesa e seus primeiros elementos que justificava o surgimento da sociedade pós-moderna, respondia aos poucos “o aumento da produção industrial (taylorização), à difusão de produtos possibilitada pelo progresso dos transportes e da comunicação e, posteriormente, ao aparecimento dos métodos comerciais que caracterizam o capitalismo moderno (marketing, grandes lojas, marcas, publicidade)”.<sup>54</sup>

Na segunda fase do consumo (a partir de 1950), a produção e o consumo de massa não se restringe mais, exclusivamente, a uma classe de privilegiados. Nesse período, há uma libertação do individualismo em relação às normas tradicionais e “emerge uma sociedade cada vez mais voltada para o presente e as novidades que ele traz, cada vez mais tomada por uma lógica da sedução, esta concebida na forma de uma hedonização da vida que seria acessível ao conjunto das camadas sociais”.<sup>55</sup>

A terceira fase (desde 1980) que segue a pós-modernidade, apresenta vários sinais de uma nova era do *hiper*, denominada de hipermodernidade, assim caracterizada pelo hiperconsumo, considerado como “um consumo que absorve e integra parcelas cada vez maiores da vida social”<sup>56</sup> e pelo hipernarcisismo, representado na “época de um Narciso<sup>57</sup> que toma ares de maduro, responsável, organizado, eficiente e flexível e que, dessa maneira, rompe com o Narciso dos anos pós-modernos, hedonista e libertário”. A hipermodernidade é contextualizada como “uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes se foi aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisam adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer”.<sup>58</sup>

Na sociedade hipermoderna, a questão problemática resume-se na reconstituição social, quando esta se encontra desintegrada e nenhum discurso

---

<sup>54</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 23-24.

<sup>55</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 24.

<sup>56</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 25.

<sup>57</sup> “Hoje, a obsessão consigo mesmo se manifesta menos no ardor do gozo que no medo da doença e do envelhecimento, na medicalização da vida. Narciso está menos enamorado de si mesmo que aterrorizado pelo cotidiano, pelo próprio corpo e por um ambiente social que ele considera agressivo”. LIPOVETSKY, Gilles. *Narcisse au piège de la postmodernité?* In: *Métamorphoses de la culture libérale: éthique, médias, entreprise*. Montréal: Liber, 2002. p. 25.

<sup>58</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 26.

ideológico faz mais sentido. Assim, o ambiente social e sua relação com o presente sofreram significativas mudanças, especialmente, diante do esfacelamento do mundo da tradição em que vivemos estar sob o regime da tensão nervosa e não da emancipação. O futuro por ser incerto, tem acentuado ainda mais o medo: “de uma lógica da globalização que se exerce independentemente dos indivíduos; de uma competição liberal exacerbada; de um desenvolvimento desenfreado das tecnologias da informação; de uma precarização do emprego; e de uma estagnação inquietante do desemprego num nível elevado”.<sup>59</sup>

De fato, dentro da lógica hipermoderna, os mecanismos do individualismo democrático é que deverão ser capazes de fazer com que a ética da responsabilidade sobreponha sobre determinados comportamentos considerados irresponsáveis. Lipovetsky reforça o exercício da autonomia e da liberdade individual na sociedade hipermoderna e “propõe uma interpretação de nossa hipermodernidade que se pretende simultaneamente racionalista e pragmática, e segundo a qual a tomada de responsabilidade é a pedra angular do futuro de nossas democracias”.<sup>60</sup>

Em razão dessas questões é que a noção da pós-modernidade tornou-se ambígua, ultrapassada, embora tenha surgido inicialmente para evidenciar as transformações a partir do final da década de 70, como a forma de funcionamento social e o novo estado cultural das sociedades democráticas. Na atualidade, o ciclo pós-moderno tem esgotado sua capacidade de demonstrar o mundo que se anuncia, diante do triunfo da globalização liberal, tecnologia genética e os direitos humanos que governa nossa época.<sup>61</sup> O fim da fragmentação do mundo, “o vazio ideológico, a globalização da economia e o enfraquecimento do poder estatal possibilitaram que surgisse uma grande quantidade de conflitos locais de base étnica, religiosa ou nacional; de movimentos separatistas; de guerras intercomunitárias”.<sup>62</sup>

Nesse contexto, as sociedades contemporâneas assistem a um universo incerto de conflitos de nacionalismo e de democracia intensificados, muitas vezes, através das reivindicações nacionais e regionais que remetem ao passado, num culto

---

<sup>59</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 28.

<sup>60</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 46.

<sup>61</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 52.

<sup>62</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 92.

aos valores históricos e tradicionais. Na presente situação, releva notar que a hipermodernidade não se reduz no ímpeto solipsista ao consumismo, ela traduz um processo de hiper reconhecimento vinculado a cultura do bem-estar individualista e indissociável do ideal democrático da dignidade da pessoa humana, o que possibilita reivindicar ressarcimentos e agravos em face das degenerações de reconhecimento público.

Do mesmo modo, os debates contemporâneos ilustram de maneira notável as ameaças ligadas às desregulações hipermodernas, que procuram reconciliar as normas do presente com uma nova orientação preparando-se para o futuro. A própria dinâmica econômica ilustra bem essa situação, a partir do momento em que a rápida expansão do consumo e investimentos depende da confiança num futuro que se tornou incerto, precário e de riscos. Assim, importante que os agentes econômicos demonstrem confiança no futuro como condição de possibilidade para o desenvolvimento de sua atividade produtiva.

Na realidade, a sociedade atual não pode mais ser vista apenas como do tipo autorreferencial, de reflexividade ultramoderna<sup>63</sup>, ou de segunda modernidade como proposta por Beck. Temos que avançar adiante, em face do fortalecimento de referenciais tradicionais que marcaram esse novo ciclo da modernidade, pois há que considerar que todas as “lembranças, todos os universos de sentido, todos os imaginários coletivos que fazem referência ao passado são o que pode ser convocado e reutilizado para a construção de identidades e a realização pessoal dos indivíduos”.<sup>64</sup>

Na hipermodernidade, a tradição é rearranjada mediante a individualização, pois esta fica à disposição dos indivíduos que impulsionados de autonomia, buscam uma vida alternativa, aberta de escolhas, em prol de uma reconstituição social. Deste ponto de vista, a sociedade hipermoderna é caracterizada também pela revisitação da memória, “a remobilização das crenças tradicionais, a hibridização individualista do passado e do presente. Não mais apenas a desconstrução das tradições, mas o

---

<sup>63</sup> Importante ressaltar que: “A reflexividade ultramoderna não se refere apenas aos riscos tecnológicos, à racionalidade científica ou à divisão dos papéis sexuais; ela invade todos os reservatórios de sentido, todas as tradições do Ocidente e do Oriente, todos os saberes e todas as crenças, aí incluídas as mais irracionais e as menos ortodoxas – astrologia, reencarnação, paraciências etc”. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 98.

<sup>64</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 97-98.



reemprego delas sem imposição institucional, o eterno rearranjar delas conforme o princípio da soberania individual”.<sup>65</sup>

Ao longo do século XX, o discurso acerca do Estado passou por três distintos períodos: “a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal)”. É forçoso reconhecer que o Brasil chega a pós-modernidade e a hipermodernidade, sem ter sido liberal ou moderno.<sup>66</sup>

Na quadra histórica atual, o constitucionalismo sob a égide da Constituição Federal de 1988, promoveu em relação à concepção pós-moderna do Direito, uma ascensão científica e política, rumo à democratização da sociedade brasileira, com avanços na redefinição da Federação, recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, além da inserção de uma carta direitos.

No *direito*, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*<sup>67</sup>. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico.<sup>68</sup>

Todavia, diante da complexidade dos fenômenos jurídicos e sociais, o texto constitucional revela por outro lado, uma fragilidade desse ideal democrático, diante da limitação e incapacidade de sobrepujar os entraves entre o público e o privado,

---

<sup>65</sup> LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 98.

<sup>66</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

<sup>67</sup> “Para facilitar o comércio ultramarino e mercantil, surge a *lex mercatoria*, uma lei do mercador, que se tornou um corpo integrado e sistemático de normas, desenvolvido a partir da experiência de regras que abarcavam quase todo tipo de transação comercial para a Europa (e muitas vezes, aplicáveis fora do continente, também). Foi esse corpo de leis que conduziu a humanidade do século XII ao Renascimento e ao estabelecimento do Estado moderno”. SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 42-43.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

além de alguns desvios quanto à ideologia da desigualdade econômica, política e filosófica.<sup>69</sup>

Há outras questões que atrasam e enfraquecem o projeto democrático, tais como os problemas que ocorrem nos sistemas eleitorais, de orçamento e de segurança pública, além de outras causas, cujas dimensões são desanimadoras e exaustivas. No sistema eleitoral, tem-se o problema dos financiamentos eleitorais, disseminação da corrupção, muitas vezes, institucionalizada nas instituições através das relações promíscuas.

No sistema orçamentário, principalmente, nas votações do Congresso Nacional, as negociações capciosas de balcão e o insuperável fisiologismo das relações políticas pela troca de favorecimentos e benefícios individuais. No sistema tributário, o estigma da sonegação, por vezes, estimulada por esquemas de extorsão e voracidade fiscal. No sistema de segurança pública, “profissionais mal pagos, mal treinados, vizinhos de porta daqueles a quem deviam policiar, envolvem-se endemicamente com a criminalidade e a venda de proteção”.<sup>70</sup>

Os riscos e contradições dessas questões agravaram-se e o quadro de complexidade aponta para o “esgotamento dos parâmetros jurídico-processuais em que foram afinal enquadrados os direitos individuais e coletivos no processo de racionalização desses mesmos direitos”<sup>71</sup>, diante da intensidade e, muitas vezes, perpetuidade do conflito. Por outro lado, a transparência dos processos e dos conflitos que tencionam o Estado tornou-se uma das maiores reivindicações das nossas democracias.

No passado, a imprensa assumiu esse papel de denunciar o mau funcionamento da justiça, no entanto, na quadra atual, temos deparado com uma

---

<sup>69</sup> “*Desigualdade econômica*, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. *Desigualdade política*, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. *Desigualdade filosófica*: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 45.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 46.

<sup>71</sup> RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 58-59.



aproximação da imprensa com a justiça para revelar os engendramentos espúrios dos políticos e de algumas figuras públicas. Garapon afirma que “Os terceiro e quarto poderes, a justiça e a imprensa, conjuram contra os dois primeiros, o executivo e o legislativo, à custa duma cumplicidade inquietante”.<sup>72</sup> A comunicação está presente em nosso cotidiano, notadamente, basta atentar aos noticiários para deparar-se com a grave crise política-social-econômica que passa o nosso país, comprometendo a segurança jurídica das instituições democráticas, ostentada tanto no plano nacional como internacional.

Vale notar, no entanto, que para a superação desses ciclos de atraso, o novo direito constitucional no Brasil desempenha uma filtragem constitucional do direito infraconstitucional à luz da Constituição, passando a ser um aliado na reconstituição e redemocratização do país, mediante o resgate dos valores éticos, um projeto inclusivo e o exercício da cidadania.<sup>73</sup>

## 2.2 O Processo Civil e a Ordem Democrática Contemporânea

Na sociedade atual, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o modelo estatal Democrático de Direito, a qual incorpora princípios, garantias e um conjunto de normas destinadas a torná-las concretas. Nesse sentido, considerando a sua superioridade hierárquica em relação às demais normas do ordenamento jurídico estatal, a Constituição trata-se de um documento político pelo qual se encontra inserido os princípios básicos e regras da convivência de um povo.

Como visto, há uma tendência na contemporaneidade de superação do modelo liberal, assentado no esvaziamento dos poderes do magistrado, bem como do modelo social autoritário de aplicação do direito pelo juiz, com espaços dialógicos reduzidos ou inexistentes. “O estabelecimento de focos e de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade”.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 87.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47-48.

<sup>74</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 212.

### 2.2.1 As tensões do Estado e sua preocupação com a Justiça

A concepção de Estado e de Direito representa um desafio para as sociedades contemporâneas, em face de coexistirem no mesmo espaço político ordens jurídicas estatais e não-estatais. Esta relação acarreta múltiplas tensões que possibilitam maior reflexão sobre as funções do Estado.

Visando propiciar maior reflexão sobre as formas contemporâneas de produção e de implementação do Direito, questiona-se o próprio Estado, que demarcando a escalada civilizatória da humanidade, transita por toda a história do pensamento político e jurídico da modernidade, o surgimento do Estado Moderno<sup>75</sup> entendido como uma das organizações mais complexas criadas pelo homem, sendo de complexa definição a expressão Estado<sup>76</sup>.

No século XVI, no final da Idade Média, o Estado Moderno encontrou seu nascedouro, diante do esfacelamento do feudalismo e constituído no divino direito dos reis. Todavia, o Direito quando da passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, “incorpora o jusnaturalismo<sup>77</sup> racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria prima das revoluções francesa e americana. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência”.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> O Estado Moderno surge no final da Idade Média e no início da Renascença – primeira revolução iluminista, precursora da revolução da razão, verificada no século XVIII. Traços inconfundíveis de seu surgimento se verificam com a eclosão do princípio da soberania. De fato, foi justamente a soberania que inaugurou o Estado Moderno, fundado numa “doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

<sup>76</sup> A expressão Estado nem sempre foi usada no sentido de sociedade política, mesmo porque essa designação somente foi aceita nos séculos XVI e XVII. A título ilustrativo, na Grécia utilizava-se a expressão “polis”, cidade, e os romanos empregavam a palavra “civitas” ou “res publica”. Na Idade Média e na Moderna, eram usados os termos “principado”, “reino”, “república” para designar Estado. Os povos germânicos usavam os termos “reich” e “staat”. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004. p. 49-50.

<sup>77</sup> “O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. [...] A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 19.

<sup>78</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 12.

Para Carl Schmitt<sup>79</sup>, Estado não é conceito geral válido para todos os tempos, mas conceito histórico concreto que surgiu quando nasceram a ideia e a prática de soberania. Nesse sentido, conceitua-se o Estado como:

[...] poder de decisão em última instância, e a nova definição de soberania, como poder de fazer e desfazer as leis [...]; e o Estado aparece assim como o titular deste poder, um poder que se desenvolve num território bem definido e de maneira uniforme sobre todos os súditos, com os novos princípios de territorialidade da obrigação política e de impessoalidade do mandato.<sup>80</sup>

Historicamente verificam-se dificuldades em conceituar o Estado de Direito, em razão da carga retórico-ideológica que comumente é utilizada para expressar o seu significado. No entanto, há quem enquadre o Estado numa concepção monista, cujo maior representante é Hans Kelsen<sup>81</sup> que, numa visão extremista e formalista da dogmática normativista, reconhece o Estado como ordenamento jurídico, asseverando que todo Estado é um Estado de Direito, rompendo-se com o dualismo de pessoa do Estado e a ordem jurídica. Na ótica kelseniana, o Estado é identificado com a ordem jurídica como um ente formalmente jurídico, encarnando o próprio Direito, de tal sorte a eliminar o dualismo jurídico-estatal, constituindo-se como um todo único.<sup>82</sup>

Sob a ótica dualista, o Estado e Direito são considerados como realidades distintas, preconizando a tradicional doutrina a extensão de cada uma delas. Nesse sentido, emerge a lógica do Estado sobre o Direito, do qual se afirma que o “Estado é o criador do Direito”, por encontrar-se subordinado àquele, contudo, caso não fossem as normas estabelecidas pelo Estado, mesmo assim, teriam como consequência sua sanção.

Por sua vez, para os partidários da supremacia estatal, o Estado passa a ser considerado “a fonte mais importante do Direito. Quando da infração ou do descumprimento da regra jurídica, o Estado entraria em ação, dando aplicação e

---

<sup>79</sup> SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992. p. 52.

<sup>80</sup> MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 33.

<sup>81</sup> KELSEN, Hans. *Teoría pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 333.

<sup>82</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 158.

eficácia ao elemento normativo, garantindo e assegurando a coesão do imaginário sócio-político”.<sup>83</sup>

A noção de Estado de Direito trata-se de um acontecimento teórico e histórico, que foi construído com a própria formação do Estado moderno europeu e cuja expressão é assim contextualizada:

‘Estado de Direito’ (*Rechtsstaat*) foi utilizada pela primeira vez por Robert Von Mohl, nos anos 30 do século XIX, no tratado *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Nessa obra, a liberdade do sujeito já é concebida como um objetivo central da ação estatal. Mas o *Rechtsstaat* se afirma, na realidade, na Alemanha, no decorrer da restauração sucessiva às revoltas de 1848. E assume a forma de um compromisso entre a doutrina liberal, sustentada pela burguesia iluminada, e a ideologia autoritária das forças conservadoras, principalmente a monarquia, a aristocracia agrária e a alta burocracia militar.<sup>84</sup>

Assim, o termo Estado de Direito foi usado por Bluntschli<sup>85</sup> desde a primeira metade do século XIX, evidenciando uma carga valorativa compromissada num Estado cujo fundamento e limitação está assentado no Direito, especialmente em seu ordenamento jurídico e, sobretudo, na Constituição. Carl Schmitt<sup>86</sup>, na década de 1920, acenou ter significados distintos da expressão Estado de Direito, afirmando que a doutrina optou pelo modelo liberal-burguês, como uma forma de justificativa para a adoção do “conceito executivista e ditatorial do Estado de Direito”.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 75.

<sup>84</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

<sup>85</sup> BLUNTSCHLI, J. C. *Deutsches Staats*. Woerterbuch. Stuttgart und Leipzig, 1862, v. VII; *Théorie Générale de l'État*. Paris, 1891.

<sup>86</sup> SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992. Para Carl Schmitt, existem várias noções de Estado de Direito assim como o próprio termo “Direito” e ainda, designar diversas organizações quanto àquelas que se aplica ao termo “Estado”. Nesse sentido, releva consultar a obra do mesmo autor: SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Tradução de José Díaz García. Madrid: Aguilar, 1971, *passim*.

<sup>87</sup> HIRST observa de forma crítica que: “Se Carl Schmitt tivesse abandonado tranquilamente a Alemanha em janeiro de 1933, seria lembrado internacionalmente como o mais importante teórico jurídico e político daquele país no século XX. Schmitt não pegou o trem, nem se juntou àquela legião de conservadores alemães que se renderam ao nazismo silenciosamente, apenas para reemergir como figuras de proa na República Federal. Destacado crítico conservador dos nazistas, defensor do governo presidencial por decreto de emergência para excluí-los do poder político, Schmitt aderiu a eles em 1933, numa reviravolta espantosa e desavergonhada. Continuou nazista, cada vez mais desconsiderado e desonrado pelo partido, até 1945. Nas duas décadas que se seguiram, Schmitt foi completamente obliterado do mundo intelectual anglo-saxão e figura extremamente controversa na RFA.” HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 144.

No horizonte traçado por Luigi Ferrajoli, o Estado de Direito remonta a história do pensamento político com múltiplas facetas e ascendências que culminam na abstração e diversidade de sua definição:

A ideia que remonta a Platão e Aristóteles, do ‘governo das leis’ contraposto ao ‘governo dos homens’, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas.<sup>88</sup>

Para Ferrajoli, o poder *sub lege* pode ser interpretado em dois sentidos diversos – um débil, lato ou formal, “no qual qualquer poder deve ser *conferido* pela lei e exercitado nas formas e procedimentos por ela estabelecidos; e num sentido forte ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder pode ser *limitado* pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos”. Assinala, por outro lado, que o primeiro destes significados corresponderia ao uso alemão de *Rechtsstaat*, enquanto o segundo corresponderia ao uso inglês de *rule of law* e ao italiano de *stato di diritto*. Além do que, no primeiro sentido, estariam todos os ordenamentos, mesmo os autoritários, ou até totalitários, “os quais, em todo caso, *lex facit regem* e o poder tem uma fonte e uma forma legal”. No segundo, são somente os Estados constitucionais, especialmente aqueles Estados de Constituição rígida.<sup>89</sup>

No bojo do Estado Moderno<sup>90</sup>, constatam-se aspectos diferenciadores nos desdobramentos do Estado absolutista e o Estado liberal. Este, por sua vez, se reparte “em Estado legal e Estado de Direito, o qual dá origem a três modelos, isto é,

---

<sup>88</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 687.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 687.

<sup>90</sup> Com efeito, constata-se que “a premissa capital do Estado Moderno é a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional; o poder já não é de pessoas, mas de leis, São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 29.

o Estado liberal de Direito, o Estado social de Direito e o Estado democrático de Direito”.<sup>91</sup>

O ordenamento jurídico no Estado liberal revela-se um limitador do poder estatal pelo Direito e, ao mesmo tempo, promove um conjunto de direitos e garantias individuais, como expressão do projeto liberal assumido pelo próprio Estado. Além disso, o Estado liberal estabeleceu a separação entre os poderes, de forma a garantir a liberdade através do equilíbrio político e pela negação de um poder onipresente.<sup>92</sup>

Num balanço histórico, afirma-se que a origem do Estado de Direito tratava-se de um conceito meramente liberal, referindo a doutrina como Estado liberal de Direito, cujas características a seguir especificadas abarcam ainda na atualidade o estágio civilizatório:

- (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a *lei* considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão;
- (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares;
- (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*.<sup>93</sup>

A partir de então, os rumos da sociedade passaram a ser determinados pela predominância do Poder Legislativo sobre os demais poderes, em razão da organização do poder político de forma tripartite pelo Estado Liberal, constituindo-se um *locus* institucional legitimado do poder estatal, que além de subordinar o Estado à lei (princípio da legalidade) representa um meio de positivação das garantias individuais expressas através do processo legislativo racional.

Na consolidação do Estado liberal, ao lado dos poderes Executivo e Legislativo, surgiram os tribunais<sup>94</sup> como instrumentos da soberania nacional, gozando

---

<sup>91</sup> ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 229.

<sup>92</sup> Sobre o Estado liberal e a separação dos Poderes, destaca-se o capítulo II da obra de BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>93</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 112-113.

<sup>94</sup> Frise-se que os Estados Medievais, especialmente, na França e Inglaterra, apresentavam uma estrutura diferenciada daquela que predominou na formação do Estado Moderno, pois “eram estados



de exclusividade e imparcialidade na resolução dos conflitos, no entanto, o Poder Judiciário apesar de representar um avanço nesse modelo de Estado, exerce uma atividade jurisdicional meramente mecânica e politicamente neutra, por ter que condicionar-se ao cumprimento das normas elaboradas pelo legislativo.

Nesse sentido, a jurisdição do período liberal foi estruturada para operar dentro de um contexto racional-legal, sendo afastada da política e isolada das demandas sociais complexas, pois “os tribunais movem-se num quadro jurídico-político pré-constituído, apenas lhe competindo garantir completamente a sua vigência”,<sup>95</sup> tornando-se fiel promotora da ordem jurídica e econômica liberal.

Dentro dessa concepção, o Poder Judiciário organizado para atuar dentro de determinados limites territoriais, tratava-se de única instância para dirimir exclusivamente os conflitos individuais através de pronunciamentos jurídicos, cujos procedimentos decisórios deveriam centralizar de forma previsível o arcabouço jurídico do Estado liberal. Nessa seara, a doutrina política da separação dos poderes, influenciou a criação da figura liberal de um magistrado com a única função de ser a “boca da lei”, sem a mínima possibilidade de interpretação.

Em face ao desdobramento secular, pode-se atribuir que “o ‘Estado de Direito’ abriu-se progressivamente ao reconhecimento formal de uma série de sucessivas ‘gerações’ de direitos, até assumir as faces daquilo que foi chamado de ‘Estado constitucional’<sup>96</sup> e, depois, de ‘Estado social’ ou ‘Estado do bem-estar’ (*Welfare*

---

de direito que tinham adquirido o seu poder, fundamentalmente, através do desenvolvimento das suas instituições judiciais e da protecção concedida aos direitos das classes privilegiadas. A mais típica expressão da soberania interna era o direito de proferir veredictos definitivos num tribunal de última instância. Este império da lei tinha como corolário a importância do direito de aprovação”. STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do estado moderno*. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Gradiva, 1969. p. 67.

<sup>95</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa *et. all. Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996. p. 23.

<sup>96</sup> O Estado constitucional (de origem francesa), governo representativo (anglo-saxônica) ou de direito (origem alemã) surge impulsionado pelas correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo, cujos expoentes foram: LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996; ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997 e KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: 1988, além de importantes movimentos econômicos, sociais e políticos. A passagem do Estado moderno para o Estado Constitucional é marcada historicamente por relevantes acontecimentos: a Revolução Francesa (1789-1799), a Inglaterra (onde se iniciara a Revolução industrial um século antes) e os Estados Unidos (com a primeira Constituição escrita em sentido moderno).

State)”.<sup>97</sup>

No Estado constitucional, o poder político foi institucionalizado juridicamente pelas Constituições escritas, com base num sistema das ideias e das regras jurídicas positivas, consoante pondera Miranda<sup>98</sup>:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela coletividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes, a representação política.

Deste modo, a mutação do Estado absoluto em Estado de Direito ocorreu simultaneamente com a variação do súdito em cidadão. Nesse passo, o sujeito de direito não considerado mais como “naturais”, mas sim, constitucionais frente ao Estado. O contrato social deixa de ser visto como uma simples teoria filosófica-política, vez que se configura em pacto constitucional com uma totalidade de normas positivas vinculando o Estado e o cidadão, ambos “sujeitos de soberania reciprocamente limitada”.<sup>99</sup>

Curial destacar, a partir do rótulo de Estados Constitucionais, determinados modelos que podem ser reunidos, no mínimo, em três grupos, resguardadas as diferenças entre si, e designadamente compreende, “o Estado Constitucional Liberal (Estado Liberal de Direito), o Estado Constitucional Social (o Estado Social de Direito) e o Estado Democrático de Direito, que, na versão aqui privilegiada, assume a feição de um Estado também Social e Ambiental [...]”.<sup>100</sup>

Bonavides preleciona que “ao Estado liberal sucedeu o Estado social; ao Estado social há de suceder, porém, o Estado democrático-participativo que recolhe das duas formas antecedentes de ordenamento o lastro positivo da liberdade e

<sup>97</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 76.

<sup>98</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 44-45.

<sup>99</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 690.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 53.



igualdade”.<sup>101</sup> Disto se infere que o Estado liberal é interdependente do Estado democrático em dois aspectos: primeiro, na trajetória do liberalismo à democracia, em que são necessárias certas liberdades para o uso correto do poder democrático e, em segundo, na direção contrária da democracia ao liberalismo, em que o poder democrático é essencial como forma de garantia das liberdades fundamentais.<sup>102</sup>

Se o Estado Liberal era caracterizado por um modelo calcado na prevalência da lei, com o surgimento do Estado Democrático de Direito há um rompimento com esse paradigma, em que esse modelo legalista-normativista de produção do Direito sujeita-se a uma relação de adequação e subordinação a um nível elevado de Direito fundado na Constituição.<sup>103</sup>

Nesse horizonte, a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo determinou uma ruptura com o paradigma do poder político, tão importante quanto a que ocorreu na formação do Estado Moderno, com o abandono do pluralismo imperante nas sociedades políticas da Idade Média. E essa substancial mudança histórica deveu-se à percepção da sociedade civil no interior do próprio Estado.<sup>104</sup>

Por outro lado, do ponto de vista de sua organização e finalidade, continua vigente, no presente momento histórico, a noção de Estado Contemporâneo, muito embora haja profundas diferenças em razão da ordem política que eclodiu nos albores do século XX. O Estado Contemporâneo hodierno também é usualmente denominado de Estado do Bem-Estar, *Welfare State*, Estado Social ou Estado-Providência<sup>105</sup>, entretanto, não chegou a ser constituído plenamente nos países periféricos, apesar de ter influenciado a legislação social em quase todas as nações democráticas.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 20.

<sup>102</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 32-33.

<sup>103</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 153.

<sup>104</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 59.

<sup>105</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 59.

<sup>106</sup> “A profunda depressão e desemprego maciço dos anos 30, o colapso da democracia e o ascenso do fascismo, a Segunda Guerra e a “ameaça” crescente da difusão do comunismo foram o contexto histórico do Estado-Providência do pós-guerra. O Estado-Providência simbolizava um novo acordo ou a concertação do pós-guerra não só entre o capital e o trabalho, mas também entre a democracia capitalista e os seus cidadãos em termos de certas garantias e direitos gerais”. MISHRA, Ramesh. *O Estado-providência na sociedade capitalista: estudo comparativo das políticas públicas na Europa*,

“Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *Welfare State* tem consequências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*”.<sup>107</sup>

É razoável afirmar, como alerta Boaventura de Souza Santos<sup>108</sup>, que o Estado social chamado também de Estado Providência designa uma instituição política criada nas sociedades capitalistas avançadas, como

[...] resultado de um compromisso, ou de um certo pacto teorizado no plano económico por Keynes, entre o Estado, o capital e o trabalho, nos termos do qual os capitalistas renunciam a parte da sua autonomia e dos seus lucros (no curto prazo, não no médio prazo), e os trabalhadores a parte das suas reivindicações (as que respeitam à subversão da sociedade capitalista e à sua substituição pela sociedade socialista). Esta dupla renúncia é gerida pelo Estado. O Estado transforma o excedente libertado, ou seja, os recursos financeiros que lhe advêm da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais, em capital social.

O Estado social representa assim, a expressão política da sociedade industrial e a configuração da sobrevivência democrática na tensão entre o Estado e a precedente forma de sociedade caracterizada pelo liberalismo. No entanto, a moldura jurídica do Estado social a ser implantada nas sociedades em desenvolvimento se sujeita a contestações, diante da dificuldade de afirmação dos grupos e classes em amoldar-se de forma eficaz com os interesses sociais antagônicos e das crises que inevitavelmente fazem surgir conflitos em face da insurgência dos interesses ordinários decorrentes da Constituição.

Por exemplo, no Brasil, as promessas da modernidade ainda não foram realizadas, pois existe um *deficit* social que acarreta a tensão entre o Estado social e o Estado de Direito, assim como, “entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes”.<sup>109</sup>

---

América do Norte e Austrália. Tradução de Ana Barradas. Rev. Técnica de Juan Mozzicafreddo. OEIRAS: Celta editora, 1995. p. 22.

<sup>107</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 68.

<sup>108</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Estado e sociedade em Portugal (1974-1988)*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1990. p. 194.

<sup>109</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 492.

Deste modo, a partir da emergência do Estado social, o Estado de Direito passa a receber novos contornos “quando a justiça da administração passa a assumir um papel crescente, pois os direitos sociais<sup>110</sup> serão o ponto alto desse modelo”.<sup>111</sup> Em razão da predominância da questão social, esse novo modelo surge no direito constitucional a partir da elaboração da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, irradiando-se destas Constituições<sup>112</sup> para todas as demais cartas constitucionais proclamadas a partir da década de 30, passando o Estado a ocupar uma função “importante na perspectiva econômica e social, não mais preocupado exclusivamente com a liberdade (Estado Liberal), mas também com a projeção e realização social das necessidades dos integrantes do grupo social”.<sup>113</sup>

Nessa dimensão, com o surgimento do Estado Contemporâneo e com a promulgação da Constituição Mexicana, logo seguida pela chamada Constituição de Weimar, tem havido uma crescente preocupação no sentido de que as respectivas Cartas Magnas espelhem, de forma clara, a necessidade de que o Estado seja dotado de função social.<sup>114</sup>

De forma diversa da passividade do modelo político liberal, em que a atuação do legislador era privilegiada, o Estado social visando compensar as diferenças sociais advindas do processo de produção industrial e pós-industrial, adota sob a prevalência do Poder Executivo em relação aos demais poderes, uma postura de promoção de políticas públicas coletivas para satisfação das classes menos favorecidas.

---

<sup>110</sup> “Estes direitos sociais dos cidadãos podem ser resumidos do seguinte modo: o direito do trabalho; o direito à proteção social em caso de desemprego, temporário ou permanente; e acesso em condições de igualdade a uma série de serviços essenciais, nomeadamente a educação e os cuidados médicos, que favorecessem as oportunidades e facilitassem a participação do indivíduo no mercado. Escusado será dizer que isto representa um tipo ideal de Estado-Providência, do qual alguns países se aproximaram mais que outros”. MISHRA, Ramesh. *O Estado-providência na sociedade capitalista: estudo comparativo das políticas públicas na Europa, América do Norte e Austrália*. p. 22.

<sup>111</sup> ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 230.

<sup>112</sup> SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 57.

<sup>113</sup> ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 231.

<sup>114</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. p. 43-45.

Nessa conformação política interventiva de promoção social, historicamente, o Estado social constitui

[...] a intenção de adaptação do Estado tradicional (pelo que entendemos neste caso o Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial com seus novos e complexos problemas, porém também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Não podemos ver as medidas de tal adaptação como algo totalmente novo, mas sim como uma alteração qualitativa de tendências surgidas no século XIX e começos do século XX para regular, naquele momento, aspectos parciais da sociedade, regulação que sofre em nosso tempo um processo de generalização, integração e sistematização.<sup>115</sup>

Com o advento do Estado social há uma redefinição na compreensão dos conflitos que de cunho individualista passa a abranger as demandas sociais, ocasionando mudanças na atividade jurisdicional. Paradoxalmente, tal situação apresenta-se ao Poder Judiciário de forma inusitada, pois a concepção dos conflitos sob a proteção do Direito liberal individualista acarretam decisões reiteradas em dissonância com as “expectativas sociais coletivas” que emergem da aplicação da lei pela jurisdição estatal. Assim, de forma gradativa, o Judiciário acentua a sua crise de funcionalidade, pois “a necessidade de legalização dos novos conflitos pelos movimentos sociais, os leva fazer da instância judicial o interlocutor privilegiado de suas estratégias políticas de reconhecimento institucional de direitos”.<sup>116</sup>

Sob essa nova perspectiva para efetivar políticas públicas e de reorganização social, observa-se que a jurisdição passa a ser uma alternativa para recorrer-se dos direitos não cumpridos pelo Estado<sup>117</sup>. No entanto, o modelo de Estado construído na

---

<sup>115</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1996. p. 18. No original: “el Estado social significa historicamente el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos. No hemos de ver las medidas de tal adaptación como algo totalmente nuevo, sino más bien como un cambio cualitativo de tendencias surgidas en el siglo XIX y comienzos del XX para regular, en aquel entonces, aspectos parciales de la sociedad, regulación que sufre en nuestro tiempo un proceso de generalización, integración y sistematización.”

<sup>116</sup> RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 43.

<sup>117</sup> Para Streck, “[...] tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição). O Direito recupera, pois, sua especificidade. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – *deve ser visto, hoje,*

contemporaneidade não consegue dar conta da complexidade das relações sociais, que conformam a sua característica finalística vinculada ao cumprimento de sua função social, “forjando-o como Estado Social e impondo-lhe um caráter interventivo-promocional voltado à realização de seus fins constitucionais demarcados pelos direitos econômicos, sociais e culturais, originalmente”.<sup>118</sup>

De fato, deve-se reconhecer que o Estado Social assumiu tarefas que antes estavam postergados ao ambiente privado por meio do indivíduo e, sobretudo, que tal reconhecimento conduz ao processo de crescimento, aprofundamento e transformação do seu papel fundamental pela inclusão da questão social e de outras formas de atuação estatal, característica específica do Estado do Bem-Estar Social.

Com isso, conquistou-se gradativamente a democratização das relações sociais, mediante o desenvolvimento das condições de (des)estruturas institucionais por parte da atividade interventiva do Estado, que possibilitou entre outros benefícios ao cidadão, a quantificação das demandas submetidas pela sociedade civil, em face aos reclames de novos atores que surgiram com o reconhecimento dos direitos sociais, na busca de respostas concretas de conteúdo, em razão das novas políticas sociais de caráter prestacional prometidas pelo Estado e não realizadas.<sup>119</sup>

Além disso, a intervenção do Estado voltada à promoção do Bem-Estar Social, na tentativa de investir na construção de uma sociedade justa e solidária, confrontada com o aumento exacerbado das prestações públicas e a burocracia, acarretaram crises estruturais decorrente do aumento da carga tributária ou a redução dos custos através da diminuição da ação estatal (crise fiscal-financeira), o embate entre a democratização do acesso público da política e a burocratização para o atendimento e respostas ao aumento das demandas sociais (crise ideológica) e o

---

*como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas*”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 80.

<sup>118</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

<sup>119</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38.

enfraquecimento maior do conteúdo tradicional desse modelo do Estado de Bem Estar Social, calcado na solidariedade (crise filosófica)<sup>120</sup>.

No entanto, essas crises serviram para a (re)construção de estratégias para além da questão social, através do resgate das conquistas modernas de aprofundamento e transformação, aprimorado por um novo modelo de Estado Social, reconhecido como Estado Democrático de Direito, consagrado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e alicerçado, estruturalmente, na matriz jurídico-político-constitucional.

Deste modo, a Constituição Federal brasileira expressa o compromisso ideológico e teleológico em seu preâmbulo ao instituir um regime democrático, no sentido de assegurar como fundamento de um Estado de justiça social, o exercício dos direitos individuais e sociais, inaugurando um novo período do constitucionalismo. Entretanto, sabe-se que o Estado não cumpre com os objetivos primordiais a realização dos direitos fundamentais abrangidos pelo texto constitucional, ante as discrepâncias sociais ocorridas em nosso país.

Com a denominada globalização, tanto o Estado como suas instituições políticas, administrativas, sociais, econômicas e jurídicas passam por mudanças e transformações. Deve-se ter claro que, em pleno século XXI, o não cumprimento das promessas constitucionais asseguradas pelo Estado Democrático de Direito, pode colocar em dúvida, o dirigismo social pretendido pela Constituição. Nesse sentido, alguns aspectos dessa crise constitucional são apresentados por Lenio Streck<sup>121</sup>:

Assim, se de um lado existem vários fatores que colaboram para a 'crise de constitucionalidade', parte dos quais podem ser denominados de 'endógenos', porque debitáveis à própria crise paradigmática que atravessa a dogmática jurídica, doutro há fatores exógenos que provocam fortes abalos no Direito e debilitam o texto constitucional e as condições de sua aplicação. Refiro-me ao crescente processo de desregulamentação proporcionado pelo neoliberalismo.

---

<sup>120</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42-49.

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 53-54.



Além dessas circunstâncias, observa-se que nos dias atuais, a crise constitucional se apresenta para Engelmann<sup>122</sup>, na “incapacidade do constitucionalismo moderno e da própria expressão do Estado Constitucional em dar conta dos novos desafios”, considerando que “a própria concepção de Constituição dirigente e compromissária acaba sendo questionada, dada as dificuldades enfrentadas no âmbito de um Estado enfraquecido”.

Isso é possível em face do contexto político/jurídico estatal, denominado Estado Democrático de Direito. Distintamente do modelo de Estado social, que privilegiava o seu poder/tensão para o Executivo<sup>123</sup>, dado o seu caráter intervencionista de Estado. Em razão da inércia do Poder Executivo e pela atuação ausente do “Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias - ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito”.<sup>124</sup> Desse modo, estabelece-se uma nova relação entre a sociedade e o Estado.

Em que a democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-facismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.<sup>125</sup>

Nas transformações do Estado de Direito observam-se que as garantias asseguradas na promoção do bem comum e sua função social, não conseguem mais

---

<sup>122</sup> ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 226.

<sup>123</sup> Segundo Luiz Werneck Vianna, “a primazia do executivo em face do legislativo seria constitutiva da operação do Estado social, ao tempo em que fez do direito um dos seus principais de comunicação, pondo sob ameaça a repartição democrática entre os Poderes. O Estado social, ao selecionar o tipo de política pública que vai constar da sua agenda, como também ao dar publicidade às suas decisões, vinculando as expectativas e os comportamentos dos grupos sociais beneficiados, traduz, continuamente, em normas jurídicas as suas decisões políticas. A linguagem e os procedimentos do direito, por que são dominantes nessa forma do Estado, mobilizam o Poder Judiciário para o exercício de um novo papel, única instância institucional especializada em interpretar normas e arbitrar sobre sua legalidade e aplicação, especialmente nos casos sujeitos à controvérsia.” VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 20.

<sup>124</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 63.

<sup>125</sup> VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

prover as demandas da sociedade, cujas reivindicações anseiam pela implementação dos direitos em prol da igualdade. Nesse sentido, acrescenta-se o elemento democrático ao novo modelo de Estado de Direito – o Estado Democrático de Direito – que, “representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito”.<sup>126</sup>

É nesse contexto que se assenta o Estado de Direito democrático em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais, considerando que “não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais-sociais, e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há, assim, uma co-pertença entre ambos”.<sup>127</sup>

Dito isso, ressalta-se a evolução do conceito de Estado de Direito para o de Estado Democrático de Direito, sob o influxo da força irradiadora da democracia na contemporaneidade. Com o advento da democracia, perquire-se o que remanesceu da teoria de Montesquieu. Para Matteucci, “menoscabada a identificação entre órgão do Estado e classe social, ficou apenas o conceito de equilíbrio constitucional, que impõe modos diversos e normas complexas à manifestação de vontade da maioria”.<sup>128</sup>

Na democracia contemporânea, o Poder Judiciário idealizado de forma autônoma assume novos desafios, especialmente “em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo”.<sup>129</sup> No Brasil, surgem dois fenômenos universais emergentes, a judicialização da política<sup>130</sup> em que a norma “neutra” transforma-se em política decidida pelo Estado, através do Poder Judiciário,

---

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85.

<sup>127</sup> STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 104.

<sup>128</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UnB, v. I. p. 246-258.

<sup>129</sup> ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 3. p. 246.

<sup>130</sup> A judicialização da política emerge da inércia dos demais poderes e do reforço do poder político assumido pelo Judiciário, considerando que “a judicialização corporifica um ‘coroamento’ de um movimento de reforço do seu papel que perpassou toda a fase autonomista de estudo do Direito Processual, devido à incapacidade das instituições estatais majoritárias de dar provimento às demandas sociais”. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 181.



substituído a ação da cidadania na sua dimensão política<sup>131</sup> e a judicialização das relações sociais, protagonizados em decorrência do processo de redemocratização do país pela Constituição Federal de 1988, que redefinem novas funções ao Poder Judiciário, subvertendo a divisão clássica dos poderes.

Nesse sentido, com o constitucionalismo moderno<sup>132</sup>, o Judiciário passa a ser um ator no “processo de adjudicação de direitos, em franca contraposição ao contexto original do *welfare*, tempo em que a luta foi travada no campo da política. Assumindo o Judiciário essa nova função constitucional, o território da incorporação de direitos se requalifica [...]”,<sup>133</sup> em que se perquire não somente o Direito, mas também, admite-se a linguagem da justiça.

Contudo, as relações entre a justiça e o Estado não geram tensões apenas no âmbito político, mas também impactam em diversos âmbitos sociais. Assim, “enquanto antigamente, o conflito constituía uma ameaça de dissolução da relação social, hoje, transforma-se numa possibilidade de socialização. A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo”.<sup>134</sup>

Nos países de *civil law*<sup>135</sup>, a exemplo do Brasil, rompe-se o paradigma tradicional do papel do Poder Judiciário mediante a possibilidade do julgador adequar os fatos à lei, de modo a buscar a realidade com base nos valores e observância dos

---

<sup>131</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Targentopoli tiene traducción al castellano. In: *Corrupcion y estado de derecho* – el papel de la jurisdiccion. Madri (Espanha): Editorial Trotta ES, 1996. p. 110 e segs.

<sup>132</sup> Para Luís Roberto Barroso, no início do milênio, o constitucionalismo alçou vitória, “consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) *legitimidade* – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) *limitação do poder* – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) *valores* – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

<sup>133</sup> ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, v. 3. p. 264.

<sup>134</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 47.

<sup>135</sup> “Nos países de *Common Law*, o recrutamento dos juizes é político, como nos Estados Unidos (temos ainda presente a dificuldade de alguns presidentes americanos em obter o aval do congresso após ter sondado um juiz), ou antidemocrático, como na Inglaterra, mas o poder político perde, de seguida, qualquer tipo de controle sobre a carreira. No modelo burocrático, como em França, é o contrário que se produz: o recrutamento dos juizes por concurso é absolutamente democrático, mas a carreira é política”. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 61.

princípios constitucionais. “O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido”.<sup>136</sup>

O Poder Judiciário passa a ser um ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do Estado liberal, a Justiça não mais é dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário sobre as decisões dos demais Poderes. Com isso, põe-se em evidência o novo papel do Poder Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão “democracia jurisdicional” como designação política do Ocidente desenvolvido.<sup>137</sup>

Enfim, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito é uma conquista, no entanto, percebe-se que há uma tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça, a partir de reflexões concretas da sociedade.

### 2.2.2 A Democratização Processual Civil e o Processo Participativo

É fundamental analisar as normas constitucionais com outros ramos do Direito, pois o intérprete deve ter os princípios constitucionais explícitos ou não, como ponto de partida dos valores acolhidos no ordenamento jurídico. “Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”.<sup>138</sup>

No entanto, o constitucionalismo brasileiro é reconhecido como um projeto político de redemocratização do país decorrente de alterações paradigmáticas no final do milênio que, de forma sumária, com base na força normativa da Constituição,

---

<sup>136</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 5.

<sup>137</sup> VIANNA, Luiz Werneck, et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 30-31.

<sup>138</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29.

procura dar efetividade às normas constitucionais através de novos processos hermenêuticos de interpretação constitucional.

Assim, a Constituição passa a ter uma preeminência normativa sob a forma de interpretar todos os demais ramos do Direito, através do fenômeno identificado como “filtragem constitucional”, em que a ordem jurídica deve ser lida e interpretada sob a lente da Constituição, expressando os valores nela abrigados.<sup>139</sup>

Há vários estudos comparativos<sup>140</sup> na contemporaneidade que enfatiza a necessidade de dar relevância aos princípios processuais constitucionais. A Europa é uma referência nessa questão, em razão de que seus Estados submetidos aos tratados, incluindo o Reino Unido, necessitam observar e seguir a jurisprudência do tribunal de Estrasburgo, notadamente, em relação a garantias estabelecidas no Artigo 6.º (1)<sup>141</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos.<sup>142</sup>

Essa convenção criou cinco garantias como fontes do direito processual: (i) o acesso à Justiça (apesar de não constar expressamente no texto, restou de modo implícito pela *European Court of Human Rights*); (ii) uma audiência justa, incluindo o direito das partes estarem presentes na audiência, igualdade, apresentação imparcial da prova, direito a um depoimento e de ter um julgamento fundamentado; (iii) uma audiência pública, no sentido de que a declaração do julgamento seja público; (iv) uma audiência que ocorra dentro de um prazo considerado razoável; e (v) uma

---

<sup>139</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44.

<sup>140</sup> Neil Andrews cita alguns autores renomados que têm se destacado nos campos da pesquisa comparativa, no que tange a discussão acadêmica internacional sobre os princípios fundamentais da justiça civil. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87-88.

<sup>141</sup> Extrai-se da obra de Neil Andrews o disposto no Artigo 6.º (1) da mencionada Convenção, que assim rege: “Direito a um julgamento justo: Na determinação de direitos civis ou de obrigações advindas de quaisquer acusações criminais contra si, qualquer pessoa terá o direito a uma audiência justa e pública, conduzida dentro de prazo razoável, por um tribunal, criado por lei, independente e imparcial”. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 65.

<sup>142</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 64.

audiência realizada perante um tribunal que goze de independência e imparcialidade instituído por lei.<sup>143</sup>

No Brasil, essa realidade não é diferente. As questões referentes à relação existente entre o direito constitucional e o direito processual perpassam a observância da tutela constitucional das garantias fundamentais das partes (princípios constitucionais do direito processual), da jurisdição constitucional, do Poder Judiciário e das funções essenciais à justiça.

O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação.<sup>144</sup>

O tratamento coerente e principiológico do direito constitucional servem de orientação na busca do sentido e alcance das normas jurídicas. No dizer de Bonavides, os princípios constitucionais “são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição”.<sup>145</sup>

Extraí-se assim, que no estudo concreto dos institutos processuais, a aproximação entre o processo e a Constituição, sob uma condensação sistemática e metodológica constitucional, toma o nome de direito processual constitucional<sup>146</sup>, em costumeira referência da doutrina atual, não se tratando, portanto, de um ramo autônomo do Direito.

---

<sup>143</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 100-101.

<sup>144</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 9.

<sup>145</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 305.

<sup>146</sup> O direito processual constitucional trata de uma colocação científica, sob a perspectiva metodológica e sistema, não se enquadrando como um ramo autônomo do direito processual, com o enfoque de “examinar o processo em suas relações com a Constituição. O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e (b) de outro, a jurisdição constitucional”. A tutela constitucional do processo trata-se de matéria específica da teoria geral do processo, enquanto a jurisdição constitucional envolve matérias atinentes ao direito constitucional, direito processual e ao direito processual penal. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 98-99.

O processo como instrumento de manifestação do Estado democrático e de Direito, deve ser compreendido a partir da Constituição Federal, especialmente, seu objeto, fundamentos, premissas e princípios, consagrando-o num modelo constitucional do direito processual ou devido processo constitucional.

Para Cássio Scarpinella Bueno, o direito processual civil e seus respectivos institutos devem ser analisados sob o prisma constitucional e infraconstitucional. O primeiro campo constitucional “delimita, impõe, molda, contamina o *modo de ser* de todo o direito processual civil”, enquanto que, no segundo, o “direito processual civil é, assim, caracterizado, conformado, pelo que a Constituição *impõe* acerca da forma de exercício do poder estatal”. Deste modo, assevera ainda o citado autor que, numa concepção técnica do processo, ou seja, “(o ‘ser’ do processo, do método de exercício do Estado-juiz)”, bem como sob o aspecto teleológico “(os fins a serem atingidos pelo processo, isto é, pela atuação jurisdicional do Estado)” estão vinculados ao modelo de processo reservado pela Constituição e de forma mais ampla para o direito processual civil como um todo, que, igualmente deriva da Constituição Federal.<sup>147</sup>

Em outras palavras, isto quer dizer que as linhas mestras de um Código de Processo Civil, por exemplo, só podem ser traçadas com vistas ao “modelo constitucional de processo civil”, estabelecido por um Estado Constitucional, que é um Estado Democrático de Direito, conforme ideia instituída pelo artigo 1º da Constituição Federal brasileira de 1988.<sup>148</sup> Nesse contexto, para a construção de um Código de Processo Civil em conformidade com a Constituição, faz-se necessário esboçar três critérios fundamentais: “o direito processual deve ser construído à base dos princípios da segurança jurídica, da igualdade de todos perante o Direito e do direito à participação no processo”.<sup>149</sup>

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 elenca em seu artigo 5º, grande parte dos princípios processuais inserido do título “Dos direitos e garantias fundamentais”, demonstrando assim, a importância do estudo sobre a tutela constitucional do processo, que determinam padrões políticos para a vida.<sup>150</sup> Apesar

---

<sup>147</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1. p. 110.

<sup>148</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

<sup>149</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 15.

<sup>150</sup> PINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 194.

da Constituição Federal não conter, explicitamente, em sua estrutura a adoção do princípio do acesso à justiça, este por sua vez, permeia todo o seu sistema, dada a sua relevância sociopolítica de primeira grandeza.

Por essa razão, entre as garantias asseguradas constitucionalmente, avulta-se a garantia do acesso à justiça como síntese de todas as garantias, até mesmo a do devido processo legal<sup>151</sup>, expressão oriunda da inglesa *due process of law*, contida no inciso LIV do artigo 5º da Constituição brasileira, no sentido de se ter um “processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras etc”.<sup>152</sup> É, portanto, através desse aperfeiçoamento do processo e de seus resultados que reside a promessa constitucional, porque assim deve ser, também, o próprio Estado - modelo político - da democracia.

Da relevância desses dois princípios são substancialmente derivados todos os outros, dos quais decorrem todas as consequências processuais, possibilitando o direito a um processo e uma sentença justa aos litigantes. Contudo, “a justiça não pode apenas limitar-se a dizer o justo, ela deve simultaneamente instruir e decidir, aproximar-se e manter as suas distâncias, conciliar e optar, julgar e comunicar”.<sup>153</sup>

Nesse contexto, percebe-se que os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça fundamentam todos os demais princípios, pois, para a efetivação deste acesso, são essenciais à ampla atuação de todas as demais garantias constitucionais processuais<sup>154</sup>. Como visto, mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, que só se mostram eficazes se considerada em suas interações mútuas com a cidadania e democracia.

---

<sup>151</sup> “O direito comunitário europeu, bem como o direito interno italiano, vêm desenvolvendo estudos acerca do devido processo legal, dando-lhe a denominação de *justo processo*. Essa denominação do instituto do **devido processo** tem encontrado adeptos na doutrina brasileira. *Justo processo* – ou *fair procedure*, ou *fares Verfahren* – nada mais é do que a *procedural due process clause*, ou seja, o devido processo legal *processual*, ou, mais simplesmente, **devido processo**”. (grifo no original). NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 100-101.

<sup>152</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 202-203.

<sup>153</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 21.

<sup>154</sup> A Constituição Federal de 1988 impõe expressamente alguns princípios que devem prevalecer em relação a todo tipo de processo, os quais destacam-se: o do devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural e publicidade.



A ideia de Estado Democrático de Direito consagrada na Constituição brasileira em seu artigo 1º, proclama e fundamenta o Estado, sendo que o termo democrático destina-se a qualificar o Estado, e serve para irradiar “os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo”.<sup>155</sup>

Observe-se, todavia, que a previsão constitucional do Estado de Direito democrático inserida no referido dispositivo legal, traduz a síntese histórica de dois conceitos que não podem ser confundidos, a saber: os de constitucionalismo e de democracia. “*Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria”.<sup>156</sup>

Com efeito, em que pese existirem outras experiências e tradições constitucionais que marcaram no decorrer do século XX os traços característicos do constitucionalismo moderno<sup>157</sup>, este consolidou-se a partir de três modelos ao longo dos séculos XVII e XVIII, no caso, Inglaterra, Estados Unidos e França, especialmente, esses últimos dois modelos.<sup>158</sup> Na perspectiva contemporânea de desenvolvimento do constitucionalismo, logra-se que o “modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional”.<sup>159</sup>

A democracia deve ser compreendida em contraposição a todas as formas de governo autocrático e é definida por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que instituem quem tem autorização para decidir coletivamente e com

---

<sup>155</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 119.

<sup>156</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III. p. 308.

<sup>157</sup> Importante enfatizar o caso da Alemanha que certamente influenciou a noção contemporânea de constitucionalismo e que no dizer de SARLET, “tanto no que diz com a promulgação de sua primeira Constituição Republicana, de Weimar, em 1919, até hoje considerada a primeira e mais influente constituição (democrática) do constitucionalismo social, quanto pela profícua produção jurisprudencial de seu Tribunal Constitucional e a influência da doutrina constitucional alemã a partir da vigência da Lei Fundamental, de 1949. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

<sup>159</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337. p. 107, jan./mar. 1997.

quais procedimentos.<sup>160</sup> No entanto, para que se realize esta condição, faz-se necessário ainda garantir aos chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir os direitos de liberdade, de opinião, de reunião, de associação, cujos direitos serviram de nascedouro do Estado liberal em que se construiu “a doutrina do Estado de direito em sentido forte, isto é, do Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo”.<sup>161</sup>

A democracia não se desmorona, mas transforma-se através do direito. Os dois modelos anteriores – direito formal do Estado liberal, direito material do Estado-providência – estão, hoje, esgotados, e um novo modelo de direito e de democracia está a eclodir. Eis-nos, portanto, num momento crucial da história da justiça e face a uma transformação das nossas democracias.<sup>162</sup>

Nas democracias consolidadas, não há como imaginar o exercício da autoridade estatal independente da vontade do povo, uma vez que a soberania popular retrata a indissociabilidade da expressão legislativa, administrativa e judicial, assim sendo: “*a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo*”.<sup>163</sup>

Como visto, a democracia exige o debate plural de ideais e a liberdade de expressão, no entanto, é oportuna a advertência de Calmon de Passos ao lembrar que não há convivência humana livre de qualquer relação do poder, cuja característica é apontada pela desigualdade, no entanto, a questão não reside na supressão do poder nas relações humanas e sim, na forma de como esse poder é domesticado.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 30.

<sup>161</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 32.

<sup>162</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 24-25.

<sup>163</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 126.

<sup>164</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 49.



Para o fortalecimento da legitimação democrática do Estado, assentada pelas normas constitucionais que autoriza e fornece limites para o exercício deste poder, Friedrich Müller<sup>165</sup> salienta que:

Os poderes ‘executantes’ [‘ausführenden’] Executivo e Judiciário não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho do Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são parcialmente todos, a saber, o ‘povo’ enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de ciclo [‘Kreislauf’] de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não-democrático). Esse é o lado democrático do que foi denominado estrutura de legitimação.

É nesse contexto global de legitimidade democrática que o povo deve ser caracterizado e, conforme adverte Müller, as decisões judiciais devem ser proferidas em nome do povo<sup>166</sup>, que deve “ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo partícipe na realização concreta da seara política”.<sup>167</sup>

Importante frisar a distinção entre democracia representativa e democracia participativa. O primeiro modelo de democracia encontra-se em falência na modernidade, não sendo mais capaz de “cumprir suas promessas”<sup>168</sup>, todavia, o segundo modelo de democracia participativa trata-se de um Direito já positivado na Constituição<sup>169</sup>, mas que, na contemporaneidade, ainda figura de forma inanimada e

<sup>165</sup> MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 60.

<sup>166</sup> “Não se pode esquecer também que o Poder Judiciário emana do povo. Assim, a sentença é o momento em que o juiz mais responde ante o povo pelo uso que faz desse poder. Por isso, é imprescindível que a sentença seja clara e convincente para que o sentimento do juiz seja compreendido sem dificuldade”. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 248.

<sup>167</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99.

<sup>168</sup> As seis promessas não cumpridas pela democracia representativa são apresentadas por BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 34-45.

<sup>169</sup> O princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo. As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de *democracia semidireta*, que combinam instituições de participação direta com participação indireta, tais como: - a *iniciativa popular* pela qual se admite que o povo apresente projetos de lei ao legislativo, desde que subscritos por número razoável de eleitores, acolhida no art.

programática pelos poderes legislativo e executivo, em que pese sua progressão gradativa.

A democracia participativa é um direito constitucional de vanguarda e progressivo, com o propósito de nepolitizar a legitimidade, desde às suas origens históricas, marcado pelo período em que figurou como “bandeira de liberdade dos povos”.<sup>170</sup>

Nesse viés, Bonavides assevera que “não há democracia sem participação” e complementa ainda, afirmando que esta forma de participação direciona para “forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses”.<sup>171</sup>

Assim, indaga-se sobre a possibilidade de concretização da democracia em uma sociedade e Estado que mantém as desigualdades e preserva as prerrogativas individuais de um determinado grupo. Para tanto, é importante atentar neste momento para outro ator, considerado tão ou mais legítimo que os outros poderes, em que pese não gozar da legitimidade popular manifestada pelo voto, o Poder Judiciário.<sup>172</sup>

Destarte, a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao poder judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça a direito para que este abra suas portas ao indivíduo, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Esta abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a

---

14, III e regulada no art. 61, § 2º; [...]; - o *referendo popular* que se caracteriza no fato de que projetos de lei aprovados pelo legislativo devam ser submetidos à vontade popular, atendidas certas exigências [...]; - o *plebiscito* é também uma consulta popular, semelhante ao referendo; difere deste no fato de que visa a decidir previamente uma questão política ou institucional, antes de sua formulação legislativa, ao passo que o referendo versa sobre aprovação de textos de projeto de lei ou de emenda constitucional, já aprovados; [...] – a *ação popular*, já existente no constitucionalismo brasileiro, desde o Império, mantida no art. 5º, LXXIII, da Constituição [...]. A Constituição adotou outras formas de democracia participativa, como as consagradas nos arts. 10, 11, 31, § 3º, 37, § 3º, 74, §2º, 194, VII, 206, VI, 216, §1º. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 141-142.

<sup>170</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.

<sup>171</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51.

<sup>172</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 102-103.

possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais.<sup>173</sup>

Na atualidade, goza o Judiciário de enorme vantagem de implementação da democracia participativa frente aos demais poderes estatais. Sua legitimidade não decorre do sufrágio universal como no Poder Executivo e Poder Legislativo, mas de uma legitimação procedimental que se depara no “irrestrito acesso ao Poder Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação”, a concretização da legitimação democrática, visto que é por meio do processo, “[...] como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado e não a lei”.<sup>174</sup>

Dinamarco entende que o processo justo ou *équo* de que trata o pensamento processualístico moderno, portador da tutela jurisdicional, “[...] é o processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva”.<sup>175</sup> O processo instrumentaliza-se mediante a prestação da tutela jurisdicional, de forma a promover a garantia dos direitos fundamentais processuais das partes, além da satisfação da pretensão material do caso concreto.

Para o direito processual, também não existirá um Estado Constitucional (Estado Democrático), sem que tenha havido direito à participação no processo. Deste modo, importa às partes maior participação na condução do processo, bem como na formação da convicção judicial, visto que a decisão, em regra, decorre apenas do oferecimento de “textos normativos ao juízo”, seja emanado pelo poder legislativo ou de qualquer autoridade competente em expressar o Direito. Em razão desta circunstância, nota-se que ficou a meio caminho a democracia representativa, pois a participação não ocorre apenas com a influência na promulgação do texto.

---

<sup>173</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 103.

<sup>174</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 104-105.

<sup>175</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 252.

Considerando que texto e norma não podem ser confundidos, a plenitude da democracia no Estado Constitucional somente ocorrerá com a possibilidade de influência direta das partes a “outorga de sentido ao texto” e de sua interferência na “reconstrução do sentido normativo dos textos jurídicos e do Direito não legislado no processo”. É por esta razão que acrescentou-se “[...] à dimensão representativo-legislativa da democracia a sua dimensão participativo-jurisdicional, cuja ideia mais bem acabada se encontra hoje consubstanciada no direito fundamental ao contraditório”.<sup>176</sup>

Para Darci Guimarães Ribeiro, a compreensão do contraditório deve ser contextualizada em três fases que se desenvolveram ao longo dos tempos. “A primeira, que denomino *formal* e está caracterizada pela *necessidade de informar*, a segunda, *material* que se caracteriza pela *possibilidade de participação* e a terceira, *constitucional*, identificada pelo *direito de influenciar*”.<sup>177</sup> Esta última e atual fase denominada de constitucional decorre de reiterada jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*).

Nesse ponto, o direito de participação das partes no processo<sup>178</sup> foi reconhecido no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro nº 166/2010 de origem no Senado Federal em 2010 e, posteriormente, aprovado no mesmo ano pela Câmara dos Deputados sob o Projeto de Lei nº 8.046/2010<sup>179</sup>. Em 16 de março de 2015 foi aprovada a Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o novo

---

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19.

<sup>177</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no projeto do novo código de processo civil. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (Coord.). *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 135.

<sup>178</sup> “No art. 5º está que ‘as partes têm direito de participar ativamente do processo’. Logo em seguida, diz-se que ‘não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito’ (art. 9º) e que ‘o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício’ (art. 10). Quanto a esta última regra, o Projeto reafirma-a no parágrafo único do art. 110: ‘As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício’. Todas estas disposições têm origem comum – o direito fundamental ao contraditório, que se assenta no valor participação. Compreendido nesta perspectiva, bem se vê que o direito ao contraditório impõe nova leitura aos aforismos *Da mihi factum, dabo tibi ius e lura novit curia*. O direito ao contraditório, tal como manifestado no Projeto, constitui bem acabada manifestação do dever do diálogo do juiz para com as partes, próprio de um processo civil pautado pela colaboração”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 19-20.

<sup>179</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº. 8.046/2010. Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

Código de Processo Civil, estando assegurado às partes o direito de participação no art. 5º, assim como, encontra-se previsto nos artigos 7º, 9º e 10 da novel legislação processual, os princípios da igualdade e contraditório<sup>180</sup>, quando se refere sobre as *normas fundamentais do processo civil*.<sup>181</sup>

Vale dizer que, no plano infraconstitucional, um Código de Processo Civil pautado com os compromissos assumidos pelo Estado Constitucional, tem o dever de promover a garantia dos direitos fundamentais processuais civis. Em linhas gerais, o processo civil é tratado pela proposta da novel codificação brasileira num processo civil cooperativo, em que o legislador brasileiro assume o dever de organizar o processo observando o seu procedimento, de modo a compreender a distribuição das posições jurídicas das partes e do órgão jurisdicional, denominado de negócio jurídico processual.

Trata-se de uma inovação trazida pelo legislador no artigo 191 do CPC/2015 que, em qualquer fase do procedimento, as partes poderão convencionar por meio de negócios jurídicos processuais a negociação de vários atos no âmbito processual, como a produção de provas, prazos, perícias, ordem de penhora entre outras medidas e, ainda, sobre o próprio rito, com a fixação do calendário processual. Geralmente, esse momento ocorre na etapa de “organização e saneamento do processo”, por ser a ocasião mais propícia para essa finalidade. O juiz poderá designar uma audiência para que o agendamento do calendário seja negociado com as partes.<sup>182</sup> Entretanto, esse negócio jurídico processual poderá ser celebrado, inclusive, antes ou depois de encerrado o processo.

Com a adoção do policentrismo (sistema processual participativo) e participação de todos os sujeitos no processo, a estrutura do Diploma Processual passou a ser dimensionada não apenas na figura do juiz, mas também nas partes que assumem relevância no processo.

---

<sup>180</sup> “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. [...] Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. [...] Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>181</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no projeto do novo código de processo civil. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (Coord.). *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p. 136.

<sup>182</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1. p. 696.

[...] a atividade jurisdicional é estruturada, necessariamente, como um processo, entendido como uma subespécie do procedimento, ou seja, como procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético [...]. O processo é policêntrico, uma vez que envolve diversos indivíduos, cada um dos quais tem uma colocação particular e desenvolve um papel específico. A estrutura subjetivamente complexa corresponde então um desenvolvimento dialético.<sup>183</sup>

Nesse contexto, trata-se de um formalismo cooperativo porque se encontra alicerçado também num Estado Constitucional cooperativo de atuação na proteção dos direitos, cuja colaboração no processo civil é do juiz para com as partes através da observância dos deveres judiciais de prevenção, auxílio e diálogo com os litigantes.<sup>184</sup> Nessa nova forma direta de democracia, o cidadão-litigante de fato reivindica “uma maior participação, de forma a decidir o seu próprio destino e a não mais depender de uma luta colectiva; o que implica os actuais esforços para a mediação, a negociação ou a conciliação, que são apenas contrapartidas do processo”.<sup>185</sup>

Dierle Nunes<sup>186</sup> defende que a “manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais” como um dos pilares da democracia, necessita que a relação processual entre a comunidade de trabalho (juízes, partes e advogados) seja revista sob o ponto de vista policêntrico e participativo, de modo a afastar qualquer protagonismo judicial e que seja estruturado com base no “modelo constitucional de processo”.

Deste modo, na contemporaneidade, conceitua-se o processo dentro de uma visão democrática, como “um espaço discursivo intersubjetivo de feições públicas e políticas, na busca de valores socialmente relevantes e que somente pode ser

---

<sup>183</sup> Tradução livre do original: “[...] attività giurisdizionale è strutturata necessariamente come processo, inteso come sottospecie del procedimento, cioè come procedimento a struttura polcentrica ed a svolgimento dialettico [...]. Il processo è policentrico poiché coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali ha una collocazione particolare e svolge un ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi uno svolgimento dialettico”. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 208.

<sup>184</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

<sup>185</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 46-47.

<sup>186</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 215.



compreendido numa perspectiva constitucionalmente dialógica entre os vários sujeitos envolvidos”.<sup>187</sup>

Em decorrência deste modelo de processo, estabelecido pela Constituição Federal brasileira, todo o direito processual deve ser entendido como constitucional, em razão da estrutura constitucionalizada do processo que viabiliza a concretização do Estado Democrático de Direito, no sentido de que este tem como tarefa essencial “[...] superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.<sup>188</sup>

Por evidente que o Poder Judiciário passa a ser um centro de disputas pela efetivação de direitos, sobretudo, sociais em face da negação das promessas do ente estatal. Todavia, emergem outras formas de ampliação do acesso ao sistema jurisdicional brasileiro que, na perspectiva democrática, assegure uma ampla participação de todos os sujeitos processuais.

A percepção do policentrismo processual depende do equilíbrio e o reforço do papel dos juízes, partes e seus advogados, exigindo de cada um dos envolvidos, o desempenho de suas funções de modo responsável, técnico e racional, constituindo-se assim, um modelo democrático de processo.<sup>189</sup>

### 2.2.3 Releitura Hermenêutica do Processo Civil Democrático

No sistema processual civil contemporâneo, as linhas fundamentais de um Código de Processo Civil devem estar ancoradas num modelo constitucional, que vise à concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição, especialmente, no Estado Democrático de Direito como o brasileiro. Assim, o processo deve ser compreendido como meio de efetiva proteção dos direitos a serem tutelados, cuja codificação também deve ser interpretada a partir das normas constitucionais.

---

<sup>187</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, v. 10. p. 45.

<sup>188</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 122.

<sup>189</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 250.



O Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional.<sup>190</sup>

Na visão tradicional do Código de Processo Civil, o magistrado era tido como aplicador mecânico de diplomas legais. No entanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, o exercício da atividade jurisdicional pelo juiz sofreu grandes mudanças e limitações, especialmente, em face dos princípios e garantias fundamentais consagrados na norma constitucional.

Assim, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra o modelo estatal Democrático de Direito, seguindo uma tendência das constituições modernas<sup>191</sup>, incorpora princípios, garantias e um conjunto de normas destinadas a torná-las concretas, ampliando consideravelmente a área de proteção da esfera individual dos cidadãos.

A Constituição é a base de toda ordem jurídica brasileira e o fundamento de validade de todos os atos estatais, por esta razão, os direitos fundamentais são os direitos que – por essa condição - se impõem a todas as entidades públicas e privadas. São chamados fundamentais os direitos que, por expressa positivação constitucional, possuem garantia de efetividade maior do que qualquer outro Direito. De forma mais objetiva como leciona Sarlet<sup>192</sup>, os direitos fundamentais passaram a se apresentar como conjunto de valores e objetivos básicos e fins diretivos da atuação estatal.

---

<sup>190</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 250.

<sup>191</sup> O tradicional constitucionalismo superado pelo “neoconstitucionalismo”, ou no entender de STRECK de “novo constitucionalismo” ocorre em três vertentes: 1. por carregar consigo uma nova teoria das fontes, já que a Constituição como auto-aplicativa faz com que a lei não represente mais a única fonte de direito; 2. a substancial alteração da teoria da norma em função da normatividade dos princípios; e, 3. no plano da interpretação por trazer um novo paradigma hermenêutico-interpretativo. As três características caracterizam o novo constitucionalismo que provocou *profundas alterações no direito, proporcionando a superação do paradigma positivista, que pode ser compreendido no Brasil como produto de uma simbiose entre formalismo e positivismo, no modo como ambos são entendidos pela(s) teoria(s) crítica(s) do direito*. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 149.

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 143.

É com esse sentido que a expressão “direitos fundamentais” inaugura o Título II, da Constituição promulgada em 1988, que trata dos direitos individuais, políticos, sociais e econômicos. Mais adiante, em face do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, o texto constitucional assegura no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

Nesta seara, cumpre ao Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, além da administração da Justiça, o dever de guardar a Constituição, preservando seus princípios e garantias, sendo, portanto, legítima a intervenção do Poder Judiciário quando este, provocado, vise afastar lesão ou ameaça a direito.

Por imperativo constitucional, consagra-se o dever de motivação das decisões judiciais, no entanto, com a apresentação do Código de Processo Civil de 2015, busca-se analisar se a exigência desta fundamentação decisória encontra-se em consonância com a hermenêutica crítica da modernidade. O juiz torna-se o intérprete da Constituição e todo o seu poder decisório emana da norma constitucional. Esse momento de decidir não é mais a oportunidade do juiz fazer justiça ou tornar o Direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma decisão a ser devidamente fundamentada.

No Direito brasileiro vigente, encontram-se asseguradas garantias fundamentais quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas pela Constituição Federal de 1988, disposto no artigo 93, inciso IX, quando estabelece a regra de que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade, assim como o inciso X do mesmo dispositivo legal, que determina que todas as decisões administrativas dos tribunais devam ser motivadas.

Por esse viés, a função do magistrado está atrelada ao dever de fundamentar a sua decisão para assegurar sua aplicação mais reta para cada caso concreto. Contudo, frequentes são as dificuldades com as quais se depara o magistrado nos julgamentos dos casos concretos, pelo fato de que a sua experiência pessoal e a personalidade dificilmente conseguem ser abstraídas da sua posição decisória.

Todavia, o mais complexo é, sem dúvidas, a necessidade de extrair do texto constitucional a máxima eficácia jurídica sem transgredir os limites que cercam esse

direito fundamental. “A necessidade de fundamentação ou motivação das decisões jurisdicionais é, a ênfase é essencial, uma decorrência (uma imposição) do modelo político de Estado adotado pelo Brasil”.<sup>193</sup>

No processo civil, não se pode imaginar a atuação do juiz que não tenha como fundamento a própria Constituição. Sobre este assunto, Lenio Luiz Streck<sup>194</sup> entende, nesta quadra da história, que a Constituição, “[...] a partir da revolução copernicana que atravessou o direito público depois do segundo pós-guerra, *passa a ser* – em determinadas circunstâncias – *condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição* (no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) *nos legou*”.

Deste modo, o julgador ao proferir sua decisão deve guiar a norma constitucional para que ela torne-se eficaz, não podendo alegar a inexistência das normas que regulamentem o mandamento constitucional. Na práxis forense, muitas vezes, os juízes tem manifestado o impulso cego do espírito, com julgamentos baseados na “íntima convicção”, cuja decisão passa a ser discricionária, para não dizer, arbitrária, devido à amplitude demasiada do sistema do livre convencimento que imperava tradicionalmente perante a jurisdição estatal. Este problema passa a ser analisado com base na proposta de uma nova Hermenêutica Crítica do Direito, com o foco de enfrentar o protagonismo de juízes e tribunais.

Por esse critério, a teoria da decisão judicial proposta por Lenio Streck, não se restringe em revigorar a interpretação do Direito, mas principalmente, em compreender que a superação da discricionariedade apenas será possível, através de uma teoria da decisão judicial assentada sob pressupostos democráticos.

Deste modo, a contribuição da hermenêutica filosófica permite verificar alguns avanços no tocante ao dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar de uma nova crítica do Direito, pelo qual pode-se afirmar que o legislador está iniciando a sua aproximação com os movimentos do círculo hermenêutico.

---

<sup>193</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

<sup>194</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

Importante frisar que a Nova Crítica do Direito<sup>195</sup> proposta por Lenio Streck, implica num novo olhar sobre o Direito, por encontrar assentada na denominada “viragem hermenêutico-ontológica” fundamental de Heidegger (supera o caráter epistemo-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica) e, posteriormente, na matriz gadameriana (mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo).<sup>196</sup>

Com este novo paradigma denominado de Nova Crítica do Direito<sup>197</sup>, rompe-se com uma tradição no campo jurídico. A construção desta sofisticada teoria apresenta-se por uma viragem linguística, em que a linguagem não é algo que se coloca entre um sujeito cognoscente e um objeto, deixando de ser uma terceira coisa para passar a ser uma condição de possibilidade.<sup>198</sup>

Com a recepção desta viragem, não há como recusar as consequências para a interpretação do Direito, eis que inicia-se uma nova forma de se fazer Direito, especialmente, pela construção de uma teoria que visa o rompimento dos paradigmas da metafísica clássica (objetivista aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais têm sustentado o imaginário jurídico.

A Nova Crítica do Direito procura mediante uma análise fenomenológica:

[...] o dês-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se

<sup>195</sup> A Nova Crítica do Direito (NCD) é também, por vezes, denominada por Lenio Streck de Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 20. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

<sup>196</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 373.

<sup>197</sup> STRECK faz uma diferença entre a jurisprudência de valores e a Nova Crítica do Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito em que afirma que “[...] há uma marcante diferença entre aquilo que tem sido chamado de ativismo judicial ou Jurisprudência dos Valores e aquilo que denomino crítica hermenêutica do direito ou nova crítica do direito, tendo como base teórica a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica. A tese que desenvolvo deve ser entendida como processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do direito (sentido comum teórico). A tarefa dessa crítica é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein)”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215.

<sup>198</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 373.

separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, 'o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado'.<sup>199</sup>

A discussão de uma hermenêutica crítica para o campo filosófico proposta por Gadamer no prefácio de *Verdade e Método*, assevera que: “A questão colocada aqui quer descobrir e tornar consciente algo que permanece encoberto e desconhecido por aquela disputa sobre os métodos, algo que, antes de traçar limites e restringir a ciência moderna, precede-a e em parte torna-a possível”.<sup>200</sup> Pelo visto, este acobertamento de algo se refere às condições de possibilidades de compreensão do intérprete.

Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.<sup>201</sup>

A natureza da hermenêutica jurídica para Gadamer é distinta, ou seja, não é de caráter metodológico<sup>202</sup>, pois tem como finalidade “[...] encontrar o direito, isto é, interpretar as leis de tal modo que a ordem do direito impregne toda a realidade”.<sup>203</sup>

---

<sup>199</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 21. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216-217.

<sup>200</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 14-15.

<sup>201</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 405.

<sup>202</sup> Por essa razão que Gadamer não tem pretensão de vincular a hermenêutica ao método, mas sim, uma aproximação com a historicidade, considerando “[...] a dificuldade de se pôr em consonância o conhecimento histórico, o qual também forma a nossa consciência histórica com esse ideal, e da dificuldade que surge daí de compreendê-lo em sua verdadeira essência, a partir do moderno conceito do método”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 408.

Nesse contexto, para além dos objetivismos e subjetivismos, a Nova Crítica do Direito abre um novo espaço para a compreensão do Direito, fundada na intersubjetividade, “que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico”.<sup>204</sup> Deste modo, o autor trava uma batalha para qualquer forma de discricionariedades, decisionismos, ativismo judicial, o positivismo fático, são algumas das várias expressões do subjetivismo.

Não há consenso na doutrina sobre o termo ativismo judicial, asseverando Anderson Vichinkeski Teixeira o caráter ambíguo de sua expressão. Sob um aspecto, ressalta-se o seu componente finalístico “(o objetivo de expansão dos direitos e liberdades fundamentais)”, outro sentido “concentra-se em um elemento de natureza comportamental (prevalência das visões pessoais de cada magistrado e a sua compreensão das normas constitucionais)”.<sup>205</sup>

No Brasil, somente após a Constituição Federal de 1988 que o tema sobre o ativismo judicial recebeu relevância jurídica, em face de o texto constitucional ter atribuído várias prerrogativas ao magistrado com expressa atuação na sociedade, além de possibilitar amplamente o controle abstrato de constitucionalidade na esfera judicial.<sup>206</sup>

Com efeito, as Constituições promulgadas a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, ou seja, das segunda e terceira ondas de democratização, em sua maioria, empregaram mecanismos de controle judicial sobre a atividade legislativa. Nesse cenário, tem-se um indicativo que estes novos poderes judiciais tenham surgido ao cabo de regimes ditatoriais ou das empresas neocoloniais ainda persistentes em alguns países americanos, africanos e asiáticos até meados do século passado.

Todavia, a racionalidade desses poderes judiciais resulta na discricionariedade como consequência do ativismo judicial decorrente do enfraquecimento dos demais poderes, em especial, o Legislativo, que encontra-se

---

<sup>203</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II* – complementos e índice. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 464.

<sup>204</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 111

<sup>205</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. In: *Revista da SJRJ*, v. 21, p. 5, 2014.

<sup>206</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV*, v. 8, p. 40, 2012.



funcionalmente enfraquecido nas relações com o Executivo, além de gozar do desprestígio popular em face das crescentes corrupções em suas bases. Deste modo, o Poder Judiciário tem se manifestado proativamente por um suposto discurso do efficientismo.

Todas essas questões tem em comum o fato de apresentarem como seu resultado o protagonismo judicial: através dos valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; pela ponderação, abre-se espaço à vontade do interprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão; e, por fim, com o ativismo norte-americano, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política.

Interessante são as considerações finais de Teixeira<sup>207</sup>, quando afirma que o ativismo judicial é “*patologia constitucional*”, independente de ser nocivo, pois exsurge da ineficiência estatal em realizar os seus objetivos, especialmente, de acolher as pretensões fundamentais da população. Nesse sentido, tal comportamento tem se convertido em regra de “forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em ‘esfera pública’ de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano”.

Com isso, aposta-se que o novo constitucionalismo abre possibilidades de superação contra o paradigma positivista do Direito. Deste modo, o Direito assume um caráter hermenêutico. No entanto, observa-se um acentuado crescimento de tensão entre os poderes do Estado, deslocado para a jurisdição constitucional, diante da impossibilidade do Poder Legislativo (a lei) poder prever todas as hipóteses de aplicação, além das várias formas de acesso à justiça em face do caráter compromissório da Constituição.

Sem dúvida que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito é contrário a qualquer postura positivista, em que o mundo prático (conflitos sociais e a cotidianidade das práticas dos atores sociais) não era uma preocupação corrente.

O Estado Democrático de Direito é uma conquista e, portanto, estas questões devem ser refletidas a partir da “concretização de direitos”, que é o cerne deste paradigma, para o fim de ultrapassar a ficção causada historicamente pelo

---

<sup>207</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski . Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV*, v. 8, p. 50-51, 2012.



positivismo jurídico que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade.

Assim, para discutir o Direito e suas possibilidades democráticas é necessário perpassar pela hermenêutica (possibilidades de compreensão), ficando afastada qualquer forma de manifestação positivista, que continua a apostar no solipsismo do sujeito da modernidade (intérprete) para a aplicação do Direito, notadamente, nos “casos difíceis”.<sup>208</sup>

A compreensão é processada com vistas à aplicação, na medida em que a resposta se encontra no enunciado, ao qual a questão (pergunta) deverá ser formulada. Não se trata, portanto, de um simples processo de interpretação, com o estabelecimento do sentido e alcance nos moldes entendidos pela hermenêutica tradicional. Pelo contrário, a compreensão está conectada à interpretação, justificando a pergunta formulada, alicerçada, por sua vez, numa série de fatores prévios, que tomam em conta as variadas características da situação concreta. Sendo que nessas conexões torna-se fundamental o papel da *phrónesis* ou saber ético.<sup>209</sup>

Diante de tal situação é que surgiram novos paradigmas em buscas de respostas no sentido de construir um discurso com novas formas de compreensão, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes). Isso somente será possível com o novo paradigma de Direito instituído pelo Estado Democrático de Direito que oportuniza o rompimento do “direito-enquanto-sistema-de-regras”, cujo acontecimento somente será possível mediante a inserção dos princípios “[...] *no discurso constitucional que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade)* até então negado pelo positivismo (veja-se, nesse sentido, por todos, o modelo de regras defendido por jusfilósofos como Kelsen e Hart)”.<sup>210</sup>

Ora, se esse modelo de regras sustentado pelo Direito encontra-se superado, ainda prevalece na dogmática jurídica, o discurso exegético-positivista, o que implica num retrocesso, por dois motivos: a) permanece a sustentar discursos

---

<sup>208</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 374.

<sup>209</sup> ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 376.

objetivistas, identificando texto e sentido do texto (a exemplo das *súmulas vinculantes*, com características da metafísica clássica), e, b) procura nas teorias subjetivistas “[...] uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete (esquema S-O), transformando o processo interpretativo em uma *subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e os textos fossem meros enunciados linguísticos*”.<sup>211</sup>

Este é o ponto fulcral da discussão hermenêutica, pois “o direito não é aquilo que o judiciário diz que é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras”.<sup>212</sup> Nesse contexto é que Streck busca o auxílio na hermenêutica filosófica – nos moldes em que é recepcionada pelo Direito, criando a Nova Crítica do Direito – “[...] com a tese interpretativa-coerentista-integrativa de Ronald Dworkin, que, como repto ao discricionarismo positivista, contrapõe a possibilidade de respostas corretas em direito”.<sup>213</sup>

Assim, a busca de respostas corretas em pleno predomínio do positivismo através do esquema sujeito-objeto que ainda impera nas diversas posturas e teorias sustentadas, é uma necessidade.

O direito fundamental à resposta adequada à Constituição tem como aporte a necessária integridade e coerência do Direito, cuja teoria em Dworkin<sup>214</sup> possui dois níveis: “funciona como um princípio legislativo e um princípio adjudicativo”. No entanto, neste último princípio é que “o juiz encontrará a resposta correta, prestando de forma legítima a jurisdição”. Assim, o “Direito como integridade” refere-se a princípios. Deste modo, todas as respostas passaram a ser fundamentadas com base neles, de forma que a interpretação cumpre por reconstruir o Direito “[...] como uma unidade coerente, integrada, utilizando-se de critérios socialmente partilhados, que permite analisar o argumento contraposto de cada parte, o que limita a concepção pessoal do juiz, possibilitando encontrar uma resposta correta ao caso”.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 376.

<sup>212</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 117

<sup>213</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 377.

<sup>214</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latim, 2008. p. 213.

<sup>215</sup> LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 175.

Esta teoria tem por objetivo afastar a discricionariedade judicial do campo jurídico como meio de combater o subjetivismo, pois a teoria hermenêutica filosófica de Gadamer não admite que “a interpretação seja orientada pela convicção pessoal do intérprete”.<sup>216</sup> Essa resposta (decisão) não pode ficar a mercê da consciência do juiz, de seu livre convencimento, que escondem a subjetividade do julgador/intérprete, sob pena de se ferir, como já visto o “princípio democrático”.

Importante demonstrar a diferença entre decisão e escolha, sendo que a primeira, não pode ser compreendida como um ato em que diante de várias possibilidades possíveis, o juiz escolhe aquela mais adequada à solução do caso concreto. Em relação à escolha, esta pode ser entendida como “a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”.<sup>217</sup>

A integridade do Direito também se constrói a partir do respeito às decisões judiciais e está vinculada à democracia, exigindo que os juízes/intérpretes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito. No entanto, quando não se respeita esta integridade e a fundamentação da decisão ocorre baseada de “conceitos *pré-à-porters*” (súmulas, enunciados performáticos como fundamentação para uma decisão), resulta num sistema que possibilita uma multiplicidade de “respostas” (decisões). Como consequência, tem-se um sistema “desgovernado”, a partir de uma infinidade de recursos que ao invés de permitir respostas adequadas, apenas refletem “ementários *prêt-à-porter*”.<sup>218</sup>

Por outro lado, as súmulas podem contribuir para a construção de respostas adequadas à Constituição, desde que sejam adequadamente compreendidas com respeito à estrita obediência do dever de fundamentar as decisões, como um mecanismo de reforço à integridade e coerência do Direito.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 177.

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 107.

<sup>218</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 391.

<sup>219</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 392.

É preciso lembrar que, a crítica ao solipsismo judicial ou as decisões conforme a consciência do julgador, assim como ao protagonismo judicial e sua aversão à discricionariedade e decisionismos, não significa que há uma proibição de interpretar com a exclusão da subjetividade de cada sujeito-intérprete, diante do fato de que a hermenêutica não exclui a subjetividade essencial a qualquer atividade compreensiva.

Castanheira Neves chama a atenção para o fato de que o problema jurídico-normativo da interpretação não se restringe em determinar a sua significação jurídica, ainda que esta “[...] exprimam as leis ou quaisquer normas jurídicas, mas o de obter dessas leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão dos casos concretos”.<sup>220</sup>

O rompimento do esquema sujeito-objeto significou a morte *do sujeito da relação de objetos*, tornando-o agora sujeito-sujeito. Ao contrário do que ocorre com “[...] outras teorias linguísticas-discursivas, na hermenêutica o sujeito do esquema sujeito-objeto não foi substituído por uma estrutura, uma rede de comunicação ou um sistema”<sup>221</sup>.

A possibilidade de múltiplas respostas<sup>222</sup> ocorre quando a interpretação se dá em etapas, separando-se a interpretação e aplicação. Neste ponto, é que a hermenêutica difere-se de outras “teorias discursivo-procedurais”. Deste modo, “[...] é a incindibilidade entre interpretar e aplicar que irá representar a ruptura com o paradigma representacional-metodológico”. O círculo hermenêutico é que se formará numa espécie de ruptura do “[...] esquema (metafísico) sujeito-objeto, nele introduzindo o mundo prático (faticidade), que serve para cimentar essa travessia, até então ficcionada na e pela epistemologia. Não há como isolar a pré-compreensão”.<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 84.

<sup>221</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 396

<sup>222</sup> Streck afirma que os princípios tem o objetivo de evitar respostas múltiplas. “Portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

<sup>223</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. Sobre o tema da pré-

A interpretação apesar de ser, via de regra, um exercício num determinado contexto histórico, a partir do momento que envolve a identificação dos atores, cenário e da posição do sujeito da interpretação, estabelece o que se designa de “pré-compreensão”.<sup>224</sup> No entanto, para a hermenêutica jurídica não há respostas antes das perguntas.

Em relação à construção da hermenêutica jurídica, esclarece Gadamer.

Em geral se tende a supor que foi somente a consciência histórica que elevou a compreensão a ser um método da ciência objetiva, e que a hermenêutica alcançou sua verdadeira determinação somente quando se desenvolveu como teoria geral da compreensão e da interpretação de textos. A hermenêutica jurídica não teria a ver com esse nexos, pois não procura compreender textos dados, já que é uma medida auxiliar da práxis jurídica e inclina-se a sanar certas deficiências e casos excepcionais no sistema da dogmática jurídica. Por consequência não teria a menor relação com a tarefa de compreender a tradição, que é o que caracteriza a hermenêutica espiritual-científica.<sup>225</sup>

E quando ocorre a discricionariedade positivista? Na medida em que – no “mundo” do sentido semântico – sempre há uma lacuna de previsões pela impossibilidade de um texto abarcar todas as possibilidades aplicativas, “[...] as posturas positivistas “delegam” ao juiz o preenchimento desse vácuo de sentido. Essa delegação em favor do poder discricionário fragiliza a autonomia do Direito e a própria democracia”.<sup>226</sup>

A discricionariedade judicial surge de diversas maneiras na prática jurídica e sua perpetuação afasta do Direito a sua autonomia. No entanto, se por um lado a moral e a economia com discursos de correção sobre questões não jurídicas caracterizam riscos externos do Direito<sup>227</sup>, com certeza, a discricionariedade é o

---

compreensão, ver também HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 44: “El intérprete no puede captar el contenido de la norma desde un punto cuasi arquimédico situado fuera de la existencia histórica sino únicamente desde la concreta situación histórica en la que se encuentra, cuya plasmación ha conformed sus hábitos mentales, condicionando sus conocimientos y sus pre-juicios”.

<sup>224</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 285 ss.

<sup>225</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 482.

<sup>226</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 398

<sup>227</sup> O Direito possui autonomia, que tende a ser abalada por dois tipos de predadores: externos e internos. Como exemplo de predadores externos, tem-se: a Política, a Moral e a Economia. Para o autor: “Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído

predador interno do Direito, “pois faz com que a ordem jurídica democrática seja substituída – não mais por elementos morais ou econômicos – pela convicção subjetiva de uma pessoa”.<sup>228</sup>

Além disso, por mais que se procure superar com a atividade interpretativa que se sustenta somente na subjetividade do intérprete (interpretação jurídica hermética), “[...] a teoria de Lorenzetti depende da discricionariedade do início ao fim. Iniciando-se pelos ditos paradigmas de decisão, que condicionam todo o processo de aplicação à subjetividade do julgador”.<sup>229</sup>

Entretanto, esta não é a postura da Nova Crítica do Direito. Ademais, com o propósito de controlar o solipsismo existente na aplicação é que se faz necessária uma “teoria da decisão”. No entanto, as decisões judiciais devem ser controladas nos moldes da “fundamentação da fundamentação” no dizer de Streck, no sentido de romper com a questão da discricionariedade/arbitrariedade<sup>230</sup> (subjetivista-axiologista) do juiz.

Evidente que isso não quer dizer que o juiz estará impedido de interpretar, até porque como já visto, não há cisão entre interpretação e aplicação. “O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (*horizontenverschmelzung*), porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos”.<sup>231</sup>

Para Gadamer, a compreensão trata-se de um processo de interpretação com a fusão de horizontes do passado e o presente, não sendo, portanto, um ato isolado. A partir do círculo hermenêutico, há uma reconstrução constante das verdades.

democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente ‘estado de exceção’, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do ‘império do direito’ (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 370.

<sup>228</sup> LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 170.

<sup>229</sup> LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 170.

<sup>230</sup> “A hermenêutica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 486.

<sup>231</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 467.



Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos*. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.<sup>232</sup>

Ora, nem sempre o dever de fundamentar as decisões é suficiente para resolver este problema da decisão, pois “um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, na compreensão, reside a ‘razão hermenêutica’, para usar a expressão de Ernst Schnädelbach”.<sup>233</sup> Todavia, qual seria o motivo de Gadamer afirmar que “[...] interpretar é explicitar o compreendido?”.<sup>234</sup> Em resposta, sabe-se que esta assertiva não significa “colocar uma capa de sentido ao compreendido” (espaço da epistemologia na hermenêutica).

Assim, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo (*Auslegung*), para ser considerada como um processo produtivo (*Sinngebung*).<sup>235</sup> Desta forma, não há como o intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, pois esta já exige uma compreensão anterior, um sentido que já nos é antecipado.

Interessante as ponderações de Engelmann quando se refere a fusão de horizontes sobre a matriz gadameriana de círculo hermenêutico, pois, a norma não

---

<sup>232</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 457.

<sup>233</sup> Segundo Streck, “a compreensão ocorre a partir da pré-compreensão, que é estruturante. [...] ‘compreender sentido’ não é apenas uma consequência, mas o fundamento da própria razão. [...] No campo do conhecimento do direito, é preciso ter presente que nenhum processo lógico-argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 476.

<sup>234</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 399. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 468.

<sup>235</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 21. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217-218.



passa de um texto antes de qualquer interpretação, aplicação e compreensão, constituindo-se meramente em um modelo representativo. Todavia, haverá circularidade com base na compreensão pré-existente e a tradição do texto pelo julgador com a solução do caso concreto, ou seja, pela concretização do Direito.<sup>236</sup>

Para Gadamer<sup>237</sup> é fundamental a retomada do problema hermenêutico com base em um “significado sistemático”, a partir do momento em que há uma fusão interna entre a compreensão, interpretação e aplicação, formando-se o círculo hermenêutico. Sob esse contexto, rompe-se com a antiga tradição hermenêutica que distinguia esses aspectos, dividindo-os em métodos, para reconhecer a circularidade da compreensão. Nesse sentido, tem-se uma unidade interna em que “a interpretação não é um ato posterior à compreensão, porém compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.

Nesse processo de fusão hermenêutica, por consequência, a aplicação que antes era caracterizada como um terceiro momento e estava desconexa da problemática, passou a ser incorporada à compreensão, considerando que nessa “[...] sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete”.<sup>238</sup>

A tese sustentada por Streck é “uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente trata-se ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, *uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma*”.<sup>239</sup>

Portanto, é possível afirmar que tanto Gadamer como Dworkin não admitem a cisão entre interpretação e aplicação. Por esta razão é que a compreensão das suas teses busca controlar a subjetividade “a partir de posturas antirrelativistas, do respeito à tradição<sup>240</sup>, da virtuosidade do círculo hermenêutico, do respeito à

---

<sup>236</sup> ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 241.

<sup>237</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 459.

<sup>238</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 460.

<sup>239</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 400

<sup>240</sup> “Quando se fala em tradição, também ingressam na cena as interpretações precedentes sobre o texto em estudo. Essas acabam sendo inseridas no contexto da tradição, pois atingem o intérprete. É aí que ingressam os princípios e as exigências metodológicas da lei natural, que são responsáveis pelo

integridade e da coerência do Direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas”.<sup>241</sup>

Deste modo, se o método foi e é o paradigma supremo da subjetividade, o seu rompimento como fez Gadamer, não importa em afirmar que, a partir de então, seja possível “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”.

Muito pelo contrário. Se antes a linguagem era colocada num plano secundário por um juiz solipsista (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), a intersubjetividade instaurada com o giro linguístico-ontológico exige que o controle hermenêutico seja feito no interior da própria linguagem. Como diz Streck<sup>242</sup>, é preciso levar o texto a sério. As Constituições da segunda metade do século XX, com o objetivo de reafirmar a autonomia do Direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, confere a possibilidade à interpretação do Direito.

Como visto, um Código de Processo Civil deve ser compreendido dentro de um modelo constitucional do Estado Democrático de Direito, como uma concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Deste modo, a codificação atual tem de significar a garantia de um sistema constitucionalmente orientado para todo o processo civil. No entanto, essa proteção nem sempre é suficiente e, em alguns casos, incorre na ausência de proteção aos compromissos assumidos pelo Estado Constitucional.

No plano normativo é oportuna uma modernização da legislação processual civil quando se pretende determinar um alinhamento com a Constituição, fundado em sólidas bases teóricas, com o fim de romper com o instrumentalismo que impera o processo civil atual e seja estruturado a partir da tutela jurisdicional constitucional. Sob esta perspectiva, observa-se na redação do anteprojeto do vigente Código de Processo Civil brasileiro, que este deverá haver uma “sintonia fina” entre o texto infraconstitucional e a Constituição.

---

refinamento do contexto e do conteúdo da tradição”. ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 237.

<sup>241</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 403

<sup>242</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 403-404.

Nesse particular, colhem-se da exposição de motivos que orientaram os trabalhos da Comissão que elaborou o anteprojeto do novo diploma processual civil, os seguintes objetivos:

[...] 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.<sup>243</sup>

Embora existisse certo consenso a respeito de algumas mudanças trazidas com a legislação processual em comento, outras alterações são consideradas divergentes, notadamente, quanto ao dever de fundamentação das decisões judiciais<sup>244</sup>, expresso como segundo objetivo da exposição de motivos da lei processual, anteriormente referenciada.

Assim, o Código de Processo Civil sancionado em 2015 pretende resolver o problema da motivação das decisões judiciais quando há conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos em seu art. 489 e parágrafos. Trata-se de uma inovação, todavia, importantes são as ponderações de Eros Roberto Grau acerca dessa questão.

Não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de ideias, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que

---

<sup>243</sup> BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>244</sup> O *caput* do art. 489 do CPC/2015, considera como “elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

seja determinado. Se o conceito não for, em si, uma soma determinada de ideias, não chega a ser conceito.<sup>245</sup>

Por outro lado, Teresa Arruda Alvim Wambier entende que os conceitos indeterminados ou vagos são aqueles em que o seu objeto não estão definidos claramente por si mesmos. Enumera alguns exemplos polêmicos como “*Atividade fim, interesse do menor, meio de comunicação idôneo, repercussão geral* e tantos outros”. Para algumas pessoas, poderá haver o entendimento de “[...] que certa medida concreta atenda ao interesse público, por exemplo, e outras entendam justamente o contrário”.<sup>246</sup>

Desse modo, atribuir sentido ao chamado conceito jurídico indeterminado relacionando-o com o caso concreto é medida necessária para a individualização do caso em exame e da norma a ser aplicada. Justamente por se tratarem de termos aos quais pode ser atribuída uma diversidade de significados com várias interpretações, é que a fundamentação deve ser aprofundada. O julgador deverá quando da prolação da sentença, delinear as razões e de que forma determinado conceito jurídico dito indeterminado deve ser aplicado ao caso.

Por imposição constitucional de que todas as decisões têm de ser motivadas, conforme dispõem os incisos IX e X do art. 93, da Constituição Federal de 1988<sup>247</sup>, alguns afirmam que o parágrafo primeiro do art. 489 do CPC/2015 seria desnecessário, pois o dever de fundamentar as decisões judiciais encontra-se estabelecido expressamente na norma constitucional. Outros entendem que o juiz não é obrigado a responder questionários formulados pelas partes. Afirmam que o referido dispositivo legal ultrapassa os limites previstos no texto constitucional.

Na sistemática processual vigente, o artigo 489 apresenta a estrutura formal da sentença que compõe-se de relatório, fundamentação, dispositivo, data e

---

<sup>245</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 238.

<sup>246</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil: a nova regra nem é assim tão nova... In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 209.

<sup>247</sup> “Art. 93. [...] IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X. as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]”.

assinatura. Importa salientar que, toda decisão jurisdicional deve observar o referido dispositivo legal, mesmo as decisões que não são sentenças (decisões interlocutórias). Não é diferente a exigência de fundamentação para as sentenças de extinção do processo sem resolução do mérito.

De todos os requisitos, sob pena de nulidade absoluta, devem constar da decisão, a fundamentação decorrente de exigência constitucional (art. 93, inciso IX) e que corresponde às impressões fáticas e jurídicas do juiz. (art. 11 do Código de Processo Civil/2015).

Há previsão no Código de Processo Civil atual que um dos requisitos essenciais da sentença é o seu fundamento, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito (art. 489, II, CPC/2015). Desta regra, aferiu-se que o critério da motivação da sentença é um critério interno à própria decisão, que leva em consideração apenas o próprio raciocínio do órgão jurisdicional. No entanto, este critério é insuficiente. Para que a fundamentação seja completa, é preciso que além desse critério interno da correção lógica da sentença, esta apresente também correlação com os fundamentos apresentados pelos litigantes (critério externo), analisando-os detidamente, em respeito ao contraditório.

A legislação processual empresta grande importância ao contraditório, especialmente, quando afirma no artigo 10 que: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Diante de tal dispositivo, o órgão jurisdicional estará proibido de prolatar uma “decisão surpresa” para a parte, em respeito ao contraditório, em compromisso com o processo civil de um Estado Democrático de Direito.

Evidente que o Poder Judiciário não é um órgão consultivo. No entanto, o juiz tem por dever analisar as teses relevantes apresentadas pelas partes, encontrando argumentos suficientes à sua decisão e, jamais, limitar-se a responder questionários, em observância ao que estatui o artigo 489, II, do CPC/2015, quando considera a fundamentação como elemento essencial da sentença, “[...] em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Para além desta questão, cresce o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, vagos e de cláusulas gerais pelo Poder Legislativo. Deste modo, também não será considerada fundamentada a decisão, sem explicar o motivo

concreto da sua incidência ao caso concreto. Assim, com a finalidade de resolver conflitos emanados de uma sociedade complexa, não seria considerada motivada a sentença, cuja decisão estivesse pautada apenas com base na dignidade da pessoa humana, como a mera citação do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, além de não poder se limitar à reprodução ou à paráfrase de ato normativo.

Como se nota, o vigente diploma processual deve preocupar-se com os critérios a serem observados para que uma decisão judicial seja considerada fundamentada, à luz do comando normativo da própria Constituição.

No entanto, atualmente, tem prevalecido nos tribunais superiores, a tese de que o juiz pode escolher qualquer fundamento para decidir, analisando as questões de fato e de direito que tiver vontade, em flagrante discricionariedade a ser combatida por uma teoria da decisão judicial proposta pela Hermenêutica Crítica do Direito.

Aliás, são também usuais na prática forense, as sentenças motivadas apenas com suporte nas provas que convergem na direção da hipótese vencedora. Deste modo, resta evidenciado que “[...] o juiz não pode tomar em conta apenas parte da prova, uma vez que a função da motivação não é de demonstrar *uma escolha*, mas sim a de justificar *porque foi feita uma determinada escolha*”.<sup>248</sup>

Em outra perspectiva, para que exista atendimento ao dever de fundamentação das decisões judiciais, merece atenção ainda àquelas hipóteses previstas nos incisos V e VI do parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC/2015, que tratam dos precedentes no sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, na aplicação de um precedente ou enunciado de súmula pelo juiz em sua decisão, estes somente serão considerados motivados, quando o caso sob julgamento se ajusta aos mesmos fundamentos dos precedentes e súmulas que apresentem similitude fática ao caso concreto que autoriza a sua incidência.

O sistema do precedente possibilita que a prestação jurisdicional seja qualitativa em relação ao caso concreto, sob o risco de um automatismo judicial e de engessamento do ato decisório para o julgador que, “se torna assim um sujeito ativo

---

<sup>248</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 427.

na construção do precedente, na sua revisitação e na definição de seus limites de aplicação. Esse papel somente pode ser desempenhado a partir do atendimento do dever de motivação de suas decisões”.<sup>249</sup>

Sobre o dispositivo em comento, Streck afirma que se a intenção for “importar a doutrina dos precedentes” de outros sistemas jurídicos, o projeto já iniciou neste aspecto, muito mal. Entende o autor, que há diferenças entre estabilidade, integridade e coerência do Direito e assevera que: “[...] a ‘estabilidade’ é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”.<sup>250</sup>

Não há dúvida de que o sistema jurídico brasileiro tem-se aproximado do sistema da *Common Law* que vigora na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, sobre o sistema de vinculação das decisões judiciais, especialmente, referente à teoria dos precedentes, em que juízes são obrigados a julgar respeitando as regras estabelecidas em decisões anteriores.

O problema levantado inicialmente por Streck é que, com a adoção dos precedentes na forma apresentada desde o projeto de lei do novo Código de Processo Civil, revogaria o princípio da legalidade assegurado constitucionalmente na teoria da interpretação, por meio de um texto infraconstitucional. Deste modo, os juízes não julgariam mais de acordo com a normatividade, mas sim, com base nas decisões dos tribunais.

Assim, a cláusula pétrea expressa no disposto do artigo 5º, inciso II, da Constituição, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, será substituída por “[...] um ‘novo’, pelo qual ‘os juízes não serão

---

<sup>249</sup> FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (coords). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: (de acordo com o novo código de processo civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 328.

<sup>250</sup> STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! *Consultor Jurídico*, 12 set. 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law](http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law)>. Acesso em: 5 jan. 2017.



obrigados a decidir senão em virtude dos precedentes'. E isso sem qualquer emenda a Constituição (que nem poderia vingar, por ser cláusula pétrea!)”.<sup>251</sup>

Outra questão digna de nota está na redação do parágrafo segundo do art. 489 do CPC/2015, que visa resolver o problema da colisão entre normas e os critérios para sua solução, considerando motivadas as decisões judiciais quando o julgador demonstrar o seu critério utilizado na hierarquização das normas conflitantes ao caso.

No entanto, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais ou de princípios, o vigente Código de Processo Civil, ao adotar a expressão “norma” no § 2º do art. 489 do CPC/2015 reconhece que a colisão não ocorre apenas entre princípios, mas também, entre as regras. Assim, como os princípios e as regras são espécies da norma, o atual Código parece reconhecer que ocorrendo colisão de princípios, este deve ser solucionado pelo critério da ponderação. Quanto às regras, a solução encontrada havendo conflito ocorre declarando-se a invalidade de uma delas ou inserindo-se uma cláusula de exceção.

Nestes casos, é de suma relevância para efeitos de fundamentação das decisões judiciais, que se identifiquem os princípios em rota de colisão e quais os fins por eles apontados, além de se explicitar adequadamente a forma como ocorrerá a simultânea concretização destes.

Da análise entre ambas as codificações, a questão que continua a ser debatida na atualidade é como resolver o problema da discricionariedade e dos modos, limites e aceitabilidade no exercício da função jurisdicional. Nos julgamentos proferidos pelos tribunais superiores, observa-se o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais, pois para os desavisados, há quem infelizmente ainda afirme que, em alguma medida, se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

A motivação encontrada, por vezes, decorre da justificativa de que nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de

---

<sup>251</sup> STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! *Consultor Jurídico*, 12 set. 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law](http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law)>. Acesso em: 5 jan. 2017, p.2.

que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o decisionismo e, enfim, a criatividade dos juízes.

Deste modo, com uma nova legislação ou não, o que deve ser evitado é que alguns juízes continuem aplicando o seu próprio Código, como muitos fazem na atualidade. Decidir não é escolher, esta última é baseada na razão e está calcada na filosofia da consciência de um julgador solipsista.

Diante da teoria da decisão, deve-se decidir com responsabilidade política e não por escolhas, para além da convicção pessoal do juiz, rompendo-se com qualquer atitude discricionária na fundamentação de um julgamento. O juiz deve dar espaço para suspender o seu pré-julgamento.

A decisão que não se explica, que não mostra de onde veio, suscita descrença no sistema judicial como um todo e não contribui para a pacificação social. Deste modo, o importante é verificar se a fundamentação de uma decisão judicial encontra-se harmonizada com as normas constitucionais, pois esta somente será considerada adequada se estiver de acordo com a Constituição.

Assim, o dever de fundamentar as decisões judiciais previsto no artigo 489 do Código de Processo Civil/2015, encontra-se em conformidade com a exigência da fundamentação das decisões jurisdicionais insculpida no artigo 93, IX, da Constituição Federal/1988 e não deve servir apenas de parâmetro para o juiz explicar os motivos que formaram o seu convencimento, como uma forma de “capa argumentativa”. Antes, deve apresentar uma fundamentação de sua interpretação, explicitando as razões de sua compreensão como meio de demonstrar que esta é a mais adequada ao caso (correta à Constituição).

A partir desse enfoque, é possível observar a reinvenção do Poder Judiciário perante o Estado de Direito democrático, para compatibilizá-lo com as transformações sociais, políticas e econômicas na atualidade, diante da emergência de novas regras jurídico-formais que (des)estruturam a sociedade, abrindo espaços públicos para aqueles que necessitam participar do processo decisório, seja no âmbito estatal ou através de instâncias privadas de solução de controvérsias.

### 2.3 A Globalização Econômica e novas formas de Regulação Jurídica

Como fatores intervenientes das relações entre a jurisdição estatal e outras instâncias não-estatais, emerge o fenômeno da globalização. Esta ocorre quando a unidade do Estado e da sociedade nacional é desmanchada diante do aparecimento de “[...] novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais”.<sup>252</sup>

A globalização é definida por Anthony Giddens<sup>253</sup> como um fenômeno em que as relações sociais se intensificam em escala mundial, possibilitando que acontecimentos locais são influenciados e modelados por outros eventos que ocorrem a milhares de distância, conectando as localidades longínquas.

[...] globalização são conjuntos de relações sociais. À medida que estes conjuntos se transformam, assim se transforma a globalização. Existem, portanto, globalizações, e deveríamos usar este termo apenas no plural. Por outro lado, se as globalizações são feixes de relações sociais, estas envolvem inevitavelmente conflitos e, portanto, vencedores e vencidos. Frequentemente, o discurso da globalização é a história dos vencedores contada por estes. Na verdade, a vitória é, aparentemente, tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer completamente do cenário.<sup>254</sup>

Sob esse ponto de vista, as questões fundamentais dessa transformação são muitas, tanto que se constata um ecletismo teórico na abordagem sobre a globalização ao longo do tempo. Dentre as inúmeras concepções, destacam-se a econômica, política, social, ambiental e cultural, cuja significação e características dependem do momento histórico vivenciado.<sup>255</sup> Em face de tais peculiaridades, pretende-se analisar a globalização sob o enfoque socioeconômico, sem qualquer ambição de sistematização sobre o tema.

A globalização social é o cenário em que a economia global levou os países em desenvolvimento, em especial, o Terceiro Mundo, a um processo de exclusão

---

<sup>252</sup> BECK, Ulrich. *O que é globalização?*. Equívocos do globalismo/respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 49.

<sup>253</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991. p. 69.

<sup>254</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. v. IV. p. 194-195.

<sup>255</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 16.

social diante do incremento tecnológico, caracterizado pelas perdas das garantias sociais dos cidadãos, precarização das condições de trabalho, desemprego, baixos níveis salariais, configurando assim, um empobrecimento de natureza estrutural. Liszt Vieira<sup>256</sup> destaca que, na atualidade, o “[...] padrão mundial de acumulação e desenvolvimento, assentado no domínio das informações, do saber e das novas tecnologias – e não apenas do capital e do poder de coerção -, reduz a oferta de empregos produtivos e reforça as tendências de exclusão social”. Todavia, ressalta o autor que, não há qualquer conexão entre a derrocada econômica desses países com a nova ordem global, cuja capacidade produtiva é enorme.

Com o efeito da globalização, percebe-se maior interdependência nas relações sociais, comunicações e conexões geradas pelo desenvolvimento da tecnologia moderna, causando maiores incertezas e inseguranças na sociedade, que decorrem da nova instantaneidade do tempo. Esses fenômenos “tentam captar e articular é a experiência combinada da *falta de garantias* (de posição, títulos e sobrevivência), da *incerteza* (em relação à sua continuação e estabilidade futura) e de *insegurança* (do corpo, do eu e de suas extensões: posses, vizinhança, comunidade)”.<sup>257</sup>

Do ponto de vista sociológico, Boaventura de Sousa Santos<sup>258</sup> enumera cinco desafios que emergem de perplexidades produtivas, mas que conferem ao tempo presente uma nova característica e reflexão, diante da imprevisibilidade e celeridade de algumas transformações globais no contexto sócio temporal.

Assim, das perplexidades que já ocupam ou ainda devem ocupar como desafios para os próximos anos, tem-se: a) problemas de natureza econômica, cuja pauta encontra-se nas agendas políticas de diversos países, tais como, crise financeira do Estado-Providência, *deficit* orçamental, inflação, taxas de juros, o desemprego, dívida externa e política econômica em geral, tanto a nacional como a internacional. “Contudo, e em aparente contradição com isto, a teoria e a análise sociológica dos últimos dez anos têm vindo a desvalorizar o econômico, em detrimento do político, do cultural e do simbólico, têm vindo a desvalorizar os modos

---

<sup>256</sup> LISZT, Vieira. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998. p. 90.

<sup>257</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 184.

<sup>258</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 20-22.

de produção em detrimento dos modos de vida”.<sup>259</sup>; b) intensificação das práticas transnacionais, decorrentes desde a “internacionalização da economia à translocalização maciça de pessoas como migrantes ou turistas, das redes planetárias de informação e de comunicação à transnacionalização da lógica do consumismo destas transformações”.<sup>260</sup> Tais questões são consequências de um Estado nacional marginalizado, com sua autonomia e capacidade de regulação social enfraquecidos, diante da crescente globalização da economia; c) regresso do indivíduo, pois devido “o esgotamento do estruturalismo trouxe consigo a revalorização das práticas e dos processos e, nuns e noutros, a revalorização dos indivíduos que os protagonizam”.<sup>261</sup> Todavia, em contradição, o indivíduo nunca teve sua vida privada tão explícita publicamente como nos tempos hodiernos; d) a democracia, como paradigma sócio-político da modernidade. Os processos de democratização foram abarcados por muitas instituições, dos quais se destaca o Banco Mundial que tem como política, defender que o crédito concedido seja aquele em que vige a democracia no país creditado, com base no “princípio da ‘condição política’ (*political conditionality*), ao mesmo tempo que a Agência Internacional para o Desenvolvimento, dos EUA, promove em larga escala ‘iniciativas para a democracia’ (*democracy initiatives*), com o mesmo objetivo de vincular o desenvolvimento à democracia”.<sup>262</sup> Por sua vez, reporta-se na história europeia, o conflito entre a democracia e o liberalismo econômico, existente desde meados do século XIX. No prisma internacional, o fato da democracia ser promovida conjuntamente com o neoliberalismo na atualidade, manifesta-se contraditório; e) desterritorialização das relações sociais, em face das interações globais e intensa interdependência transnacional, que rompem as fronteiras do nacionalismo, costumes, ideologia e o idioma. O mesmo grau de contradição ocorre quando “assiste-se a um desabrochar de novas identidades regionais e locais

---

<sup>259</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 20.

<sup>260</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 20.

<sup>261</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 20.

<sup>262</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 21.

alicerçadas numa revalorização do Direito às raízes (em contraposição com o Direito à escolha)”<sup>263</sup>.

Nesse contexto, é importante esclarecer que a globalização em sua dimensão econômica implicou a desterritorialização da política, engendrando consequências no âmbito jurídico e social. Dentro dessa perspectiva, a globalização econômica<sup>264</sup> opera por meio do neoliberalismo, preconizando com base no receituário estabelecido pelo chamado “Consenso de Washington”, o término da inflação, maior liberdade de mercado e a diminuição da participação do Estado na sociedade.<sup>265</sup>

O denominado consenso de Washington configura-se como um contrato social, no prisma internacional, envolvendo os países centrais capitalistas. Este se apresenta para as demais sociedades nacionais, “como um conjunto de condições inexoráveis de aceitação acrítica sob pena de implacável exclusão. São essas condições inelutáveis globais que depois sustentam os contratos individuais de direito civil”<sup>266</sup>.

A origem do neoliberalismo ocorreu na Europa e América do Norte, no segundo período pós-guerra, época em que imperava o capitalismo como um modelo de organização social. Foi uma manifestação teórica e política contrária ao “Estado intervencionista e de bem-estar”, cujo marco doutrinário é o texto escrito em 1944, “O Caminho da Servidão”, por Friedrich Hayek. “Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado,

---

<sup>263</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 22.

<sup>264</sup> “Globalização da economia significa que as fronteiras entre os países perdem importância, quando se trata de decisões sobre investimentos, produção, oferta, procura e financiamentos. As consequências são uma rede cada vez mais densa de entrelaçamentos das economias nacionais, uma crescente internacionalização da produção, no sentido de que os diferentes componentes de um produto final possam ser manufaturados em diferentes países, e a criação de mercados mundiais integrados para inúmeros bens, serviços e produtos financeiros. A globalização também abarca os mercados de trabalho. Aumentaram as migrações de mão-de-obra entre países... Nenhum país pode retirar-se da rede de integração econômica internacional sem no mínimo, temporariamente, ocasionar perdas na assistência social para si e para os outros países”. HESSE, Helmut. Globalização. In: ENDERLE, Georges et alii. (Org.) *Dicionário de ética econômica*. Tradução de Brenno Dischinger et alii. São Leopoldo: Editora Universidade Vale dos Sinos, 1997. p. 305.

<sup>265</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 26.

<sup>266</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia (Org.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Brasília: NEDIC, Vozes, FAPESP, 1999. p. 95.



denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política”.<sup>267</sup>

Em defesa da concorrência e da ausência de regulação do mercado, Hayek pronuncia um princípio orientador “[...] *de que uma política de liberdade para o indivíduo é a única política que de fato conduz ao progresso – permanece tão verdadeiro hoje como o foi no século XIX*”.<sup>268</sup>

As ideias neoliberais passaram a ter progresso no ano de 1973, ante a crise do modelo econômico que atingiu todo o mundo capitalista avançado, culminando com uma profunda e longa recessão, de um lado, pela diminuição das taxas de crescimento e, por outro, pela elevação das taxas de inflação. O ideário do neoliberalismo eclodiu com mais força em 1979, na Inglaterra, com a eleição do governo Thatcher e, no ano seguinte, em 1980, nos Estados Unidos, quando Ronald Reagan chegou ao poder, colocando em prática o programa neoliberal.<sup>269</sup>

Importante ressaltar que, várias medidas das políticas atinentes ao neoliberalismo foram feitas há uma década antes dos governos Thatcher, “[...] sob a inspiração das teorizações de Milton Friedman<sup>270</sup>, já vinham sendo implementadas, tais como: desregulação, desemprego massivo, repressão sindical, redistribuição de renda em favor dos ricos, privatização dos bens públicos”.<sup>271</sup>

Assim, para contrapor-se ao Estado de bem-estar, a nova corrente de pensamento neoliberal implementou uma série de ajustes estruturais como premissa político-econômica, no combate a inflação com vistas ao equilíbrio orçamentário, fundamentada nos princípios elementares do liberalismo clássico, enaltecendo o individualismo, a contenção da intervenção estatal e a liberdade de mercado. “O

---

<sup>267</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILLI PABLO, et al. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 9.

<sup>268</sup> HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho da servidão*. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Italo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 214.

<sup>269</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILLI PABLO, et al. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 10-11.

<sup>270</sup> Para compreensão das estruturas filosóficas e econômicas do modelo neoliberal, importante analisar as obras de: HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985. 3 v.; HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho da servidão*. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Italo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. (Representante da Escola Austríaca). FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Representante da Escola de Chicago).

<sup>271</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 163.



esquema neoliberal opera uma brutal fetichização do mercado e dos preços relativos como mecanismo de alocação dos recursos econômicos”.<sup>272</sup>

Nesse passo, as políticas neoliberais pregavam que a meta prioritária de qualquer governo deveria ser a estabilidade monetária, adotando-se medidas para contenção de gastos do Estado de bem-estar, com reformas fiscais, diminuição da proteção social do trabalho, privatizações, estímulo da desigualdade como meio para o desenvolvimento econômico.

No entanto, trata-se de um movimento ideológico em escala mundial, com reflexo na América Latina, sobretudo, no Brasil, como fruto da “crise fiscal do Estado”. Cada país adotou uma versão do neoliberalismo, de acordo com as heranças trazidas anteriormente. “Ao longo dos anos 80, a economia brasileira viveu processos de acomodamento, com a imposição da hegemonia do capital financeiro, que finalmente desembocou no neoliberalismo, iniciado no final da década, ainda no governo Sarney”.<sup>273</sup>

Nesse sistema pós-liberal, propôs-se no âmbito jurídico um Estado mínimo, que não intervenha no funcionamento do mercado.

Ao seu turno, as políticas neoliberais, que concedem a miniaturização do Estado a partir de um conjunto de medidas que visam reduzir o papel do Estado (esfera pública) em prol do mercado, preconizam a redução e/ou supressão das tutelas estatais no âmbito social, passando a constituir-se a esfera estatal numa seara que serve de guardião do livre mercado. Tal panorama deflagrou um processo no qual assistimos a gradual erosão da soberania, a obsolência das fronteiras nacionais, o retraimento da esfera pública em favor do mercado, a perda dos direitos políticos dos cidadãos como resultado do esvaziamento da sua participação política, peculiaridades que são indicativas da crise e/ou declínio do Estado-nação.<sup>274</sup>

Na Europa, essa conformação significou em tentar dilapidar o Estado Social, enquanto que “[...] na América Latina coloca de forma radical a questão do dilema democrático, na medida em que a modernização neoliberal não enfrenta os óbices

---

<sup>272</sup> FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O estado neoliberal e o caso mexicano. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.), et al. *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 24.

<sup>273</sup> SADER, Emir. A hegemonia neoliberal na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILLI PABLO, et al. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 36.

<sup>274</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 23.

que são as conquistas jurídicas da cidadania logrados nas lutas históricas dos trabalhadores”.<sup>275</sup>

Para Perry Anderson, o neoliberalismo fracassou no plano econômico, por não ter conseguido “nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria”.<sup>276</sup>

O neoliberalismo espera que o fenômeno da globalização e suas consequências como “sociedade aberta” ou a “grande sociedade”, garantam a equidade entre os indivíduos, com tratamento igualitário frente às mesmas regras. Entretanto, questiona-se qual é o destino da igualdade entre sujeitos de direitos na sociedade diferenciada que se anuncia na atualidade.

Todavia, o ritmo frenético da sociedade atual com inúmeras possibilidades de acesso à informação pelos meios cibernéticos, ao lado da concorrência e competitividade, tem evidenciado relações sociais descompassadas. O Estado se apresenta com dificuldades de controlar aos avanços tecnológicos e de informação.

Na contemporaneidade, o pensamento capitalista neoliberal manifesta-se sob o cerne fundamental da eficiência, representando importante conexão entre a Economia, Política e o Direito. Razão pela qual, o movimento da Análise Econômica do Direito assentou suas bases construídas pela evolução e consolidação do capitalismo<sup>277</sup>. Ao longo do tempo, o capitalismo sofreu transformações especialmente, da própria função do Poder Público, com implicações na relação entre o Estado e o mercado. “Além disso, a globalização econômica e as políticas neoliberais que a operacionalizam fazem com que as decisões de governo deixem de

---

<sup>275</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 79-80.

<sup>276</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILLI PABLO, et al. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008. p. 23.

<sup>277</sup> Em que pese à importância do resgate histórico sobre o pensamento capitalista e liberal, optou-se por sua abordagem na concepção neoliberal, em razão da limitação dos estudos da Análise Econômica do Direito e sua implicação para a Arbitragem, conteúdo desenvolvido com aprofundamento no último capítulo. Dentre vários autores que retratam esse processo histórico de surgimento do capitalismo, destacam-se: NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; LAURELL, Asa Cristina (org.) et al. *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002; KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Tradução de Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008 e NUNES, António José Avelãs. *Do capitalismo e do socialismo*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

serem políticas para tornarem-se econômicas, baseadas numa relação custo/benefício”.<sup>278</sup>

A partir das feições neoliberais assumidas pelo Estado no mundo globalizado, o poder decisório estatal submete-se às regras do mercado e diretrizes das organizações.

[...] esse Estado assume uma dimensão organizacional reduzida, enxuta ou compacta e passa a ser pautado e condicionado pelo mercado e por seus atores dominantes – conglomerados empresariais transnacionais, instituições financeiras internacionais, organismos supranacionais, entidades de classe, câmaras de comércio, associações de consumidores, corporações profissionais, institutos públicos, semipúblicos e privados, sindicatos etc. [...] No âmbito do Estado neoliberal, em outras palavras, é a economia que efetivamente, calibra, baliza e pauta tanto a agenda quanto as decisões políticas e jurídicas.<sup>279</sup>

A eficiência econômica do indivíduo se volta como um dos pontos chaves do pensamento capitalista neoliberal globalizado. Por outro lado, há uma ruptura das tradicionais fontes do direito, ocasionadas pelo surgimento “[...] de um direito ‘de textura aberta’ com o deslocamento dessas fontes para os poderes privados econômicos, com uma participação maior dos atores privados, e a tomada em consideração de ‘valores’ oriundos dos sistemas econômico ou técnico-científico”.<sup>280</sup>

Diante da complexidade crescente entre a regulação pelo Direito do Estado com outras formas de regulação jurídica, entendida esta como “regulação social que passa pelo canal do direito<sup>281</sup>”, o Estado ainda tenta manter o controle do processo como forma de dizer o direito que, por muito tempo, foi considerado atributo exclusivo da soberania estatal<sup>282</sup>. No entanto, em decorrência do surgimento das questões

---

<sup>278</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 352.

<sup>279</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 177-179.

<sup>280</sup> ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 24.

<sup>281</sup> ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

<sup>282</sup> Para Celso de Albuquerque Mello, “Estado e Soberania foram noções que caminharam irmanadas desde o século XVI até o final do século XX, uma não existia sem a outra. [...] A noção de soberania foi sempre vista como uma <<qualidade>> do poder. Assim, Estado soberano era aquele que não dependia de outro Estado. Em uma outra linguagem, poder-se-ia dizer uma mesma coisa, é o Estado independente politicamente. [...] No século XX a soberania passa a ser vista como um feixe de

fáticas que tratam das relações jurídicas no difícil contexto socioeconômico atual, muitas vezes, esse controle escapa da regulação do Estado.

A soberania é caracterizada por um aspecto interno e externo. No primeiro caso, esta se manifesta em qualquer um dos poderes do Estado, seja no Legislativo, Executivo ou Judiciário. Trata-se de uma “consagração do direito de autodeterminação”, significando que o Estado tem o direito de escolher o Governo e as leis que melhor lhe convier, sem nenhuma interferência estrangeira. “O aspecto externo é o direito à independência que se manifesta no: a) direito de convenção; b) direito à igualdade jurídica; c) direito de legação; d) direito ao respeito mútuo”.<sup>283</sup> Diante de tais circunstâncias, o capitalismo visto como um “modo de produção e processo civilizatório” tem por finalidade recriar o Estado-nação soberano, moldando sua configuração pelos movimentos da sociedade globalizada e que se encontra em crise desde o fim do século XX, em face dos contornos da “globalização do capitalismo”.<sup>284</sup> Nesse sentido, tem-se que a globalização, tanto da sociedade como do capitalismo são desenvolvidos simultaneamente.

A dinâmica global, sobretudo, a globalização econômica contribuiu para o declínio do Estado-nação, considerando que a internacionalização do comércio rompeu com as fronteiras nacionais. Deste modo, o fenômeno da globalização encontra-se abalizado pela “[...] crescente ‘horizontalização’ econômica dos espaços através das fronteiras nacionais, integrando agentes e processos de pesquisa, desenvolvimento, produção e comercialização – nas suas múltiplas e complexas dimensões”.<sup>285</sup>

A partir dessa nova realidade, o processo de globalização acaba por restringir o poder dos Estados diante da mundialização econômica e a identificação de empresas transnacionais, também conhecidas como empresas globais ou multinacionais, como novas protagonistas no processo decisório. “O dilema consiste em constatar se está ou não havendo uma ruptura histórica em grandes proporções,

---

competências que o Estado possui e que lhe é outorgado pela ordem jurídica internacional.” MELLO, Celso de Albuquerque. A soberania através da história. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 7-8.

<sup>283</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. A soberania através da história. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17

<sup>284</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 41.

<sup>285</sup> DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 178.

em âmbito global, assinalando o declínio do Estado-nação e a emergência de novos e poderosos centros mundiais de poder, soberania e hegemonia”.<sup>286</sup>

Sobre a organização e a dinâmica da sociedade mundial, esta pode ser vista como um sistema complexo, constituído pelos seguintes atores:

[...] Estados nacionais, empresas transnacionais, organizações bilaterais e multilaterais, narcotráfico, terrorismo, Grupo dos 7, ONU, FMI, BIRD, FAO, OIT, AIEA e muitos outros, compreendendo naturalmente também as organizações não-governamentais (ONGs) dedicadas a problemas ambientais, defesa de populações nativas, proteção de direitos humanos, denúncias de práticas de violência e tortura. Também podem adquirir relevância regional ou mundial atores do tipo nacional, podendo entrar ativa ou passivamente no jogo das pendências regionais e mundiais. Uns e outros sintetizariam muito do que são as relações, controvérsias, soluções e impasses correntes no âmbito da mundialização.<sup>287</sup>

Nesse contexto, importante reportar-se ao diagnóstico sobre a justiça de Garapon que também se estende aos demais países democráticos, apesar de apresentar críticas sob o modo que a justiça francesa exerce na vida coletiva dos franceses<sup>288</sup>. Pondera que diante da crise de deslegitimação dos Estados, faz-se necessário interligar as transformações da democracia com a própria justiça que, em face da inflação judicial, não se restringe meramente a justiça estatal, mas às instituições que exerçam qualquer forma de autoridade, especialmente, com poder decisório. Tal situação confirma-se em vários setores da sociedade, com destaques na área econômica, que ainda de forma sutil, “existem os casos que preferem a confidencialidade da arbitragem à publicidade da justiça”.<sup>289</sup>

Os meios adequados de resolução de conflitos ou outros sistemas de regulação jurídica conduzem “o surgimento – concomitante de exigência de mais justiça, mais igualdade, mais participação dos cidadãos na vida social – de uma

---

<sup>286</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 47-48.

<sup>287</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 78-79.

<sup>288</sup> Para Garapon, “A França é um laboratório interessante da transformação da democracia, devido, precisamente, à sua hostilidade secular para com o juiz. Esta entrada em cena da justiça, que está em pleno confronto com a sua cultura jacobina, tem três manifestações principais: o fim das imunidades para aqueles que, como os homens políticos, não eram justiciáveis pela justiça comum, a necessidade, doravante, de reconduzir os conflitos para a cena pública e a expatriação das fontes do direito para fora do Estado”. GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 31

<sup>289</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 19-20.

sociedade diferenciada, abrangendo subsistemas que engendram, por si mesmos, sua própria regulação”.<sup>290</sup>

Por consequência, diante do elevado grau de complexidade das relações sociais frente ao processo de transnacionalização do Direito, a função do Estado constitucional precisa ser repensada em razão da existência e desenvolvimento dos variados níveis de normatividade na área internacional, assim como, pelo nascimento de um “constitucionalismo transnacional”. Evidentemente que a democracia transnacional é fruto desse constitucionalismo como alicerce do Estado moderno, por oferecer “diversas esferas de interação política pelas quais os indivíduos podem manifestar os seus interesses altamente especializados e participar com maior ou menor intensidade das decisões que mais lhe interessam”.<sup>291</sup>

Em suma, dois requisitos surgem como essenciais para a democracia transnacional em contínua construção: (1) primazia do princípio da especialidade em relação às matérias envolvidas; e (2) decisões políticas centradas, primordialmente, nas esferas regionais. [...] Quanto às estruturas de governança especializadas, é crescente o número dessas estruturas, bem como a participação de agentes não estatais nos seus processos decisórios.<sup>292</sup>

Deste modo, corre-se o risco do Direito estatal identificado *a priori* ao monopólio do Direito, de ser concretamente suplantado pelas formas adequadas de resolução dos conflitos, em face do surgimento dos meios autocompositivos (negociação, conciliação e mediação), ou ainda, através da arbitragem como forma de justiça privada, enfraquecendo assim, a centralidade do próprio poder estatal.

Essas formas contemporâneas de produção do Direito rompem com uma cultura jurídica tradicional, notadamente, pelo fato das grandes empresas assim como os indivíduos preferirem, por motivos que variam de uma sociedade para outra, “passar sem a ordem judiciária instaurada e controlada pelo Estado – mesmo sem a

---

<sup>290</sup> ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 228-229.

<sup>291</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 9. p. 25.

<sup>292</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 9. p. 26.



proteção que possam esperar dela. Nessas hipóteses, o Estado se vê suplantado sem querer na sua prerrogativa de ‘proferidor de direito’.”<sup>293</sup>

Essa substituição do Direito estatal por outras instâncias resulta numa diminuição do poder total do Estado no seu papel de produtor do Direito e, conseqüentemente, a própria noção de soberania que passa a ser fragmentada e considerada como um mero critério formal na caracterização do Estado, mediante à “perda da autoridade exclusiva dos Estados em reconhecer a soberania; (à) transferência de autoridade metapolítica para agentes ou instituições não-estatais; (ao) fim do monopólio do Estado sobre a coerção legítima; e à desterritorialização das reivindicações de autoridade por parte dos Estados”.<sup>294</sup>

Em matéria de regulação pelo Direito, a situação contemporânea revela uma perda progressiva de autonomia do Estado, em que as noções de cidadania, de soberania e de territorialidade são desafiadas. Deste modo, surgem novos atores nos processos de decisão no âmbito político, social, econômico, ambiental, entre outras áreas, no sentido de delinear maior participação da sociedade civil na elaboração das normas de regulação ao incluir práticas sociais que não sejam somente àquelas oriundas do Estado.

A globalização do século XXI carrega consigo o Direito norte-americano. Com efeito, hoje, o Direito Comercial Internacional, a *lex mercatoria* (e os contratos comerciais por implicação), é feita essencialmente pelas empresas transnacionais (boa parte delas ‘sediadas’ nos Estados Unidos) e por seus enormes escritórios internacionais, igualmente sediados nos Estados Unidos. Quando não são escritórios norte-americanos que tratam dos grandes contratos internacionais e das arbitragens, são os ingleses, que hoje invadiram a Europa e parte da Ásia.<sup>295</sup>

A democracia, por consequência, passa a ser analisada numa perspectiva participativa, baseada na necessidade de expandir a concepção da cidadania, em que “os movimentos de cidadãos assumem amplitude por toda a parte. É dessa forma que se desenvolvem as Organizações não-governamentais, por intermédio das quais as

---

<sup>293</sup> ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 34.

<sup>294</sup> THOMSON, Janice E. *State sovereignty in international relations: bridging the gap between theory and empirical research*. In: *International studies quarterly*. 39, 1995. p. 214.

<sup>295</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82.



forças sociais organizadas tencionam se elevar até o nível onde são tomadas as decisões intergovernamentais”.<sup>296</sup>

Além disso, observa-se que a soberania dos Estados também passa a ser minada nos casos de organizações criadas para promoverem políticas de integração econômica, denominadas de organizações supranacionais<sup>297</sup> para se defenderem da globalização.

Os Estados para defenderem sua economia estatal, têm renunciado várias prerrogativas de suas competências ditas soberanas em favor de um determinado organismo internacional, para a defesa econômica desses Estados, quando pressionados pelas relações internacionais. Para Antoine Garapon, “o enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado multiplica os recursos ao jurídico e, simultaneamente, recusa o poder tutelar do Estado”.<sup>298</sup>

## 2.4 O Conflito e a problematização da crise no Poder Judiciário brasileiro

O conflito é uma realidade presente nas sociedades e, contemporaneamente, tem-se agravado em face das tensões existentes com outros sistemas, seja no âmbito social, psicológico, político, econômico ou jurídico, tornando-o, por vezes, ainda mais complexo. Assim, esse processo de polarização do conflito decorre de inúmeras causas, de um lado, provoca relações e dependências entre grupos que se contrastam mutuamente e, por outro, contribuem para a instabilidade desses sistemas.<sup>299</sup>

---

<sup>296</sup> ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47-48.

<sup>297</sup> “As mais desenvolvidas são as três comunidades europeias que vêm realizando a integração econômica de quinze países. Finalmente, vem a conclusão do Tratado de Maastricht, aprovado no Parlamento Europeu em 1992, e é instituída a União Européia, que trata da política externa e de segurança com a de cooperação no campo da justiça e dos negócios internos, etc. O euro passa a ser moeda única. Contudo, há algo bastante curioso, é que a União Européia não tem personalidade internacional, assim os seus contratantes visam a evitar que ela seja considerada um superestado, mas de fato ela tem as funções de um superestado”. MELLO, Celso de Albuquerque. A soberania através da história. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 19.

<sup>298</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 22.

<sup>299</sup> SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997. p. 300-305.

Os conflitos sociais apresentam-se com causas das mais variadas, com especial destaque a dois relevantes grupos: psicológico e sociológico, decorrente da estratificação social. O primeiro emana dos componentes psicológicos da pessoa, seja na condição de indivíduo ou grupo, e o segundo aspecto deriva das desigualdades sociais. Esses fatores são reconhecidos por si mesmos, ou seja, na perspectiva de uma sociedade igualitária, “aquela que encontramos com frequência nas páginas das utopias políticas – existiriam também conflitos – talvez de uma natureza distinta da dos conhecidos – porque a psicologia humana é irremediavelmente conflitiva por seu alto grau de natural insatisfação”.<sup>300</sup>

A doutrina especializada nos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos considera a controvérsia em seu aspecto sociológico, identificando-o em níveis diversos: *latentes*, *emergentes* ou *manifestos*. Os conflitos *latentes* se caracterizam pelas tensões básicas ainda não desenvolvidas por completo e que não se converteram em um conflito muito polarizado, não sendo raro que as partes ainda não tenham tomado consciência de sua existência ou de sua possibilidade. Os conflitos *emergentes* são disputas em que as partes reconhecem que há uma discrepância e a maioria dos problemas são evidentes, mas não se estabeleceu ainda a busca de sua solução. Os conflitos *manifestos* são aqueles em que as partes se comprometem a uma disputa dinâmica e podem ter começado a negociar ou já foi estabelecido o impasse.<sup>301</sup>

De um modo geral, observa-se que a doutrina do direito processual não apresenta um conceito preciso sobre o conflito, destacando a definição *conflito de interesses* expressa por Carnelutti<sup>302</sup>, ao posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas na disputa de um mesmo bem da vida. No entanto, a simples existência do conflito de interesses não tem relevância para o Direito, pois aquele que possui interesse pode se conformar com a sua insatisfação. Por outro lado, é possível que alguém que tem interesse, manifeste uma atitude para exercer a sua pretensão em relação a um bem da vida objeto do conflito, mas encontra em sentido oposto, resistência. Neste caso, estar-se-ia diante de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, ou seja, a lide.

---

<sup>300</sup> SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997. p. 305-306.

<sup>301</sup> MOORE, Christopher. *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica. 1995. p. 47.

<sup>302</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam. 1936. p. 44.

Em decorrência deste raciocínio, embora os termos conflito e litígio muitas vezes são empregados como sinônimos é coerente entender que o litígio refere-se a lide propriamente dita, manifestada de forma concreta pela pretensão rechaçada por parte de outrem. O termo conflito apresenta-se com uma abrangência mais ampla, ainda que não tenham ocorrido qualquer pretensão e resistência, considerando que os meios utilizados na autocomposição, “são úteis não só para resolver os conflitos manifestos (lide), mas, igualmente, os latentes e emergentes, os quais normalmente não são apresentados *ab initio* pelos envolvidos, mas costumam surgir no decorrer das tratativas”.<sup>303</sup>

A fonte do conflito emerge da vida em sociedade, sendo inerente à condição humana. No entanto, os conflitos não residem apenas como fenômenos individuais, mas podem ser também metaindividuais e sociais. Numa concepção ampla da sociedade universal, em 1847, Karl Marx e Friedrich Engels<sup>304</sup> estabeleceram no Manifesto do partido comunista que:

A história de toda a sociedade até nossos dias é a história da luta de classes. Homem livre e escravo, patrício e plebeu, senhor e servo, mestre e oficial, em suma, opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição; empenhados numa luta sem trégua, ora velada, ora aberta, luta que a cada etapa conduziu a uma transformação revolucionária de toda a sociedade ou ao aniquilamento das duas classes em confronto.

Mais do que isso, pode-se afirmar que mesmo diante de uma sociedade complexa, em que os conflitos têm natureza transindividual, ainda, por herança da dogmática jurídica, predomina o modelo de produção de Direito cunhado para resolver conflitos interindividuais, conforme se pode observar pela aplicação dos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, entre outros) ao caso concreto. Esse modelo tem resultado numa crise ao modo de produção de Direito, dominante tanto na doutrina como na práxis forense, notadamente, em território brasileiro.<sup>305</sup>

Dinamarco tem entendido o conflito como “a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida

---

<sup>303</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 18.

<sup>304</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2002. p. 23-24.

<sup>305</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 83.

e impossibilidade de obtê-lo – seja porque negada por quem poderia, dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial”.<sup>306</sup> Observa-se a cultura de conflitos na sociedade moderna, não apenas por sua interminável quantidade cada vez mais crescente, mas diante de habitualmente atribuir ao Estado a prerrogativa de sua solução.

No que diz respeito à forma tradicional de resolução de conflitos, sabe-se que as disputas interpessoais, antes do advento do Estado, eram solucionadas por meio da autotutela, em que prevalecia a “lei do mais forte”. Contudo, com o surgimento da organização social materializada no Estado, deixou de existir a justiça privada em prol da justiça pública, pois, com o fortalecimento do Estado passou a ser imposto aos particulares e mediante voluntária submissão destes, a solução dos conflitos de interesses de forma autoritária.

O monopólio da jurisdição é o resultado natural da formação do Estado, que traz consigo consequências tanto para os indivíduos como para o próprio Estado. Para os primeiros, afastou definitivamente a possibilidade de realizações imediatas por parte de qualquer titular, conseqüentemente eles se encontram impedidos de atuar privadamente para a realização de seus interesses. Para o segundo, o monopólio criou o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, a qualquer pessoa que a solicite. A soma destas duas consequências gera, indistintamente, para todas as pessoas da comunidade, uma promessa de proteção a todos aqueles que necessitam de justiça, sendo assim, desde que o Estado monopolizou a distribuição da justiça se comprometeu, como consequência direta deste monopólio, a garantir e assegurar a proteção daqueles indivíduos que necessitem dela.<sup>307</sup>

Evidente que a prestação de uma tutela jurisdicional apropriada depende de um processo judicial efetivo, que realize e satisfaça os interesses dos indivíduos. “A preocupação com a tutela efetiva dos direitos implica compreensão do processo como uma unidade, como um fenômeno unitário totalmente voltado para a realização de direitos”.<sup>308</sup>

---

<sup>306</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 120-121.

<sup>307</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37-38.

<sup>308</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 407.

Por conseguinte, o Estado assume o dever de prestar não qualquer tutela jurisdicional, mas aquela adequada ao direito material, aos interesses das partes levados em juízo, pois, “o Estado que é titular da potestade jurisdicional deve colocar a disposição dos cidadãos um instrumento (processo) capaz de amoldar-se aos interesses em conflito, para poder assim proporcionar justiça em um tempo adequado aos consumidores dos serviços jurisdicionais”.<sup>309</sup>

Ao longo da história do Direito, o conflito de interesses é resolvido por vários meios de resolução, passando da evolução da autotutela<sup>310</sup> (“fazer justiça pelas próprias mãos”) por técnicas de composição não adversarial (autocomposição) ou adversarial (heterocomposição).<sup>311</sup> No entanto, nem todas as controvérsias encontram solução, elevando-se o grau da litigiosidade contida, seja pela morosidade do processo judicial ou em razão de que outras formas possíveis de solução não são tão eficaz, constituindo um problema crônico da sociedade.

Assim, a trilogia que classifica universalmente as formas de solução dos conflitos através da autotutela, autocomposição e processo esboçada por Niceto Alcalá Zamora y Castillo precisa ser revista.<sup>312</sup> O processo conhecido na cultura contemporânea como um processo estatal, sob o monopólio da jurisdição do Estado, não se restringe exclusivamente a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, considerando que a arbitragem também é caracterizada como tutela jurisdicional, mas de natureza privada, mediante imposição da decisão de um terceiro imparcial escolhido pelas partes. Pretende-se assim, uma adaptação na terminologia consagrada pela teoria de Alcalá Zamora, substituindo o termo processo para tutela jurisdicional ou apenas jurisdição.

---

<sup>309</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37.

<sup>310</sup> “Nas sociedades organizadas a AUTOTUTELA é, em regra, proibida, com exceção apenas para situações consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo. No direito penal, permite-se a autotutela nos casos de legítima defesa; no direito civil permite-se o desforço imediato, o penhor legal e a retenção por benfeitorias; no direito administrativo prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos; no direito do trabalho são lícitas a greve, o *lockout*, a rescisão indireta e a punição dos empregados. Nas relações internacionais, em que pesem a existência de tribunais internacionais e os esforços pelo fortalecimento da negociação e mediação diplomáticas, a autotutela ainda é uma forma usual de solução dos conflitos, onde se verificam a represália, o embargo, o bloqueio, a ruptura de relações diplomáticas e a guerra”. CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 24.

<sup>311</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 38-43.

<sup>312</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 13.

O *processo* é o método utilizado pela jurisdição estatal para decidir imperativamente e impor decisões. A *arbitragem*, igualmente, se desenvolve por um método de trabalho muitas vezes denominado *processo arbitral*, ainda que não seja igual nem siga as mesmas regras do processo judicial.<sup>313</sup>

Por essa perspectiva e numa visão exterior do processo, em prol da almejada pacificação social, as técnicas denominadas de meios adequados de resolução dos conflitos têm por objetivo tanto remediar o componente sociológico como eliminar o componente psicológico. “A solução dos conflitos interessa a qualquer sociedade organizada, no sentido de tentar extrair o mal que perturba a paz interior de cada cidadão (componente psicológico), ou ainda, alcançar a paz social (componente sociológico)”.<sup>314</sup>

Na composição dos conflitos não adversariais ou autocompositivos<sup>315</sup>, os próprios interessados ou com auxílio de terceiro(s) buscam uma solução consensual, cuja técnica dá-se com a transação, conciliação e mediação, com probabilidade qualitativa de resolução do conflito em toda a sua plenitude, no aspecto sociológico e no psicológico dos envolvidos. Alcalá-Zamora reconhece que o termo autocomposição deve ser atribuído a Carnelutti. A etimologia da palavra demonstra a concepção eminentemente carnelutiana de dois elementos (auto + composição), que significa solução. De fato, os meios autocompositivos são definidos como a solução do conflito por obra dos próprios envolvidos.

A autocomposição pode decorrer ainda de forma unilateral (renúncia ou submissão) ou bilateral (transação) limitando-se aos direitos patrimoniais disponíveis. No primeiro caso, encontra-se manifestada pela renúncia da parte interessada, que abandona definitivamente o seu direito material objeto da sua pretensão ou pela submissão, caracterizada pelo abandono total da resistência, submetendo-se à pretensão do outro. Em ambas as situações, a renúncia e a submissão resultam de uma atitude altruísta, sem qualquer contrapartida dos demais envolvidos no conflito, podendo ocorrer independentemente de haver ou não processo judicial ou arbitral.

---

<sup>313</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 26.

<sup>314</sup> COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro de acordo com a lei 9307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

<sup>315</sup> CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 71.



Por sua vez, a autocomposição bilateral através da renúncia tem um conceito distinto da conciliação, com foco na efetivação de concessões recíprocas a teor do artigo 840 do Código Civil brasileiro, como uma das formas possíveis de solução dos conflitos, por envolver o abandono parcial tanto pelo titular da pretensão como daquele que oferece resistência a outrem. “É o ato por meio do qual os envolvidos evitam ou põem fim ao conflito espontaneamente, *mediante concessões mútuas*, renunciando um à parte de sua pretensão enquanto o outro se submete apenas à restante pretensão”.<sup>316</sup>

O estudo para obtenção da autocomposição trata de um fenômeno voltado para diversas ciências do conhecimento humano e contratual, cujos mecanismos são utilizados sob uma perspectiva multidisciplinar.

Os antropólogos consideram o fenômeno dentro de uma estrutura de relações sociais em um mundo cultural de regras, práticas de manejo de conflitos e princípios normativos dentro dos quais se manifestam as posições no curso de uma disputa. Como uma micro interação entre as pessoas, observa-se que os mecanismos despertam o interesse da ciência da comunicação, que trata não só do processo de comunicação como centro dos métodos autocompositivos, como são investigados os diálogos e as manifestações de linguagem. A *tomada de decisão*, ponto alto do procedimento da negociação, é visto como um modelo econômico, que enfatiza os tipos de técnicas analíticas que as partes podem utilizar para obter maiores ganhos. A negociação e a mediação têm sido fator de extrema importância no desenvolvimento empresarial, tanto em se tratando de conflitos entre empresas, como os trabalhistas e os que ocorrem entre empresas e sociedade (por exemplo, questões ambientais). Negociação e mediação fazem parte, também, da própria essência das relações internacionais.<sup>317</sup>

Uma diferença essencial em relação aos institutos da negociação, conciliação e a mediação são apresentadas por Petronio Calmon<sup>318</sup> que, como métodos autocompositivos ou consensuais, buscam o mesmo resultado, qual seja, a justa composição do conflito. A negociação é entendida como “o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela

---

<sup>316</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 48-49.

<sup>317</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 78-79.

<sup>318</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 105 e 111.



conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador”. No entanto, se for incluído na negociação ou na disputa, de modo formal ou informal, terceiro neutro, tem-se então, a mediação, cuja autocomposição é obtida com auxílio de um terceiro imparcial que estimula e facilita as partes interessadas.

A conciliação é vista numa “dimensão processual”, sendo compreendida como aquela “realizada em juízo ou quando as partes autocompostas fora do processo resolvem levar o *acordo* para o processo, com vistas à homologação judicial”.<sup>319</sup>

Contudo, para a composição dos conflitos adversariais ou heterocompositivos, as partes terceirizam a solução do conflito e o terceiro imparcial julga, aplicando o Direito no caso concreto, via de regra, pela jurisdição estatal ou arbitragem, restando a esta última, também a possibilidade de julgamento por equidade.

Na sociedade contemporânea, caracteriza-se a heterocomposição pelo fato da demanda ser submetida “[...] a um tertius, um interveniente, que tanto pode ser: (i) um órgão judicial (relacionados em *numerus clausus* no art. 92 da CF) ou (ii) um órgão paraestatal, assim um juiz de paz, uma Comissão de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho, uma Câmara de Arbitragem”.<sup>320</sup> São consideradas instâncias alternativas com notória credibilidade social, diante da ineficiência na prestação de serviços jurisdicionais do Estado, em razão de sua morosidade e imprevisibilidade nas decisões.

Pretende-se basicamente com tal método, a correção do componente sociológico que de forma tradicional ocorre no Poder Judiciário, pouco importando a angústia que a parte sucumbente venha a experimentar após a resolução imperativa do conflito pelo terceiro.

A jurisdição se exerce através do processo que, genericamente, a doutrina tradicional tem definido como sendo o instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

---

<sup>319</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 136.

<sup>320</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 259.

Deste modo, o processo é visto como instrumento de que se serve o Estado para, no exercício da sua função jurisdicional, com a participação das partes e obedecendo ao procedimento estabelecido na legislação processual, resolver os conflitos de interesses, solucionando-os. No entanto, o processo judicial deve ser entendido como “meio pelo qual os direitos e as garantias constitucionais concretizados no ato criativo do juiz são determinantes para a persecução de uma identidade democrática do Estado”.<sup>321</sup>

A outro ângulo, diante das transformações em que vem passando a Justiça brasileira, constata-se uma crise no serviço judiciário estatal<sup>322</sup>, resultante de uma cultura do litígio atrelada com o crescimento desmesurado do Poder Judiciário que, ainda é resistente por outras novas formas, auto e heterocompositivas de resolução de controvérsias.

Por conta de uma leitura exacerbada, quiçá irrealista da garantia do acesso à justiça, a justiça estatal converteu-se num ambiente indiscriminado em receber toda e qualquer pretensão insatisfeita ou resistida, sejam controvérsias destituídas de qualquer complexidade ou de mínima expressão pecuniária, além daquelas de mero capricho ou de simples desavenças.

Com efeito, a via judicial não tem como assegurar uma resposta eficiente dos conflitos a ela submetidos, em face da complexidade da demanda ser cada vez mais recorrente na atualidade. Por certo, em muitos casos, a intervenção judicial não apenas poderá agravar o quadro preexistente, como também inflamar o acirramento das posições contrapostas, perenizando o conflito. A sociedade brasileira, no dizer de José Renato Nalini, “não pode ser convertida num grande tribunal. Nem todas as causas podem ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível para a população. O Judiciário há de ser reservado para as grandes questões”.<sup>323</sup>

---

<sup>321</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 96.

<sup>322</sup> “A crise da justiça é um fenômeno que cresce dia após dia, pois o aumento razoável da estrutura judiciária (juízes, servidores, prédios e equipamentos), além de não acompanhar o aumento dos casos, não tem sido suficiente para melhorar a qualidade da condução dos processos e das decisões, fazendo nascer outro problema, a falta de unicidade das decisões, situação que se tornou tão caótica a ponto de ser pejorativamente denominada de ‘loteria judiciária’. A depender de qual juiz ou tribunal julgará o caso, a solução será diferente, proporcionando mais instabilidade à sociedade”. CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 47.

<sup>323</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 100.

Quando se analisa o sistema judiciário, constata-se que a crise não é reproduzida apenas em nosso país, mas repete-se também por todo o mundo, conforme assertiva de Ramón Soriano em reconhecer os “três males endêmicos” da administração da Justiça: as incertezas do Direito, a lentidão processual e os altos custos do processo judicial.<sup>324</sup>

Por outro lado, diante das dificuldades financeiras vivenciadas por muitas pessoas em face da realidade econômica atual, especialmente as camadas de baixa renda da população e, em razão do excessivo custo do processo judicial, estas podem ser obrigadas a abrir mão de seus direitos, constituindo-se, portanto, uma das principais barreiras para um efetivo acesso à tutela jurisdicional.

Nessa linha, Cappelletti e Bryant advertem que embora nas sociedades hipermodernas seja crescente o acesso à justiça como um direito social básico, importante será identificar os obstáculos que comprometem essa acessibilidade a serem transpostos, quais sejam: i) custas judiciais; ii) possibilidades das partes (vantagens e desvantagens estratégicas dos litigantes); iii) problemas especiais dos interesses difusos. No primeiro caso, em grande parte das sociedades contemporâneas, a resolução de litígios formais perante os tribunais é muito onerosa, tendo às partes que suportar os custos necessários à solução de seus conflitos, assim como custas judiciais e honorários advocatícios. Evidente que os efeitos da morosidade de uma solução judicial, por vezes, provocam o aumento dos custos às partes e pressionam os considerados economicamente fracos a abandonar suas causas ou concordar com acordos por um valor muito inferior àqueles em que teriam direito. Nesse sentido, cita ainda o autor, o artigo 6º, parágrafo 1º da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em que se reconhece “que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.<sup>325</sup>

No segundo aspecto, interessante observar que algumas espécies de litigantes, como pessoas ou organizações gozam de algumas vantagens e desvantagens estratégicas. Como vantagens, alguns destes litigantes têm recursos financeiros suficientes para propor ou defender suas demandas, assim como suportar as demoras do litígio. Outra questão está relacionada com a “capacidade jurídica”

---

<sup>324</sup> SORIANO, Ramón. *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997. p. 423.

<sup>325</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20-21.

peçoal, de relevante importância na determinação da acessibilidade da justiça, com base na análise de barreiras resultantes de estudos empíricos que precisam ser superadas pessoalmente, antes que um direito seja reivindicado pela parte perante o judiciário.

Dessas barreiras, cita-se a aptidão para reconhecer um direito juridicamente exigível, limitação de conhecimento da parte na forma de ajuizamento de uma demanda, disposição psicológica das pessoas para promover processos judiciais.<sup>326</sup> Ademais, há ainda outros obstáculos que tornam pouco atraentes a solução formal dos litígios<sup>327</sup>, a saber: “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”.<sup>328</sup> Outra barreira encontrada trata-se de uma desigualdade de acesso ao sistema judicial, que ocorre com a frustrante diferença de forças, meios e recursos que há entre o litigante eventual para com o litigante habitual, principalmente, quanto às suas pretensões que são deduzidas em juízo, a exemplo, de que haverá certamente menos problemas na mobilização de empresas em tirar vantagens de seus direitos, do que com pessoas comuns que na condição de consumidores, são por vezes, relutantes na busca da tutela jurisdicional.

Deste modo, têm-se como terceira situação, os problemas relacionados aos interesses difusos, entendidos estes como “interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor”.<sup>329</sup> Assim, mesmo

---

<sup>326</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 22-23.

<sup>327</sup> Dados específicos da realidade brasileira apontam também estes obstáculos de boa prestação dos serviços jurisdicionais, conforme demonstrou CASTELAR PINHEIRO em interessante pesquisa: “[...] é consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas [...] os problemas decorrentes dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e pela má formação de boa parte da magistratura e de todos aqueles que, mais amplamente, se poderia designar como ‘operadores do direito’ [...] a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje a permanência praticamente de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos. Uma consequência da aceitação quase fatalista desse alegado traço cultural pelos magistrados e operadores do direito seria o excessivo recurso a argumentos processuais, em detrimento de decisões substantivas sobre o mérito das questões – tendência esta que reforça a descrença de grande parte da sociedade quanto a resolver seus conflitos pela via judicial”. PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: Ipea, 2003. p. 4-5.

<sup>328</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 24.

<sup>329</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 26.

que as pessoas na coletividade possam ter razões suficientes na reivindicação de um interesse difuso, as dificuldades encontradas à sua organização, pode impedir a unificação expressa desse interesse.

Nesse contexto, aflora-se ainda mais a cultura do litígio entre os indivíduos que confiam no Poder Judiciário como única opção para a resolução de seus conflitos, fazendo eclodir o elevado número de demandas, ingressando-se em um ciclo vicioso, morosidade no julgamento dos processos, protelação dos atos processuais através do uso indiscriminado de recursos e formalismos processuais que dificultam a participação das partes. Outra situação importante em relação ao crescente grau de litigiosidade refere-se à impossibilidade de um aprofundamento no caso concreto diante da exiguidade de tempo dos magistrados, fato que compromete a prestação jurisdicional pelo Estado, gerando maior insegurança jurídica à população de uma decisão satisfatória, pois quase sempre a questão é julgada, mas nem sempre o problema é realmente resolvido adequadamente.<sup>330</sup>

Atualmente, no Brasil, a cultura de solução de litígio envolve quase sempre delegar essa tarefa ao Poder Judiciário – e, na maioria dos casos, a intervenção do juiz togado é buscada como meio de impor a vontade de uma parte à outra e não como meio de auxiliar o diálogo. Uma vez estabelecido o litígio no âmbito do poder Judiciário, há extrema litigiosidade entre as partes, sem que haja oportunidade de diálogo e comum a prática do “recurso pelo recurso”, sendo as instâncias superiores mobilizadas, mesmo quando há remota chance de êxito. Tal prática é inerente à cultura difundida nas faculdades de Direito e também pelo próprio Estado que obriga seus prepostos – por meio de lei – a recursos obrigatórios, mesmo sem qualquer chance de sucesso, sendo, assim, o maior responsável pelo abarrotamento do Poder Judiciário.<sup>331</sup>

Nesta direção, observa-se que o atual cenário público revela uma crise na justiça nunca vista na sociedade brasileira, sobretudo, da notória cultura demandista que impera no Poder Judiciário<sup>332</sup>, como também, por conta dos avanços do ativismo

---

<sup>330</sup> REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos para o judiciário. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 219.

<sup>331</sup> COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 104.

<sup>332</sup> Em relação ao fomento à cultura demandista que sobrecarrega o Poder Judiciário brasileiro, Calmon de Passos já advertia que este “é fruto igualmente do incentivo à litigiosidade que uma leitura incorreta, *data venia*, da Constituição, somada à falta de sensibilidade política dos três Poderes,

judicial e a ineficiência na prestação dos serviços jurisdicionais estatais. No entanto, o problema não se restringe tão somente a máquina judiciária, mas nas próprias pessoas que se tornaram mais inflexíveis e algumas perderam a capacidade de superar seus dissabores, na busca de uma forma de solução amigável ou negociada. No dizer de Francisco José Cahali<sup>333</sup> “[...] quer nos parecer que as pessoas, de um modo geral, perderam a capacidade de superar suas adversidades, acomodando-se na entrega de seus litígios para serem resolvidos por um terceiro: a cultura do litígio, bem presente na sociedade contemporânea”.

Importante ressaltar ainda, os ensinamentos de Alysson Leandro Mascaro<sup>334</sup>, de como a práxis percebe o Direito Processual e, este apresenta uma crise profunda em sua racionalidade. Corroborando com tal tema, aludem-se os estudos de Michele Taruffo<sup>335</sup>, sobre a racionalidade do direito processual, cujo aspecto deve apresentar novas aspirações às soluções dos conflitos.

É de conhecimento notório que os serviços jurisdicionais prestados pelo Poder Judiciário como uma das funções originais do Estado e de seu sistema jurídico, apresenta-se na contemporaneidade sua inadequação em termos de celeridade, previsibilidade e eficácia, resultando em uma crise da jurisdição estatal.

Deste modo, basta observar, anualmente, o boletim nominado “Justiça em Números” do CNJ – Conselho Nacional da Justiça<sup>336</sup>, órgão criado pela EC 45/2004, em que se encontram disponibilizados os dados concernentes à economia interna do Poder Judiciário, com o seu crescimento desmesurado físico para atender o grau de litigiosidade que impera em nosso país, necessitando de parcelas orçamentárias cada vez maiores e que “poderiam ser empregadas em prestações primárias, aderentes às

determinou a partir de 1988 e vem-se agravando progressivamente. Do dizer que nenhuma lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário colocou-se nossa democracia de ponta-cabeça e hoje, poder mesmo é o detido por aqueles que o povo não elege, não participa de seu recrutamento e sobre os quais não tem nenhum poder de controle – o Judiciário, o Ministério Público e a Mídia”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (Coord.) . *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 838.

<sup>333</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

<sup>334</sup> MASCARO, Alysson Leandro. Da consciência à práxis. In: MASCARO, Alysson Leandro (Org.). *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>335</sup> TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Disponível em <<http://www.cercantesvirtual.com/obra/racionalidad-y-tesis-de-la-ley-procesal>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>336</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.



necessidades básicas da população: saúde, educação, transporte público, saneamento básico, segurança pública”.<sup>337</sup>

O termo ‘processos que tramitaram’ que antigamente se referiam à soma dos casos novos e pendentes, passaram a ser computados pela soma dos casos baixados e pendentes. Este universo de processos, que em 2014 era de 100 milhões e em 2015 passou a ser de 102 milhões, representa o montante de casos que o judiciário precisou lidar durante o ano, entre os já resolvidos e os não resolvidos.<sup>338</sup>

A par desta crise numérica de processos que decorre não apenas do incentivo à contenciosidade, mas também, da dificuldade expressiva de parcela dos conflitos ser encaminhada por desconhecimento ou preconceito<sup>339</sup> para outros modos adequados de resolução, é preciso mudar o paradigma e não apenas criar mecanismos processuais, reformas, para desafogar o Poder Judiciário. O intuito deve ser o empoderamento dos cidadãos, na busca de soluções justas, tempestivas, previsíveis, jurídicas e econômicas da prestação jurisdicional que, ainda, é deficiente na justiça brasileira.

Este panorama tende a mudar no Brasil, a partir da vigência do novo Código de Processo Civil que sofreu alteração no ano de 2015, com o advento da Lei nº. 13.105, sancionada em 16 de março daquele ano, a qual revogou o diploma processual civil que encontrava-se em vigência por mais de 40 anos (Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), com maior enfoque na resolução de disputas através de outros meios além do Poder Judiciário.

Assim, muito embora a chamada “crise do Judiciário” tenha sido, recentemente, propulsora para incentivo e divulgação dos ADRs no Brasil, sua efetivação busca proporcionar um acesso à justiça adequado e eficiente, promovendo a coexistência e a pacificação

---

<sup>337</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 17.

<sup>338</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 17.

<sup>339</sup> Nesse sentido, observou Kazuo Watanabe que: “Há mesmo, o que é lastimável, um certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar atribuição mais importante do juiz”. WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 686.



social. Até porque o direito universalmente consagrado é o direito a um julgador, que não deve ser necessariamente público.<sup>340</sup>

Com a crise que se encontra a jurisdição estatal, a arbitragem passa a ser muito mais que uma simples alternativa. A utilização desse instituto especializado e sofisticado é voltada ainda, a uma parcela de público específica, mas que compõe grande parte das lides que estão tramitando perante o Poder Judiciário.

Em verdade, com o acúmulo de ações e a lentidão da justiça brasileira é natural que a arbitragem se desenvolva na atualidade, uma vez ser de amplo interesse econômico, empresarial e social, inclusive, do próprio Poder Público, por colaborar para a diminuição do lamentável excesso de processos que tramitam perante nossos tribunais.

A seu turno, releva notar que é preciso superar a ideia de que o principal objetivo da arbitragem é desafogar o Poder Judiciário. A questão não se resume no fato de que esse poder seja incapaz de solucionar os seus litígios, mas sim, na incapacidade de resolvê-los no tempo exíguo requerido pelas empresas e jurisdicionado, na busca de uma resposta célere e eficaz.

A arbitragem, a negociação, conciliação e a mediação, compõem os denominados meios adequados de resolução de controvérsias, em que pese o Conselho Nacional de Justiça ter institucionalizado uma “Política Judiciária Nacional” para solução de disputas no âmbito do Poder Judiciário tratando, especialmente, a conciliação e a mediação como meios de tratamentos adequados de solução de conflitos de interesses.

A crise instalada perante o Poder Judiciário foi uma das molas propulsoras de inovação e renovação na esfera legislativa processual civil, mediante a chamada desmonopolização dos conflitos, com o estímulo à ampliação dos meios adequados de resolução de conflitos, rompendo-se com a cultura litigiosa instalada de forma tradicional em nosso país, em face de uma nova concepção de acesso à justiça.

Com efeito, a tendência do Direito Processual moderno reflete uma onda de renovação, conforme já assegurado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>341</sup>,

---

<sup>340</sup> COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 101-102.

<sup>341</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

objetivando mudanças por um Direito e uma justiça que seja mais acessível para uma dimensão social, além de outras áreas específicas. Rumo a uma nova concepção do princípio do acesso à justiça, as pessoas podem invocar a jurisdição estatal para a resolução de seus litígios, ou escolher outras formas adequadas auto e heterocompositivas que coexistem, paralelamente, à forma tradicional pelo Poder Judiciário.

## **2.5 Revitalização do Acesso à Justiça e a (des)judicialização da Jurisdição Estatal: enfoque para Arbitragem brasileira**

No Brasil, observa-se ainda uma difusa crença equivocada e irrealista da percepção do acesso à justiça, insuflada pelo estímulo à judicialização dos conflitos em detrimento de outras formas adequadas de solução de controvérsias. Esta concepção tem resultado numa oferta de justiça em massa, decorrente do discurso de uma democratização no acesso ao Judiciário, de forma a vincular a intensidade deste acesso ao exercício de cidadania, o que, na verdade, só faz sobrecarregar a justiça estatal, provocando um significativo crescimento quantitativo de processos ajuizados. “A explosão do número de processos não é um fenômeno jurídico, mas social. Tem a sua origem numa depressão social que se exprime e se reforça através da expansão do direito”.<sup>342</sup>

Visando uma maior efetivação da democracia participativa no Brasil, nosso ordenamento jurídico tem preconizado o fenômeno da (des)judicialização das relações jurídicas nas esferas processual e material, notadamente, cível e empresarial, que ocorre por intermédio do uso de mecanismos adequados com destaque para a arbitragem, como ponto relevante para atenuar ou retirar o monopólio do exercício jurisdicional do Poder Judiciário. Atualmente, muitos procedimentos existentes que estão sob a competência dos magistrados, poderiam passar para o campo administrativo.

Inicialmente, se torna absolutamente necessária à identificação dos pontos sobre os quais se faz necessária uma análise mais acurada que a dimensão constitucional do acesso à justiça impõe, especialmente, na observância do acesso a

---

<sup>342</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 22.

uma ordem jurídica justa, que não pode ser tratada apenas como um simples ingresso em juízo.

Nesse sentido, seria inoperante que a garantia constitucional *da ação* se restringisse apenas nas pretensões das partes ao processo, sem que lhes fossem assegurados um tratamento adequado. Por isso que, o acesso à ordem jurídica justa para Dinamarco<sup>343</sup>, está intimamente relacionado àqueles que recebem justiça, que no entender do citado jurista, significa “[...] ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”.<sup>344</sup>

O direito à tutela jurisdicional encontra-se consagrado nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, a qual expressa que: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ademais, o princípio da ação caracterizado por tal dispositivo, tem ainda como decorrência, a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados, como o disposto no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal<sup>345</sup>, imputando ao Estado a função de promover a assistência aos necessitados no que se refere aos aspectos legais e práticos do acesso à justiça.

Dessa forma, afigura-se que a garantia constitucional do acesso à justiça, não quer significar que deve ser gratuito o processo, tanto que “[...] se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculo ao acesso à justiça, tem-se entendido ser ela inconstitucional por ofender o princípio aqui estudado”.<sup>346</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF editou a Súmula 667: “Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”. A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIV, assegura a

---

<sup>343</sup> “A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que *nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo* e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de *acesso à justiça* (entendida esta como obtenção de soluções justas – *acesso à ordem jurídica justa*) [...]. Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 249.

<sup>344</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 115.

<sup>345</sup> Art. 5º da CF/88: “[...] LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

<sup>346</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193.

todos, independente do pagamento de qualquer taxa, “[...] a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

Para a plenitude do acesso à justiça é indispensável que o juiz ou árbitro em cada caso, cumpra também com o dever constitucional de assegurar as partes a razoável duração do processo e que sua tramitação ocorra de modo célere, consoante norma insculpida no artigo 5º, inciso LXXVIII, que foi acrescentado por força da Emenda Constitucional nº. 45, promulgada em 08.12.2004, em que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”.

É sob esse ideário que impende desconstruir a premissa de que a justiça deva ser administrada, exclusivamente, por seus juízes, pois também, sob uma renovada compreensão democrática de resolução dos conflitos<sup>347</sup>, reporta-se ao instituto da arbitragem como meio heterocompositivo de solucioná-los, em que o artigo 18 da Lei 9.307/1996<sup>348</sup>, assevera de forma expressa que o árbitro é considerado “juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário”. Cumpre ressaltar ainda, que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria, não reconhecer qualquer inconstitucionalidade em confronto com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, no julgamento do processo SE 5.206-7-2001 AgR, Pleno, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004, pp. 00029.

Com efeito, não se encontra no referido comando normativo constitucional menção expressa de monopólio estatal na distribuição da justiça, assim como, também não há qualquer forma de restrição para os seguintes aspectos:

- (i) incentivo para a judicialização de todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito; (ii) vedação ou restrição a que as controvérsias sejam auto ou heterocompostas, fora e além da

---

<sup>347</sup> Esta nova concepção de resolução de conflitos deve ser considerada atualmente como novos processos, pois cada um destes instrumentos passou a consistir em um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente para a composição de um conflito. Alcalá-Zamora Y Castillo, em seu livro de 1947, já falava da processualização de outras formas de composição de conflitos. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 62

<sup>348</sup> BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei da Arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

estrutura judiciária estatal; (iii) compromisso ou engajamento do Estado-juiz quanto à resolução do *meritum causae* e oportuna formação de coisa julgada, e bem assim quanto à duração do trâmite processual ou, ainda, quanto à real *efetividade* do futuro comando judicial, mormente os de índole condenatória, dependentes de execução.<sup>349</sup>

Muitas vezes, tem-se um conceito equivocado de acesso à justiça, restringindo-o apenas em seu sentido formal, qual seja, a possibilidade de ingressar com ação em juízo, para que a parte possa reclamar pela ameaça ou violação de um direito, “mas não abarca o seu sentido material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justas”.<sup>350</sup> Por esse motivo, assegurar o acesso à justiça é propiciar, pela via do processo, a garantia da justiça, como um meio mais rápido e eficaz de oferecer soluções mais justas. No entanto, isto será possível através da função jurisdicional tanto do Estado, exercida por órgãos judicantes compostos de magistrados ou por instituições delegadas pelo poder público estatal, a exemplo, do juízo arbitral, que por intermédio de suas decisões, propiciam “[...] a prática do pleno sentimento da Constituição e das leis, pelo que deve cuidar que as garantias processuais permitam ao cidadão posicionar-se em igualdade nas sedes judiciárias”.<sup>351</sup>

Por outro lado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>352</sup> apresentaram três soluções práticas de renovação do processo civil, para os problemas do acesso efetivo à justiça que emergiram nos países do mundo Ocidental a partir de 1965, cujos movimentos foram denominados de “ondas”, observada sua ordem cronológica: a primeira “onda” – primeira solução desse novo movimento foi a obtenção de reformas da *assistência judiciária* aos hipossuficientes; o segundo movimento ou “onda” procurou melhorar esta forma de acesso, na busca de mecanismos para a *representação jurídica dos interesses metaindividuais, mormente os difusos*, assim

<sup>349</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 28.

<sup>350</sup> SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59.

<sup>351</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias processuais constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 32.

<sup>352</sup> O autor esclarece a coincidência cronológica de posicionamentos em torno do acesso à justiça com os estudos teóricos, afirmando que “O progresso verificou-se um tanto depois, fora dos Estados Unidos. Na Inglaterra, por exemplo, muitos vestígios podem ser localizados através da publicação, em 1968, da Society of Labour Lawyers, *Justice for All*. (Justiça para Todos). London, Fabian Society, 1968, ainda que alguns progressos importantes possam ser localizados até mesmo no final da década de quarenta”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

conhecidos como interesses coletivos ou grupais<sup>353</sup>, sobretudo, nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o mais recente em relação aos demais movimentos, denominado de terceira “onda”, tratou do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, considerada como um novo *enfoque de acesso à justiça*, porque apesar de englobar os posicionamentos anteriores, os ultrapassa de forma articulada e coerente quanto aos meios de atacar os obstáculos em direção a um acesso efetivo. Assim, essa terceira “onda” de reforma possibilita a resolução de conflitos por outras modalidades, fora e além do aparato judiciário estatal, passando pela autocomposição (conciliação e mediação) e pela heterocomposição (arbitragem), cujos institutos são conhecidos como “meios adequados”.

De fato, na realidade atual brasileira, em decorrência desta terceira onda de renovação do processo civil, percebe-se um crescimento notório dos meios adequados ou equivalentes jurisdicionais que, no contexto da facilitação do acesso à justiça propugna por uma nova espécie de processo e de prestação judicial, ou seja, “um processo de perfil não adversarial, isto é, não reduzido à dicotomia ‘vencedor e vencido’, mas, antes apto a desenvolver num ambiente menos tenso, que recepciona as divergências e busca harmonizá-las”.<sup>354</sup> Por isso, há de se convir que a existência de outros modos de resolução de controvérsias além do Judiciário, ajusta-se com o comando normativo constitucional estabelecido no artigo 4º, VII da Constituição, de uma “solução pacífica dos conflitos”.

Com efeito, o fato de essas reformas serem reconhecidas, deu-se especialmente porque receberam estímulos através da afluência econômica e de outras reformas<sup>355</sup> que, desta maneira, modificaram a representação judicial, tanto de

---

<sup>353</sup> O processo coletivo na visão de Ovídio Baptista da Silva é um “instrumento capaz de exercer uma poderosa influência modernizadora do sistema processual”, reportando-o ainda, como “instrumentos que, superando a concepção da ação como expressão de um conflito individual, abre um campo extraordinariamente significativo para o exercício político da solidariedade, permitindo uma visão comunitária do Direito”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 319.

<sup>354</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 66.

<sup>355</sup> CARMONA apresenta uma análise global das reformas ocorridas na vigência do atual Código de Processo Civil, reconhecendo que “a lei nem sempre tem o condão de modificar condutas, comportamentos, idiosincrasias, defeitos e distorções culturais. Tudo virá ao seu tempo. As modificações legislativas, porém, são um primeiro passo e o legislador, mesmo com alguns tropeços, conseguiu notável avanço. Cabe aos operadores fazer sua parte; cabe ao Estado criar os mecanismos necessários à efetivação do que ainda está apenas no papel; e cabe à sociedade reclamar, reclamar sempre, não se conformar nunca: tudo pode ficar muito melhor”. CARMONA,



indivíduos, quanto de interesses difusos, ou seja, como consequência, o “equilíbrio formal de poder entre os indivíduos” também sofreu alterações.

Nesse contexto, a terceira “onda” ou movimento de um novo enfoque à justiça possui um alcance muito mais amplo, cuja tendência exigiria estudos críticos e reforma de todo o aparato judicial. No entanto, esse último movimento emergente de acesso à justiça proporciona uma nova reflexão sobre o sistema judiciário, em que os novos direitos exigem também novos mecanismos que os tornem efetivos. Assim, essa abordagem reconhece a importância de que o processo civil seja adaptado ao tipo de litígio.

Além disso, diante da complexidade da sociedade contemporânea<sup>356</sup>, os litígios diferem em suas características, dependendo de cada caso, alguns poderão ser resolvidos de forma mais simples e menos custoso, enquanto outros são considerados complexos por estarem relacionados ao montante da controvérsia e, deste modo, exige uma análise da situação econômica e posição social dos indivíduos ou da sociedade como parte envolvida, na apresentação das melhores condições de alocação dos recursos para a solução de seus conflitos.<sup>357</sup>

Em determinados tipos de litígios, conforme ressaltado por sociólogos modernos, faz-se necessário verificar ainda o comportamento das partes, pois estas podem ter contatos eventuais ou um relacionamento complexo e delongado, em que “a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos”.<sup>358</sup>

Urge, pois, desmistificar o propalado acesso à justiça e compatibilizá-lo com as características e necessidades da sociedade hipermoderna, mormente, com as limitações orçamentárias do Estado para prover investimentos necessários em face do aumento alarmante da demanda na esfera judicial. Para tanto, esta acessibilidade

---

Carlos Alberto. Quinze anos de reformas do Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 58.

<sup>356</sup> Releva notar sobre a existência de mecanismos que atuam como redutores da complexidade social, os quais se destacam: (i) a definição prévia do que pode ser denominado de “expectativas compartilháveis”, isto é, deve haver um mínimo de previsibilidade na forma como os conflitos serão compostos; (ii) a disciplina do procedimento a ser adotado; (iii) a definição das competências e a organização da função dos agentes responsáveis para a solução dos conflitos. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 87.

<sup>357</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 67 a 72.

<sup>358</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 72.



deve ser vista como uma cláusula de reserva, atuante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas:

(i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas *não necessariamente pela via judicial*, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados *equivalentes jurisdicionais*, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas.<sup>359</sup>

Como visto, existem boas razões para mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos no sentido de melhorar as condições de acesso à justiça, notadamente, quanto à modernização do sistema judiciário e seus procedimentos, assim como em alternativas paralelas<sup>360</sup> ou que sirvam de complemento a esse sistema de solução de litígios tradicional, mediante a utilização de procedimentos simplificados e com julgadores informais e especializados. Isso bem ilustra a ideia dos reformadores que, cada vez mais, se utilizam da instituição do “juízo arbitral, a conciliação e os incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais”.<sup>361</sup>

Sob este aspecto, dentro de uma perspectiva democrática, releva notar uma imprescindível releitura contextualizada, atualizada e renovada do que se entende na atualidade por “acesso à justiça”, com a conseqüente redefinição nos conceitos de

---

<sup>359</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70.

<sup>360</sup> Neste passo, paralelamente a jurisdição estatal, fomenta-se ainda a “solução extrajudicial dos conflitos, com destaque para os termos de ajustamentos de conduta, nos danos e ameaças a interesses metaindividuais Lei 7.347/85, art. 5º, § 6º), o compromisso de cessação de prática sob investigação e acordos de leniência nos conflitos envolvendo a livre concorrência (Lei 12.529/2011, arts. 85, 86); a arbitragem, que, inclusive, opera como pressuposto processual negativo (Lei 8.078/90, art. 18; CPC, art. 267, VII), a convenção coletiva de consumo (Lei 8.078/90, art. 107); as comissões de conciliação prévia na Justiça do Trabalho (CLT, art. 625-D); o plano de recuperação extrajudicial da empresa (Lei 11.101/2005, art. 162); a resolução dos conflitos de microempresários e empresas de pequeno porte mediante conciliação prévia, mediação e arbitragem (LC 123/2006, art. 75)”. Importante registrar que o art. 267, VII citado pelo autor refere-se ao CPC/1973, sendo que pelo CPC/2015, este trata-se do art. 487, VII do referido diploma processual. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 85.

<sup>361</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 81.

jurisdição<sup>362</sup> que ao longo da experiência brasileira tem mostrado que ao Estado se reserva o monopólio da distribuição da justiça – princípio da indeclinabilidade da jurisdição - consoante norma constitucional inserta no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

De registrar, não é qualquer espécie de conflito de interesses que enseja apenas a provocação ao Poder Judiciário, na concepção monopolística da jurisdição. Em uma visão democrática do acesso à justiça, a legislação infraconstitucional “*regulará os casos e as formas de participação direta do povo na administração da Justiça*”.<sup>363</sup>

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 reconhece a prevenção e resolução de conflitos reforçando uma nova concepção e ampliação do acesso à justiça estabelecido pela Constituição Federal, sejam por meios heterocompositivos conforme enunciado no parágrafo primeiro do artigo 3º do CPC que assim dispõe: “É permitida a arbitragem, na forma da lei” ou, em relação aos meios autocompositivos, quando expressamente prevê no parágrafo segundo do aludido artigo que: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e, mais adiante, no parágrafo terceiro referencia quais são as formas autocompositivas que deverão ser incentivadas pelo Estado, *in verbis*: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Por isso, que a atividade jurisdicional pode ser realizada em campos diversos, inclusive, fora da seara estatal, a exemplo, do instituto da arbitragem regulado pela Lei nº. 9.307/1996 atualizada pela Lei nº. 13.129/2015. Dentre os meios adequados, a conciliação e a mediação podem ou não ser oferecidas pelo Poder Judiciário, enquanto que a arbitragem, em regra, considerada como justiça privada em razão de sua lei de regência, também poderá ser prestada pelos Juizados Especiais Estaduais através da instauração do chamado júízo arbitral (artigo 24 da Lei nº. 9.099/95). Estes métodos cooperativos resgatam a legitimidade democrática ao exercício de cidadania,

---

<sup>362</sup> A jurisdição do direito medieval e inspirada no romano era concebida como o “dizer o direito” e não como o “fazer”. No entanto, Alfred Buzaid entendia que o “fazer” era apenas o *posterius* do ato jurisdicional. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 31.

<sup>363</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 319.

na medida em que os próprios interessados possam procurar por si mesmos ou através da intervenção de um terceiro, considerado como agente facilitador, a prevenção ou resolução justa do conflito.

Compreende-se, deste modo, que não existe antinomia ou incompatibilidade entre a jurisdição estatal e os meios adequados de resolução de conflitos, mas antes pressupõe uma harmonização com vistas a uma jurisdição compartilhada.<sup>364</sup> Por essa nova perspectiva, a jurisdição, em sua concepção contemporânea, deixa de ser “centrada no *Poder* – dimensão *estática*, ligada à ideia de *soberania* – para se tornar aderente à *função* (dimensão *dinâmica*) que o *Estado Social de Direito* deve desempenhar no sentido de promover a *resolução justa dos conflitos, num tempo razoável*”.<sup>365</sup>

Assim, deve-se romper com o paradigma do monopólio da jurisdição estatal, em face desta visão atualizada e contextualizada da universalidade da jurisdição<sup>366</sup> (artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal de 1988), ou seja, de que a garantia constitucional do acesso à justiça estatal deve atuar de modo residual ou subsidiário, quando esgotadas as demais possibilidades alternativas de prevenção e resolução de controvérsias, com o propósito de uma composição justa e eficiente.

Essa tendência pela universalização do acesso à justiça é o que se constata na atualidade, principalmente, em prol de sua efetividade e que abrange entre outras matérias, a “mediação paraprocessual voluntária, ampliação das oportunidades da conciliação e da própria arbitragem no curso dos processos judiciais, inclusive medidas alternativas reparadoras no campo penal, com funcionamento nos conceitos da justiça restaurativa”, além da propagação da mediação e arbitragem, mas também por outras modalidades extrajudiciais, “como procedimentos da sociedade civil

---

<sup>364</sup> “A disseminação de órgãos, métodos e instâncias de julgamento fora e além do Judiciário estatal não significa, a rigor, uma *terceirização* ou *privatização* da Justiça, mas antes pode ser vista como uma *expansão* da própria distribuição da justiça, numa releitura do próprio conceito de *jurisdição*, que hoje se desprende da clássica conotação *oficial* ou *majestática*, monopolizada pelo Estado, alterando o curso em direção ao ideal da *justa composição do conflito*, num tempo razoável e sob uma boa equação custo-benefício, independente da instância realizadora”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 259.

<sup>365</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65.

<sup>366</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 116.

enquanto protagonista da solução de conflitos, inclusive por intermédio de núcleos comunitários e/ou instituições administradoras de mediação e arbitragem”.<sup>367</sup>

Em simetria com uma visão cooperativista do processo anteriormente propagada, a proposta do Código de Processo Civil de 2015 prevê ainda em seu artigo 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A propósito, colhe-se do artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988 que não se está apenas sob uma democracia representativa, mas sim, participativa e pluralista, pela qual o zelo pelo bem comum e a pacificação da paz social não é de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, mas também da própria sociedade civil.

Na concepção finalística do Estado Social do Direito, a efetividade na resposta jurisdicional deve estar comprometida com um processo de resultados<sup>368</sup>, voltada à composição justa de conflitos com capacidade para resolver as controvérsias de largo espectro ou de relações complexas, seja através da jurisdição estatal ou privada. Nesse passo, deve, portanto, procurar eliminar concretamente com justiça as insatisfações e os conflitos, fazendo cumprir o Direito, com a finalidade de alcançar “uma resposta de qualidade: justa (equânime, ponderada); jurídica (tecnicamente consistente e suficientemente motivada); econômica (balanço positivo no custo-benefício), tempestiva (razoável duração: CF, art. 5º, LXXVIII – EC 45/2004)”, além dessas respostas qualificadas, acrescenta-se como atributos que seja “razoavelmente previsível (contrapondo-se à loteria judiciária) e idônea a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado [...]”.<sup>369</sup>

Para consecução dessa efetividade é que o atual Código Processual através de seu artigo 4º inclui a atividade satisfativa no direito subjetivo público de ação, assim como no conteúdo ocupacional do juiz.<sup>370</sup> No entanto, para que ocorra esse desiderato, é necessário reaparelhar o direito processual com os instrumentos

---

<sup>367</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações*. São Paulo: Método, 2008. p. 44.

<sup>368</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

<sup>369</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 271 e 272.

<sup>370</sup> “Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

adequados à solução dos conflitos, para o cumprimento de toda essa complexa missão.

Com o aprimoramento dos meios adequados de tratamento adequados de resolução dos conflitos, altera-se a estrutura vigente através da modernização dos mecanismos de acesso à justiça. Nesse panorama, considerando a ideia de universalidade da proteção jurisdicional focada no principal fundamento de pacificação social, “as técnicas de revitalização das vias alternativas que, embora nem sempre jurisdicionais, se colocam num quadro amplo de política judiciária, como meios de solucionar conflitos fora do processo e sem necessidade deste: a conciliação e a arbitragem [...]”,<sup>371</sup> reconhecidos como importantes instrumentos “de desafogo da litigiosidade contida”, na expressão de Kazuo Watanabe<sup>372</sup>. Compreende-se esta litigiosidade para aqueles litígios que esperavam solução, mas que antes não eram trazidos pelas partes ao Poder Judiciário, em face dos obstáculos anteriormente demonstrados.

Em proporção inversa, a Justiça Estatal procurou com a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Federais<sup>373</sup>, atenuar a sobrecarga dos demais órgãos judiciais, como meio de proporcionar a facilitação do acesso à justiça em observância à universalidade ou ubiquidade da jurisdição, expressa no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. No entanto, infelizmente, esta medida acabou por retroalimentar a demanda de outros conflitos que antes não eram apresentados ao Judiciário.<sup>374</sup>

---

<sup>371</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 10.

<sup>372</sup> Dentre vários autores que trataram sobre o grau de litigiosidade inerente a complexidade social na contemporaneidade, destaca-se Kazuo Watanabe como um dos precursores estudiosos sobre o acesso à justiça, demonstrando que a complexidade moderna afeta os sistemas econômicos e jurídicos, necessitando de uma revisão de seus instrumentos jurídicos. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 131.

<sup>373</sup> O CNJ através da Emenda 2, no ano de 2016, alterou e acrescentou dispositivos legais a Resolução nº. 125/2010, com a finalidade de estabelecer que os Tribunais a criarem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejusc), para a realização das audiências de conciliação e sessões de mediação, assim como, atendimento e orientação ao cidadão. (art. 8º). BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Emenda 2, de 8 de março 2016. *Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>374</sup> Para Werneck, “[...] o legislador da Carta de 1988 constitucionalizou os Juizados Especiais, cuja experiência prévia em poucos Estados da Federação se demonstrara eficaz no acolhimento das “pequenas causas”, mais uma vitória da *intelligentia* jurídica nos debates legislativos de então, dado que os partidos, principalmente os de esquerda, se achavam, por tradição doutrinária, bem mais desatentos do que hoje, à importância dos aspectos institucionais para a democracia, em particular os referidos ao Judiciário. A posterior institucionalização nos diferentes Estados da Federação dos

Com efeito, seria importante que tanto os serviços jurisdicionais estatais ou paraestatais (auto e heterocompositivos) funcionassem de forma equilibrada, sem competição, pois, “para que os meios alternativos sejam eficientes, é fundamental que haja a possibilidade de uma opção idônea entre a solução contenciosa e consensual, o que não ocorre no caso de uma das opções apresentarem-se morosa, caótica e ineficiente”. Nesse sentido, mesmo diante da contemporânea sociedade massificada e conflitiva, afasta-se “a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes.”<sup>375</sup>

Contudo, é notório o crescimento quantitativo e qualitativo dos meios de tratamento adequados de solução de conflitos, seja pela informalidade, rapidez ou sigilo, em que pese, ainda, haver resistência na utilização desses meios por alguns operadores do Direito ou até mesmo por desconhecimento da população pela falta de informação quanto à prática desses alternativos mecanismos. Nas palavras de Antônio de Pádua Ribeiro, “esses institutos se inserem num contexto mais amplo de realização plena da justiça.”<sup>376</sup>

A Câmara de Comércio Internacional – CCI editou em 2001, regras sobre ADR (*Alternative Dispute Resolution ou Amicable Dispute Resolution*). Tais regras se encontram no chamado Regulamento ADR (em vigor a partir de 1º de julho de 2001) e na Guia ADR da CCI.<sup>377</sup> O Regulamento visa permitir às partes anuírem acerca da técnica mais apropriada para auxiliá-las a resolver o seu conflito. Conforme o Regulamento, se não houver acordo entre as partes sobre a técnica mais apropriada para solução de seu conflito, a CCI aplicará a mediação para solucioná-lo, todavia, as regras se aplicam, exclusivamente, a disputas sobre questões comerciais.

---

Juizados Especiais Cíveis e Criminais propiciou um canal novo de expressão ao processo de democratização social, pela facilitação do acesso à justiça. VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 43.

<sup>375</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 43.

<sup>376</sup> RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Instalação da corte brasileira de arbitragem comercial*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/stj/instituc/Discursos/DiscursosArbitragemComercial.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>377</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 65.



No jargão da literatura jurídica anglo-saxônica, ADRs – *Alternative Dispute Resolutions* constituem os Sistemas Alternativos de Resolução dos Conflitos<sup>378</sup>; na França, os MARCs – *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits*; na Argentina e demais países ibero-americanos, as RADs – *Resoluciones Alternativas de Disputas*; e, no Brasil, os MASCs – *Meios Adequados de Solução de Conflitos*, uma sigla que representa um novo tipo de cultura na solução de litígios, distanciada dos clássicos combates entre autor e réu ocorridos perante a justiça estatal e mais centrada nas tentativas para negociar harmoniosamente a resolução desses conflitos, direcionadas à pacificação social, em que são utilizados métodos cooperativos.

Em face de uma nova realidade informatizada, especialmente decorrente do comércio eletrônico, a arbitragem também surge para solucionar as controvérsias no âmbito virtual e *online*. Essas expressões apresentam-se com significados distintos, pois enquanto a terminologia virtual manifesta-se como algo que ocorre no ambiente eletrônico<sup>379</sup>, referente a um grau completo de informatização, a expressão *online* alude a conexão de uma determinada coisa à rede mundial de computadores. Dessume-se então, que nem tudo que seja considerado virtual está relacionado à internet, como na hipótese de seu funcionamento em circuito interno e fechado. Assim, a arbitragem virtual é definida como "aquela que não possui quase nenhuma ligação com o mundo concreto, passando-se inteiramente no ciberespaço".<sup>380</sup>

Nesse sentido, os termos ODR – *Online Dispute Resolution* ou OADR – *Online Alternative Dispute Resolution* são usados para a arbitragem informatizada

---

<sup>378</sup> Sob o perfil histórico, “embora comumente se faça referência aos meios não estatais de resolução de controvérsias (*ADRs – alternative dispute resolutions*, na experiência norte-americana) como instrumentos *alternativos*, em verdade essa nomenclatura induz a um equívoco, qual seja o de que esses *outros meios* teriam advindo *após* a Justiça Estatal, ao passo que a realidade histórica evidencia que os casos de autotutela é que foram pioneiros e iterativamente empregados na antiguidade e Idade Média, antes, portanto, da perfeita instituição da Justiça estatal. [...] Já a Justiça estatal adveio como um *posterius*: gradativamente, foi avocando o processo e julgamento das controvérsias não auto ou heterocompostas, à proporção em que os casos de autotutela foram se reduzindo a poucas e singulares hipóteses [...]. Essa lenta e gradual evolução culminou com a atribuição exclusiva ao Estado do *jus puniendi*, e a conseqüente criminalização da justiça de mão própria”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 56 e 260.

<sup>379</sup> O termo eletrônico e digital refere-se a “expressões que serão usadas para significar componentes que se dão na tela do computador. Reporta-se, principalmente, à forma como a informação é registrada na memória do computador ou seus repositórios externos (*flash-drives*, CDs, *Skydrive* etc.)”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

<sup>380</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.



como meio de solução de disputas, diferenciando-se da arbitragem tradicional apenas quanto ao seu aspecto formal, mantendo a mesma natureza. Sobre essas expressões, os juristas estrangeiros<sup>381</sup> apontam o seu significado como “solução de disputas comerciais por meio de procedimentos de ADR conduzidos com o uso, total ou parcial, da Internet e da TI”.<sup>382</sup>

Independente do modelo ou sistema utilizado pela arbitragem, o que afigura-se fundamental para qualquer meio de resolução de controvérsias é a (re)vitalização da justiça, de forma globalizada, que tem deixado claro o dever de colaboração das partes com a solução de suas disputas, no sentido de se alcançar um processo justo, eficiente, rápido e econômico. Esse panorama, reforçado pelo movimento crescente dos meios ou métodos adequados tem causado impacto na justiça convencional de diversos países.

No sistema inglês, o Código Processual de 1998 produziu as novas regras do processo civil – *Civil Procedure Regras* - (CPR), conhecidas por “Reformas Woolf”, com a finalidade de transformar a cultura de litígios do sistema de justiça da Inglaterra, saindo de um Código “de um estilo antagônico para um *ethos* mais cooperativo”.<sup>383</sup> Dentre as várias premissas do Código Processual inglês, destacam-se o melhoramento do acesso à justiça e redução de custos nos processos contenciosos, o incentivo aos acordos e o estímulo à resolução alternativa de conflitos (ADR).<sup>384</sup> Um dos princípios mais importantes do processo civil inglês moderno, refere-se aos modos alternativos de composição dos litígios (ADR)<sup>385</sup>, em que se procura fomentar

---

<sup>381</sup> HALOUSH, Haitham A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. *Journal of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, nº. 3, p. 355, jun. 2008.

<sup>382</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

<sup>383</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 53.

<sup>384</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45.

<sup>385</sup> As variedades de modos de resolução de conflitos e o espectro das ADR que ocorrem “perante os tribunais ingleses são: (i) negociação entre as partes, conduzindo a um acordo: esta é a maneira mais comum de se encerrarem as controvérsias [...]; (ii) mediação ou conciliação [...]; (iii) arbitragem [...]: tende a ser uma maneira muito formal de proceder; a arbitragem comercial realizada na Inglaterra pode reproduzir muitos aspectos dos processos comerciais que tramitam perante a High Court, embora esta tendência seja lamentável [...] e deva ser evitada”. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 368.

uma cultura de acordo como política oficial, através da liberdade dos litigantes na realização de acordos, além do controle sobre o seu conteúdo substancial.<sup>386</sup>

O estímulo ao acordo é visto como um objetivo digno, tanto para os interessados como para a administração da justiça como um todo. Uma parcela muito alta de ações civis inglesas não termina em sentença, em face dos protocolos pré-litígio que regem o processo da negociação, com incentivo às partes na realização do acordo antes do processo. Do mesmo modo, a diminuição da quantidade de processos que não chega até o julgamento tem sido uma prática corrente também nos Estados Unidos.<sup>387</sup>

Na lei alemã, o controle das partes com relação ao âmbito dos processos baseia-se em princípio extremamente relevante. Peter Murray e Rolf Stürner citados por Neil Andrews explicam que as partes têm controle sobre a natureza e a finalidade do processo civil com base no “(*Dispositionsmaxime*) é um princípio de orientação fundamental da justiça alemã e encontra expressão na lei escrita e nas normas da Corte, bem como na tradição e na prática (também referidos como *Parteiprinzip*)”.<sup>388</sup>

Na doutrina, observam-se alguns embates travados referente a terminologia tradicional utilizada como “meios alternativos” de solução dos conflitos. Numa visão contemporânea da sociedade, em que se espera maior grau de civilidade das pessoas, especialmente neste terceiro milênio, releva notar que há uma tendência para que as controvérsias sejam, num primeiro momento, resolvidas de forma direta entre os sujeitos interessados na solução ou com auxílio de um terceiro, como ocorre na negociação, conciliação e mediação.

No entanto, se o conflito não for solucionado por um desses métodos autocompositivos, as partes envolvidas poderão recorrer aos meios heterocompositivos através do processo estatal ou arbitral. Sob este aspecto, os verdadeiros meios alternativos de solução de conflitos seriam as fórmulas

---

<sup>386</sup> O processo do acordo na Inglaterra é compreendido como “uma manifestação de duas ‘liberdades’: a liberdade contratual e a liberdade dos litigantes para delimitar seus pedidos e defesas e praticar atos de disposição, nos termos combinados”. ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 343.

<sup>387</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 347-348.

<sup>388</sup> ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 345-346.

heterocompositivas e não os autocompositivos, conforme diferenciados por suas técnicas de resolução.<sup>389</sup> Diante dessas circunstâncias, para que esta contradição seja evitada, Carmona sustenta que, “[...] soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos. Um sistema multiportas<sup>390</sup> de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto”.<sup>391</sup>

A arbitragem, a mediação e a conciliação são três exemplos do que se convencionou chamar “métodos alternativos de solução de conflitos” (em inglês “*alternative dispute resolution*” ou “ADR”). O termo *alternativo* diz respeito ao fato de serem opções ao método tradicional de solução de conflitos: o Poder Judiciário.

Hodiernamente, a expressão *métodos adequados* (ou “*adequate/appropriate dispute resolution*”) a partir da constatação de que os conflitos são diferentes entre si, tanto em complexidade, quanto em peculiaridade – e, assim, requerem ferramentas distintas para serem solucionados.

Ademais, os ADRs não são simples alternativas ao Judiciário e tampouco este deveria ser a única e ou a principal via de solução dos conflitos, como acontece em nosso país e na maior parte dos países de tradição civilista. Os ADRs são mecanismos baseados na especialização e adequação de cada método a certo tipo de disputa. (grifo no original)<sup>392</sup>

No Brasil, implantou-se o Tribunal Multiportas através da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de justiça, de 29 de Novembro de 2010, que institucionalizou a

---

<sup>389</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32-33.

<sup>390</sup> “Em um congresso realizado no ano de 1976, Frank Sander, professor da Faculdade de Direito de Harvard, sugeriu a adoção daquilo que batizou de *multi-door courthuse*. A proposta indicava que, quando o jurisdicionado se dirigisse ao Estado para se servir do instrumento de solução de conflitos disponibilizado, não encontrasse somente a jurisdição, mas outras ‘portas’, com outros mecanismos disponíveis, como a mediação, a conciliação e a arbitragem. O sistema concebido por Sander visava que a jurisdição fosse reservada aos casos em que se mostrasse mais apropriada, evitando-se a sobrecarga e a paralização dos tribunais em casos nos quais as habilidades específicas das cortes não são necessárias. O enfoque linear é propício para a utilização no sistema denominado multiportas”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo código de processo civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 143.

<sup>391</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 33.

<sup>392</sup> COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 101-102.

“Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.<sup>393</sup>

O Tribunal Multiportas é um mecanismo possível que oferece a possibilidade de forjar as regras culturais que podem apoiar ou modificar paulatinamente as leis. Além disso, essa experiência também ofereceria a possibilidade de criar, com o tempo, novas regras culturais para a resolução de conflitos e diferenças. O Tribunal Multiportas, juntamente com a criação de leis internas sustentáveis através de um processo participativo de construção de consenso, tem a capacidade de desviar as normas dos paradigmas de exclusão e de menosprezo pelas leis, em direção a padrões de integração cultural mais inclusivos e harmoniosos.<sup>394</sup>

Nesse contexto, o Estado disponibiliza a sociedade brasileira através desse Tribunal Multiportas, um sistema com vários métodos adequados de resolução de disputas através dos meios consensuais de pacificação social, não se restringindo apenas a decisão imposta por uma sentença judicial prolatada tradicionalmente ao processo clássico estatal. A Resolução nº. 125/2010 é caracterizada pelo Tribunal Multiportas, por entender que as opções de livre escolha das partes interessadas, “(mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.), representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito”.<sup>395</sup>

Alguns pontos importantes desta resolução apresentam os seguintes destaques em seus considerandos: i) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como *acesso à ordem jurídica justa*; ii) direito de todos os jurisdicionados à solução dos

---

<sup>393</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 125, de 29 de novembro 2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>394</sup> CRESPO, M. H. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de solução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 84. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10361>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>395</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 62.

conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a *utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos*, como a mediação e a *conciliação*; iii) *obrigatoriedade de oferecimento de serviços* de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença; iv) *preocupação pela boa qualidade desses serviços de resolução de conflitos*, com a adequada capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanente dos mediadores e *conciliadores*; v) *disseminação da cultura de pacificação*, com apoio do CNJ aos tribunais na organização dos serviços de tratamento adequado dos conflitos, e com a *busca da cooperação* dos órgãos públicos e das instituições públicas e *privadas da área de ensino*, para a criação de disciplinas que *propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos de interesses*.

Além dos pontos abordados acima, vale consignar o ideário do próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no reconhecimento de que o direito de acesso à justiça previsto constitucionalmente vai além da vertente formal existente do Poder Judiciário, pois, através de outros mecanismos de solução de conflitos, a teor do que prossegue dita Resolução, estes são considerados “instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.<sup>396</sup>

Todavia, com a explosão da litigiosidade que ainda estigmatiza a sociedade brasileira contemporânea, aliada com a morosidade e custos dos processos, burocratização da justiça e mentalidade dos juízes, que tem comprometido o aperfeiçoamento do aparato judiciário e da administração da Justiça, a par da perda de eficiência e prestígio dos serviços judiciários estatais, que comprometem a credibilidade do Poder Judiciário, o nosso ordenamento jurídico tem procurado alterar esta cultura demandista mediante outros meios compositivos, rumo a desjudicialização do conflito. Por conseguinte, do processo, a exemplo, da Justiça de Paz, de utilidade nas questões de família, casamento e de vizinhança (artigo 98, II, CF/88); Justiça Desportiva (artigo 217, § 1º, CF/88); atribuição aos Tabeliães para

---

<sup>396</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º. 125, de 29 de novembro 2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

realizarem através de escritura pública, separações e divórcios consensuais e inventários com herdeiros maiores e sem litígio (Lei nº. 11.441/2007 e Resolução CNJ 35/2007), além de outras modalidades auto e heterocompositivos.

Sob este contexto, diante da (des)monopolização do Estado para outros meios de resolução de conflitos, em nosso país, algumas desavenças na área empresarial devem e podem ser resolvidos no âmbito da arbitragem (Lei nº. 9.307/96), assim como, a Lei nº. 10.931/04, que além de regular matéria de direito real, como patrimônio de afetação e cédulas de crédito, admite o processo extrajudicial de retificação registral imobiliária. Tem-se ainda, a Lei nº. 11.101/05, que atualizou o processo falimentar do empresário e da sociedade empresária, substituindo a concordata pela recuperação judicial e criando a recuperação extrajudicial, além da instituição da Justiça de Paz, de utilidade nas questões de família, casamento e de vizinhança (artigo 98, II, CF/88), Justiça Desportiva (artigo 217, § 1º, CF/88) e de outras modalidades compositivas administrativas que engendram possibilidade de desafogo dos serviços jurisdicionais prestados pelo Estado.

Efetivamente, os primeiros passos que iniciaram rumo à democratização do processo surgiram com a criação dos Juizados Especiais, Lei da Arbitragem e utilização dos meios autocompositivos (negociação, conciliação e mediação), tanto na esfera judicial como extrajudicial, com ênfase na busca da harmonia e pacificação social, anseio de toda a sociedade. Infelizmente, o próprio Juizado Especial assim como os demais órgãos do Poder Judiciário, em razão de suas enormes limitações e carências, aliado por um excesso de formalismo em seus procedimentos, custos elevados e demora na prestação jurisdicional que, na maioria das vezes, ao invés de solucionar, acaba por perpetuar o conflito visto que a decisão é imposta no processo judicial, geralmente, não traz a tão almejada paz social.

Cahali afirma que a iniciativa difundida pelo Conselho Nacional de Justiça estimulou frutos não apenas na ordem legislativa, mas a ponto de disseminar uma nova cultura de solução consensual participativa, despertando a conscientização dos juristas e legisladores, notadamente, diante da reforma do Código de Processo Civil em 2015, em que “a mediação e a conciliação tenham especial destaque, introduzida



sistemática pela qual, como regra, estes meios amistosos de solução de conflito passam a representar uma etapa especial do processo”.<sup>397</sup>

Deve-se refletir, nesse particular, o caráter de soberania que é atribuído ao Estado contemporâneo e que não pode ser visto mais de modo absoluto, conforme assertiva de Gustavo Zagrebelsky<sup>398</sup>: “A formação de centros de poder alternativos e concorrente com o Estado que operam no campo político, econômico, cultural e religioso, frequentemente em dimensões totalmente independentes do território estatal”. Hodiernamente, releva notar a flexibilização do conceito de jurisdição para outros entes autorizados pelo Estado Moderno, a exemplo, do caráter jurisdicional da arbitragem brasileira como mais uma via propícia à solução de conflitos, contribuindo substancialmente para o desenvolvimento das instituições jurídicas como instrumento de pacificação social.

A experiência de alguns países desenvolvidos da Europa e os Estados Unidos na resolução das controvérsias arbitrais<sup>399</sup> tem contribuído na consolidação do alcance e conteúdo da arbitragem, no plano constitucional e infraconstitucional, sobretudo, em relação à flexibilização da soberania estatal diante da integração de sociedades relacionadas em instâncias supranacionais.<sup>400</sup>

Evidente que reformas legislativas não são suficientes para extirpar a cultura litigiosa que impera em nosso país, no entanto, tanto a partir da edição da referida Resolução, assim como as recentes mudanças legislativas que culminaram com o advento da nova codificação processual civil e outras, a exemplo da regulamentação da mediação (Lei nº. 13.140/2015) e a Lei nº. 13.129/2015, que modernizaram o instituto da arbitragem, traçaram importantes medidas que foram adotadas a fim de

<sup>397</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 44.

<sup>398</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 11-12.

<sup>399</sup> “Diversas entidades concorreram de forma substancial para a implementação dos métodos alternativos para a solução de disputas (através dos programas designados por Alternative Dispute Resolutions – ADRs), entre elas a American Arbitration Association – AAA, sediada em Nova York e com filiais em grande parte do território dos Estados Unidos e em algumas localidades estrangeiras, a Câmara Internacional do Comércio – CIC, de Paris (com arbitragens usualmente levadas a efeito em dezenas de países, envolvendo partes e árbitros das mais variadas nacionalidades), e a própria ONU. No âmbito acadêmico, os programas ADR da Harvard Law School se destacam como dos mais avançados e respeitados em todo o mundo”. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A arbitragem no Brasil e no âmbito do comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 2.

<sup>400</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Teoria da arbitragem*. São Paulo: Rideel, 2012. p. 21.



facilitar o acesso à justiça e que as partes cheguem de forma célere e menos desgastante à resolução da demanda, disseminando-se assim, uma nova cultura da pacificação.<sup>401</sup>

---

<sup>401</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

### **3 O SISTEMA ARBITRAL NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO: INSTRUMENTO ADEQUADO PARA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS CONTRATUAIS**

Em detrimento a uma cultura do litígio presente na sociedade hipermoderna, aliada aos dissabores pela demora e ineficiência do Poder Judiciário na prestação jurisdicional, o direito processual arbitral passou a ser caracterizado como um instrumento social e democrático, por ser mais atrativo para a solução de conflitos de natureza privada, com possibilidades de ser mais acessível a todos.

Assim sendo, a arbitragem como meio de resolução de conflitos é considerada hodiernamente uma necessidade, tanto que o desenvolvimento do processo arbitral no cenário nacional passou por uma atualização em razão da reforma da sua lei de regência e, notadamente, em decorrência da novel legislação processual civil brasileira.

#### **3.1 A regência jurídica da Arbitragem brasileira e a observância das Garantias Constitucionais**

Os conflitos são resolvidos por métodos de composição não adversarial ou consensuais (autocomposição) ou ainda, adversarial (heterocomposição), segundo entendimento do renomado jurista Dinamarco.<sup>402</sup> Nas formas autocompositivas, as próprias partes, entre elas ou com auxílio de terceiro(s) encontram a solução através da transação, conciliação ou mediação. A resolução dos conflitos heterocompositivos ocorre quando as partes terceirizam para um terceiro imparcial o julgamento da controvérsia, com destaques para a jurisdição estatal e a arbitragem.

Com origem remota, a arbitragem por ser tão antiga quanto a própria existência da humanidade, perpassa necessariamente pela análise da formação do Estado e de suas funções. Pela coexistência de vários tipos de Estados, esta formação decorreu de um processo milenar e homogêneo, subsistindo a dificuldade de delimitar-se uma linha entre jurisdição estatal e arbitragem, diante do entrelaçamento histórico desses institutos.

---

<sup>402</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 31.

Por sua vez, no Estado Moderno caracterizado pela centralização do Estado e o monopólio da jurisdição, tem imperado pela cultura jurídica do século XIX, ou seja, a indicação da lei positiva como fonte de Direito, todavia, historicamente, são encontradas várias passagens que remetam a aplicação da lei e do Direito, assim como da equidade, aplicáveis ao mérito da controvérsia.<sup>403</sup>

O instituto da arbitragem é previsto no Brasil desde 1603 pelas Ordenações Filipinas, denominada sob o Título XVI, “Dos Juízes Árbítrios”. A Constituição Política Imperial de 1824<sup>404</sup>, através do disposto em seu artigo 160, também fez referência nas Ordenações do Reino e, posteriormente, o Regulamento 737, de 1850<sup>405</sup>, assim como, o Código Comercial de 1850<sup>406</sup>, igualmente, previam a arbitragem obrigatória para a resolução dos conflitos decorrentes da locação mercantil e sociedades. Contudo, a promulgação da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, também conhecida como - Lei Marco Maciel – grande incentivador do instituto, foi a consagração legal que efetivamente instituiu a arbitragem no cenário brasileiro.

Nesse contexto, ressalta-se uma breve retrospectiva dos traços históricos da arbitragem brasileira:

---

<sup>403</sup> “Na maioria dos Estados modernos, a jurisdição estatal é exercida de forma permanente, por funcionários públicos com dedicação exclusiva, em estruturas preexistentes de litígio. De outra parte, a arbitragem moderna caracteriza-se pela escolha de pessoas, [...] para a decisão de um caso específico, fora do procedimento judicial estatal. Todavia, tais categorias nem sempre podem ser encontradas com clareza na evolução histórica. [...] Desde tempos imemoriais o soberano tomou para si a função de administrar a justiça ou ao menos o modo em que a solução de controvérsias deveria se desenrolar. Entretanto, em tais primórdios, nem sempre houve um grau de institucionalização da administração que permitisse ver com clareza a diferença entre jurisdição estatal e arbitragem privada, tampouco a inter-relação entre tais esferas, ou seja, o modo com que formas privadas de solução de controvérsias eram aceitas como o julgamento final de uma matéria, sem que se passasse pela jurisdição estatal”. VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20-21.

<sup>404</sup> O artigo 160 da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, expressa que: “Prevendo que, nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, ‘poderão as partes nomear juízes árbitros’, cujas sentenças serão ‘executadas sem recursos, se assim o convencionarem ambas as partes’. E mais o art. 161 prescrevia que ‘sem fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum’, na esfera privada”. MACIEL, Marco. *Arbitragem e avanço institucional*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/201155>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>405</sup> Arts. 411 a 475 do Decreto 737, de 25 de novembro de 1850. BRASIL. Planalto. Decreto nº. 737, de 25 de novembro de 1850. *Determina a ordem do juízo no processo comercial*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>406</sup> Arts. 245 (locação mercantil) e 294 (conflitos entre sócios) da Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. “Art. 245 - Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral. [...] Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”. BRASIL. Planalto. Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. *Código comercial*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017. Essa legislação foi parcialmente revogada pela Lei nº. 10.406, de 10 janeiro de 2002.

Primeiramente, a arbitragem foi prevista pelas Ordenações Filipinas, no seu Livro II, Títulos XVI, LIII, XVII. A partir daí, o Código Comercial Brasileiro de 1850 estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia (arts. 294 e 348). Entretanto, o Regulamento 737, de 1850, primeiro diploma processual codificado, restringiu tal obrigatoriedade estritamente às causas comerciais. Diante dessa posição, apareceu a Lei 1.350, de 1866, que revogou tais dispositivos, e o Código Civil de 1916, que reduziu a arbitragem a mero compromisso (arts. 1.037 a 1.048). Os Códigos de Processo Civil de 39 e 73 também dispuseram da mesma forma, nos seus arts. 1.031 a 1.040 e 1.072 a 1.102, respectivamente, o que garantiu ao instituto uma versão facultativa em vigor até o advento da lei.<sup>407</sup>

De forma diversa do modelo previsto na legislação brasileira, a Convenção do Panamá sobre arbitragem (1975) foi aprovada através do Decreto Legislativo sob o nº. 90/1995, aplicável às relações comerciais internacionais<sup>408</sup>. “Neste ambiente, veio, então, a Lei 9.307, de 23.09.1996, conferindo ao instituto nova formatação, atual, dinâmica, segura e eficiente, como é de se esperar desta forma de solução de conflito”.<sup>409</sup>

Todavia, várias foram as tentativas anteriores à edição da lei de regência da arbitragem, para incorporar no sistema jurídico brasileiro, a eficácia e credibilidade do seu instituto, em que pese o papel meramente figurativo dessa forma de solução de conflitos expresso no Código Civil de 1916<sup>410</sup>, assim como nos Códigos de Processo Civil de 1939<sup>411</sup> e de 1973<sup>412</sup>.

---

<sup>407</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 214.

<sup>408</sup> Antes da regulamentação da lei de regência da arbitragem, o Brasil ratificou vários tratados, protocolos e acordos internacionais que contribuíram para o reconhecimento do seu instituto no cenário brasileiro, a exemplo do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais (1923), ratificado pelo Brasil em 1932 (cuja incidência foi diversas vezes prestigiada pelo Poder Judiciário brasileiro, mesmo em contratos celebrados antes do advento da Lei de Arbitragem, conforme precedentes do STJ, REsp. 712.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.09.2005 e o REsp 791.260/RS, Rel. Min. Paulo Furtado, j. 01.07.2010); Convenção do Panamá (1975); Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiras ou Convenção de Montevideu (1979); Protocolo de Las Leñas (1992).

<sup>409</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

<sup>410</sup> Arts. 1.037 a 1.048 da Lei 3.071/1916.

<sup>411</sup> Arts. 1.031 a 1.035 do Decreto-lei 1.608/1939.

Na década de 1980, três anteprojetos sobre arbitragem foram publicados para consultas pelo Poder Executivo, mas, sem sucesso. Tal fracasso deu-se em razão da crença cultural do monopólio da jurisdição estatal, aliada a ausência de profundo conhecimento sobre a matéria.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e mesmo diante da reafirmação do princípio da inafastabilidade do acesso à justiça estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, o cenário jurisdicional passou a aspirar mudanças, notadamente, visando assegurar maior participação e proteção aos cidadãos. A partir dessa perspectiva, iniciou-se um movimento denominado “Operação Arbiter” no ano de 1991, liderado pelo eminente advogado pernambucano Petronio Muniz, o qual arregimentou juristas, parlamentares e outros operadores do Direito, com vistas à elaboração de um consistente anteprojeto de lei sobre arbitragem, para encaminhamento ao Congresso Nacional.<sup>413</sup>

Nas palavras de Petronio Muniz, com a Operação Arbiter implantou-se no ordenamento jurídico brasileiro um meio em que fosse assegurado às partes que estão em litígio, escolher por elas próprias o foro “[...] mais adequado para dirimir as suas diferenças de forma rápida e eficaz, a um só tempo, prestigiava-se a cidadania, homenageava-se a Justiça como valor primeiro, reforçando-se a própria Democracia e o Estado de Direito no qual ela deve assentar-se”.<sup>414</sup>

No Brasil, Cahali<sup>415</sup> demonstra que diante da sobrecarga de processos que tramitam perante o Poder Judiciário, havia a previsão da instauração do juízo arbitral pela Lei nº. 7.244/1984 (Juizados Especiais de Pequenas Causas), posteriormente,

---

<sup>412</sup> Arts. 1.072 a 1.102 e Arts. 101; 267, VII; 301, VII; 520; 575, III e IV; 584, III e VI; 814, parágrafo único, todos da Lei 5.689/1973.

<sup>413</sup> “Nascia a chamada Operação Arbiter, cuja exitosa desembocadura se deu cinco anos depois, em 23.09.1996, com a sanção presidencial da Lei 9.307/1996, a partir de projeto elaborado por três eminentes especialistas que, à época, Dr. Petronio teve a sensibilidade – e inquestionável acerto – de identificar e convidar para tão histórica tarefa: os ilustres Professores Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins”. GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 5.

<sup>414</sup> MUNIZ, Petronio R. G. *Operação arbiter*: a história da lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005. p. 27.

<sup>415</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 39.

substituída pela Lei nº. 9.099/1995, no âmbito de competência dos juizados especiais estaduais<sup>416</sup>.

A arbitragem tem demonstrado um notável crescimento e efetividade no Brasil, mérito este atribuído em grande parte a lei de regência do seu instituto, que introduziu importantes modificações em sua estrutura jurídica e que, após longas discussões jurídicas, foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Superado o embate judiciário acerca do caráter vinculante da cláusula compromissória, a Corte Suprema decidiu no ano de 2001, por maioria dos votos, não reconhecer qualquer inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, no julgamento de pedido homologatório de sentença arbitral estrangeira (Reino de Espanha).

Em apertada síntese, colhem-se da decisão os seguintes entendimentos:

[...] 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade

---

<sup>416</sup> Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Os arts. 21 a 26 da Seção VIII tratam da “Conciliação e do Juízo Arbitral”, assim prevendo que: “Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º. O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º. O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos. Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade”.

(art.18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).<sup>417</sup>

Ao comentar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da arbitragem, renomados juristas tem se pronunciado no sentido de reafirmar que o texto constitucional que trata da inafastabilidade do Poder Judiciário, em momento algum, proíbe que pessoas capazes em sua livre manifestação de vontade, optem pela instituição da arbitragem ao invés da jurisdição estatal para a resolução de conflitos de cunho patrimonial, considerando que, “[...] não se exclui direito algum do cidadão ou se retira qualquer poder do Estado, pois os litigantes, quando se definem pela arbitragem, *exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade*”.<sup>418</sup>

Não há qualquer vício de inconstitucionalidade na instituição da arbitragem, que não é compulsória; trata-se de opção conferida a pessoas capazes para solucionar problemas relacionados a direitos disponíveis. Não se admite arbitragem em causas penais. Ademais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 consagra a arbitragem em nível constitucional, no âmbito trabalhista (art. 144, §§ 1º e 2º, CF/1988).<sup>419</sup>

A adoção desse meio adequado de resolução de controvérsias foi inspirada na regulamentação da arbitragem, segundo diretrizes adotadas pela comunidade internacional, nos moldes da Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958, da Convenção do Panamá de 1975, assim como da Lei Modelo do UNCITRAL para Arbitragem Comercial Internacional.<sup>420</sup>

Assim, após a confirmação da constitucionalidade da Lei nº. 9.307/1996 pelo STF, o Brasil passou a ser um dos países signatários da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, através

---

<sup>417</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206, da Espanha*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 12 de janeiro de 2001. DJ 30.04.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>418</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 174.

<sup>419</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1. p. 170.

<sup>420</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A arbitragem no Brasil e no âmbito do comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2017.



do Decreto Presidencial brasileiro nº. 4.311, de 23 de julho de 2002<sup>421</sup>, restando consagrado, portanto, o arcabouço jurídico sobre o instituto da arbitragem brasileira, tanto no plano nacional como, inclusive, no âmbito internacional.

No cenário jurídico brasileiro, lentamente a arbitragem foi crescendo, apesar da resistência da sociedade em geral, notadamente, pelos operadores do Direito, diante do desconhecimento da abrangência e aplicação deste instituto. “Eminentes juristas e magistrados, além das forças políticas de tradicional viés estatal, defendiam de maneira legítima e muitas vezes sustentadas seu ponto de vista contrário ao instituto como previsto na Lei 9.307/1996”.<sup>422</sup> Por outro lado, a sociedade brasileira também manifestava desconfiança do próprio instituto da arbitragem, frente à cultura ao monopólio do Estado como única forma de acesso à justiça e a ilimitada recorribilidade das decisões judiciais emanadas da jurisdição estatal.

Não obstante, importantes decisões paradigmáticas dos tribunais superiores do país<sup>423</sup> acenaram mudanças em prol da convivência institucional entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário, pois, “a Justiça do Estado manterá, e certamente deve manter, o campo de ação que lhe é próprio, inclusive o controle judicial das decisões arbitrais, como garantido pela Constituição Federal e previsto na própria Lei 9.307/1996”.<sup>424</sup> Ao longo do tempo, a atuação criteriosa e eficaz do STJ editou a

---

<sup>421</sup> BRASIL. Planalto. Decreto Presidencial 4.311, de 23 de julho de 2002. *Promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>422</sup> GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEZUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 7.

<sup>423</sup> *Precedente do STF: O caso Lage* envolveu discussões sobre a constitucionalidade da arbitragem no ano de 1973, sob a égide da Constituição brasileira de 1946, assim como, a recusa da administração pública quanto ao cumprimento da sentença arbitral, em que pese ter aceitado a instituição da arbitragem para resolver seus conflitos. Na decisão final, a sentença arbitral restou confirmada. STF, REExt 71.467, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973 e STF, AI 52.181, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973.

*Precedentes do STJ: a) Decisão que reconheceu a validade da cláusula compromissória nos contratos firmados pelas sociedades de economia mista, no caso AES Uruguiana vs. CEEE*. STJ, REsp 606.345/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, unânime, j. 17.05.2007, DJ 08.06.2007. b) Posicionamento em que se referenda a convenção da arbitragem no caso *TMC vc. NUCLEP*: “As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres”. STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008. c) Acórdão proferido no caso *Compagás vs. Consórcio Passarelli*, em que se admitiu a celebração de compromisso arbitral por entidade pública em contrato que não continha cláusula arbitral, reputando-se como válida a arbitragem. STJ, REsp 904.813/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011.

<sup>424</sup> GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEZUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 8.

Súmula 485, de 01 de agosto de 2012, que assim dispõe: “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”.<sup>425</sup>

O apoio do Poder Judiciário brasileiro certamente consolidou a evolução das instituições arbitrais em nosso país, tanto que a *Global Arbitration Review*, uma das publicações internacionais mais respeitadas no âmbito da arbitragem, em fevereiro de 2014, laureou o Brasil com o festejado e merecido prêmio GAR 50 na condição de “Most Improved Jurisdiction”. Além do Brasil, haviam sido indicadas as jurisdições da Áustria, Bélgica, Ilhas Mauricio, Myanmar, Peru e Estados Unidos.<sup>426</sup>

Com o propósito de desafogar o Poder Judiciário através de soluções rápidas e decisões irrecorríveis proferidas por árbitros de elevada qualidade técnica, observa-se na atualidade, a eficiência e comprometimento das privadas Câmaras de Arbitragem brasileiras. Nosso país tem despontado no volume de arbitragens processadas perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), situando-se em quarto lugar no *ranking* mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, Alemanha e França, segundo dados da referida Corte.<sup>427</sup>

Por arbitragem, entende-se o acordo de vontades celebrado entre pessoas maiores e capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>428</sup>, que podem ser objeto de transação entre os interessados.<sup>429</sup> No entanto, se no curso da arbitragem surgir controvérsia acerca de direitos

---

<sup>425</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 485, de 01 de agosto de 2012*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq\\_edicao=2514&seq\\_materia=17151](http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=2514&seq_materia=17151)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>426</sup> Para maiores informações, ver a notícia publicada no site do Comitê Brasileiro de Arbitragem. CBar. *Jurisdiction that made great progress improving its arbitration regime in 2013*. Disponível em: <[http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/noticia\\_GAR.pdf](http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/noticia_GAR.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>427</sup> LEMES, Selma. Arbitragem em números: números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>. Acesso: 5 jan. 2017.

<sup>428</sup> O artigo 852 do Código Civil brasileiro ratifica o mesmo entendimento ao dispor ser “vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

<sup>429</sup> A disponibilidade do direito patrimonial equivale a arbitrabilidade, como condição essencial para que a solução dos conflitos seja submetida via arbitragem, em conformidade com o disposto no artigo 1º da Lei de Arbitragem que prevê: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

indisponíveis<sup>430</sup>, de cuja apreciação depende o julgamento, o árbitro remeterá a questão à jurisdição estatal, suspendendo o procedimento arbitral.

Nesse contexto, a arbitragem é conceituada por Carlos Alberto Carmona:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.<sup>431</sup>

Contudo, a submissão dos conflitos à arbitragem pressupõe o exame da sua arbitrabilidade, referindo-se aos sujeitos ou ao objeto do conflito, cujos critérios perpassam pela distinção entre (i) arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, em relação à capacidade das pessoas se submeterem ao procedimento arbitral e (ii) arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, que reside na análise das questões atinentes ao objeto do litígio de cunho patrimonial disponível a ser solucionado pela arbitragem.<sup>432</sup> Nesse sentido, para que um Direito seja considerado arbitrável, exige-se que a “disponibilidade do direito se refere à possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição”.<sup>433</sup>

---

<sup>430</sup> “Direitos não patrimoniais, pois, de plano são excluídos do júzo arbitral. E assim, os direitos da personalidade (direito à vida, a honra, a imagem, ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas), ficam excluídos da arbitragem. Mas eventuais impactos patrimoniais destes direitos, como também do direito penal, conforme o caso, são arbitráveis (por exemplo, apuração do *dano ex delicto*, e partilha de bens na separação ou no divórcio [...]).” CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 134-135.

<sup>431</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

<sup>432</sup> WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

<sup>433</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135.

Outro aspecto alude sobre a possibilidade de extensão da arbitrabilidade, mormente, sobre os contratos da administração pública e em relação aos conflitos societários, cujos temas se averiguarão especificamente mais adiante.<sup>434</sup>

Pela arbitragem<sup>435</sup>, as partes convencionam que um terceiro, neutro e imparcial, designado como árbitro, terá poderes para solucionar o conflito nas questões de direitos patrimoniais disponíveis, sem a intervenção do Poder Judiciário, sendo considerada, portanto, um instituto democrático e legítimo de exercício da cidadania. “O árbitro exerce *iudicium* e deve cumprir as partes com a justa tutela para cuja missão foi encarregado. Com celeridade e efetividade. Dessa forma, ele cumpre sua obrigação e presta assistência ao Estado na realização da justiça”.<sup>436</sup>

O árbitro é considerado juiz de fato e de direito e a sua decisão é soberana, em razão da sentença arbitral não estar sujeita a homologação ou passível de recurso no Poder Judiciário. A escolha dos árbitros pelas partes<sup>437</sup> poderá recair em qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. As causas de suspeição e impedimento do juiz<sup>438</sup> aplicam-se igualmente ao árbitro, que não pode ter interesse na causa.

As partes podem escolher um órgão arbitral institucional observando-se as regras preestabelecidas por uma Câmara de Arbitragem ou avulsa (*ad hoc*), sem intervenção de uma instituição arbitral ou entidade especializada, caracterizadas como justiça privada, não se confundindo com os serviços judiciários do Estado.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 4º, inc. VII, a solução pacífica dos conflitos, dentre os princípios fundamentais do Estado

---

<sup>434</sup> Conforme Carlos Alberto Salles, “a resposta dessa questão remete ao problema específico da arbitrabilidade, matéria que exerce um papel central na dinâmica jurídica na qual a arbitragem está inserida”. SALLES, Carlos Alberto de. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo. (coords). *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 207.

<sup>435</sup> Nesse contexto, define-se a arbitragem “como sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida”. CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, p. 128, n.º 98, abr./jun. 1998.

<sup>436</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 243.

<sup>437</sup> Os critérios para escolha do(s) árbitro(s) estão previstos no artigo 13 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>438</sup> Ver arts. 144 e 145 do CPC/2015.

brasileiro nas suas relações externas, inserindo-se a jurisdição arbitral e a garantia do acesso à justiça<sup>439</sup>.

Note-se que diante da característica jurisdicional da arbitragem, o princípio constitucional processual do devido processo legal (art. 5º, LV, CF/1988) é alçado com destaque ao lado do contraditório e da ampla defesa, enquanto a garantia constitucional do acesso à justiça encontra-se expressa no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, como forma de garantir à sociedade o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de propiciar aos cidadãos não apenas o acesso formal ao Poder Judiciário, como equivocadamente se possa ter do princípio do acesso à justiça inscrito no constitucional, mas sim, um acesso qualificado de todos que buscam uma solução para os seus problemas jurídicos, com ênfase, aos meios adequados de resolução dos conflitos, “indispensável à cidadania, necessário à solidificação da democracia e imprescindível ao Estado de Direito”.<sup>440</sup>

O acesso à justiça é um Direito garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetivando fazer com que a resolução dos conflitos seja acessível a toda a população.

Na contemporaneidade, o instituto da arbitragem mereceu mudanças normativas e paradigmáticas, fruto da globalização da economia que influenciou o Direito nas relações comerciais, propiciando a escolha deste mecanismo privado para resolução de conflitos internacionais em larga experiência. A arbitragem brasileira, ainda usufrui de amadurecimento nesta forma de solução de controvérsias, em que pese haver legislação específica já algumas décadas, a exemplo da Lei nº. 9.307/1996 e o Código Civil de 2002.<sup>441</sup>

Sem dúvida, deve-se reconhecer que a arbitragem é um “meio alternativo de resolução de conflitos”<sup>442</sup>, segundo expressão usual demonstrada pela doutrina, mas,

---

<sup>439</sup> MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. São Paulo: Juruá, 2002. p. 43.

<sup>440</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 61.

<sup>441</sup> Segundo dispõe o art. 853 do Código Civil de 2002: “Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”.

<sup>442</sup> Vale lembrar que a arbitragem foi denominada por Carnelutti como equivalente jurisdicional, entendendo que a jurisdição somente poderia ser exercida pelo Estado. CARNELUTTI, Francesco.

comparando-a tão somente com o processo estatal, no sentido deste ser ainda, o meio mais utilizado como forma heterocompositiva de solução de litígios.

Na atualidade, encontra-se superada essa discussão terminológica, conforme analisado anteriormente, sendo a arbitragem considerada como meio adequado de resolução de conflitos. Para Carmona, “a alternatividade referida não diz respeito à jurisdicionalidade do método arbitral, servindo a nomenclatura usual apenas para apartar este mecanismo de equacionamento de litígios daquele empregado pelo Estado”.<sup>443</sup>

No campo heterocompositivo não estatal, alguns processualistas ortodoxos polemizam sobre a natureza da arbitragem ser ou não jurisdicional, à luz de sua lei de regência. No entanto, desvela-se a necessidade de discorrer sobre as correntes que emergem do referido instituto, trazendo à colação a despeito de sua natureza jurisdicional, amplamente aceita na atualidade entre renomados juristas.

A arbitragem passa a ser vista de natureza jurisdicional, na medida em que a jurisdição é considerada como função, poder e atividade. Como poder, é a forma de expressão de poder do Estado. Como função, assume o encargo de pacificar os conflitos e, por fim, como atividade, representa o complexo de atos do julgador (juiz ou árbitro) no processo, manifestados pelo exercício do poder e em cumprimento às funções estabelecidas nas leis.<sup>444</sup>

Desse modo, na sua essência, pode-se afirmar que as atividades realizadas por árbitros e juízes togados são da mesma natureza, havendo na contemporaneidade um maior interesse pela arbitragem, compatível a uma realidade muito mais complexa do que em épocas passadas.

Esse cenário revela-se diante do fato do Estado estabelecer políticas não meramente legislativas, mas sim, políticas de Estado que exigem mudanças estruturais ou normativas para sua implementação, visando oferecer variados meios na prestação dos serviços jurídicos além da jurisdição estatal, além de estimular “a adoção de outros métodos, seja por uma simples questão de ampliação do acesso à

---

*Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1989, v. 1. p. 109-114.

<sup>443</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei nº. 9.397/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 32.

<sup>444</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 149.



justiça, seja porque o Estado compreende que há diferentes meios para atender diferentes tipos de conflitos”.<sup>445</sup>

[...] a modificação dos paradigmas da sociedade, das relações humanas, sociais, econômicas e jurídicas impõe igualmente a modificação da compreensão a respeito do papel do Estado e, por via de consequência, da forma como se deve compreender o conjunto de atividades voltadas a realizar um dos objetivos do Estado, que é o da pacificação.<sup>446</sup>

Na sociedade hipermoderna tem-se conhecimento de que a resolução dos conflitos tanto poderá ser concretizada pela atuação estatal quanto pelos meios adequados de solução de conflitos e, nesse caso, pelo uso da arbitragem. Em análise ao conjunto de poderes, deveres e atividades exercidas pelo juiz estatal em comparação com o árbitro, observa-se que a única diferença considerada relevante, resume no fato do primeiro “integrar carreira do Estado e ser um agente com a função exclusiva de realizar tais julgamentos, e outro ser um agente particular, nomeado especificamente para desempenhar aquela função, naquele caso específico”.<sup>447</sup>

Essa modalidade de atividade jurisdicional, evidentemente não estatal é concebida, controlada e incentivada pelo próprio Estado, nos termos e limites estabelecidos pela Lei Arbitral. Nesse ponto, o Código de Processo Civil brasileiro não apenas consagra o instituto da arbitragem, como amplia e complementa as disposições de sua lei específica.<sup>448</sup>

O desenvolvimento do processo arbitral é realizado com base nas garantias processuais constitucionais, com destaques para o contraditório, igualdade entre as partes e a imparcialidade dos árbitros. Não há qualquer ameaça ou violação à

---

<sup>445</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 246.

<sup>446</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 246.

<sup>447</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 243.

<sup>448</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 255.



garantia da inafastabilidade da jurisdição que não é excluída de forma absoluta quando as partes optam pela arbitragem<sup>449</sup>.

Com efeito, a submissão de conflitos via arbitragem é vista como um meio de “concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante”.<sup>450</sup>

Por essa razão que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 reconheceu a jurisdicionalidade da arbitragem, embora não com a mesma natureza do processo estatal, conforme manifestação do *caput* no art. 3º em que estabelece que não será excluída da apreciação “jurisdicional” lesão ou ameaça de Direito, substituindo-se a expressão “apreciação pelo Poder Judiciário” utilizada na Constituição Federal de 1988, atualizando-se desse modo, o seu significado com conotação de maior amplitude do acesso à justiça.

Ademais, a garantia da inafastabilidade prevista no texto constitucional é dirigida ao Estado, cujas leis quando editadas não podem restringir “o acesso à justiça (a lei não excluirá...) nem negar a prestação da tutela jurisdicional quando provocado. A arbitragem constitui, assim, um método adicional de prestação de tutela jurisdicional, exclusivamente à escolha da parte”.<sup>451</sup>

Por outro lado, a tese jurisdicional é apresentada de forma contrária aos que defendem a natureza contratual da arbitragem, que já se encontra superada. Para os defensores da jurisdicionalidade do instituto arbitral, “os árbitros são juízes não porque as partes os escolheram, mas, fundamentalmente, porque o Estado consentiu em dar-lhes esse caráter”.<sup>452</sup>

Desse modo, o Estado delega os poderes ao árbitro para que este possa cumprir a sua missão. Assim, o árbitro exerce uma atividade jurisdicional quando

---

<sup>449</sup> As partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para interpor eventual ação anulatória da sentença arbitral, nas hipóteses previstas do art. 33 e incisos da Lei nº. 9.307/1996 ou ainda, para obter medidas de urgências, tais quais antecipatórias, de forma antecedente ao processo arbitral.

<sup>450</sup> DIDIER JR., Fredie. A arbitragem no novo código de processo civil. *Revista TST*, Brasília, v.79, n. 4, out. – dez. 2013. Disponível em: <[http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/55987/004\\_didierjunior.pdf](http://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/55987/004_didierjunior.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 74

<sup>451</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 253.

<sup>452</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 229.

profere uma decisão arbitral, aplicando o Direito ao caso concreto com vistas a solucionar o conflito que existia entre as partes. Nesse ponto, correto afirmar que a arbitragem é um instrumento de pacificação social, considerando que “a decisão do árbitro não ‘equivale’ a uma sentença; ela é uma sentença; a eficácia da sentença arbitral e a autoridade de coisa julgada que resulta dela não têm nenhuma diferença daquela que qualifica a sentença judicial”.<sup>453</sup>

Carmona tem assentido com a tese de que o instituto da arbitragem é jurisdicional, em face de que a decisão proferida pelo(s) árbitro(s) constitui título executivo judicial, por tratar de uma sentença que não está sujeita ao duplo grau de jurisdição e, portanto, irrecorrível, colocando-se assim, fim ao conflito existente entre as partes. Em conformidade com esse entendimento, assevera Carmona que a tese da jurisdicionalidade da arbitragem foi adotada pelo legislador, “pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem”.<sup>454</sup>

O legislador pátrio ao equiparar a sentença arbitral à sentença judicial proferida pelo juiz estatal, reitera o atributo tipicamente jurisdicional encontrado na arbitragem, por ter a mesma finalidade do Poder Judiciário na realização da justiça. Nesse contexto, encontra-se presente no juízo arbitral o trinômio da ação, processo e jurisdição, prestando o instituto a solucionar a disputa havida entre os envolvidos pela convenção.

A esse propósito, mesmo diante de um microssistema diferenciado como o arbitral, não há como isolá-lo da ciência processual, pois, havendo um processo na arbitragem e nesse, “exercendo-se *jurisdição, ação e defesa*, é natural que seu estudo sistemático passe pela *teoria geral do processo* e por esses seus *institutos fundamentais*, antes de chegar ao enfoque especializado da arbitragem em si mesma”.<sup>455</sup>

Dadas essas premissas, importa considerar que em se tratando da realização de procedimentos, no qual o poder é exercido por um terceiro que emana decisões imperativas, estar-se-á na verdade, diante do reconhecimento de um processo e não apenas de um simples procedimento, com incidência das garantias processuais

---

<sup>453</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado geral da arbitragem interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 89.

<sup>454</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

<sup>455</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15.

constitucionais. Frise-se, que essas garantias não tem assimilação aos negócios jurídicos<sup>456</sup>, conquanto vários negócios sejam realizados através de “um procedimento estabelecido em lei ou contrato, as atividades e as relações entre os sujeitos contratantes apoiam-se na autonomia da vontade e não em um suposto poder, com a sujeição de algum sujeito às imposições de outro”.<sup>457</sup>

O aprimoramento do direito processual arbitral, por ser um campo especialíssimo do direito processual<sup>458</sup>, perpassa pela compreensão dos fenômenos internos da arbitragem e sua relação com o Poder Judiciário, sob a perspectiva da tutela constitucional do processo.

Essa postura é um penhor de segurança do processo arbitral, capaz de chegar a um indispensável equilíbrio entre o informalismo de seu procedimento e a observância do que há de essencial em todos os setores do exercício da jurisdição, que é a necessária observância da garantia constitucional do *due process*.<sup>459</sup>

Como antes acenado, na arbitragem estão assegurados os mesmos princípios processuais previstos na Constituição Federal e que regem o processo judicial estatal. Além da observância da garantia constitucional do acesso à justiça e do devido processo legal, emanam os princípios do contraditório e igualdade das partes, da imparcialidade e da livre convicção do árbitro, entre outros, a fim de que a prestação da tutela jurídica seja efetiva.

---

<sup>456</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 22.

<sup>457</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 90 e ss.

<sup>458</sup> Relevante contextualizar essa questão, sob a ótica de importantes arbitralistas e processualistas. Carlos Alberto Carmona, precursor da própria Lei de Arbitragem, apresenta uma visão processualística do instituto da arbitragem através de comparações e explicações fundamentadas, com estudos do direito processual civil. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23 e ss.. Não é diferente a postura de Francisco José Cahali quando externa sua posição com base em pressupostos fundamentais da ciência processual. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 144 e 233 e ss. Por sua vez, Eduardo de Albuquerque Parente partilha do mesmo entendimento, com o enquadramento do microsistema arbitral no sistema do direito, com vistas à análise de temas similares da teoria geral do processo a partir da arbitragem. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67 e ss. Cândido Rangel Dinamarco diferencia-se deste último arbitralista, por propor um estudo do instituto da arbitragem a partir da teoria geral do processo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20-21.

<sup>459</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17.

Por outro lado, as normas estabelecidas no Código de Processo Civil brasileiro, “não integram o devido processo legal arbitral, salvo se as partes e árbitros assim o queiram. Mas ele é integrado, isso sim, por *princípios* oriundos do diploma processual”.<sup>460</sup> No entanto, o procedimento arbitral é limitado por normas cogentes e preceitos imperativos, notadamente, aqueles vinculados às garantias constitucionais processuais.<sup>461</sup>

Todavia, com a sanção do Código de Processo Civil brasileiro através da Lei nº. 13.105/2015, em 16 de março de 2015, na perspectiva de uma nova dimensão do acesso à justiça perante o Estado Democrático de Direito, a arbitragem passou por uma atualização com a edição da Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015 que alterou a lei anterior da arbitragem de 1996, para ampliar o seu campo de atuação, preservando a sua estrutura normativa e conferir maior segurança jurídica para a solução de conflitos no âmbito privado.

Com a publicação da lei da arbitragem, o Brasil ficou em igualdade com a legislação mundial pertinente, abrindo-se novos caminhos para a solução de pendências fora dos meandros da jurisdição estatal que, em razão do princípio da autonomia da vontade, podem as partes optar pela via arbitral para dirimir os conflitos decorrentes de direitos passíveis de transação, ou seja, direitos patrimoniais disponíveis.

Não há dúvidas quanto à liberdade que as partes dispõem na delimitação de aspectos essenciais da arbitragem, principalmente, se for estabelecida comparação com a pouca liberdade destas perante a jurisdição estatal.

### **3.2 A (in)existência de limites na Estipulação Negocial para a Instituição da Arbitragem nos Contratos**

A instituição da arbitragem como uma forma de justiça privada dependerá da manifestação de vontade das partes interessadas com capacidade para contratar,

---

<sup>460</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 105.

<sup>461</sup> CACHARD, Olivier. Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 31.

com procedimento mais célere, destacando-se os princípios de boa fé, razoabilidade, sigilo, autonomia de vontade e igualdade das partes.

Essa liberdade de escolha das partes configura-se com a celebração da convenção de arbitragem válida, envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, com papel amplo na delimitação do objeto da controvérsia, indicação dos árbitros com base na sua especialidade, flexibilidade do procedimento arbitral, entre outras vantagens específicas do instituto.

Pela convenção arbitral, as partes interessadas além de excluir a apreciação e o julgamento do litígio da competência do Poder Judiciário, poderão estipular a arbitragem como meio adequado de resolução do conflito de forma prévia, mediante a inclusão de cláusula compromissória no contrato ou termo aditivo. Por sua vez, instalada a controvérsia deverá ser pactuado o compromisso arbitral.

### 3.2.1 Da Autonomia de Vontade das partes

A arbitragem é uma forma adequada de solução de conflitos, instituída pela autonomia de vontade das partes<sup>462</sup> mediante cláusula contratual ou compromisso arbitral, na qual delegam a árbitro(s) de livre escolha e confiança, a resolução das

---

<sup>462</sup> Vicente Ráo apresenta a distinção entre autonomia da vontade e autonomia privada. “Através dos atos jurídicos, os agentes disciplinam os seus interesses (morais ou materiais), atuando sua vontade autônoma. A autonomia da vontade, por assim se exercer e desenvolver, na ordem privada, autonomia privada também se denomina. Há, porém, quem entenda que as expressões *autonomia da vontade* e *autonomia privada* são sinônimas apenas aparentemente, traduzindo, na realidade, conceitos diversos: os que confundem, diz Luigi Ferri (Nozioni giuridica di autonomia privata. *Studi in onore di Francesco Massineo*, 1959, vol. IV/119 e ss.) são partidários do ‘dogma da vontade’, são, isto é, os que julgam ser a vontade real ou psicológica a causa ou raiz dos efeitos jurídicos, em contraste com os que apontam como fatos geradores destes efeitos a lei, ou a declaração de vontade considerada como fato objetivo. Mas, segundo nosso modo de entender, quando vemos na vontade autônoma, que na ordem privada se exerce, um elemento essencial dos atos produtores de efeitos jurídicos, não excluimos o valor, nem a necessidade da declaração, nem deixamos de considerar que, em princípio, a força produtora de tais efeitos se encontra na vontade eficaz e atuante, de conformidade com ordenamento jurídico. O problema do predomínio ou não predomínio da vontade real ou subjetiva sobre a vontade objetivamente declarada é problema distinto, que ao caráter autônomo da vontade só por via reflexa diz respeito. Nem se destruiria o suposto ‘dogma da vontade’ substituindo-o pelo ‘dogma da declaração’, ou pela força atuante da lei: este problema é por demais complexo e excede os limites de quaisquer afirmações categóricas e simplistas, num sentido ou noutro. Observe-se, ainda, que a autonomia da vontade não exerce, apenas, dentro do campo delimitado pela lei, nem se aplica tão só aos contratos inominados, pois melhor se qualifica como expressão de um poder criador que atua de conformidade com o ordenamento jurídico, ou sob as sanções por este ordenamento estabelecidas, padecendo maiores ou menores limitações, mais graves ou menos graves cominações, segundo a relação de que se trate”. RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 48-49.

controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, em vez de valerem-se do Poder Judiciário.

Como visto, na arbitragem há inúmeras vantagens do juízo arbitral comparando-se com a jurisdição estatal. A autonomia da vontade é uma das características específicas do procedimento arbitral, centrada na escolha do árbitro e das regras aplicadas ao mérito para solucionar o litígio.

Por essa razão que a autonomia da vontade na arbitragem é prestigiada “em seu grau máximo: começa com a liberdade das partes para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção”. Assim, este princípio é considerado a essência do instituto arbitral, pelo fato de permitir às partes a possibilidade de modelar conjuntamente desde a eleição da arbitragem, seu conteúdo, passando pela sua fase inicial do procedimento até sua conclusão.<sup>463</sup>

Cumprido esclarecer que a confidencialidade na condução do procedimento da arbitragem, não se trata de uma exigência expressa da Lei de Regência Arbitral, mas de mera faculdade ajustada entre os seus usuários. Assim, a escolha pelo sigilo na arbitragem, em muitos casos, denota ser um atrativo importante na preservação da privacidade das partes, dos detalhes da controvérsia, dos segredos comerciais, do procedimento e ainda da sentença arbitral.<sup>464</sup>

Nesse ponto, Carnelutti pondera que uma das principais vantagens da arbitragem é a reserva da confidencialidade contra eventuais riscos fiscais decorrentes da publicidade dos negócios realizados pelas partes e com sua contabilidade.<sup>465</sup> Assim, atribui-se a esse caráter sigiloso a ocultação das partes e seu objeto conflituoso que não poderão ser divulgados, “evitando-se, por exemplo, ferir a

---

<sup>463</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 137-138.

<sup>464</sup> “The confidentiality of both the proceedings and the award is of course one of the attractions of arbitration in the eyes of arbitration users”. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. p. 773. CACHARD, Olivier. Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 36.

<sup>465</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1989, v. 1. p. 64.



imagem da empresa, a divulgação de segredos industriais ou o *quantum* da demanda”.<sup>466</sup>

Por essas circunstâncias é que diversas câmaras arbitrais privilegiam em seus regulamentos, que o procedimento arbitral seja confidencial como medida de segurança mínima. As partes poderão optar pela confidencialidade na convenção arbitral ou quando da instituição da arbitragem e dependendo do caso, no curso desta. “A confidencialidade é um direito de todo sujeito que confia nos árbitros e deles espera a discreta solução de seus conflitos”.<sup>467</sup> De forma análoga, o Código de Processo Civil brasileiro incluiu a arbitragem dentre as hipóteses em que o processo correrá em segredo de justiça, desde que o sigilo esteja pactuado contratualmente entre as partes.<sup>468</sup>

A arbitragem preconiza maior autonomia da vontade das partes no que diz respeito ao procedimento e às causas submetidas ao juízo arbitral, cujas matérias são estabelecidas e autorizadas pelas partes na convenção de arbitragem, desde que não sejam contrárias à ordem pública e aos bons costumes.<sup>469</sup>

O sistema arbitral configura-se como um instrumento útil e democrático, por envolver também a área de estudo do direito privado, especialmente, em relação ao princípio da autonomia da vontade das partes no tocante à liberdade de escolha desse mecanismo de resolução de conflitos, que no dizer de Orlando Gomes<sup>470</sup>:

O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Neste sentido, toda pessoa capaz, mediante declaração de vontade pode contratar, uma vez que a vontade unilateral e o concurso de vontades determinam a produção de efeitos jurídicos.

---

<sup>466</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 118.

<sup>467</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 63.

<sup>468</sup> O art. 189 enumera as causas que tramitam em segredo de justiça, com destaque para a arbitragem no inciso IV, desde que comprovada a confidencialidade em juízo. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127.

<sup>469</sup> Conforme art. 2º da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>470</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 22.

Na concepção clássica, a autonomia da vontade representa o resultado da declaração de vontade plenamente livre das partes, sem quaisquer interferências que possam limitar essa autonomia, de natureza política, econômica e social, sendo considerado um princípio fundamental para o nascimento do contrato.

Nos escritos de Cláudia Lima Marques<sup>471</sup>, “é a vontade que, na visão tradicional, legitima o contrato e é fonte das obrigações, sendo a liberdade um pressuposto dessa vontade criadora, uma exigência, como veremos, mais teórica do que prática.”

Por essa teoria contratual clássica, durante o século XIX, no auge do liberalismo econômico<sup>472</sup>, a autonomia da vontade predominava como imperativo contratual e estava relacionada à ideia de uma liberdade individual de pactuar livremente, desde que respeitadas às normas de ordem pública e os costumes.<sup>473</sup>

Nessa fase, considerando que a liberdade contratual traduzia-se no princípio vetor da ordem dos contratos, “A autonomia privada, de que a liberdade contratual é uma componente e a mais relevante manifestação, é um processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam”.<sup>474</sup>

Nesse contexto, Hans Kelsen já advertia sobre a regulamentação para a instituição de uma ordem normativa da conduta dos indivíduos, “na qual somente pode ter lugar a imputação – pressupõe exatamente que a vontade dos indivíduos cuja conduta se regula seja casualmente determinável e, portanto, não seja livre”.<sup>475</sup> E, mais adiante, complementa que:

Por vezes não se nega que a vontade do homem seja efetivamente determinada por via causal, como todo o acontecer, mas afirma-se que, para tornar possível a imputação ético-jurídica, se deve considerar o homem como se a sua vontade fosse livre. Quer dizer: crê-se que se tem de manter a liberdade da vontade, a sua não-

---

<sup>471</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 60.

<sup>472</sup> Na legalidade e nas liberdades formais, “[...] é erigida a noção de Estado de Direito, ao qual incumbe tutelar as instituições básicas que Von Ihering chama de comércio jurídico, especialmente o contrato e a propriedade”. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 70.

<sup>473</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 97.

<sup>474</sup> RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 21.

<sup>475</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 104.

determinação causal, como uma ficção necessária. [...] Falha a tentativa de salvar a liberdade interpretando-a como a possibilidade de se agir como se quer.<sup>476</sup>

No entanto, na modernidade, sabe-se que essa ideologia da autonomia da vontade sempre foi uma ficção, ao passo que sempre sofreu influências externas, mas que, na verdade, não impediram os excessos do exercício irrestrito da liberdade contratual.

Na atualidade, em contraposição a essa teoria clássica, o princípio da autonomia da vontade sofre limitações significativas na concepção da teoria contratual contemporânea, somando-se novos princípios contratuais aos já existentes, que agora passa por uma renovação de interpretação de seu instituto, especialmente, “o princípio da boa-fé objetiva, na formação e na execução das obrigações [...] tudo de modo a assegurar a justiça e o equilíbrio contratual na nova sociedade de consumo”.<sup>477</sup>

Pelo diploma civil, consolida-se a teoria contratual contemporânea, trazendo novos parâmetros interpretativos do instituto, notadamente, com a vigência do Código Civil de 2002, cuja legislação encontra-se direcionada para o interesse coletivo, sustentados pelos princípios da eticidade, da operabilidade e da sociabilidade, em detrimento do caráter individualista e liberal do anterior Código Civil de 1916.

Nesse sentido, discorre Cláudia Lima Marques que: “Nas discussões do fim do Século XIX, no início do Século XX, sobre a prevalência da vontade interna ou da vontade declarada, encontra-se já a semente da nova concepção de direito dos contratos e uma visão mais social ou funcional deste”.<sup>478</sup>

Observa-se que o predomínio da autonomia da vontade não foi recepcionado pela teoria contratual contemporânea com o mesmo sentido do modelo clássico, emergindo assim, uma evolução do direito contratual como instrumento para atender às necessidades sociais e a coletividade. “Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da

---

<sup>476</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 105-106.

<sup>477</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167.

<sup>478</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

iniciativa contratual [...]”, cuja tendência é definida como “objectivação do contrato’, leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação”.<sup>479</sup>

A fim de inibir os abusos do voluntarismo que conferia às partes maior liberdade contratual, nessa nova concepção, o Estado aparece como interventor nos contratos, com a possibilidade de modificar, rescindir ou até mesmo dar uma solução diferenciada do que foi avençada pelas partes, com o escopo de estabelecer a fase do dirigismo contratual.<sup>480</sup>

Por sua vez, o atual Código Civil trata da função social do contrato<sup>481</sup> que norteia a liberdade de contratar, constituindo-se numa norma aberta para os contratos, que deve ser preenchida pelo julgador no caso concreto. Nesse caso, pode-se valer da Análise Econômica do Direito como elemento essencial de orientação da decisão judicial<sup>482</sup>, com a finalidade de que os juízes sejam instruídos em relação a melhor forma “de decidir causas cujo resultado não é determinado diretamente pelos textos da Constituição ou da legislação infraconstitucional, ou seja, causas situadas naquele campo aberto em que os juízes podem exercer sua discricionariedade”.<sup>483</sup>

Com efeito, Luciano Benetti Timm<sup>484</sup> afirma que para a solução de casos desse tipo, recomenda-se a utilização da arbitragem, considerando que: “Os árbitros parecem melhor preparados para a função de completar complexos contratos, em

---

<sup>479</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 297.

<sup>480</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 167.

<sup>481</sup> Conforme art. 421 do Código Civil brasileiro de 2002.

<sup>482</sup> Encontrou-se uma única jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro que utilizou-se da Análise Econômica do Direito para interpretar a função social do contrato, nos termos da seguinte ementa: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO. 1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforçam, ao contrário de minar, a estrutura do mercado”. STJ. REsp. 1163283/RS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07.04.2015, DJe 04.05.2015. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1163283&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1163283&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>483</sup> POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. xv.

<sup>484</sup> TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 88.

razão de seu refinado conhecimento, de sua expertise na área em questão, o que é muito distante de um magistrado, massacrado com todos os tipos de pleitos”.

A função social do contrato trata-se de um princípio constitucional *lato sensu*, nos termos dos artigos 5º, XXII e XXIII, e 170, III da Constituição Federal de 1988, encontrando fundamento “no princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, I) e da isonomia (art. 5º, caput)”.<sup>485</sup> Tem-se assim, no plano civil-constitucional, a construção de um novo modelo do direito privado, que deve orientar o espírito dos civilistas, seguindo tendência de personalização.

Gustavo Tepedino reconhece a importância dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, consolidando “o entendimento de que a reunificação do sistema em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”.<sup>486</sup>

Nesse particular, importante ressaltar a definição da função social à luz do texto constitucional, com o qual se apresenta limitador da liberdade de contratar e passa a ser compreendida em relação aos deveres que os contratantes assumem “de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”.<sup>487</sup>

No Brasil, em face da cláusula da função social inserida no Código Civil vigente, Luciano Benetti Timm apresenta dois paradigmas que emergem da interpretação do artigo 421 do referido diploma civilista. O primeiro paradigma é denominado “de modelo solidarista (ou paternalista, como preferem os americanos) do direito contratual, está embasado em uma visão coletivista sociológica da sociedade e, por conseguinte, dos contratos”. O segundo paradigma refere-se ao “modelo de direito e economia do direito contratual – que se vale da noção individualista, própria dos economistas, do que vem a ser um contrato e de sua função na sociedade”.<sup>488</sup> Em apertada síntese, o primeiro modelo atende aos interesses

---

<sup>485</sup> TARTUCE, Flávio. *A função social do contrato*. São Paulo: Método, 2005. p. 315.

<sup>486</sup> TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13.

<sup>487</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II. p. 19-20.

<sup>488</sup> TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 64.

comuns de ambas as partes, enquanto o segundo visa mais o capital econômico individual envolvido.

Do ponto de vista da Análise Econômica do Direito, o paradigma do solidarismo do direito contratual com a visão paternalista do modelo teórico econômico de contrato, possa servir de interpretação para explicar sua função social, expresso no artigo 421 do Código Civil brasileiro, “diante de sua vagueza semântica do texto legal, que permite a atualização da lei aos novos tempos (de globalização econômica) e às exigências que uma economia de mercado demandam das instituições jurídicas para gerar desenvolvimento”.<sup>489</sup> Sobre o contexto deste paradigma é que, também, deverá ser analisado o instituto arbitral, conforme será demonstrado no último capítulo.

A Lei da Arbitragem nº. 9.307/96 prestigiou o princípio da autonomia da vontade, no sentido de que a convenção da arbitragem além de facultar às partes a opção por este modo heterocompositivo permite, também, a liberdade de escolha do árbitro em face de sua especialidade e conhecimento técnico, assim como, do conteúdo das normas aplicáveis à resolução dos conflitos.

A escolha pela via arbitral decorre da vontade das partes, sendo esse o aspecto mais essencial do instituto da arbitragem que, deverá estar lastreada na plena autonomia da vontade, referente à solução de controvérsias “de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação e renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros [...]”.<sup>490</sup>

Em relação à opção da arbitragem manifestada pelas partes na convenção arbitral, com vistas à resolução de seus conflitos, oportunos os dizeres de Cândido Rangel Dinamarco<sup>491</sup> constituindo-a como “livre exercício da *autonomia da vontade*, que por sua vez é filha da *liberdade negocial* emergente da ampla garantia constitucional da liberdade (Const., art. 5º, *caput* e inc. II)”, sendo o árbitro, investido “no concreto exercício da jurisdição, a essa sua função é coessencial o exercício de um *poder*, não importando a origem negocial dessa investidura”.

---

<sup>489</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 177.

<sup>490</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 71.

<sup>491</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48.



Enfim, o princípio da autonomia privada aplicado à arbitragem concede às partes a liberdade de contratar este modo de solução de conflitos, visto que grande parte dos procedimentos arbitrais e demais regras de julgamento que regem o processo arbitral são determinadas pelas partes interessadas. Assim, fundamental será que a convenção de arbitragem esteja integrada a uma nova realidade social delimitada pelo atual Código Civil brasileiro, contrapondo-se esta autonomia de vontade com a influência de princípios de natureza social, especialmente, aos limites que dizem respeito à função social dos contratos.

Por essa perspectiva, o papel da autonomia da vontade na arbitragem é amplíssimo. Os limites impostos à possibilidade de solução arbitral devem estar manifestados pela vontade volitiva e consciente das partes, antes ou depois do surgimento do conflito, através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, considerados espécies da convenção de arbitragem e que dão origem ao processo arbitral.

### 3.2.2 Da Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

Destaca-se que a competência advinda da arbitragem é especial, comparando-se com a competência estabelecida aos órgãos do Poder Judiciário, por tratarem ambas do exercício da jurisdição, a primeira, considerada no âmbito da jurisdição privada, enquanto a última, tradicionalmente, conhecida como jurisdição pública ou estatal.

Nesse sentido, o pacto arbitral retira da competência do Poder Judiciário, a possibilidade de apreciação e julgamento do mérito do conflito, atribuindo ao árbitro, a competência da solução dos conflitos mediante a celebração de convenção de arbitragem válida.<sup>492</sup> Para Carmona<sup>493</sup>, a referida convenção revela duplo aspecto,

---

<sup>492</sup> Conforme art. 19 da Lei de Regência da Arbitragem, *in verbis*: “Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. § 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”.

<sup>493</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei nº. 9.397/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 79.

“como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros”.

A forma indispensável para a instituição da arbitragem como meio adequado de resolução dos conflitos é a convenção de arbitragem juridicamente válida, em que as partes exercem a sua escolha pela jurisdição arbitral.<sup>494</sup>

A convenção da arbitragem apresenta-se com característica híbrida, pois emana dos pressupostos e requisitos tanto do direito material, no que se refere à observância dos princípios gerais contratuais, quanto do direito processual, em relação ao procedimento arbitral e delimitação da competência do árbitro para a solução da controvérsia.

Importa observar que os requisitos de validade da convenção de arbitragem estão previstos nos ordenamentos jurídicos e nos tratados internacionais, normalmente, estão de acordo com os mesmos parâmetros exigidos para qualquer negócio jurídico, ou seja: capacidade das partes, forma prescrita ou não proibida em lei e objeto lícito.

Pelo pacto arbitral, as partes escolhem a matéria, objeto da disputa, às relações jurídicas de natureza contratual ou extracontratual, que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nessa premissa, segundo entendimento de Carmona<sup>495</sup>, essa liberdade de escolha relaciona-se ainda ao “direito – material e processual – aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio”.

Nesse contexto, a convenção arbitral poderá envolver os conflitos já existentes ou aqueles que possam surgir após a celebração do contrato. Nesse ponto,

---

<sup>494</sup> “Anote-se que a jurisdição arbitral é limitada à tutela de conhecimento e, conforme as circunstâncias, ao reconhecimento de deferimento de tutelas de urgência, sendo excluídos da arbitragem os processos ou atos coercitivos ou de execução e cumprimento de sentença; assim, por exemplo, mesmo contida no contrato cláusula compromissória, se o descumprimento ensejar execução por título extrajudicial, como para pagamento do valor, esta se dará exclusivamente perante o Judiciário”. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 153.

<sup>495</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

esta convenção é reconhecida como gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.<sup>496</sup>

A convenção da arbitragem compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral e ocorre em dois momentos distintos. A cláusula compromissória ou arbitral trata-se de uma convenção estipulada por escrito, anterior à existência do conflito. Pode tanto estar inserida dentro do contrato como cláusula contratual, assim como, encontrar-se prevista em instrumento anexo distinto, fazendo referência ao contrato principal ao qual se encontre vinculado.<sup>497</sup>

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato principal, no tocante à sua validade e eficácia, que são distintas das normas aplicáveis ao contrato principal. Dessa forma, o reconhecimento de eventuais nulidades do contrato não implicaria na constatação da existência de nulidades na referida cláusula<sup>498</sup>. Por tal norma<sup>499</sup>, consagra-se o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* aferindo-se ao árbitro ou ao tribunal arbitral competência para analisar a sua própria competência, ou seja, o exame sobre a existência ou nulidade da convenção arbitral que deve ser feita antes de qualquer decisão judicial. “Indo mais longe, a lei brasileira submete todo o contrato ao prévio exame do tribunal arbitral ao qual reconhece o que a doutrina denominou a ‘prioridade cronológica’ para apreciar a matéria”.<sup>500</sup>

A cláusula compromissória é a previsão manifestada por escrito em contrato ou em documento próprio a ele reportado, de que serão submetidos à arbitragem eventuais conflitos dele emergentes.<sup>501</sup> “Tem caráter preventivo, na medida em que as partes estão na expectativa de contratar e honrar seus compromissos contratuais, porém desde então deixam previsto que eventual conflito decorrente do contrato deverá ser resolvido por arbitragem, não pelo Judiciário”.<sup>502</sup>

---

<sup>496</sup> A convenção de arbitragem é classificada nos termos do art. 3º da Lei nº. 9.307/1996, a saber: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

<sup>497</sup> Sobre a cláusula compromissória, sua previsão está expressa no art. 4º, § 1º, da Lei da Arbitragem.

<sup>498</sup> Conforme estabelece o art. 8º da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>499</sup> O princípio da competência-competência encontra-se previsto no parágrafo único do art. 8º da Lei da Arbitragem.

<sup>500</sup> WALD, Arnaldo. A anulação das sentenças arbitrais estrangeiras e das respectivas convenções de arbitragem. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.143.

<sup>501</sup> Nos termos do artigo 4º, parágrafo 1º da Lei de Arbitragem.

<sup>502</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.153.

De igual forma, a arbitragem foi prevista no Código Civil brasileiro de 2002<sup>503</sup>, mediante a possibilidade de inclusão da cláusula compromissória nos contratos, com vistas à solução das controvérsias pelo juízo arbitral. Deste modo, ressalta a condição do agente na solução de conflitos em âmbito privado, tendo em vista que suas bases estão fundadas no princípio da autonomia privada.

Para que se possa recorrer ainda a este meio de solução de controvérsias quando o conflito de interesses já havia sido instaurado entre as partes, o atual Código Civil<sup>504</sup> admite o compromisso sob a forma judicial ou extrajudicial, dando-lhe caráter de contrato para resolver litígio entre pessoas que podem contratar.

Sendo assim, uma vez eleita pelas partes a via paraestatal da arbitragem para a solução do conflito, a cláusula arbitral poderá ser classificada pelo seu conteúdo, como vazia (em branco ou patológica) ou cheia (autossuficiente).

Pela cláusula arbitral vazia, geralmente, as partes ainda não têm uma noção precisa em relação ao surgimento de eventual conflito e, dessa forma, a indicação das regras para uma possível instauração da arbitragem passa a ser genérica, sem estabelecer, contudo, a identificação do árbitro ou os mecanismos utilizados para que se promova a sua escolha.<sup>505</sup>

Nessas situações, após o surgimento do conflito, a cláusula compromissória considerada apenas como promessa de contratar, cria para as partes a obrigação de declaração de vontade posterior, por meio da celebração do compromisso arbitral que passa a ser designado como o contrato e, somente a partir dele, ensejará a instauração da arbitragem.

Considera-se cláusula arbitral cheia, aquela que possibilita a instauração imediata do juízo arbitral a partir da cláusula compromissória, independentemente, da sua substituição pelo compromisso arbitral. Nessa hipótese, tem-se que a natureza jurídica dessa cláusula é a de um contrato e não mera promessa de contratar. Para configurá-la como cláusula cheia, deve conter os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral de forma imediata, nas mesmas condições impostas ao compromisso arbitral<sup>506</sup> como, por exemplo, a indicação do(s) árbitro(s)

---

<sup>503</sup> Ver art. 853 do Código Civil brasileiro.

<sup>504</sup> O Código Civil situa o compromisso em seu art. 851.

<sup>505</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel et GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 286-290.

<sup>506</sup> Requisitos específicos previstos no art. 10 da Lei nº. 9.307/1996.

ou a forma de sua escolha com critérios de experiência mínima na matéria objeto da controvérsia e o lugar em que os atos procedimentais serão desenvolvidos.

Aliás, a cláusula arbitral cheia trata-se de uma disposição contratual na qual as partes aproveitam-se da liberdade de contratar para estabelecer outras regras para o desenvolvimento da arbitragem, assim como, a escolha da matéria aplicável como regra de julgamento, admitida a equidade; prazo para apresentação da sentença arbitral; responsabilidade pelo pagamento das despesas com o procedimento arbitral e os honorários dos árbitros, entre outros requisitos facultativos definidos entre os interessados.<sup>507</sup>

Por meio da cláusula cheia, tem-se a possibilidade de ampliação dessa modalidade às partes não signatárias que, segundo entendimento de Cahali<sup>508</sup> abrange: “(i) em grupo de empresas, (ii) contratos principal e acessório, (iii) interveniência no contrato de fiança, (iv) estipulação em favor de terceiro, (v) sub-rogação no contrato de seguro, (vi) novação, (vii) cessão da posição contratual, (viii) desconsideração da personalidade jurídica etc”.

O compromisso arbitral pressupõe que já exista um conflito entre as partes e não a mera possibilidade de sua ocorrência. Uma vez manifestado o litígio e tendo os interessados celebrado o compromisso arbitral, a solução será dada pelo(s) árbitro(s) e não pela jurisdição estatal.

O instituto da arbitragem estabelece que o compromisso arbitral possa ser judicial quando realizado no curso do processo judicial por termo nos autos, ensejando a extinção do processo sem a resolução do mérito<sup>509</sup> ou extrajudicial, celebrado por instrumento público ou particular, sendo esta última forma, necessariamente, através de documento escrito e subscrito por duas testemunhas.<sup>510</sup> Além dessas formalidades, o compromisso arbitral judicial ou extrajudicial deverá conter determinados requisitos específicos<sup>511</sup>, como a indicação do nome e

---

<sup>507</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 158.

<sup>508</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 159.

<sup>509</sup> Anota o art. 485 do CPC/2015, as causas de extinção do processo sem a resolução do mérito.

<sup>510</sup> Conforme art. 9º da Lei da Arbitragem.

<sup>511</sup> Conforme art. 10 da Lei da Arbitragem.

qualificação das partes, o nome e qualificação do árbitro ou dos árbitros e, dependendo do caso, a identificação da entidade arbitral, a matéria objeto da arbitragem e o lugar em que a sentença arbitral será proferida.

Urge questionar se a forma escrita exigida na convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral) nos termos de sua lei de regência e igualmente previsto na Convenção de Nova Iorque que disciplina o registro escrito em seus arts. II.1 e II.2<sup>512</sup>, também se aplica as convenções arbitrais eletrônicas. Inicialmente, parte-se do pressuposto da licitude dos contratos eletrônicos que em razão ao princípio da liberdade das formas para os atos e negócios jurídicos devem ser acolhidos em nosso ordenamento.<sup>513</sup>

No entanto, em que pese haver uma tendência internacional de conferir ao referido dispositivo legal da Convenção de Nova Iorque uma interpretação extensiva e construtiva no sentido de flexibilizar a expressão “por escrito”, ainda não há um entendimento uniforme sobre essa questão.<sup>514</sup> A novel legislação brasileira que atualizou o instituto da arbitragem em nada contribuiu para elucidar a matéria, limitando-se a estipulação escrita da convenção arbitral, “sem explicar o conteúdo dessa expressão. A exegese literal, portanto, igualmente suscita dúvida se a expressão deve ser lida de forma ampliativa ou restritiva, para incluir ou não, respectivamente, os documentos eletrônicos”.<sup>515</sup>

Ademais, os documentos eletrônicos assim como os físicos não se restringem às peças escritas, porquanto qualquer informação digitalizada como um vídeo contendo o seu áudio, uma planilha ou fotografia salvos em computadores ou em outros aparelhos eletrônicos podem ser considerados documentos eletrônicos,

---

<sup>512</sup> “Art. II – 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem. Art. II - 2. Entender-se-á por ‘acordo escrito’ uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas”.

<sup>513</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18.

<sup>514</sup> WALD, Arnaldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro). In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

<sup>515</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 23.



constituindo-se como meio de prova atípica. Nesse contexto, os documentos eletrônicos são reproduções virtuais, sem qualquer vinculação a um apoio físico, por estarem “dissociados de qualquer suporte tangível ou material, sendo uma sequência de bits que podem ser gravados, copiados e remetidos para qualquer recipiente”<sup>516</sup>.<sup>517</sup>

Em outros termos, compreende-se que a informação representa a base de formação do documento eletrônico, importando distinguir o “documento eletrônico simples” com o “documento eletrônico certificado”. Este último representa “o documento eletrônico com assinatura digital certificada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), ao passo que aquela faz referência ao documento eletrônico com ou sem assinatura digital, mas sem certificação pelo ICP-Brasil”.<sup>518</sup>

De fato, a equiparação entre o documento eletrônico e o físico exigido na sua forma escrita, comporta a necessidade de reformas legislativas que atualizem o seu conteúdo, assim como de construções hermenêuticas compatíveis sobre a interpretação da expressão “por escrito”. Assim, por certo, as dúvidas sobre o fato de que os novos documentos por meios tecnológicos devem satisfazer o requisito escrito das cláusulas arbitrais, perpassam desde a análise dos seus aspectos formais, quanto à manifestação da vontade eletrônica.

Por consequência, a exigência formal escrita decorre do texto da lei, todavia, as convenções arbitrais implicam não apenas ao cumprimento dos “requisitos formais da lei para que seja tida como válida e eficaz. É vital assegurar-se que houve uma confiável manifestação da vontade das partes no sentido de celebrar a convenção arbitral”.<sup>519</sup>

Deste modo, deve-se verificar se ocorreu o consentimento das partes como validade da cláusula arbitral, seja expresso ou tácito, este último manifestado independentemente de qualquer previsão legal. Para tanto, a valorização do princípio

---

<sup>516</sup> Insta registrar que é comum o arquivo dos documentos eletrônicos em diferentes ambientes que podem ser acessados, lidos, modificados, copiados ou deletados no computador, *smartphone* ou qualquer outro aparelho eletrônico, além dos *backups* armazenados *online* e que podem ser recuperados em sua integridade.

<sup>517</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 158-163.

<sup>518</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 163.

<sup>519</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36.

de autonomia de vontade das partes está sujeito a certas condições: (i) autenticidade: a autonomia da vontade manifesta-se presumível, na medida em que há indícios de autoria da vontade declarada pelas partes; (ii) integridade: presunção de correlação do conteúdo da declaração manifestada com vontade original das partes; (iii) consciência: as partes devem estar cientes da declaração voluntária em firmar a convenção de arbitragem e seus termos, com base na confiabilidade do instituto,<sup>520</sup> e (iv) efetiva comunicação: “os meios de comunicação entre as partes devem ser tais que seja presumível que houve a coincidência de vontades e não manifestações unilaterais”.<sup>521</sup>

O atendimento a esses requisitos demonstram a presunção do desejo das partes na convenção de uma cláusula arbitral, principalmente, na arbitragem informatizada que não deveria estar sujeita a tantas exigências formais, cuja prática tem sido crescente tanto ao comércio internacional como as demais transações eletrônicas deste típico negócio jurídico. A tendência é considerar o consentimento e, nesse caso, presumido das partes como a essência da arbitragem, pois, seria “mais razoável exigir uma presunção de confiabilidade cabendo ao juízo arbitral, se houver impugnação referente à manifestação de vontade, apreciar as provas trazidas para decidir se são suficientes ou não para ilidir a presunção de confiabilidade”.<sup>522</sup>

De fato, pondera Oliver Cachard<sup>523</sup> com base em precedentes dos Estados Unidos que o requisito escrito é comum na aceitação dos documentos eletrônicos, assim como, também são admissíveis às vias eletrônicas nas legislações nacionais.

Por isso, que a Lei Modelo da UNCITRAL de Arbitragem Internacional Comercial sofreu emendas no ano de 2006, especificamente, sobre os documentos eletrônicos em seu art. 7º, passando a conferir nova redação da versão originalmente editada em 1985, com a possibilidade de a cláusula eletrônica ser admitida.

---

<sup>520</sup> Com efeito, esse requisito relaciona-se com o princípio de Interpretação em Boa-fé, devendo a convenção arbitral ser interpretada com base na vontade das partes quanto ao que está escrito, segundo FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. E. Gaillard & J. Savage (eds). Netherlands: Kluwer, 1999. p. 257.

<sup>521</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 36-37.

<sup>522</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 37.

<sup>523</sup> CACHARD, Olivier. Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 23.

Art. 7<sup>th</sup>: [...]

2 - The arbitration agreement shall be in writing.

3 - An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

4 – The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; ‘electronic communication’ means any communication that the parties make by means of data messages; ‘data message’ means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.<sup>524</sup>

Na esteira desse raciocínio, a Lei Modelo serve de padrão modernizador para que as leis nacionais possam ser interpretadas com o mesmo sentido, considerando que a redação atual do referido instrumento, expressamente, acentua que o “documento eletrônico, desde que posteriormente acessível, e independentemente da tecnologia empregada para registrá-lo, é aceitável”.<sup>525</sup>

Todavia, mesmo diante do fato de que a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico seja um instrumento não vinculante, serve de orientação para adaptação das normas existentes, comportando uma interpretação ampliada com respeito à autonomia da vontade das partes para que a convenção arbitral eletrônica possa ser admitida.<sup>526</sup>

Entretanto, a manifestação da vontade referida está associada à questão da autenticidade dos documentos eletrônicos como meio de facilitação da prova, visando assegurar, por exemplo, se a vontade emanou da pessoa correta. Em face disso, a “imperatividade de a convenção arbitral estar ‘por escrito’, conseqüentemente, está ligada à necessidade de conseguir acessar o documento da mesma. Ou seja, é uma

---

<sup>524</sup> “Art. 7º. [...] (2) O acordo de arbitragem deve ser feito por escrito. (3) O acordo de arbitragem tem forma escrita quando o seu conteúdo estiver registrado sob qualquer forma, independentemente de o acordo ou contrato de arbitragem ter sido concluído oralmente, por conduta ou por qualquer outro meio. (4) O fato do acordo de arbitragem ter de ser por escrito tem a ver com a comunicação eletrônica e com o fato de a informação nele contida poder ser utilizada para referência futura; “comunicação eletrônica” é toda e qualquer comunicação utilizada pelas partes através da mensagem de dados; “mensagem de dados” é a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios eletrônicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo também, mas não apenas, o intercâmbio eletrônico de dados (EDI), o correio eletrônico, o telegrama, o telex ou a telecópia”. Tradução livre.

<sup>525</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26.

<sup>526</sup> GONÇALVES, Eduardo Damião. Relações da arbitragem com a internet. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese-CBar, nº 8, ano 2. p. 43-57, out./nov./dez. 2005. p. 49

questão de garantir a integridade”.<sup>527</sup> É cediço, por outro lado, que a integridade dos documentos eletrônicos ou físicos possa ser passível de impugnação, para tanto, o Código de Processo Civil brasileiro prevê o incidente da falsidade documental.<sup>528</sup>

No entanto, deve agir com cautela o árbitro na valoração probatória dos documentos eletrônicos, para isso, fundamental a compreensão de suas características: “(i) *Autenticidade*: assim compreendida a possibilidade de precisar o autor do documento; e (ii) *Integridade*: que faz referência à impossibilidade de modificar-se o conteúdo do documento de forma imperceptível”.<sup>529</sup> Assim, recomenda-se o uso de medidas de segurança como senhas, controles biométricos, criptografia assimétrica<sup>530</sup> e das assinaturas digitais<sup>531</sup> como indícios de autenticidade por não tratar-se de uma garantia absoluta de provas da autoria. Registre-se a possibilidade de recuperação dos documentos eletrônicos onde estão contidas as cláusulas compromissórias, desde que tomadas as devidas medidas protetivas quanto à sua integralidade que poderão servir como meio de prova, caso seja contestada pela contraparte. Nesse sentido, a exigência do requisito “por escrito” nessa espécie de

<sup>527</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

<sup>528</sup> Conforme disposto no art. 430 do CPC/2015.

<sup>529</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 189. Conforme DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2. p. 216.

<sup>530</sup> “É importante entender que, ao contrário da criptografia convencional (ou ‘simétrica’), que tinha uma única chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem (pondo a risco todo o sigilo da operação caso a chave fosse interceptada), a criptografia assimétrica usa duas chaves: uma privada e uma pública. A lógica por trás do uso de duas chaves é que uma é capaz de cifrar a mensagem e a outra decifrá-la, sem os papéis se confundirem, isto é, quem codifica não decodifica e vice-versa”. A assinatura digital representa uma forma sofisticada de utilizar-se a criptografia assimétrica. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 192.

<sup>531</sup> “Não se deve confundir, portanto, ‘assinatura digital’ com ‘assinatura digitalizada’. Aquela é uma sequência numérica criada a partir do uso da criptografia assimétrica, ao passo que a assinatura digitalizada consiste em uma assinatura normal traduzida em forma eletrônica por meio do uso de um *scanner* ou de qualquer outro aparelho similar. Deve igualmente ser considerada uma assinatura digitalizada aquela firmada diretamente em tela sensível ao toque (*touch screen*). A grande distinção entre as duas modalidades é que a assinatura digitalizada pode ser facilmente copiada e transposta a qualquer outro documento eletrônico, enquanto a assinatura digital (igual à assinatura num documento físico onde a tinta permeia o papel de tal forma que não pode mais ser extraída sem deixar uma marca dessa alteração) é ligada indissociavelmente a um único documento eletrônico, o que a torna muito mais útil de um ponto de vista de segurança jurídica”. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 193.

documento é relativizada, caso o conteúdo da convenção de arbitragem possa ser demonstrado por outros meios de prova.<sup>532</sup>

Evidente que a assinatura digital é preferida na hipermodernidade, pois os documentos eletrônicos não se restringem a meros textos digitados, incluindo-se também nesse contexto, as gravações de áudio e vídeo. Nesse ponto, a celebração de convenções arbitrais de forma oral desde que reduzidas a termo, é uma tendência aceita no sistema italiano e no Código de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987, além do disposto no § 3º do art. 7º da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL.<sup>533</sup> Em nosso país, a Medida Provisória nº 2.200/2001<sup>534</sup> estabelece em seu primeiro artigo que o ICP-Brasil é criado para garantir a “autenticidade, a integridade e a validade jurídica dos documentos em forma eletrônica”. Deste modo, observa-se:

(i) os documentos eletrônicos possuem natureza de prova documental ou prova atípica dependendo se são certificados ou não, respectivamente; (ii) os documentos eletrônicos devem ser admitidos na arbitragem salvo se forem obtidos por meio ilícito ou se barrados pela vontade das partes; (iii) o uso dos documentos eletrônicos no procedimento traz consigo várias questões de cunho prático que podem gerar problemas jurídicos, sendo recomendável tratar desses pontos de antemão para evitar surpresas e atritos futuros; e (iv) não obstante os documentos eletrônicos exibirem fragilidades no que toca a sua autenticidade e integridade, é possível obter indícios da autenticidade e da integridade e até provas a integridade pela assinatura digital, sendo, portanto, uma fonte de prova com o potencial de ser fidedigna e confiável.<sup>535</sup>

Alinhada à realidade tecnológica atual, atribui-se um grau razoável de confiabilidade quanto à admissibilidade de cláusula arbitral eletrônica como uma das principais fontes promissoras de provas modernas.

---

<sup>532</sup> CACHARD, Olivier. Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 19.

<sup>533</sup> GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 54-56.

<sup>534</sup> BRASIL. Planalto. MPV 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA) 24/08/2001. *Institui a infra-estrutura de chaves públicas brasileira - ICP-BRASIL, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em Autarquia, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/MPV/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>535</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 199.

### 3.3 Modernização do Instituto da Arbitragem

A novel legislação sobre a arbitragem apresenta uma modernização do instituto, a fim de torná-la mais acessível, com a possibilidade de ampliação do seu campo de aplicação na forma de composição de conflitos.

Frise-se que, no Brasil, foi designada pelo Senado Federal uma comissão de juristas presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão, para apresentar proposta de reforma da Arbitragem (Lei nº. 9.307/1996) e que resultou na elaboração do Projeto de Lei 406/2013, com a finalidade de consolidar práticas já reconhecidas pelos tribunais brasileiros, modernizando o sistema arbitral no país, além de ampliar o seu campo de atuação. Um dos integrantes da comissão foi o ex-senador Marco Maciel, autor do projeto na Lei de Regência da Arbitragem em 1996 que, em sua homenagem, passou a ser conhecida como a Lei Marco Maciel, por ter disseminado o juízo arbitral no sistema jurídico do país. Participaram, também, o ministro do Tribunal de Contas da União Walton Alencar Rodrigues e a ministra aposentada do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie. A Câmara dos Deputados havia sugerido mudanças através da emenda (ECD 1/15), mas terminou sendo rejeitada pelo Senado, com a aprovação do texto original em 5 de maio de 2015, ao projeto de lei de arbitragem - PLS 406/13.

Diante da aprovação e vigência do Código de Processo Civil brasileiro em 2015, foi sancionada a reforma do instituto da Arbitragem através da Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015, com a finalidade de estabelecer uma harmonização aos princípios processuais previstos pela nova codificação processual, além de compatibilizar os anseios da sociedade contemporânea por essa forma privada de solucionar conflitos. Importante destacar que esta não se trata de uma nova lei, mas sim, de atualização da norma de regência que regulamenta a arbitragem no Brasil.

Muito embora já reconhecida e radicada a arbitragem no Brasil, foi no contexto de avanço de tecnologias, profundas modificações de entendimento jurisprudencial e alterações da lei processual, bem como com o objetivo de sintonizar a lei com o cenário de comércio internacional em que o País está inserido, que se deu a reforma da Lei de Arbitragem, com a consolidação de práticas e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, mais um importante passo rumo à consolidação da arbitragem como meio de solução de controvérsia célere e efetivo, que assegura a inserção do País no cenário do



comércio internacional, revestido da necessária segurança jurídica ao investidor e aos usuários do instituto.<sup>536</sup>

Contudo, o texto aprovado tem por finalidade reduzir o volume de processos que tramitam perante o Poder Judiciário brasileiro, além de estimular esse método extrajudicial de resolução de conflitos para outros campos de atuação da área jurídica. No entanto, foram vetados pela Presidência da República, os parágrafos segundo ao quarto do artigo 4º da Lei nº. 9.307/1996, relacionados à previsão da arbitragem para causas trabalhistas, relações de consumo e para litígios oriundos dos contratos de adesão.

Nesses casos, o novo texto legal possibilitava algumas ressalvas na estipulação da cláusula compromissória com a flexibilização de sua inclusão nos contratos trabalhistas desde que fosse por iniciativa do trabalhador e só era admitida em casos de cargo de confiança ou de executivos. Nos contratos de adesão, a cláusula arbitral somente poderia ser inserida por iniciativa do consumidor ou mediante sua expressa autorização.

Há entendimento de que os vetos presidenciais não deveriam ser mantidos, pois impedem a evolução da arbitragem no Brasil, especialmente, no âmbito das relações de consumo e do trabalho: “Aquelas alterações sinalizavam um movimento de democratização da arbitragem, que poderia finalmente deixar de ser método de resolução de litígios ‘de elite’.”<sup>537</sup>

A estrutura da lei submetida à aprovação ao Congresso Nacional alterou e modernizou o instituto da arbitragem, com o consenso quase unânime dos membros integrantes da comissão de juristas, entre eles, José Rogério Cruz e Tucci<sup>538</sup> que, em relação ao veto presidencial, assim se pronunciou: “[...] durante a tramitação do respectivo processo legislativo, no Senado e na Câmara, não houve também proposta alguma de emenda visando a suprimir o indigitado alargamento da arbitragem. A novidade passou incólume pelo nosso Parlamento”.

---

<sup>536</sup> BARALDI, Eliana Baraldi. Arbitragem e contratos com a administração pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

<sup>537</sup> ROCHA, Caio Cesar. Vetos presidenciais impedem evolução da arbitragem e não devem ser mantidos. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/fora-tribunal-vetos-impedem-evolucao-arbitragem-nao-mantidos>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>538</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Vetos inusitados conspiram contra o futuro promissor da arbitragem. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/paradoxo-corte-vetos-inusitados-conspiram-futuro-promissor-arbitragem>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

Mais adiante, sobre os fundamentos dos vetos apresentados pelos Ministérios da Justiça<sup>539</sup> e do Trabalho<sup>540</sup> através da Mensagem 162, de 26 de maio de 2015, da Presidência da República ao Presidente do Senado Federal<sup>541</sup>, considera ainda Cruz e Tucci que estes são inconsistentes, alertando que:

Em suma: os vetos conspiram contra o futuro promissor da arbitragem! Como diz um velho, simples e sábio provérbio: “*é muito mais fácil destruir do que fazer*”!

Só nos resta torcer para que o bom senso prevaleça, na oportuna votação a ser realizada, a teor do disposto no artigo 66, parágrafo 4º, da Constituição Federal, pelo Congresso Nacional, com a expectativa da integral rejeição dos referidos vetos.<sup>542</sup>

Infelizmente não foi o que ocorreu. O Congresso Nacional brasileiro, em sessão realizada no mês de setembro de 2015, manteve os vetos presidenciais à reforma da Lei da Arbitragem, não sendo sequer analisados pela Câmara dos Deputados, considerando que os três dispositivos vetados sobre a previsão da arbitragem para as causas trabalhistas, relações de consumo e disputas envolvendo contratos de adesão foram mantidos pela maioria dos senadores presentes, resultando apenas 10 votos pela derrubada dos mesmos.

---

<sup>539</sup> O Ministério da Justiça pronunciou-se à Presidência da República, solicitando o veto da arbitragem nos contratos de adesão. “Na mensagem de veto, a pasta afirmou que os dispositivos autorizam a arbitragem ‘de forma ampla’ sem deixar claro que o consumidor pode pedir a instauração de juízo arbitral também no decorrer do contrato, e não apenas no momento de sua assinatura. ‘Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor [...]’.” CONSULTOR JURÍDICO. Evolução com ressalvas: congresso nacional mantém vetos à reforma da lei de arbitragem. *Revista Consultor Jurídico*, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-23/congresso-nacional-mantem-vetos-reforma-lei-arbitragem>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>540</sup> No caso dos contratos trabalhistas, o veto foi a pedido do Ministério do Trabalho. “Diz a pasta que, ao afirmar que só executivos ou ocupantes de cargos de direção podem ir para arbitragem para resolver seus conflitos trabalhistas, a lei ‘acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados’. O Ministério também afirma que a lei usava de ‘termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista’, o que ‘colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral’.” CONSULTOR JURÍDICO. Evolução com ressalvas: congresso nacional mantém vetos à reforma da lei de arbitragem. *Revista Consultor Jurídico*, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-23/congresso-nacional-mantem-vetos-reforma-lei-arbitragem>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>541</sup> BRASIL, Planalto. *Mensagem nº 162, de 26 de maio de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>542</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Vetos inusitados conspiram contra o futuro promissor da arbitragem. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/paradoxo-corte-vetos-inusitados-conspiram-futuro-promissor-arbitragem>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

A Lei que atualizou a Arbitragem dispõe apenas de três artigos, mas fundamentais para a celeridade dos processos arbitrais. O primeiro artigo simplesmente atualiza e modifica a redação de determinados dispositivos. O segundo acrescenta alguns artigos específicos, enquanto o terceiro artigo adiciona um dispositivo na Lei de Sociedades Anônimas.

Para maior compreensão da matéria, demonstrar-se-ão as principais alterações que culminaram na reforma da Lei Arbitral. O primeiro destaque refere-se a permissão do uso do instituto da arbitragem em conflitos decorrentes dos contratos públicos.<sup>543</sup> Deste modo, quando os interesses da administração pública envolver direitos patrimoniais, poderá valer-se da cláusula compromissória para solução eventual de conflitos relativos a contratos por ela celebrados. “Como os árbitros são indicados pelas partes, o Poder Público pode escolher alguém de sua inteira confiança e de idoneidade reconhecida na comunidade”.<sup>544</sup>

Deste modo, a reforma da Lei de Regência da Arbitragem apaziguou uma das questões mais debatidas sobre a possibilidade das empresas públicas submeterem os seus conflitos perante o juízo arbitral, diante da controvérsia que havia tanto no âmbito internacional<sup>545</sup> quanto em nosso país.

Todavia, pela alteração promovida na legislação arbitral<sup>546</sup>, observa-se o princípio da publicidade nas arbitragens em que ocorrer a participação do Poder Público, sendo “que os procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública

---

<sup>543</sup> Redação da Lei nº. 9.307/1996 atualizada pela Lei nº. 13.129/2015: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

<sup>544</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. A arbitragem avança na sombra de um sistema judicial ineficiente. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-17/segunda-leitura-arbitragem-avanca-sombra-sistema-judicial-ineficiente>> Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>545</sup> “A state must find a balance between competing political and economic concerns when deciding whether or not to allow its public entities to submit to international commercial arbitration. (8) Many countries limit to a certain degree the ability of state entities to submit to arbitration. A number of factors influence the decision of a state to allow any or all state-owned entities to submit to international commercial arbitration, including its geographical location and its political and economic make-up”. KALICKI, Jean; WALD, Arnoldo. The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under Brazilian law”. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, v. 26, n. 4, p. 558, 2009.

<sup>546</sup> Dá-se nova redação ao art. 2º, § 3º, da Lei da Arbitragem.

não seriam processados sob confidencialidade<sup>547</sup>, tampouco decididos *ex aequo et bono*;, em relação à escolha de árbitros<sup>548</sup> quando prevista a arbitragem institucional [...]”<sup>549</sup>.

Contudo, desde a edição da Lei da Arbitragem no ano de 1996, muitos entraves sobre a utilização da arbitragem nos contratos com a administração pública foram discutidos tanto no âmbito do Poder Legislativo, como em nosso ordenamento jurídico. O debate no legislativo ocorreu em face da PEC 29 - Proposta de Emenda Constitucional 29/2000<sup>550</sup>, no tocante à reforma do Poder Judiciário, com a pretensão em alterar o § 4º do art. 98 da Constituição Federal brasileira, para prever expressamente o instituto da arbitragem, excluindo-se a sua aplicação para a Administração Pública direta e indireta.

No entanto, diante da contestação de diversas entidades<sup>551</sup> e juristas, felizmente não foi aprovada a PEC 29/2000 e, mais tarde, foi substituída pela PEC 358/2005, cuja aprovação culminou com a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004. Se a decisão fosse diferente, muitos contratos vigentes estariam em risco, comprometendo “as arbitragens em curso ao abrigo de dispositivos legais que autorizavam expressamente a arbitragem envolvendo a Administração Pública<sup>552</sup> e que poderiam ter sido interpretados como revogados pela Constituição Federal”<sup>553</sup>.

Assim, restou inalterado o referido dispositivo no texto constitucional, possibilitando que outras legislações nas esferas federais e estaduais passassem a

---

<sup>547</sup> Art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996 com nova redação da Lei 13.129/2015. Nesse sentido, há sintonia com o princípio da publicidade dos atos administrativos previstos no art. 37 da Constituição Federal e art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/1993.

<sup>548</sup> Art. 13, § 4º, da Lei 9.307/1996 com nova redação da Lei 13.129/2015.

<sup>549</sup> BARALDI, Eliana Baraldi. Arbitragem e contratos com a administração pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 30.

<sup>550</sup> No texto original constava a seguinte redação: “ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se do juízo arbitral, na forma da lei”.

<sup>551</sup> Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA; Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr; Centro de Estudos das Sociedades dos Advogados – CESA; etc.

<sup>552</sup> Lei do Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES (Lei 5.662/1971, art. 5º, parágrafo único); Decreto-lei dos Empréstimos (Decreto-lei 1.312/1974, art. 11, caput); Lei do Transporte Ferroviário (Lei 8.693/1993, art. 1º, § 8º); Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos (Lei 8.987/1995, art. 23); Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 93, XV) e Lei do Petróleo (Lei 9.478/1997, art. 43, X).

<sup>553</sup> BARALDI, Eliana Baraldi. Arbitragem e contratos com a administração pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 23.

admitir a arbitralidade em contratos com a administração pública, para eventual resolução dos conflitos.<sup>554</sup>

Frise-se que os conflitos contratuais submetidos à arbitragem envolvendo a Administração Pública estão sujeitos à autorização legislativa, assim como “aos limites de arbitralidade enquanto possibilidade jurídica, próprios da Administração, e a fatores ligados à convenção de arbitragem, sua constituição e requisitos que deve conter em relação ao desenvolvimento do processo arbitral”.<sup>555</sup>

Deste modo, alguns pressupostos de arbitralidade com vistas à garantia da validade do processo arbitral, como “eventuais condicionamentos normativos de direito público que exijam uma especial conformação do processo ou do procedimento arbitral devem constar da convenção arbitral”, sob pena de comprometer a sua exigibilidade por não retratar o regime processual da arbitragem.<sup>556</sup>

Algumas jurisdições internacionais<sup>557</sup> e nacionais<sup>558</sup> estabelecem critérios acerca da possibilidade, capacidade, adequação e restrições da administração poder submeter-se à arbitragem, “quer sob o ponto de vista do tipo de entidade (a chamada arbitralidade subjetiva), quer sob a perspectiva da modalidade de contrato ou do tipo

---

<sup>554</sup> Lei dos Transportes Terrestres e Aquaviários – ANTT (Lei 10.233/2001, art. 35, XVI); Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – CCEE (Lei 10.848/2004, art. 4º, §§ 5º e 6º); Lei de Parcerias Público-Privadas – PPP (Lei 11.079/2004, art. 11, III); Lei de Partilhas (Lei 12.351/2010, art. 29, XVIII); Lei Estadual 19.477/2011, que regulamentou a arbitragem no âmbito da Administração Pública direta e indireta no Estado de Minas Gerais e Lei dos Portos (Lei 12.815/2013, art. 37).

<sup>555</sup> SALLES, Carlos Alberto de. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo. (coords). *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 207.

<sup>556</sup> SALLES, Carlos Alberto de. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo. (coords). *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 209.

<sup>557</sup> “After considering factors such as cost, certainty in international commercial interactions, public interest, and sovereignty concerns, states have chosen at least three broad approaches to arbitrality of disputes involving state-owned entities. Permission to submit and restrictions on submission are seen in all levels of the law, from constitutions and statutes to court decisions or presumptions. Regarding the criteria adopted, some states focus on the type of entity (the so-called ‘subjective arbitrality’), while others focus on the type of contract/dispute (the so-called ‘objective arbitrality’). Subjective arbitrality may impose procedural requirements on the capacity of state entities to submit to arbitration, such as legislative authorization or approval by a certain government body or authority. Objective arbitrality may involve distinctions between domestic and international disputes. It should be noted, however, that often states adopt a combination of more than one criterion”. KALICKI, Jean; WALD, Arnoldo. The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under brazilian law”. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, v. 26, n. 4, p. 559, 2009.

<sup>558</sup> “A arbitralidade subjetiva refere-se aos aspectos da capacidade para poder submeter-se à arbitragem, que no âmbito do Direito Público Administrativo, seja como pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias) ou de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), qualificadas como entidades da administração pública direta e indireta, todas possuem capacidade para firmar convenção de arbitragem”. (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e de eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 116.



de disputa (arbitrabilidade objetiva), conceitos que se depreendem da simples leitura do art. 1º da Lei de Arbitragem”.<sup>559</sup>

No tocante a arbitrabilidade subjetiva, já era desnecessária qualquer lei autorizativa acerca da possibilidade da sociedade de economia mista e empresa pública clausular a arbitragem, por equiparar-se a condição de pessoa jurídica de direito privado, com base no art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Quanto a arbitrabilidade objetiva das controvérsias por sociedades de economia mista, o referido dispositivo legal do texto constitucional também considera válidos e eficazes os contratos que estipulem cláusula compromissória para resolução dos conflitos, uma vez que desempenham “atividade econômica no sentido estrito, que tem por objetivo a geração de lucro, em atividade assemelhada à empresa privada (art. 173, § 1º, da CF) e que os direitos relacionados aos contratos são, portanto, transacionáveis [...]”.<sup>560</sup>

De igual forma, o Poder Judiciário brasileiro já havia reconhecido a arbitragem como meio legítimo para resolver disputas envolvendo a administração pública, notadamente, o Superior Tribunal de Justiça que passou a firmar jurisprudência<sup>561</sup>, em observância aos ditames da Lei de Regência da Arbitragem.

No Brasil, a utilização da arbitragem público-privada nos contratos administrativos encontra esteio na reforma de seu instituto, introduzida pela nova lei arbitral.<sup>562</sup> Frise-se que mesmo antes dessa regulamentação, já havia consenso de

<sup>559</sup> BARALDI, Eliana Baraldi. Arbitragem e contratos com a administração pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 38.

<sup>560</sup> BARALDI, Eliana Baraldi. Arbitragem e contratos com a administração pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 42.

<sup>561</sup> STJ, REsp. 612.439/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=612439&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=612439&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 5 jan. 2017; STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=11308&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 jan. 2017; STJ, REsp 904.813/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=904813&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 5 jan. 2017; STJ, Resp 1251647/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 24.02.14. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=1251647.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 5 jan. 2017; STJ, Resp 1424456/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.08.15. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1424456&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 jan. 2017; STJ, Resp 1363028/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, j. 03.06.16. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=1363028.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 5 jan. 2017, entre outros julgados.

<sup>562</sup> A Lei nº. 13.129/2015, trazendo nova roupagem ao art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem, assim dispõe: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.



aplicação da arbitragem envolvendo a administração pública, conferindo esta apenas autorização legislativa para consolidar entendimento anteriormente firmado e superando qualquer impasse sobre essa questão.

Com a reforma da Lei da Arbitragem, a nova redação<sup>563</sup> expressa uma inovação e reforça o princípio de autonomia das partes na escolha desta forma adequada de resolução de conflitos. As partes interessadas podem optar por árbitros que não estejam inscritos no cadastro das Câmaras de Arbitragem, afastando qualquer cláusula que exija a contratação exclusiva de árbitro(s) vinculada a órgão institucional ou entidade especializada arbitral.

Do mesmo modo, seguindo a tendência de cooperação das partes do Código de Processo Civil de 2015, os prazos comuns para a prática de determinados atos poderão ser estabelecidos consensualmente entre as partes interessadas, cujo procedimento já é, costumeiramente, previsto nos regulamentos arbitrais.

Em busca de uma sintonia com o direito material, acrescentou-se um dispositivo tratando da prescrição no instituto da arbitragem.<sup>564</sup> Assim, não restam mais dúvidas deixadas pela respectiva legislação arbitral sobre a existência ou não de prescrição no juízo arbitral. O Código Civil brasileiro de 2002 estabelece a interrupção da prescrição por despacho do juiz<sup>565</sup>, nesse sentido, uniformizou a mesma regra, pois a prescrição será interrompida a partir do despacho do árbitro no processo arbitral.

Consoante recente alteração do Código de Processo Civil brasileiro em 2015, que possibilita a prolação de sentenças judiciais parciais, a mesma regra aplica-se também ao juízo arbitral.<sup>566</sup> As partes e os árbitros poderão ainda, prorrogar o prazo para que a sentença arbitral final seja proferida, desde que haja consenso entre os mesmos.

Há ainda previsão expressa de uma espécie de embargos declaratórios no tocante ao aditamento da sentença, mediante requerimento de esclarecimentos sobre a decisão do árbitro pela parte interessada no prazo de cinco dias, salvo se outro prazo não for ajustado entre as partes.<sup>567</sup>

---

<sup>563</sup> Ver art. 13 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>564</sup> Sobre a prescrição, o parágrafo 2º ao artigo 19 dispõe que: “A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de instauração da arbitragem, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição”.

<sup>565</sup> Conforme art. 202, I, do Código Civil de 2002.

<sup>566</sup> O artigo 23 da Lei da Arbitragem sofreu alterações em seus parágrafos, possibilitando ao árbitro o julgamento de sentenças arbitrais parciais.

<sup>567</sup> Conforme reza a atualização do artigo 30 da referida Lei de Arbitragem.

O legislador alterou a redação do termo de compromisso para convenção de arbitragem como causas de nulidade da sentença arbitral<sup>568</sup>, por ser mais abrangente, em razão de que tanto o compromisso arbitral como a cláusula compromissória são espécies de convenção para a instituição da arbitragem. Por sua vez, trata ainda sobre a competência para homologação de sentença arbitral estrangeira, com simples substituições do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.<sup>569</sup>

Com a aprovação da nova Lei Arbitral<sup>570</sup>, o Poder Judiciário poderá conceder providências cautelares ou medidas de urgência para determinado conflito que seja submetido à arbitragem. “Os conflitos a serem decididos no órgão arbitral, muitas vezes, necessitam de providências cautelares ou medidas de urgência, a fim de que o direito não se torne inatingível”.<sup>571</sup>

Desta forma, a parte antes de propor ação de conhecimento perante o juízo arbitral, poderá requerer ao Poder Judiciário a concessão de medidas acautelatórias ou chamadas de urgências<sup>572</sup>. Todavia, uma vez instituída a arbitragem, referidas medidas poderão ser pleiteadas diretamente aos árbitros e estes, tem a prerrogativa de mantê-las ou não, dependendo do caso concreto.

Interessante foi a possibilidade da instituição da Carta Arbitral<sup>573</sup>, referindo-se a um meio de comunicação de atos processuais da Câmara de Arbitragem ao Poder Judiciário na área de sua competência territorial. Sobre este aspecto, o Código de Processo Civil brasileiro de igual forma passou a regulamentar a Carta Arbitral<sup>574</sup>, como uma das formas de comunicações processuais entre o juízo arbitral e o juízo estatal e deve atender no que couber, aos requisitos das demais espécies de carta (de ordem, rogatória e precatória), além de ser instruída com a convenção da arbitragem e as provas de nomeação do árbitro, assim como sua anuência para o exercício da função.

---

<sup>568</sup> De acordo com o art. 32, I, da Lei de Arbitragem. O procedimento para a parte pleitear ao Poder Judiciário a nulidade da sentença arbitral encontra-se previsto no art. 33 da Lei Arbitral.

<sup>569</sup> Conforme referenciado nos artigos 35 a 39 da referida Lei.

<sup>570</sup> Sobre as tutelas de urgência no procedimento arbitral, demonstram-se os acréscimos previstos no artigo 2º da Lei nº. 13.129/2015.

<sup>571</sup> FREITAS, Vladimir Passos de. A arbitragem avança na sombra de um sistema judicial ineficiente. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-17/segunda-leitura-arbitragem-avanca-sombra-sistema-judicial-ineficiente>> Acesso em: 6 maio 2016.

<sup>572</sup> Conforme dispõem os artigos 22-A e 22-B, adicionados pela novel legislação.

<sup>573</sup> Regulamentada pelo art. 22-C e também incluído pela novel legislação, sem correspondência com a lei anterior.

<sup>574</sup> Ver art. 237, IV, do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Com efeito, observa-se uma harmonia entre ambas as legislações, considerando que a criação da Carta Arbitral, segundo Moreira<sup>575</sup> justifica-se:

Tendo em vista que o árbitro, sabidamente, possui exclusivamente poderes de *iudicium* e *cognitio*, não podendo praticar atos de *imperium*, dependerá do Poder Judiciário para a efetivação de suas decisões, sejam elas relativas ao mérito do litígio, ou, ainda, medidas de urgência, como cautelares e tutelas antecipadas, concedidas pelo árbitro.

Por fim, a reforma da legislação arbitral contribuiu para dissipar eventuais divergências acerca da arbitrabilidade dos conflitos societários, a partir do momento em que a nova Lei da Arbitragem possibilita sua extensão para as Sociedades Anônimas.<sup>576</sup>

No direito societário brasileiro vige o entendimento de que todos os acionistas estarão indistintamente vinculados à cláusula compromissória estatutária, no entanto, visando compatibilizar a discrepância entre a autonomia de vontade individual de cada um dos acionistas e o princípio da deliberação majoritária das sociedades anônimas, restou assegurado ao acionista dissidente que porventura venha a discordar da inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social, por uma nova hipótese de direito de recesso, mediante o reembolso do valor de suas ações.

O exercício e a modulação do direito de recesso observaram, contudo, diferentes requisitos quanto à modalidade da companhia: nas companhias fechadas, sempre haverá direito de retirada; nas companhias abertas, por sua vez, não haverá direito de recesso quando uma das seguintes condições verificar-se: (i) caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% das ações de cada espécie ou classe; ou (ii) caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e

---

<sup>575</sup> MOREIRA, Arthur Salles de Paula. Comunicação dos atos processuais. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (coords). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: (de acordo com o novo código de processo civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 168.

<sup>576</sup> O artigo 3º da Lei nº. 13.129/2015 acrescentou o artigo 136-A na Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 que trata das Sociedades Anônimas, cuja redação já havia sido atualizada anteriormente pela Lei nº. 10.303/2001 com a inclusão do § 3º ao art. 109, de forma a autorizar a inserção da convenção de arbitragem no estatuto social.

dispersão no mercado, nos termos das alíneas a e b do inciso II do art. 137 da Lei nº. 6.404/76.<sup>577</sup>

Este aspecto volitivo deve ser exercido no prazo de 30 dias, a contar da publicação da ata da assembleia geral em que a convenção de arbitragem foi aprovada. Todavia, após transcorrido tal prazo, a convenção arbitral terá eficácia aos acionistas que permanecerem na companhia.

Enfim, a legislação que moderniza o sistema arbitral reafirma a posição do Brasil diante dos países estrangeiros de um “país *arbitration friendly*”. Nesse sentido, Cahali<sup>578</sup> tem entendido que “a reforma trouxe proveito à norma de regência”, contudo “um ou outro detalhe ainda poderia ser adequado, mas nada que comprometa a eficiência do instituto”.

Como visto, espera-se que com a vigência da nova Lei da Arbitragem que altera e modernizada a aplicação do instituto em nosso ordenamento jurídico, tem-se uma ampliação do campo de atuação de forma efetiva, como opção às partes por esta forma adequada de resolução de conflitos extrajudicial.

### **3.4 Sistema Processual Arbitral e o Código de Processo Civil brasileiro**

No plano normativo é oportuno um novo Código de Processo Civil quando se pretende determinar um alinhamento com a Constituição Federal, fundado em sólidas bases teóricas, com o fim de romper com o instrumentalismo que impera o processo civil atual e seja estruturado a partir da tutela jurisdicional constitucional.

Assim, vem ao encontro da revitalização do acesso à justiça constante no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a heterocomposição via arbitragem, como um enunciado aderente à realidade judiciária brasileira, dispondo inclusive o artigo 3º do CPC: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. (*omissis*)

---

<sup>577</sup> MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 141.

<sup>578</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 121.

De igual forma, há ainda previsão do instituto da arbitragem na legislação processual civil em vigor<sup>579</sup>, como meio de reforçar o entendimento de que nem todos os conflitos são submetidos à jurisdição estatal e que os órgãos arbitrais não integram a estrutura do Poder Judiciário. Diferentemente do Código de 1973 que tratava a instituição do juízo arbitral como mera faculdade da parte, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 almejou “esclarecer que a instituição do juízo arbitral, naquelas hipóteses em que tenha havido convenção de arbitragem, é um direito da parte, não mera faculdade”.<sup>580</sup>

Importante registrar que a contratação da arbitragem é facultativa, não se confundindo, portanto, com a sua natureza jurisdicional. Assim, uma vez celebrado contrato com a inclusão da convenção de arbitragem (seja na modalidade de cláusula compromissória ou compromisso arbitral), “surge entre as partes um pacto de eficácia plena, vinculante, que gera o direito a quem pretender instituir a arbitragem, e o correspondente dever da parte contrária de submeter-se ao juízo arbitral”.<sup>581</sup>

Mas não se estabelece um regime excepcional à competência judicial, porque a escolha da arbitragem implica excluir a jurisdição estatal, substituída que é pela jurisdição arbitral. E como se sabe, as regras de competência são estabelecidas para uma partilha de trabalho entre autoridades que possuam jurisdição. O que a arbitragem exclui, portanto, é a própria jurisdição do juiz togado, e não meramente sua competência. Porque foi pactuado submeter o eventual litígio ao juízo arbitral, não se fala mais em juiz competente, ou nos critérios de distribuição da competência entre diferentes juízos.<sup>582</sup>

---

<sup>579</sup> O juízo arbitral é contemplado no art. 42 do CPC/2015, no capítulo que trata sobre a competência judicial, segundo o qual “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

<sup>580</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254.

<sup>581</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 254.

<sup>582</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 255.

Além dessa questão, o Código de Processo Civil<sup>583</sup> estabelece regra específica em relação à decisão judicial sobre a competência do árbitro mediante a existência de preliminar da arbitragem enquadrada como gênero, decorrendo suas espécies, a “preliminar de convenção arbitral” e a “preliminar de que já há decisão do árbitro”.<sup>584</sup>

A previsão preliminar de convenção arbitral sob a alegação tanto da cláusula compromissória como do compromisso arbitral, limita-se a arguição de permanência da controvérsia à arbitragem sob o fundamento manifestado na declaração de vontade das partes. Por outro lado, a segunda hipótese ocorre quando há uma decisão positiva do árbitro sobre sua própria competência, como “condição negativa de admissibilidade” do julgamento da demanda pelo juiz estatal. “A eficácia positiva do princípio *Kompetenz-Kompetenz*<sup>585</sup>, com efeito, reconhece ao árbitro o poder de decidir se tem poderes para julgar a demanda arbitral”.<sup>586</sup>

Prevalece em nosso ordenamento jurídico a prioridade temporal do árbitro em relação ao juiz togado, quanto ao conhecimento dessa questão, não sendo diferente o mesmo reconhecimento por parte da jurisprudência<sup>587</sup>. “A regra da *Kompetenz-Kompetenz* estabelece uma prioridade: na pendência de processo arbitral, quem primeiro tem de analisar questões relativas à competência ou à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é o próprio árbitro ou tribunal arbitral”.<sup>588</sup>

---

<sup>583</sup> “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem. [...] § 5º Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo. [...]”. “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência”.

<sup>584</sup> BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de arbitragem no novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 285.

<sup>585</sup> “The positive effect of the competence-competence principle is to enable the arbitrators to rule on their own jurisdiction”. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. E. Gaillard & J. Savage (eds). Netherlands: Kluwer, 1999. p. 401.

<sup>586</sup> BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de arbitragem no novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 288-289.

<sup>587</sup> STJ, REsp. 1.327.619/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20.08.2013, DJe. 28.08.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=1363028.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=1>>. Acesso em: 5 jan.2017.

<sup>588</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1. p. 645.



O instituto da arbitragem enquadra-se na seara dos meios ou formas adversariais ou heterocompositivos de resolução de conflitos, podendo ser inserido no seu procedimento a conciliação e a mediação (métodos não adversariais), conjuntamente, alternativamente ou de modo sucessivo, sob a condução do árbitro ou de um órgão colegiado arbitral.

Na arbitragem, ao contrário da conciliação e da mediação, as partes não possuem o poder de decisão, restando este ao encargo do árbitro, porém, sendo considerada a arbitragem um mecanismo privado de solução de conflitos, conquanto heterocompositiva tem na raiz de seu estabelecimento, algo de autocomposição, tornando-a híbrida<sup>589</sup>, ou seja, uma mescla da mediação com arbitragem (med/arb).<sup>590</sup>

Dependendo da espécie, a mediação admite que o trabalho seja realizado por mais de um agente, “tornando-se pluriparticipativa”.<sup>591</sup> Diante desta peculiaridade, tem-se observado uma crescente utilização dessas variações entre os meios adequados de solução de disputas, mediante a adoção de cláusula arbitral escalonada, em que “as partes avençam que se submeterão a procedimento de mediação (ou de conciliação, conforme seja o caso) e, não chegando a um acordo, instaurarão desde logo a arbitragem”.<sup>592</sup>

Além disso, possibilita a novel legislação processual civil, no tópico específico “Dos conciliadores e mediadores judiciais”, a criação de setores de conciliação e mediação, com a normatização da atuação dos conciliadores e dos mediadores, especialmente, perante audiência de conciliação ou sessão de mediação a ser realizada para determinados conflitos, assim como a distinção entre os dois institutos.<sup>593</sup>

---

<sup>589</sup> Na arbitragem são empregadas com sucesso três variações: “a primeira, denominada **med/arb**, leva os litigantes a estabelecer as premissas para uma mediação que, não produzindo resultados, autoriza o mediador a agir como árbitro e proferir uma decisão vinculante; a segunda, conhecida como **high-low arbitration**, procura reduzir os riscos de um laudo inaceitável, estabelecendo as partes, previamente, limites mínimo e máximo para a autoridade do árbitro; a terceira variação leva as partes a optarem por uma **arbitragem não vinculante**, ou seja, a decisão é aceitável para os litigantes, eles a cumprirão; em caso contrário, poderão utilizar o laudo em suas negociações futuras”. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. p. 33-34. (grifo no original)

<sup>590</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 263.

<sup>591</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 263.

<sup>592</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34.

<sup>593</sup> Conforme dispõem os parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do CPC/2015, pela ordem: “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou

No Brasil, anteriormente a promulgação do vigente Diploma Processual, não havia regulamentação específica sobre o instituto da mediação, em que pese algumas tentativas ter sido realizada no passado. No entanto, após a sanção da novel legislação processual brasileira (Lei nº. 13.105/2015), estabeleceu-se em nosso ordenamento jurídico um novo enfoque do acesso à justiça com a edição da Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015 que “dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, assim como, a Lei nº. 13.129, de 26 de maio de 2015 que, altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem no país.

Em termos processuais, a autonomia da vontade das partes além de servir como expressão da garantia do devido processo legal arbitral e dos demais princípios diretivos da arbitragem, funciona como pressuposto do processo arbitral e serve de instrumental indispensável para ditar o seu procedimento, constituindo-se num modelo diferente e distinto do processo estatal, como demonstrado adiante.

#### 3.4.1 Da Relação Processual Arbitral: Fases da Arbitragem

Com a consolidação de práticas e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais abalizados especialmente pelo Poder Judiciário, a reforma da arbitragem trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro, uma modernização do seu instituto, notadamente, após a sanção e vigência do novo Código de Processo Civil em 2015, que estabeleceram profundas mudanças na lei processual, em decorrência do avanço das tecnologias rumo à solução de conflitos de forma célere e efetiva, revestido da necessária segurança jurídica.

Nesse ponto, a partir do momento em que as partes ajustam a convenção da arbitragem, seja através da estipulação de cláusula compromissória em instrumento contratual ou mediante celebração do compromisso arbitral, estará imposta como

---

intimidação para que as partes conciliem”. O parágrafo seguinte da nova codificação estabelece as principais características da atividade do mediador e sua atuação deve, preferencialmente, ocorrer nas hipóteses em que as partes tenham algum vínculo anterior, situação que “[...] auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

obrigatória a via extrajudicial visando à solução de controvérsias pelo juízo arbitral, afastando-se deste modo, a jurisdição estatal.

Como consequência dessa autonomia de vontade, as partes ao optarem pela arbitragem participam de um procedimento próprio e, sobretudo, flexível, em que são asseguradas as mesmas garantidas constitucionais do processo judicial.

O equilíbrio do sistema inclui porém a necessidade de não permitir que os desideratos de simplicidade e adaptabilidade cheguem ao ponto de transgredir os parâmetros livremente estabelecidos pelas partes com observância de normas da instituição arbitral escolhida e da lei aplicável, bem como das garantias, princípios e normas estabelecidos na Constituição. Não de ser sempre respeitados aqueles comandos superiores inerentes à *tutela constitucional do processo* [...] e, de igual modo, certas normas cogentes de *ordem pública* presentes na própria Lei de Arbitragem. Sob a ressalva do princípio da instrumentalidade das formas (*pas de nullité sans grief*) e da concreta observância do contraditório, desvios como esses são causas de nulidade da arbitragem e da sentença arbitral.<sup>594</sup>

Como visto, a flexibilização do juízo arbitral é velada<sup>595</sup>, com o qual sempre deverá estar “presente na arbitragem o respeito ao princípio geral do devido processo legal, pelo qual, como se verá, impõem-se regras de preservação do direito ao contraditório, igualdade, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento”.<sup>596</sup>

Especificamente sobre o direito ao contraditório, este se manifesta pela garantia de oportunidade às partes de acesso e participação ao procedimento arbitral, além de possibilitar as manifestações de suas razões. Apesar da Lei de Regência da Arbitragem mencionar apenas o contraditório de forma expressa, a garantia da ampla defesa<sup>597</sup> deve ser integrada ao instituto arbitral por estar vinculada ao princípio-fonte

---

<sup>594</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 57.

<sup>595</sup> Importante observar o comando normativo expresso no art. 21, § 2º, da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>596</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 231.

<sup>597</sup> A Constituição Federal de 1988 estabelece o princípio do contraditório e a ampla defesa em um dispositivo (art. 5º, LV), como garantia às partes em qualquer processo, seja de natureza judicial ou administrativa, assim como aos acusados em geral. “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

do devido processo legal<sup>598</sup>, com previsão em outras normas complementares.<sup>599</sup> Ademais, referidas garantias constitucionais servem de fundamento ao princípio da autonomia de vontade das partes, sendo que, a partir destes, decorrem todos os demais princípios informadores contidos no texto legal da arbitragem e que embasam todo o sistema arbitral.<sup>600</sup>

Para a instauração do procedimento arbitral, imprescindível o princípio da autonomia da vontade dos interessados consubstanciada na integralização do próprio devido processo legal arbitral<sup>601</sup>, como expressão de escolha desse mecanismo na resolução das disputas no âmbito contratual. Tanto que a expansão do procedimento poderá ser definida pelas partes e árbitros no termo de arbitragem, na ausência de previsão deste na cláusula compromissória, tomando-se como exemplo, a fixação do “lugar em que serão praticados os atos processuais, a língua, as provas que poderão ser produzidas (testemunhal, documental, oral) e de que forma, a mudança de regras regimentais ou mesmo daquelas já previamente acordadas [...]”<sup>602</sup>

Uma vez instaurado, o procedimento é regido pela prática do contraditório além de outros princípios específicos, na qual são desenvolvidas atividades coordenadas do árbitro e das partes, dispondo cada uma delas, de poderes, deveres, faculdades e ônus.<sup>603</sup>

Conforme assevera o mestre processualista Candido Rangel Dinamarco, o contraditório objetiva-se:

---

<sup>598</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 232.

<sup>599</sup> A Convenção de Nova Iorque, por exemplo, disciplina sobre a ampla defesa no art. V, 1, b, com vistas a facilitar o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras.

<sup>600</sup> No tocante as garantias constitucionais que se aplicam ao modelo institucional do processo arbitral, relevante ponderar que “o processo arbitral não é judicial e tem pressupostos distintos. Enquanto que o último é público e decorre do direito constitucional de acesso ao Judiciário, o primeiro é privado e tem seu fundamento na vontade das partes, que podem estabelecer o rito que desejarem para a composição de suas controvérsias, respeitadas as diretrizes maiores impostas pela lei, como o contraditório e a igualdade de tratamento. Se o procedimento é fixado na convenção de arbitragem – nela se incluindo o regulamento da instituição da arbitragem, quando nela corre o processo – não há que se buscar na legislação processual pública os mecanismos para a condução do processo, salvo se a isso as partes autorizam”. MAGALHÃES, José Carlos de. Soluções práticas e objetivas. *Revista Brasil Canadá*. São Paulo: CCBC, ano 2, n. 7, p. 45, 2007.

<sup>601</sup> Na arbitragem espanhola, a concretude do princípio do devido processo legal arbitral é complementada pelas regras contidas no seu regulamento, pela própria legislação arbitral e pela condução do procedimento pelo árbitro. Nesse contexto, “la norma básica aplicable al procedimiento arbitral es el principio de autonomía de la vontade [...]”. MORENO, Faustino Córdón. *El arbitraje de derecho privado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 168-169.

<sup>602</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 107.

<sup>603</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 51.

[...] flexibilizar o procedimento arbitral, tornando-o aderente às peculiaridades do caso e promovendo a celeridade, deve ser feito de modo a não tolher às partes a efetiva oportunidade para participar do processo – *participar pedindo, participar provando, participar alegando*. Será maculado de inconstitucionalidade o que for feito com prejuízo dessa tríplice participação e da efetividade da *ciência* dos atos dos outros sujeitos processuais [...].<sup>604</sup>

A respeito da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, a ausência destes atributos além de ser causa de impedimento para a arbitragem, poderá servir de fundamento para eventual ação de invalidação de sentença arbitral.<sup>605</sup> Para evitar tal situação, a observância dessas garantias processuais é de vital relevância. De um lado, a imparcialidade do árbitro se exterioriza na condução do procedimento arbitral por um terceiro apto ao exercício da jurisdição.<sup>606</sup> A imparcialidade denota “a isenção do árbitro em relação às partes, e a total falta de interesse no resultado do conflito. Impõe ao julgador não ter preferências ou favorecimentos a um dos interessados, mantendo-se em posição equidistante aos envolvidos”.<sup>607</sup>

Diferencia-se a imparcialidade da neutralidade do árbitro, anotando-se que referidos institutos não podem ser confundidos. Assim, não existe juiz ou árbitro neutro, pois o ser humano é influenciado pelo meio em que vive, por suas convicções políticas ou religiosas entre outros fenômenos sociais. Nesse contexto, a neutralidade para Selma Maria Ferreira Lemes implica na “indiferença, o que é algo difícil de ser concebido. Ser imparcial é resolver a controvérsia de acordo com o seu livre convencimento<sup>608</sup>, de acordo com o seu modo de entender e fixar suas convicções sobre o assunto”.<sup>609</sup> Por outro lado, a independência do árbitro por ser muito próxima da imparcialidade é avaliada por parâmetros objetivos mensurados pela “inexistência

---

<sup>604</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 26.

<sup>605</sup> Conforme arts. 13, 14, 15 e 32, II, da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>606</sup> Conforme previsão legal expressa no art. 13, § 6º da Lei de Arbitragem.

<sup>607</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 212.

<sup>608</sup> Consoante regra expressa no art. 21, § 2º, da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>609</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro. Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 63.

de qualquer relação de sujeição ou vínculo de natureza econômica, profissional, moral, social, afetiva com as partes”.<sup>610</sup>

Nesta quadra, o livre convencimento é aferido por um critério subjetivo, representado pela liberdade do árbitro na apreciação e valoração das provas que culminam à formação de sua motivação na solução do conflito.

[...] o livre convencimento deverá ser motivado, pois a fundamentação representa requisito obrigatório da sentença arbitral (art. 26, II, da Lei 9.307/1996). E é natural tal assertiva, pois no ambiente do devido processo legal não tem espaço o livre arbítrio. Os atos jurisdicionais, por maior liberdade que se outorgue ao julgador, são vinculados a atender à justa expectativa das partes na aplicação do direito. E, assim, a fundamentação possibilita o controle da legalidade das decisões.<sup>611</sup>

Não obstante o disposto acima, como o método valorativo do livre convencimento ou persuasão racional se aplica à arbitragem, deve ser entendido como “convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado de uma suficiente *motivação* na qual se explicitem os caminhos do raciocínio que houver conduzido o juiz à conclusão”.<sup>612</sup>

Diferentemente do que ocorre no processo estatal, a cronologia do procedimento arbitral manifesta-se em momentos conforme anota Fouchard, Gaillard e Goldman<sup>613</sup>, para quem a arbitragem se divide em três fases: (i) instauração da arbitragem; (ii) organização da arbitragem e (iii) desenvolvimento da arbitragem, cujas particularidades também são apresentadas por Francisco José Cahali, de modo a facilitar a sua compreensão.<sup>614</sup> A propósito, a Lei de Regência da Arbitragem não

<sup>610</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 214.

<sup>611</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 236.

<sup>612</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 412.

<sup>613</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. E. Gaillard & J. Savage (eds). Netherlands: Kluwer, 1999. p. 655-780.

<sup>614</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 237. Sobre as fases do procedimento arbitral, também merece registro o entendimento de



estabelece de modo preciso as fases da relação processual, embora anuncia que a instauração da arbitragem ocorre mediante a aceitação da proposta pelo árbitro.<sup>615</sup>

Despontando o conflito, a arbitragem passa a ser instituída através de um procedimento em sentido amplo, podendo ser iniciada de forma extrajudicial, judicial ou perante uma instituição arbitral com vistas à *instauração da arbitragem*, conforme espécies de convenções estabelecidas (cláusula compromissória cheia e vazia ou de compromisso arbitral lavrado extrajudicialmente ou judicialmente), objetivando a desenvoltura da *etapa preliminar*, momento em que uma parte noticia o conflito à outra através do requerimento de arbitragem.

Em sequência tem-se a *etapa da indicação, nomeação e aceitação do árbitro* e uma vez aceito o encargo, a arbitragem considera-se instituída, investindo-se o árbitro de natureza jurisdicional provisória por depender de eventual alegação de exceção quanto às causas de seu impedimento ou suspeição “[...] e impugnações quanto a vícios da convenção, *incidentes* que na sequência são apreciados como derradeira etapa, para, então, quando superados, e segundo o que a respeito se decidiu, seguir-se à fase subsequente de organização da arbitragem”.<sup>616</sup>

Os atos preparatórios para materialização do procedimento arbitral são realizados de forma preliminar, pois o início da arbitragem pode ser iniciado de diversas maneiras, dependendo de cada caso, mediante a arbitragem institucional decorrente do compromisso ou de cláusula cheia, arbitragem originária de cláusula vazia e ainda, arbitragem avulsa (*ad hoc*).<sup>617</sup> Mesmo nessa etapa, os princípios e

---

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 110-112.

<sup>615</sup> Conforme art. 19 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>616</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 239.

<sup>617</sup> “A arbitragem institucional decorrente de compromisso ou de cláusula cheia será instaurada segundo as regras previstas no regulamento da entidade eleita. A arbitragem decorrente de cláusula vazia reclama providências prévias tendentes à obtenção de compromisso arbitral. De outra parte, a arbitragem *ad hoc* decorrente de compromisso, ou de cláusula quando esta contém a indicação do árbitro, dar-se-á como acordado pelas partes ou mediante solicitação dirigida ao julgador eleito para que este, com sua aceitação da investidura que lhe foi outorgada, promova a convocação do adversário.” CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 241.

regras do sistema arbitral são aplicados de modo a regular o seu procedimento que é tratado em sentido amplo.<sup>618</sup>

Se a arbitragem foi instaurada a partir do compromisso arbitral, já estará disciplinada a sua espécie, institucional ou avulsa (*ad hoc*), posto que sua escolha trate de requisito obrigatório<sup>619</sup>. Na arbitragem avulsa (*ad hoc*), o pedido de abertura da arbitragem deve ser direcionado aos árbitros previamente indicados e uma vez aceito o encargo considera-se instituída a arbitragem, seguindo as regras que foram preestabelecidas pelo árbitro ou determinadas pelo painel arbitral<sup>620</sup>, com a convocação da parte adversária para apresentação de sua defesa a partir da assinatura do termo de arbitragem.

Sob outra perspectiva, a arbitragem institucional observará as regras imperativas às partes previstas no regulamento da respectiva entidade especializada ou órgão arbitral. Ademais, havendo cláusula compromissória, o seu conteúdo deve primeiramente ser avaliado. Caso seja eleita pelas partes uma cláusula cheia, esta requer a instauração da arbitragem nos mesmos moldes do compromisso, cujo procedimento se fará na entidade arbitral estabelecida previamente. Todavia, na hipótese de cláusula vazia ou patológica, esta requer que seja antes firmado o respectivo compromisso arbitral, manifestando-se a parte interessada de forma extrajudicial à outra parte, sua intenção em dar início ao juízo arbitral<sup>621</sup>.

Nessa etapa preliminar, com o fim de inaugurar a jurisdição arbitral, a parte interessada deverá apresentar requerimento com a notícia do conflito perante a entidade ou câmara de arbitragem, com a comprovação da existência de cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. Conforme o caso, deverá ainda indicar ou requerer a nomeação de um único árbitro de acordo com o estabelecido na convenção ou no respectivo regulamento, podendo este também ser eleito pela instituição para a formação do painel arbitral. Como padrão, o objeto do conflito é apenas identificado “com rápida e superficial referência às razões da alegada lesão a

---

<sup>618</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 241.

<sup>619</sup> Nos termos do art. 10, II, da Lei n.º. 9.307/1996.

<sup>620</sup> De acordo com o art. 21, §1º, da Lei n.º. 9.307/1996.

<sup>621</sup> Conforme art. 6º da Lei de Arbitragem.

um direito, sem ainda detalhar o fundamento da pretensão. Formula-se o pedido e atribui-se o valor respectivo, mas tudo ainda em fase preliminar”.<sup>622</sup>

Pelo sistema arbitral vigente, depois de sanada a questão da indicação ou nomeação do árbitro, dependendo de ser a arbitragem institucional ou avulsa, este deverá manifestar a aceitação do encargo que, mesmo não havendo documento específico, “prova-se por todos os meios admitidos em direito, e pode ser inclusive tácita: o árbitro que dá início aos procedimentos, mesmo sem ter declarado aceitar a nomeação, acaba por atestar implicitamente sua concordância”.<sup>623</sup>

Pode-se notar a importância desta aceitação pelo árbitro em que se terá por instituído e iniciado o procedimento arbitral e, a partir de então, “tem-se a investidura do eleito na jurisdição relativa àquele conflito. E assim se considera instituída a arbitragem, nos termos do art. 19 da Lei da arbitragem [...]”.<sup>624</sup> Nesse momento, inicia-se a contagem do prazo para a prolação da sentença arbitral<sup>625</sup>.

Ciente da aceitação do árbitro, qualquer das partes poderá na primeira oportunidade em que se manifestar depois de instaurada a arbitragem, impugnar o árbitro alegando causas de impedimento ou suspeição<sup>626</sup>, assim como, apresentar outras questões incidentais como arguição de vícios relativos à competência, invalidade, nulidade ou ineficácia da convenção arbitral.<sup>627</sup> Referido dispositivo legal apresenta-se na atualidade de pouca precisão técnica, sofrendo críticas na doutrina por tratar da “competência”, sem que seja especificado o seu conteúdo, além de não discernir o vício da convenção de arbitragem com o seu efeito, sem levar em conta a omissão em relação aos defeitos da convenção e sua extensão ao caso concreto.

<sup>622</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 239-240.

<sup>623</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 279. Entendimento igualmente manifestado por AZOCAR, Patrício Aylwin. *El juicio arbitral*. Santiago: Fallos de Mês, 1982. p. 395-396.

<sup>624</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 242.

<sup>625</sup> Conforme art. 23 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>626</sup> A Lei da Arbitragem estabelece que a recusa do árbitro deva ser apresentada através da exceção, com suas razões e provas pertinentes, nos termos do seguinte dispositivo legal, *in verbis*: “Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes. Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei”.

<sup>627</sup> Com base no art. 20 da Lei de Regência da Arbitragem.

A referência da “competência” em comento trata-se de um conceito distinto do instituto da competência no âmbito do processo civil<sup>628</sup>, considerando que no juízo arbitral, esta visa analisar a questão da arbitrabilidade e os vícios relativos à convenção de arbitragem.

A competência no juízo arbitral é contemplada pelo princípio da *kompetenz-kompetenz*, originário do direito alemão e adotado exclusivamente para a arbitragem. Em nosso sistema jurídico é conhecido como princípio da competência-competência.

A interpretação sistemática da Lei, então, sugere que, considerando o princípio *kompetenz-kompetenz*, já analisado, todas “as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória” (art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996) devem ser invocadas pelas partes nessa oportunidade e decididos pelo árbitro ou Tribunal arbitral.<sup>629</sup>

Assim, consagra-se o caráter jurisdicional da arbitragem pelo referido princípio, no qual possibilita ao árbitro o exame de sua própria competência sobre

---

<sup>628</sup> Registram-se alguns posicionamentos da jurisprudência sobre o conflito de competência envolvendo o juízo arbitral e o estatal que provocam reflexão desta matéria: STJ, REsp. 1602696-PI, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 09.08.2016, com destaques na ementa: “[...] 4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário. 5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes. 6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário. 7. Recurso especial provido”. Anote-se outro julgado pertinente: STJ, REsp. 1278852-MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.05.2013, com a ementa: “[...] 2. A cláusula compromissória “cheia”, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb). 3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem [...]”. E, ainda recomenda-se: STJ, CC 113.260-SP, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 08.09.2010 e STJ, CC 111.230-DF, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.09.2010.

<sup>629</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 248.

eventual afastamento na solução quanto ao litígio a ele submetido, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato.<sup>630</sup>

Com efeito, havendo reconhecimento dos vícios da convenção, o processo arbitral é extinto sem resolução do mérito e, uma vez declarada nesta decisão a “incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa”.<sup>631</sup> Nesse caso, cumprirá exclusivamente a parte interessada invocar a tutela jurisdicional pretendida perante a jurisdição estatal, mediante o exercício do seu direito de ação. Todavia, acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, o árbitro será substituído.

Por outro lado, recusado o incidente sobre a alegação do defeito na convenção ou ainda rejeitando a impugnação ao árbitro, prossegue-se a arbitragem normalmente, podendo a matéria ser rediscutida em eventual demanda proposta perante o Poder Judiciário para declaração de nulidade da sentença arbitral.<sup>632</sup>

Uma vez superada essa etapa de resolução das questões incidentais sobre a fixação do juízo arbitral e nomeação do árbitro, segue-se outro momento preliminar para promover a *organização da arbitragem*, com a fixação de uma ordem cronológica do procedimento, a partir da assinatura do termo de arbitragem ou ata de missão entre os interessados e o árbitro. Mesmo omissa a Lei de Regência da Arbitragem, há vários regulamentos das entidades ou câmaras arbitrais que estabelecem uma audiência ou reunião inaugural para a assinatura do referido termo de arbitragem ou ata de missão, cujo modelo foi baseado nas regras previstas no Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI<sup>633</sup>, mediante a realização do “*terms of reference*”.<sup>634</sup>

---

<sup>630</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 1. p. 645.

<sup>631</sup> Conforme dispõe o art. 20, § 1º, da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>632</sup> Conforme art. 20, § 2º c/c arts. 32 e 33 da Lei da Arbitragem.

<sup>633</sup> O art. 23 do Regulamento da CCI em vigor a partir de 1º de janeiro de 2012 apresenta a seguinte redação: “Artigo 23. Ata de Missão. 1 Tão logo receba os autos da Secretaria, o tribunal arbitral elaborará, fundamentado em documentos ou na presença das partes e à luz das suas mais recentes alegações, documento que defina a sua missão. Este documento deverá conter os seguintes elementos: a) nome ou denominação completo, qualificação, endereço e qualquer outro dado para contato de cada parte e de cada pessoa que esteja representando uma parte na arbitragem; b) os endereços para os quais poderão ser enviadas as notificações e comunicações necessárias no curso da arbitragem; c) resumo das demandas das partes e dos seus pedidos, incluídos os valores de qualquer demanda que esteja quantificada e, se possível, uma estimativa do valor monetário das demais demandas; d) a menos que o tribunal arbitral considere inadequado, uma relação dos pontos controvertidos a serem resolvidos; e) os nomes completos, os endereços e qualquer outro dado para

Nesse sentido, a expressão inglesa *terms of reference* é denominada em nosso ordenamento jurídico de “ata de missão” ou “termo de arbitragem”, este último considerado mais apropriado em nosso sistema arbitral que ocorre após ser instituída a arbitragem, objetivando a estabilização da demanda.

O instituto da arbitragem confere que o referido documento passa a ser incorporado à convenção como um adendo, tanto da cláusula compromissória como do compromisso lavrado<sup>635</sup>, dependendo do caso, não sendo uma “peça obrigatória no processo arbitral. Alguns regulamentos estabelecem um *iter* procedimental que parece exigir a redação do termo de arbitragem, como primeiro ato que devam praticar árbitros, partes e seus procuradores”.<sup>636</sup>

Contudo, o termo de arbitragem apresenta-se de forma preventiva diante da necessidade em esclarecer algumas questões de interpretações dúbias ou preencher eventuais lacunas existentes sobre a convenção arbitral e ou sanar dúvidas que possam surgir no decorrer do processo arbitral, a fim de se evitar prejuízos ou tumultos no desenvolvimento da arbitragem. Assim, importante que o árbitro ou entidade arbitral procure estabelecer “o consenso das partes para completar a convenção de arbitragem [...], evitando futura alegação de nulidade”.<sup>637</sup>

contato de cada árbitro; f) a sede da arbitragem; e g) as regras processuais aplicáveis e, se for o caso, a referência aos poderes conferidos ao tribunal arbitral para atuar como *amiable compositeur* ou para decidir *ex aequo et bono*. 2 A Ata de Missão deverá ser assinada pelas partes e pelo tribunal arbitral. Dentro de dois meses após os autos lhe terem sido transmitidos, o tribunal arbitral deverá transmitir à Corte a Ata de Missão assinada pelos árbitros e pelas partes. A Corte poderá prorrogar este prazo a pedido fundamentado do tribunal arbitral, ou por sua própria iniciativa, se entender que tal medida é necessária. 3 Se uma das partes se recusar a participar na elaboração da Ata de Missão ou a assiná-la, o documento deverá ser submetido à Corte para aprovação. Uma vez que a Ata de Missão tenha sido assinada, nos termos do artigo 23(2), ou aprovada pela Corte, a arbitragem prosseguirá. 4 Após a assinatura da Ata de Missão ou a sua aprovação pela Corte, nenhuma das partes poderá formular novas demandas fora dos limites da Ata de Missão, a não ser que seja autorizada a fazê-lo pelo tribunal arbitral, o qual deverá considerar a natureza de tais demandas, o estado atual da arbitragem e quaisquer outras circunstâncias relevantes”. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>634</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 253.

<sup>635</sup> Conforme denota a Lei da Arbitragem em seu art. 19, § 1º, com nova redação pela Lei nº. 13.129/2015.

<sup>636</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 280-281.

<sup>637</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 280.



Trata-se de um documento facultativo, com a finalidade de fazer constar neste instrumento, basicamente, a forma estipulada da convenção arbitral, o objeto da arbitragem e a cronologia provisória do procedimento.<sup>638</sup>

O TDA (Termo de Arbitragem), como mencionado, é instrumento processual organizador da arbitragem, que fornece às partes e aos árbitros a oportunidade de acordarem a respeito do procedimento, dos prazos, dos documentos e, principalmente, para identificar e delimitar a matéria objeto da arbitragem, que repercute no mister dos árbitros, garantindo que a sentença arbitral decida nos limites do pedido.<sup>639</sup>

No entanto, para que o referido instrumento tenha validade, faz-se necessária a assinatura do árbitro e de todas as partes, pois “A presença de todos os contendentes é essencial para que se possa cogitar do termo de arbitragem, pois em tal peça serão refinados temas que podem não estar claramente definidos na convenção de arbitragem [...]”<sup>640</sup> Por meio do termo de arbitragem é estabelecido previamente o roteiro da arbitragem, com a definição de um cronograma provisório que possibilita o gerenciamento do procedimento arbitral através do consenso entre todos os interessados na solução do conflito.

Essa experiência do juízo arbitral tem demonstrado tanta eficiência que a novel legislação processual civil brasileira passou a prever de forma expressa e inovadora, a possibilidade do saneamento compartilhado e organização consensual do processo<sup>641</sup>, consagrando-se o princípio da cooperação entre as partes<sup>642</sup>. Nesse sentido, tem-se um negócio jurídico bilateral, em que há concordância das partes sobre determinados pontos controvertidos, delimitação do direito aplicável ao caso concreto, além de avençarem outros negócios processuais, sejam típicos (por exemplo, convenção sobre ônus da prova<sup>643</sup>) ou atípicos<sup>644</sup>. Nesse particular, poderá

---

<sup>638</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 253.

<sup>639</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções. *Revista do Advogado*, Florianópolis, n. 87, ano XXVI, p. 94-99, set. 2006.

<sup>640</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 281.

<sup>641</sup> Conforme art. 357, CPC/2015.

<sup>642</sup> O princípio da cooperação passou a ser estabelecido de forma expressa no art. 6º do CPC/2015, sem correspondência com o Código anterior.

<sup>643</sup> Ver arts. 373, §§ 3º e 4º do CPC/2015.

<sup>644</sup> Conforme art. 190, CPC/2015.

ainda ser celebrado entre as partes e o juiz outro negócio jurídico plurilateral típico chamado de calendário processual.

Por outro lado, havendo recusa ou ausência da assinatura de qualquer uma das partes interessadas no termo da arbitragem ou da ata de missão, “tudo o que nele contém pode ser objeto de decisão do árbitro, como ordem processual. Assim, não importa o nome, mas o fato é que as deliberações, enquanto tais, consensuais ou por determinação do árbitro, passam a ser imperativas”.<sup>645</sup> Ademais, havendo necessidade de o árbitro explicitar tais questões, deverá elaborar um adendo com a participação de todos os interessados e que fará parte integrante da convenção de arbitragem.<sup>646</sup> Importante frisar a exigência do consenso retratado na assinatura conjunta, entretanto, restando demonstrada sua ausência, este não será mais considerado como tal, mas sim, como decisão do árbitro em relação ao constatado no aludido termo.

Estabilizada a demanda e ultrapassadas as etapas preliminares, inicia-se o *desenvolvimento da arbitragem* e por não haver previsão legal de seu ordenamento, suas regras serão baseadas “[...] na vontade das partes; no regulamento da instituição arbitral indicada para a administração do procedimento; na ata de missão, se houver; e na decisão do árbitro, com autoridade para disciplinar em caráter supletivo, as lacunas a respeito”.<sup>647</sup> Todavia, não há qualquer previsão legal que permita a utilização de forma subsidiária das normas estabelecidas no Código de Processo Civil vigente, a não ser que estas sejam ajustadas de comum acordo entre as partes.

É cediço que no processo são realizados vários atos processuais que culminam no procedimento, devendo estar enleado com as garantias constitucionais. Conforme anota Elio Fazzallari<sup>648</sup>, se o processo é um procedimento em contraditório, define-se o procedimento como uma sequência lógica de atos destinados à produção de um resultado final.

---

<sup>645</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 257.

<sup>646</sup> Conforme previsto no § 1º do art. 19 da Lei da Arbitragem.

<sup>647</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 263.

<sup>648</sup> FAZZALLARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. CEDAM: Padova, 1986. p. 69 e ss.

No entanto, o procedimento arbitral encontra-se previsto de forma simples e objetiva na Lei Arbitral<sup>649</sup>, com o reforço da autonomia de vontade das partes e o respeito aos princípios processuais constitucionais além dos específicos da própria arbitragem. Consubstancia-se o referido dispositivo como norma geral, cuja finalidade é oferecer parâmetros para o uso do instituto sem, contudo, tolher o seu caráter privado.

Como vertente tangível do processo arbitral, a flexibilidade do seu procedimento possibilita ao árbitro a utilização dos recursos informatizados às regras procedimentais, em face “a influência das inovações tecnológicas, o que, por sua vez, exige do jurista desse nicho o dever de analisar a legalidade de adaptação e inserção de todos os recursos modernos no seio da arbitragem brasileira”.<sup>650</sup> Com efeito, o uso das tecnologias pode trazer maior eficiência ao procedimento arbitral, entretanto, faz-se necessário ponderar se esse meio virtual ao invés da alternativa tradicional afetaria o sigilo da arbitragem, além de aumentar os custos em razão de seu funcionamento de modo virtual.

Nesse diapasão, a relação processual arbitral é realizada em fases do procedimento como a postulação, instrução e, por fim, a fase decisória. Convém ressaltar que, em regra, exclui-se da competência do juízo arbitral a fase do cumprimento da sentença. Todavia, importante destacar que com a sequência da prática desses atos processuais, desenvolve-se o procedimento propriamente dito, momento em que a jurisdição, de fato, é exercida. Em qualquer sistema processual, seja judicial ou arbitral, a fase postulatória “marca o início do processo como relação jurídica em que o árbitro exerce a jurisdição”.<sup>651</sup>

---

<sup>649</sup> Conforme art. 21 da Lei nº. 9.307/1996. “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. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei”.

<sup>650</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 90.

<sup>651</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 112.

Na fase postulatória, a parte solicitante nessa etapa inaugural do procedimento apresenta suas alegações iniciais, expondo objetivamente a fundamentação jurídica, além de individualizar precisamente seus pedidos. A parte adversa, obtendo conhecimento da instauração do procedimento arbitral deve apresentar também seus argumentos na forma de alegações iniciais, inclusive, podendo apresentar pedido contraposto. “Ou seja, marque-se com destaque: o solicitado pode fazer pedido no procedimento arbitral já em seu início, o que resulta em clara celeridade para a solução daquele conflito”.<sup>652</sup> Importante lembrar que ambas as partes devem produzir, desde logo, respectiva prova documental.

Em seguida, o árbitro fixará os pontos controvertidos impulsionando o rito, oportunidade para que as partes exerçam o contraditório na defesa de seus interesses, oferecendo cada qual sua contestação, seguidas de eventuais réplicas e trélicas até o início da instrução. “As *intimações* ou *comunicações*”<sup>653</sup> são feitas geralmente por envio ao escritório do advogado através de carta registrada ou entrega pessoal (*courrier*), viável ainda o envio de fac-símile, mensagem eletrônica etc”.<sup>654</sup>

De outra parte, o Código de Processo Civil de 2015 inovou com a inclusão da Carta Arbitral<sup>655</sup>, possibilitando uma relação de cooperação entre o juiz e o árbitro, com observância aos requisitos expressos para qualquer modalidade de carta extraída do processo judicial. Aliás, a carta arbitral deve atender os mesmos critérios das demais modalidades de comunicação dos atos processuais (cartas de ordem, precatória e rogatória), devendo estar acompanhada da convenção de arbitragem e da comprovação da nomeação do árbitro e de sua aceitação no encargo para o exercício de sua função.

---

<sup>652</sup> “E na maioria das vezes esta perspectiva já se faz constar do próprio termo de arbitragem ou ata de missão, desde então, pois, já se ampliando o objeto da arbitragem. Pode, porém, pelo regulamento, ser restrita a apresentação de pedido pelo solicitado, deixando, inclusive, para outro momento processual”. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 265.

<sup>653</sup> Nesse sentido, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 inovou no art. 455, *in verbis*: “Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo [...]”.

<sup>654</sup> Normas procedimentais citadas por CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 266, com base no Regulamento do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo - CAESP, art. 11, e do Centro de Arbitragem e Mediação - CAM/CCBC, art. 6.2.

<sup>655</sup> Conforme art. 237, IV com os requisitos do art. 260, § 3º, CPC/2015.

De igual forma, seguindo orientação do novo diploma processual civil, a Lei nº 13.129/2015 que atualizou a Lei de Regência da Arbitragem, como visto anteriormente, instituiu a Carta Arbitral<sup>656</sup> reforçando a confidencialidade em seu processamento, característica intrínseca do juízo arbitral. Trata-se de uma importante ferramenta para o cumprimento dos atos determinados pelo(s) árbitro(s), além de assegurar efetividade das tutelas de urgência, notadamente, as medidas cautelares concedidas pelo mesmo ou até a condução de uma testemunha renitente pela autoridade judiciária à audiência no processo arbitral.

Nesse ponto, havendo necessidade de assegurar o resultado útil do processo antes de instaurada a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário com o fim de requerer tutela provisória de urgência<sup>657</sup> de modo antecedente, cessando sua eficácia caso a arbitragem não seja instituída no prazo de 30 (trinta) dias, contados de sua efetiva decisão<sup>658</sup>.

Será mantida a tutela provisória de urgência antecedente em processo independente, não apenas até o implemento do prazo para a iniciativa da arbitragem, mas enquanto estiver pendente de formação o juízo arbitral, para, só quando instituída a arbitragem (LArb., art. 19) aos seus cuidados ser entregue a matéria de urgência para conhecimento e deliberação, inclusive facultado aos árbitros modificar ou revogar a medida concedida pelo Poder Judiciário (LArb., art. 22-B).<sup>659</sup>

Nesse contexto, caso a arbitragem seja instituída, será vedado ao juízo estatal conhecer de qualquer pedido de tutela de urgência sobre o conflito submetido ao juízo arbitral, cujas decisões passam a ser de responsabilidade exclusiva do(s) árbitro(s). Delimitada a jurisdição arbitral pela existência da convenção ou termo de arbitragem, a parte poderá requerer judicialmente que o processo seja extinto sem a resolução do

---

<sup>656</sup> Art. 22-C da Lei da Arbitragem.

<sup>657</sup> “Na tutela provisória de urgência, ainda, poderá ser requerida medida cautelar, ou antecipada, cada qual com características próprias, mas sempre no pressuposto de estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; estes são essenciais ao cabimento da tutela de urgência (CPC/2015, art. 300)”. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 291.

<sup>658</sup> Conforme artigo 22-A da novel legislação arbitral.

<sup>659</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 296.

mérito<sup>660</sup>. “Até mesmo se já proposta a medida, mas ainda não apreciada, ficará prejudicado o pedido se instituída a arbitragem, devendo o requerimento ser promovido agora perante o juízo arbitral, como incidente, não mais antecedente”.<sup>661</sup>

A seu turno, a inércia ou ausência de qualquer das partes no momento oportuno não obsta o desenvolvimento da arbitragem, pois, mesmo a parte sendo considerada revel no juízo arbitral ainda será possível a prolação de sentença<sup>662</sup>. A revelia apresenta-se de modo distinto nos processos estatal e arbitral, no primeiro tem-se a incidência do seu efeito diante da ausência da contestação, enquanto que no juízo arbitral, esta ocorre quando não são praticados os atos no decorrer do procedimento, como por exemplo, “(não indica árbitro, ausência de defesa, falta na audiência, omissão na produção de provas etc) e para qualquer das partes (solicitante/solicitado); na arbitragem, então, terá mais relevância a contumácia, não a revelia propriamente dita.<sup>663</sup>

O efeito da revelia no procedimento arbitral não impede a parte de acompanhar todo o rito, com a possível demonstração de provas e manifestações na tentativa de preservar o seu direito com base nos fatos alegados.

No início ainda do procedimento, o árbitro deverá estimular a conciliação entre as partes e havendo acordo, mesmo parcial, este será homologado por sentença arbitral<sup>664</sup>. A participação das partes que dessa forma resolvem o conflito consensualmente, embora possibilite que o árbitro atue como “*amiable compositeurs*”, deve o mesmo agir e ser considerado como “*who decides the dispute*”.<sup>665</sup>

Sem dúvida que a conciliação não se restringe apenas nessa fase inaugural, mas sim, deve permear todo o procedimento arbitral. Nesse particular, nada impede o uso da mediação prevista em cláusula escalonada, regulamento da entidade arbitral e sugerida pelo árbitro ou por manifesta vontade das partes envolvidas.

---

<sup>660</sup> Nos termos dos arts. 337, X c/c 485, VII, do CPC/2015.

<sup>661</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 302-303.

<sup>662</sup> Conforme art. 22, § 3º da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>663</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 268.

<sup>664</sup> Ver arts. 21, § 4º e 28 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>665</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. p. 23.



Finalizada essa fase inicial sem uma solução consensual, passa-se para outra etapa do procedimento após a arbitragem ser instituída, representada pelo momento da produção das provas, que se destina ao convencimento do(s) árbitro(s) e “[...] à aferição dos fatos alegados e ao alinhamento da posição de cada parte no contexto exposto”.<sup>666</sup>

A fase instrutória é marcada pela diferenciação de rito no juízo arbitral em comparação com o processo judicial e, notadamente, pela ausência na Lei da Arbitragem sobre a previsão do ônus probatório como dever imposto às partes na produção de provas, a fim de comprovar suas alegações e o direito à tutela pretendida.

Por essa razão, a instrução da causa depende do real interesse da parte competindo-lhe a mais ampla possível contribuição e participação “[...] na indicação de provas, com foco na revelação da ocorrência dos fatos, não só como pelo interessado alegado, mas também na versão que lhe convém (ou na demonstração de sua inoportunidade), mesmo se alegado pelo adversário”.<sup>667</sup>

A forma de produção dos meios de provas é considerada mais flexível<sup>668</sup>, célere e eficiente no procedimento arbitral em contrapartida ao processo judicial, não se restringindo às formalidades do Código de Processo Civil. Nesse aspecto, a flexibilidade do procedimento arbitral passa a ser manifestada através dos poderes instrutórios do árbitro que, em caso de dúvidas sobre a admissibilidade de uma fonte ou outra de prova, competirá decidir nesse sentido. Nessa linha, o instituto da arbitragem confere maior liberdade ao árbitro quanto à adaptação do procedimento as novas espécies de provas, inserindo nessas os próprios documentos eletrônicos.<sup>669</sup>

---

<sup>666</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 220.

<sup>667</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 270.

<sup>668</sup> A flexibilidade na produção de provas encontra-se estabelecida na Lei Arbitral. “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.”

<sup>669</sup> Conforme CACHARD, Olivier. Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf)>. Acesso em: 6 maio 2016. p. 41. JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 167.

No processo arbitral, a Lei de Regência não faz referência a uma fase específica para o procedimento da instrução, assim como não há uma ordem sequencial em que as provas devam ser produzidas. Nesse contexto, o procedimento arbitral é pautado de acordo com a vontade das partes e dos árbitros<sup>670</sup>, atuando este com liberdade na “[...] condução das atividades probatórias, sempre com atenção à maior praticidade possível e com vista à maior eficiência na busca da verdade dos fatos, e sempre também respeitado o contraditório”.<sup>671</sup>

Nesse particular, cabe ao árbitro agir com diligência e competência na condução do procedimento arbitral<sup>672</sup>, fixando sob sua “batuta” uma estratégia adequada na elaboração de um quadro probatório. O julgador, nesse caso, é considerado o “maestro” dessa fase instrutória.<sup>673</sup>

Sobre a ordem de dilação probatória, além da liberdade na produção das provas, os árbitros podem inovar na coleta por outros meios ou fontes que não as tradicionalmente adotadas no processo judicial estatal.

Os árbitros poderão proceder a vistorias em pessoas ou coisas, poderão proceder a estas vistorias no local que for mais conveniente, poderão ouvir testemunhas ou as próprias partes por meios telemáticos adequados etc. Poderão também inquirir testemunhas técnicas (*expert witnesses*) sempre que o reputarem conveniente, e atribuir ao seu depoimento o valor pelo qual concluírem mediante seu livre convencimento.<sup>674</sup> (grifo no original).

Diante dessa flexibilidade, não há uma dicotomia de apresentação, admissibilidade e valoração da prova no procedimento arbitral como ocorre nos sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*.<sup>675</sup> Dentre os meios instrutórios, a prova

---

<sup>670</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel et GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996. p. 73-76.

<sup>671</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158.

<sup>672</sup> Nos termos do art. 13, § 6º, da Lei de Arbitragem.

<sup>673</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 272.

<sup>674</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 159.

<sup>675</sup> A contraposição entre esses dois sistemas serve para ilustrar as diferenças existentes no desenvolvimento do processo. “No modelo inquisitorial, adotado em maior ou menor grau nos países da *civil law* (Europa Continental e demais regiões por ela influenciadas, como a América Latina, o Japão e a China), espera-se que os árbitros adotem postura mais ativa na determinação da marcha do processo e na instrução probatória. O tribunal é o primeiro responsável por identificar os pontos

escrita tem primazia no primeiro modelo, enquanto que no segundo prevalece a produção de prova oral. Para Eduardo Parente, os dois modelos<sup>676</sup> se entrelaçam numa composição personalizada e com características específicas para cada processo arbitral, podendo inclusive ser ajustadas na convenção antes da sua instauração. “E nesse aspecto reside talvez um dos pontos mais interessantes da prática do processo arbitral<sup>677</sup>, misturando métodos inquisitoriais do *civil law* com os adversariais do *common law* [...]”<sup>678</sup>

Sobre a análise comparada desses sistemas processuais, Michele Taruffo<sup>679</sup> esclarece alguns problemas de ordem metodológica apresentadas pela maioria das contraposições tradicionais que, num determinado contexto histórico e cultural, exprime que o processo na *common law* seria essencialmente oral, enquanto na *civil law*, o processo reveste-se de uma característica escrita. Essas diferenças consideradas como elementos fundamentais encontram-se superadas, diante das alterações que estão ocorrendo em vários ordenamentos processuais de ambos modelos, cuja realidade não pode ser desprezada, merecendo assim uma abordagem crítica.

Nesse sentido, reforça-se a evolução do processo da *common law* mediante a inclusão de diversos atos escritos, assim como, provas escritas em relação ao direito probatório, tanto no processo inglês como no estadunidense, rompendo-se paradigmas que antes eram importantes para interpretar esses sistemas. Assim, nos

controvertidos e comandar a produção das provas, o que normalmente significa que ele inquirirá ativamente as testemunhas [...]. Em contraste, o modelo adversarial, observável nos países da *common law* (Estados Unidos, Inglaterra, Índia, Cingapura etc.), reserva um papel mais passivo aos julgadores. A tarefa de investigar os fatos, determinar os modos de prova-los e testar à exaustão e com ampla liberdade o material apresentado pelo adversário é deixada nas mãos das partes e de seus advogados. O tribunal assiste a esse embate como mero observador, aguardando o momento de escolher uma das teses apresentadas pelos litigantes”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71. Ainda sobre referencial teórico desses modelos, consultar TARUFFO, Michele; HAZARD JUNIOR, Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University, 1993. p. 86.

<sup>676</sup> Para Barbosa Moreira, nenhum sistema jurídico pode ser considerado puro, mas misturado tanto com elementos do sistema da *civil law* como da *common law*. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. Temas de direito processual. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 40-48.

<sup>677</sup> Importante salientar que diante da multiplicidade das questões atinentes sobre a produção da prova nos processos arbitrais, esse é visto como um dos temas mais instigantes de estudo da arbitragem. BARBIERI, Giorgio, BELLA, Enrico. *Il nuovo diritto dell'arbitrato*. Milano: Cedam, 2007. p. 253.

<sup>678</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 221-222.

<sup>679</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 15.

últimos anos, transformações significativas, pragmáticas e com menor carga ideológica ocorreram nos principais procedimentos processuais de *common law*, sinalizando a crise desses modelos tradicionais.

Sem adentrar nas questões específicas dessas mudanças que demandariam profundas análises, Michele Taruffo<sup>680</sup> faz referências a três aspectos relevantes para demonstrar que o modelo da *common law* está perdendo sua tradicional conotação, com destaques para o (i) papel do juiz; (ii) sobre a função e natureza preliminar da fase *pre-trial* e, por último, em relação (iii) a presença do júri nas controvérsias civis.

No primeiro aspecto, a figura do juiz desinteressado, neutro, agindo como árbitro passivo, com função exclusiva de assistir o debate das partes e de corrigir e sancionar comportamentos no processo estão quase que suplantadas nesse modelo tradicional. O processo civil inglês passou por uma mudança no ano de 1998, através das “*Civil Procedure Rules*”, vigentes desde 26 de abril de 1999, no qual atribui-se ao juiz diversos e “incisivos poderes de governo e direção do procedimento, como o que atine à determinação do *track* que a causa deverá seguir (isto é, o tipo de procedimento aplicável conforme a natureza da causa), à fixação das audiências e à produção das provas”.

Similarmente, nos Estados Unidos iniciaram-se sérias transformações complexas a partir dos anos 70, com o surgimento do *managerial judge*, ou seja, um juiz que assume um papel de gestão ativa, de organização e desenvolvimento do processo, no lugar da figura tradicional de um juiz passivo (*passive umpire*). Todavia, não há um ponto temporal de referencia como nas *Rules* inglesas, porém, vários fatores contribuíram nesse processo de mudanças, diante das sucessivas reformas atinentes as *Federal Rules of Civil Procedure*, assim como, “as reformas descentralizadas e pontuais abertas pelo *Civil Justice Reform Act* de 1990 e as respostas que a praxe judiciária deu aos crescentes problemas de gestão e controle da justiça civil, com especial referência à fase preliminar do processo”.<sup>681</sup>

Essas observações em ambos os ordenamentos da *common law*, retratam ainda, a imagem de um juiz ativo em matéria de provas, acentuando seus poderes de iniciativas instrutórias, previstos tanto nas *Rules* inglesas de 1999, como nas *Federal*

---

<sup>680</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 19.

<sup>681</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 19.

*Rules of Evidence* estadunidenses de 1975, com emendas em 1994, com menção à prova testemunhal e também à *expert evidence*.

Quanto ao segundo aspecto, historicamente, tem-se difundido que o procedimento do sistema anglo-estadunidense baseia-se numa audiência dialogada em que são produzidas as provas testemunhais, seguida dos debates orais entre os advogados e logo em seguida, a sentença é proferida. Contudo, configurou-se na Inglaterra como nos Estados Unidos, desde o início do século XX, “fases preliminares (*pre-trial*) com a função de permitir às partes prepararem-se adequadamente para o debate, essencialmente em relação à *discovery* das provas em posse do adversário ou de um terceiro”. Deste modo, consolida-se o processo de *common law*, cujo procedimento é desmembrado em duas fases: “uma fase de *pre-trial* com função essencialmente preparatória e uma fase de *trial* para produção das provas orais em audiência através da técnica da *direct* e da *cross examination*”.<sup>682</sup>

Observa-se nas cortes inglesas ou estadunidenses, um percentual elevado de causas civis que não sobrevivem à fase preliminar, não chegando, portanto, ao debate e posteriormente a sentença. Nessa fase *pre-trial*, a maioria dos processos se encerram, quando as “partes concordam com um *settlement* ou porque o juiz determinou uma tentativa de conciliação presidida por um terceiro ou uma arbitragem (*esperimento arbitrale*), ou porque teve êxito qualquer outro mecanismo de solução precoce da controvérsia”.<sup>683</sup>

Sobre o último aspecto, importante frisar que o júri civil há décadas desapareceu na Inglaterra, ocorrendo um fenômeno análogo também nos Estados Unidos, mas não de forma absoluta, havendo ainda um percentual minoritário de casos em que são submetidas a júris populares, as causas concernentes à reparação de danos que estimam ressarcimentos vultosos.

Em relação aos ordenamentos de *civil law*, a situação apresenta-se com maior complexidade, a ponto de refletir sobre a existência de um modelo próprio desse sistema. Michele Taruffo restringe sua análise a dois aspectos que considera relevante: (i) afirma que “nunca existiu um modelo homogêneo e unitário de processo civil de *civil law*”; e fazendo alusão as últimas décadas, pondera que (ii) de fato,

---

<sup>682</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 20.

<sup>683</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 21.

“ocorreram tantas e tamanhas transformações em vários ordenamentos processuais da área civilista que provavelmente se perdeu qualquer possibilidade de fazer-se referência de modo sintético e unitário aos modelos tradicionais”.<sup>684</sup>

Assim, na primeira hipótese, remonta o jurista aos séculos do direito comum para justificar que na Europa continental, em face da diversidade das jurisdições e de outras fontes que regulamentavam o processo, não existia um modelo considerado homogêneo, por exemplo, entre “os processos disciplinados pelo *Code Louis*, pelos estatutos italianos, pela praxe judiciária da *Rota romana* e dos outros *Grandi Tribunali* ou do *Kammergerichtsordnungen* germânico”.<sup>685</sup>

Sem dúvida que, não é de todo incorreto, a referência costumeira ao processo romano-canônico, como fundamento corrente dos ordenamentos processuais continentais. Para o século XX, a disciplina do processo civil reconhece três importantes modelos, com destaque para o processo francês, “[...] seguido em alguns países como, por exemplo, a Bélgica e a Itália; o austro-alemão, que é seguido nos países escandinavos e nos países da Europa oriental, além de no Japão; e o espanhol, que é seguido em muitos países da América Latina”.<sup>686</sup>

Finalmente, quanto a segunda hipótese, tem-se desenhado nos últimos anos um modelo híbrido de *civil law*, diante das influências e intercâmbio decorrentes do modelo de *common law*, especialmente, do processo estadunidense, em razão das circunstâncias históricas, culturais e políticas.<sup>687</sup> Nesse caso, basta observar a recente reforma processual civil ocorrida no sistema jurídico brasileiro, no qual foram importados alguns instrumentos específicos do processo de *common law*, a exemplo, da realização da audiência de conciliação ou de mediação como mecanismos autocompositivos de solução consensual dos conflitos na fase preliminar do processo

---

<sup>684</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 23.

<sup>685</sup> “No curso do século XIX parece verificar-se uma convergência devida à imitação, que se difunde na Europa, do modelo constituído pelo *Code de Procedure Civile* napoleônico, mas essa convergência encontra seu declínio no fim do século, essencialmente à vista da ruptura determinada pela *Zivilprozessordnung* austríaca, que se coloca como novo e diverso objeto de inspiração e imitação para grande parte da doutrina e para alguns legisladores processuais posteriores”. TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 23-24.

<sup>686</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 24.

<sup>687</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 25.



de cognição e os precedentes, como critério de fundamentação das decisões judiciais, além de outros institutos.

Por outro lado, a globalização tem provocado consequências jurídicas como fator de evolução de integração desses modelos. No campo do processo civil destacam-se dois fenômenos relevantes: o primeiro refere-se ao rápido crescimento e frequência das controvérsias no âmbito transnacional, sobretudo, nas questões de ordem financeira e comercial, além do envolvimento das partes de diferentes nacionalidades. O segundo fenômeno trata da uniformidade cultural na área jurídica mediante o rompimento das fronteiras nacionais, mas com vinculação a alguns temas gerais como os direitos humanos, garantias constitucionais, efetividade da tutela, processo justo, entre outros direitos.<sup>688</sup>

Como a rede transnacional das relações jurídicas alude a um direito mais <<leve>>, flexível, variável e policêntrico, assim a cultura jurídica pode e deve tornar-se menos fechada e sistemática, mais variável e sujeita à evolução, centrada sobre muitos pontos de referência culturais ancorados em vários lugares do mundo ao invés de na tradição consolidada e autárquica de um só país.<sup>689</sup>

Como o desenvolvimento da arbitragem internacional envolve partes, advogados e árbitros de diferentes nacionalidades, geralmente resulta no embate de diversas forças culturais. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, em excelente trabalho sobre produção de provas na arbitragem internacional, refere-se ao estudo clássico realizado por Yves Dezalay e Bryant Garth<sup>690</sup>, cujo trabalho aborda historicamente os dois principais polos de uma disputa evolutiva que envolve, de um lado, a Europa Continental e, de outro lado, os Estados Unidos e o Reino Unido.

Prática originalmente reservada a um pequeno grupo de professores europeus, a arbitragem tinha feições mais próximas às tradições dos países de *civil law*. Com o crescente ingresso nessa atividade de uma nova geração de profissionais advindos dos grandes escritórios anglo-americanos, a partir dos anos 80, a prática da arbitragem transformou-

---

<sup>688</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 29-30.

<sup>689</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 31.

<sup>690</sup> DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: University of Chicago, 1996. p. 34-57.

se e passou aos poucos a incorporar algumas ‘tecnologias jurídicas’ típicas da *common law*.<sup>691</sup>

Evidente que há uma tendência para que os árbitros e advogados se inclinem para o melhor sistema processual que conhecem no modo de conduzir a arbitragem. É bem verdade que, uma vez instaurado o juízo arbitral, as diferenças culturais entre os atores da arbitragem internacional em ambos os sistemas deve ser harmonizada pela experiência e conhecimento técnico sobre o caso concreto, mediante a consolidação de um regime transnacional para o processo arbitral internacional.

Para facilitar a compreensão sobre a colheita de provas em ambos os sistemas, na arbitragem internacional, essa liberdade procedimental manifesta-se através da *soft law*, como um dos instrumentos escritos não obrigatórios e, portanto, não vinculantes, a ser seguido no curso do procedimento, cuja experiência também serve de modelo para a produção de provas no campo interno da arbitragem doméstica. São consideradas ferramentas integrantes da *soft law*<sup>692</sup>, as “[...] diretrizes, recomendações, protocolos, guias e códigos de conduta, elaborados por comissões e organismos não estatais, cuja aplicação ao processo arbitral é condicionada à vontade das partes ou à iniciativa dos árbitros” e usadas para orientar os atos processuais praticados na fase instrutória, em caso de lacuna ou omissão das “[...] leis nacionais, tratados internacionais e regulamentos de arbitragem, isto é, normas jurídicas aplicáveis à arbitragem por imposição da lei ou do contrato (*‘hard law’*)”.<sup>693</sup>

Importante ressaltar que os instrumentos de *hard law* são considerados como regras imperativas, ou seja, de caráter obrigatório, pouco flexíveis e aplicados de modo uniforme a todos os casos, cujo processo de criação e alteração é relativamente

---

<sup>691</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 69.

<sup>692</sup> “Dentre os mais bem-sucedidos instrumentos de *soft law* processual, destacam-se as Regras da IBA sobre a Produção de Provas na Arbitragem Internacional de 1999, revisadas em 2010, as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional de 2004 e as Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais de 1996. Mas inúmeros outros textos dessa natureza têm sido produzidos”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 2. A maioria desses instrumentos está disponível nos sites das respectivas instituições.

<sup>693</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

lento e burocrático em comparação aos mecanismos informais da *soft law*.<sup>694</sup> A celebração de um tratado como exemplo de *hard law*, envolve dois ou mais Estados soberanos na defesa de seus interesses num complicado processo de negociação, que além da morosidade de suas etapas e formalidades, através da assinatura, ratificação, aprovação, aceitação ou adesão (arts. 12 a 16, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados)<sup>695</sup>, muitos países ainda exigem sua aprovação pelo legislativo interno para sua vigência e eficácia.<sup>696</sup> De igual forma, as Nações Unidas estabelecem as obrigações de registro e publicidade do tratado com base no art. 102 da Carta da ONU.<sup>697</sup>

A recepção de um tratado no Brasil depende de um procedimento complexo, iniciando com a manifestação favorável do Presidente da República quanto à concordância ao tratado, enviando-o posteriormente ao Congresso Nacional para sua aprovação, via processo legislativo nos moldes do art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988. Após essa etapa, o instrumento de ratificação ou adesão do tratado deve ser depositado no exterior. Para sua vigência no país, o Poder Executivo deve, em sequência, promulgar o mesmo na ordem jurídica interna através de decreto presidencial.

Por isso, que na regulação do processo arbitral internacional, as ferramentas de *soft law* vêm crescendo<sup>698</sup>, por tratar-se um meio mais rápido, dinâmico e flexível para regular questões técnicas destinadas a (re)orientar a interpretação e o

---

<sup>694</sup> Conforme REISMAN, W. Michael. *A hard look at soft law*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/750](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/750)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>695</sup> Sobre a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003 assinada em 23 de Maio de 1969. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017. No Brasil, a Convenção de Viena foi promulgada pelo Decreto n.º 7.030/2009.

<sup>696</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33-34.

<sup>697</sup> “Artigo 102. 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do parágrafo 1º deste artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas”. CARTA DA ONU. *A carta das Nações Unidas*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap16/>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>698</sup> Sobre o aumento do processo de formação das ferramentas de *soft law* no direito internacional, BOYLE, Alan. Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 48. p. 901-913, 1999. p. 902-903. SNYDER, Francis. The effectiveness of European community law: institutions, processes, tools and techniques. *The Modern Law Review*, v. 56. p. 19-54, 1993. p. 32. GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. *The limits of international law*. New York: Oxford University, 2005. p. 94-95.

preenchimento dos espaços vazios em relação a criação ou alteração de determinados instrumentos de *hard law*, a exemplo dos tratados.

Diante das constantes mudanças das práticas comerciais, associadas a realidade e as necessidades da arbitragem internacional, a *soft law* emerge como opção regulatória informal que, por não ser vinculante, sua criação e revisão passa a ser mais fácil de negociação, podendo ser utilizada logo após sua edição, por dispensar as etapas solenes envolvidas na *hard law*.<sup>699</sup> Além dessas características e do avanço das novas tecnologias, exemplificam-se dentre as formas de *soft law* processual em virtude de seu dinamismo,

[...] a produção de provas relacionadas a informações armazenadas eletronicamente (*electronically-stored information*, ou ESI). Por sua complexidade e potencial para consumir tempo e recursos no processo arbitral, a chamada *e-disclosure* é objeto de regulação por inúmeros instrumentos de *soft law*, como as Diretrizes para os Árbitros Relativas ao Intercâmbio de Informações do ICDR, o Protocolo para *E-Disclosure* na Arbitragem do CI Arb, as Técnicas da CCI para Controle de Produção de Documentos Eletrônicos quando Permitida ou Exigida na Arbitragem Internacional e o Protocolo sobre Produção de Documentos e Apresentação de Testemunhas em Arbitragem Comercial do CPR.<sup>700</sup>

Nessas hipóteses, a principal vantagem da utilização de *soft law* no processo arbitral é a preservação da liberdade das próprias partes como importante atributo da arbitragem e que deverá ser seguido em todo o seu procedimento, adequando-o às necessidades do caso concreto. “Na escolha dos atos que serão praticados e do modo como será conduzido cada caso concreto, partes e árbitros normalmente se socorrem de uma pauta de referências, composta por sua própria experiência,

---

<sup>699</sup> “Vale lembrar que a Convenção de Nova Iorque de 1958 foi o resultado de processo de negociação e deliberação que durou pelo menos cinco anos. Se ela demorou apenas cerca de 1 e 3 anos para entrar em vigor na França e na Alemanha, respectivamente, esse tempo sobe para 7 anos na Suíça, 12 nos Estados Unidos, 17 no Reino Unido, 19 na Espanha e 37 em Portugal. No Brasil, a Convenção de Nova Iorque demorou 44 anos para ser promulgada. Não há como garantir que um novo tratado demoraria menos tempo para tornar-se eficaz nesses países”. ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 37-39.

<sup>700</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

precedentes, manuais, artigos doutrinários etc”.<sup>701</sup> Essa pauta de referência é composta por instrumentos informais no âmbito das organizações especializadas (CCI, IBA, Uncitral, CIArb, CPR, SCC, ICDR, entre outras)<sup>702</sup>, visando a eficiência da arbitragem.

Note-se que essa liberdade das partes em convencionar o procedimental arbitral é compartilhada pela Lei-Modelo da Uncitral<sup>703</sup> em seu art. 19 e adotada por várias legislações estrangeiras, inclusive do Brasil, nos termos da Lei Arbitral<sup>704</sup>, estabelecendo um “arranjo processual mínimo”, que consiste “na observância dos princípios básicos que compõe o que se poderia chamar um devido processo legal arbitral”.<sup>705</sup>

Realmente, com relação à produção da prova documental pelos usuários do processo arbitral, ambos os sistemas se combinam, sendo que na tradição da *civil law* tem-se a regra geral da distribuição do ônus da prova<sup>706</sup> que é atribuído à parte que alega os fatos (*onus probandi incumbit alleganti*), cuja regra é válida também para os países de origem anglo-saxão. “Na tradição processual dos países ligados à *common law*, é importante que as partes tenham o mesmo grau de conhecimento dos fatos envolvidos na controvérsia”.<sup>707</sup>

---

<sup>701</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 45.

<sup>702</sup> CHINKIN, Christine. The challenge of soft law: development and change in international law. *International and Comparative Law Quarterly*. v. 38. p. 850-866, 1989. p. 861

<sup>703</sup> Segundo entendimento das Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais, “as leis aplicáveis ao procedimento arbitral e as regras de arbitragem escolhidas pelas partes normalmente conferem ao tribunal ampla discricionariedade e flexibilidade na condução do processo arbitral. Isso é útil porque permite ao tribunal arbitral tomar decisões sobre a organização do procedimento que levam em conta as circunstâncias do caso, as expectativas das partes e dos membros do tribunal, bem como a demanda por uma resolução da disputa que seja justa e eficiente quanto aos custos”. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitration procedure. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. v. 36. p. 1313-1333. 2003. p. 1322.

<sup>704</sup> Conforme art. 21 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>705</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103.

<sup>706</sup> Embora o atual Código de Processo Civil brasileiro de forma expressa estabeleça em seu art. 373, regra geral para a distribuição do ônus da prova, observa-se no contencioso estatal, um juiz que geralmente aguarda a iniciativa da parte em requerer tal providência. Diferente ocorre no gerenciamento do processo arbitral, em que a conduta do árbitro é proativa no campo das provas, especialmente, quanto a determinação do que seja necessário, útil e pertinente na instrução da causa submetida à arbitragem, nos termos do art. 22 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>707</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 125.

No entanto, o aspecto diferenciador entre os sistemas para esse meio de prova, reside no direito de acesso às fontes pelos quais a parte pretende provar suas alegações e que estão em poder da outra parte. Enquanto nos países de tradição romano-germânica esse direito é geralmente limitado, nos países da *common law*, ele é bastante amplo, sendo que somente as fontes colhidas de forma consensual é que servirão como provas a serem produzidas no processo arbitral.<sup>708</sup>

Na hipermodernidade é comum a produção de vários documentos eletrônicos, especialmente, aqueles ligados ao processo informatizado com destaques dos juristas norte-americanos que partilham do sistema de Discovery<sup>709</sup> flexibilizando o procedimento, tanto no processo estatal como o arbitral.

O Discovery, conforme é cediço, consiste na concessão de acesso à parte contrária às provas que uma parte pretende usar no processo. O *e-discovery*, portanto, nada mais é do que a versão eletrônica do Discovery, em que uma parte garante à outra vista de todos os e-mails e demais documentos eletrônicos que podem ser usados em uma causa.<sup>710</sup>

No processo arbitral, a prova documental é vista como uma das causas que tem elevado os custos e de certa forma, a morosidade do procedimento.<sup>711</sup> As regras aplicáveis ao processo estatal no tocante a prova documental não se aplicam com o mesmo rigor na arbitragem, principalmente, por não haver preclusão, as partes têm maior liberdade de sua produção no juízo arbitral. “Inclusive pode-se fixar procedimento inspirado no *pre-trial* do *common law*, no qual as partes trocam entre si documentos encaminhados via memoriais antes de serem levados aos árbitros”.<sup>712</sup>

---

<sup>708</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 125.

<sup>709</sup> Acerca da flexibilidade do árbitro na produção do modelo *Discovery* aplicado nos EUA, ver GOMM-SANTOS, Maurício; SMITH, Quinn. The extent of the arbitral tribunal's power to manage Discovery in the United States of America. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22. p. 156-172, 2009.

<sup>710</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 181.

<sup>711</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 124.

<sup>712</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 238.



No Brasil, o Código de Processo Civil<sup>713</sup> estabelece às partes o dever de instruírem a petição inicial ou a contestação, com os documentos indispensáveis a provar suas alegações. Em sequência, o referido diploma processual dispõe sobre o momento preclusivo para as partes apresentarem os documentos, sendo que a lei autoriza em regra, a juntada de novos documentos a qualquer tempo para fazer prova dos fatos supervenientes daqueles ocorridos e articulados nas peças processuais.

O diploma processual brasileiro de 2015<sup>714</sup> expressa ainda que o juiz deva ouvir a contraparte sobre a juntada de novos documentos aos autos. No processo arbitral isso também ocorre<sup>715</sup>, mas não por força de tal regramento e sim, em observância do contraditório e da ampla defesa como extensão do devido processo legal<sup>716</sup>.

Outra questão de suma importância e comum no procedimento arbitral refere-se a possibilidade dos árbitros autorizarem a juntada de depoimentos sejam das partes ou de testemunhas por escritos, desde que respeitado o contraditório, especialmente, nos casos em que o litígio envolver a aplicação do direito estrangeiro, com partes também estrangeiras, independentemente de residir no Brasil ou no exterior. Nesse passo, o conteúdo do testemunho será considerado um documento. Havendo necessidade de esclarecimentos ou declarações sobre o conteúdo dos depoimentos prestados por escrito, as partes ou testemunhas poderão ser convidadas para prestarem seu relato oral. Os árbitros tem a discricionariedade em aceitar esse tipo de prova, de ofício ou mediante requerimento da parte adversa.

Ainda no tocante a produção da prova documental no processo arbitral, destaca-se a possível exibição de um documento que se encontra em poder de um terceiro, desde que não esteja abrangido pela convenção da arbitragem.

A doutrina diverge sobre o fato dos árbitros determinarem que esse terceiro apresente o documento, sendo que uma corrente entende que o árbitro por gozar do seu *munus publicum* jurisdicional possa determinar a entrega do referido documento.

---

<sup>713</sup> Ver arts. 434 e 435 do CPC/2015.

<sup>714</sup> Conforme art. 437, § 1º do CPC/2015.

<sup>715</sup> Conforme art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem.

<sup>716</sup> Conforme ensinam FOUCHARD-GAILLARD-GODMAN, “[...] the principle of due process also implies that no written submission or other document can be communicated to the arbitral tribunal without also being communicated to the other party, and that the arbitral tribunal itself cannot raise any factual or legal argument without inviting the parties to comment”. E entendem haver nulidade do processo “[...] in case where various documents were submitted by one party to the arbitral but not to the other party”. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. p. 949 e 987.

Caso seja necessário, o árbitro poderá se valer da cooperação com o juiz togado a fim de implementar a medida de forma coercitiva. De outra parte, os árbitros não podem ordenar a exibição do documento por um terceiro, por não possuírem jurisdição a ser exercida contra este.<sup>717</sup>

Como bem anota Eduardo Parente, o árbitro ou tribunal arbitral não tem o poder de determinar a prática de qualquer ato em face de alguém que não esteja envolvido pela convenção da arbitragem. Contudo, faz-se necessário encontrar uma solução adequada para que se possibilite a entrega desta prova documental pelo terceiro, no sentido da “[...] parte em favor de quem o documento poderá contribuir no processo que ingresse com demanda judicial cautelar, incidental ao processo arbitral, buscando obter o documento, que terá efeito até que ele seja obtido e enviado ao juízo arbitral”.<sup>718</sup> Isso demonstra um sistema multiportas como política pública de acesso à justiça.

Acerca da inquirição das testemunhas no processo arbitral, releva notar que a técnica do depoimento não deve ser igualada à mesma técnica do processo judicial. A forma de inquirição encontra-se identificada nos mesmos moldes do depoimento pessoal. Diante da ausência injustificada da testemunha quando convocada, o árbitro poderá requerer à autoridade judiciária competente à sua condução coercitiva.<sup>719</sup>

Nesse contexto, a audiência de instrução não é vista como uma mera audiência de rotina comum do processo estatal, em que geralmente o magistrado toma conhecimento da causa momentos antes de seu início, em face do elevado grau de litigiosidade. Na audiência arbitral, há uma maior preparação dos árbitros a par dos fatos, notadamente, por serem profissionais especialistas na matéria, objeto da controvérsia trazida à arbitragem.<sup>720</sup>

Com influências do sistema da *common law*, o árbitro poderá valer-se do depoimento oral do perito coletado na audiência<sup>721</sup>, cujo relato não se confunde com a prova testemunhal. Nesse aspecto, a prova pericial é diferenciada da prova

---

<sup>717</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 240.

<sup>718</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 241.

<sup>719</sup> Consoante regra prevista no art. 22, § 1º e 2º da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>720</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 248.

<sup>721</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. E. Gaillard & J. Savage (eds). Netherlands: Kluwer, 1999. p. 705.

testemunhal pela doutrina processualista em razão da situação fática, objeto do litígio, enquanto o perito<sup>722</sup> descreve os fatos com a finalidade de esclarecê-los com base na ciência, a testemunha utiliza a sua memória para prestar o relato visando à reconstituição dos fatos passados que tem conhecimento.

A prova pericial consiste no meio de prova que busca investigar e explicar os fatos ao julgador através de conhecimentos especializados, técnicos ou científicos, para auxiliá-lo a melhor entender determinadas matérias com a qual não esteja familiarizado. No entanto, essa função da perícia é comum no processo estatal preferindo a Lei de Regência da Arbitragem apenas autorizar de forma expressa a sua utilização<sup>723</sup>, diante da possibilidade de escolher árbitros especialistas versados em áreas diversas, além da jurídica.

Diante disso, é possível distinguir entre a “perícia na arbitragem” com a “perícia arbitral”.

Este último se resume à delegação pelas partes de questão controvertida a um arbitrador (ou corpo de arbitradores) para que o arbitrador decida no lugar das partes. É instituto atípico em nossa legislação (porém reconhecido no Direito Comparado, como ocorre na Argentina). A perícia arbitral pode ocorrer judicialmente (inclusive numa arbitragem) ou extrajudicialmente e visa decidir um ponto controvertido. Consequentemente, peritos arbitrais têm poderes semelhantes aos dos peritos (podem examinar documentos, objetos e formar conclusões) e das partes (resolvem uma questão no espaço da autonomia da vontade).<sup>724</sup>

Assim, não se deve equiparar a perícia arbitral com o instituto da arbitragem, haja vista que os arbitradores não julgam pela procedência ou improcedência da lide, mas sim, solucionam questões vinculadas ao mérito e não o deste propriamente. A prova pericial arbitral também não se confunde com a tradicional perícia que comumente é usada no processo estatal, posto que os magistrados possam acolher ou não as conclusões do laudo pericial, “enquanto que a questão resolvida pela

---

<sup>722</sup> O perito é considerado um auxiliar da justiça, cuja atividade encontra-se prevista nos arts. 156 a 158 e 464 a 480 do CPC/2015.

<sup>723</sup> Conforme art. 22 da Lei da Arbitragem.

<sup>724</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 208.

perícia arbitral deixa de ser controvertida e passa a ser um dado a ser computado pelo árbitro quando montar sua sentença arbitral”<sup>725</sup>.

No campo probatório arbitral, importa considerar que há espaço ainda para o depoimento das testemunhas técnicas, identificadas como *expert witnesses*, que apesar de não estar prevista em nossa legislação, partilha da experiência internacional, mas que também não se confunde com a prova testemunhal ou pericial.

Ao contrário da testemunha tradicional, a convocação de uma testemunha técnica reside na sua inquirição sobre a possibilidade de extrair opinião embasada em seu conhecimento técnico acerca de um assunto específico, cujo resultado é similar à prova técnica simplificada regulamentada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, sem correspondência com o Código anterior, em substituição a prova pericial.<sup>726</sup> Referida prova consiste na inquirição de um especialista que demande conhecimento científico ou técnico, convocado a participar da audiência para esclarecimentos dos pontos controvertidos no caso concreto.

O *expert witnesses* presta informações técnicas relevantes para o deslinde da causa, no sentido de contribuir para a formação do convencimento dos árbitros. Exemplos desses depoimentos técnicos podem ser encontrados nas controvérsias que envolvem os instrumentos na área de informática, funcionamento de equipamentos, sistema operacional, logística industrial, peculiaridades dos métodos de produção, “[...] particularidades de metodologia cedida, detalhes da utilização de know-how transferidos à parte (franquia), conhecimento de operações mercantis complexas, abrangendo várias etapas e diversos contratados, utilização adequada de informação”<sup>727</sup>, entre outros casos semelhantes que podem ser submetidos à arbitragem que dependem de uma prova técnica específica.

Encerrada a dilação probatória aplicável ao processo arbitral, passa-se para a última fase do procedimento motivada pelo convencimento racional<sup>728</sup> do julgador

---

<sup>725</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 208.

<sup>726</sup> Conforme art. 464, §§ 2º e 3º, CPC/2015.

<sup>727</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 276-277.

<sup>728</sup> “Diz-se racional porque esse movimento intelectual do julgador deve se basear em aspectos concretos e impessoais, não pelas impressões e subjetivismos, embora o julgador sempre carregue suas experiências e convicções, que, de alguma forma, influem no seu julgamento”. PARENTE,

mediante a prolação da sentença arbitral com a fundamentação de suas decisões (art. 93, IX, da CF/1988 e art. 489, II, CPC/2015), conforme aprofundado em tópico específico do capítulo anterior. “O ato mais relevante do árbitro no processo por ele capitaneado é, sem dúvida, a sentença, momento em que o julgador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes”.<sup>729</sup>

Comparado ao processo judicial, o arbitral é menos formal. Note-se, inclusive, que na prática da arbitragem a escolha do árbitro é feita de comum acordo pelos participantes, que têm a liberdade de eleger pessoa de confiança e familiarizada com a matéria controvertida, ou até mesmo, um profissional com conhecimento especializado, que apresentará uma sentença arbitral regida pela Lei de Arbitragem, com os mesmos efeitos da sentença judicial, faz coisa julgada material independentemente de qualquer homologação e constitui título executivo judicial<sup>730</sup>. “A sentença arbitral é o pronunciamento do árbitro ou do tribunal arbitral para encerrar o procedimento. É o ápice do procedimento, pelo qual se realiza a prestação jurisdicional buscada pelas partes”.<sup>731</sup>

Pelo visto, há de certa forma, uma *commonlawlização* do direito brasileiro e isso se mostra evidente a partir das várias mudanças legislativas, especialmente, com a edição do Código de Processo Civil de 2015 no trato sobre a fundamentação das decisões judiciais, como garantia constitucional processual e que assim pode ser entendida.

[...] Sob um ponto de vista analítico, motivar uma decisão judicial significa expor de maneira ordenada, lógica, clara e coerente as razões pelas quais se decide de determinada maneira. Sob um ponto de vista teleológico, trata-se da necessária justificação formal do exercício do poder jurisdicional, explicitando-se racionalmente às partes, aos órgãos *ad quem* e a qualquer outra pessoa da sociedade que tenha interesse naquele julgamento por que a decisão tomada foi aquela, e não outra. [...] De um lado, trata-se de uma autolimitação imposta pelo Estado ao seu poder jurisdicional, obrigando-se a justificar formalmente sua atuação e a eventual ingerência na esfera

---

Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 257.

<sup>729</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 336.

<sup>730</sup> Conforme artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil/2015.

<sup>731</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 319.

jurídico-patrimonial do indivíduo (dimensão subjetiva das garantias). De outro, é um instrumento técnico e institucional que protege os direitos e faculdades do indivíduo do arbítrio e da antijuridicidade (dimensão objetiva das garantias).<sup>732</sup>

Quando o procedimento arbitral chega à fase final de julgamento, sobrevivendo a sentença arbitral, esperam as partes em receber um provimento jurisdicional de excelência, definitivo e vinculante, especialmente, quanto à forma e seu conteúdo, conforme se verá adiante.

### 3.4.2 Sentença Arbitral: implicações do novo Diploma Processual

A arbitragem por enquadrar-se como meio heterocompositivo, confere a um terceiro neutro e imparcial a solução do conflito através de uma convenção privada. Instaurado o juízo arbitral, as partes elegem um árbitro ou tribunal arbitral para solucionar suas divergências.

A finalização do processo arbitral culmina com a sentença prolatada pelo árbitro e embora a Lei de Regência da Arbitragem não ter previsto a sua conceituação, tratou apenas de aspectos formais do seu procedimento. Releva notar que no decorrer do procedimento da arbitragem poderão ocorrer decisões proferidas pelos árbitros, em forma de “liminares, ordens processuais e até sentenças parciais que antecedem a sentença arbitral final, que tende a ratificar ou retificar as decisões anteriores”.<sup>733</sup>

A definição da sentença contida no Código de Processo Civil também vale para o instituto da arbitragem<sup>734</sup>, com algumas diferenças em seus efeitos, pois, enquanto a sentença arbitral encerra o processo e não está sujeita a recurso ou homologação da jurisdição estatal<sup>735</sup>, no processo judicial tem-se a divisão deste em

---

<sup>732</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 82.

<sup>733</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237.

<sup>734</sup> Anota Patrício Azócar que as sentenças arbitrais “[...] son resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes”. AZÓCAR, Patrício Aylwin. *El juicio arbitral*. 5. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, item 433.

<sup>735</sup> Ver arts. 18 e 29 da Lei nº. 9.307/1996.



duas fases específicas, a primeira denominada de fase cognitiva e a última executiva ou cumprimento de sentença, com o qual esta não mais põe fim ao processo.<sup>736</sup>

Nessa quadra, a sentença é definida na essência pelo renomado jurista Chiovenda como a “provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta da lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu”.<sup>737</sup>

Na redação original do Código de Processo Civil brasileiro, o conteúdo não era um critério para aferir se um pronunciamento era ou não sentença. Nesse aspecto, o Código Buzaid optou por uma solução pragmática de simplificação do sistema recursal<sup>738</sup>, relacionando os atos decisórios com as espécies de recursos, conforme se depreende na exposição de motivos do Código de 1939:

O Código vigente [CPC/39] admitiu apelação da sentença definitiva (art. 820) e agravo de petição, de decisão terminativa (art. 846). O elemento que aproxima e, ao mesmo tempo, exclui os dois recursos, é o mérito da causa. Quando o juiz o decide, cabe apelação; quando põe termo ao processo sem decidi-lo, cabe agravo de petição. O critério é lógico, mas não prático. Definir o que seja mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo e tendo o Código adotado um critério distintivo entre esses dois recursos, de índole eminentemente conceitual, manteve dúvidas que não foram dissipadas ao longo de trinta anos de sua aplicação.<sup>739</sup>

---

<sup>736</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 260.

<sup>737</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1. p. 198.

<sup>738</sup> “A principal preocupação do Código Buzaid nesse terreno estava em relacionar atos decisórios com determinadas espécies recursais – das decisões interlocutórias cabem agravos, das sentenças, apelações. A solução conceitual encontrada por Alfredo Buzaid, porém, aos poucos se mostrou insuficiente para compreensão do conceito de sentença em toda a sua extensão, ao mesmo tempo em que acabou sendo paulatinamente incapaz de abarcar decisões definitivas sobre o mérito da causa que não punham fim ao processo – mas apenas à sua fase de conhecimento – e aquelas que decidiam apenas parcela do mérito da causa. Isso por duas razões: a primeira, porque o Código Buzaid estava comprometido com uma compreensão processualmente fragmentada da atividade processual (para cada atividade uma espécie de processo); a segunda, porque estava alicerçado no princípio da unidade e unicidade da sentença (a sentença era apenas uma só ao longo do procedimento e necessariamente estava voltada a extingui-lo)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 406-407.

<sup>739</sup> BUZUID, Alfredo. Exposição de motivos do projeto do código de processo civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Coord.). *Revista forense comemorativa – 100 anos*. Rio de Janeiro: Forense, t. 5, n. 29. p. 254-255, 2006.

Com as reformas do Código de Processo Civil brasileiro buscou-se abandonar, ao menos na maioria dos casos, a referida dicotomia apresentada por Alfredo Buzaid, cuja solução conceitual mostrou-se insuficiente diante de uma concepção da atividade processual fragmentada, considerando o eminente jurista que para cada atividade haveria um tipo de processo, além do princípio da unicidade da sentença voltada à extinção do processo.

O conceito de sentença, na atualidade, deve ser compreendido a partir da sistematização do processo civil, em que a “[...] tutela dos direitos deve levar em consideração a necessidade de coordenação das atividades processuais necessárias para a prestação da tutela jurisdicional *como um todo* – isto é, desde a demanda até a concretização dos direitos”.<sup>740</sup>

Na perspectiva da novel legislação processual civil, o conceito de sentença deve ser visto com base na função em que a mesma ocupa no procedimento, mas não por sua estrutura definida por um critério topológico ou topográfico como antes da reforma do diploma processual que se distinguiam os atos decisórios (decisões interlocutórias e sentenças) dos atos não decisórios (despachos). Na esteira do novo processo civil, a sentença é determinada como “o ato do juiz que, resolvendo ou não o mérito da causa (arts. 203, 485 e 487), define-a, gerando em regra preclusão para o juiz (art. 507, ressalvadas as hipóteses do art. 494), assinalando ainda o fim da atividade de conhecimento no primeiro grau de jurisdição”.<sup>741</sup>

Na esteira da codificação processual de 2015, a sentença deve ser vista como um ato processual que encerra a fase cognitiva do processo em primeiro grau de jurisdição<sup>742</sup>, de modo mais abrangente, superando a prerrogativa de ser apenas uma decisão extintiva do processo, quando nem sempre ocorre dessa forma.

A sentença arbitral poderá ser considerada *definitiva* quando se decide o mérito da contenda, conteúdo material da controvérsia ou *terminativa*. Esta última ocorre quando há o encerramento apenas do procedimento, situação similar à

---

<sup>740</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 406.

<sup>741</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 407.

<sup>742</sup> Nesse sentido, dispõe o § 1º do artigo 203, CPC/2015: “Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

extinção do processo sem resolução do mérito<sup>743</sup>, subsistindo o conflito que poderá ser submetido ao Poder Judiciário. Caso o mérito seja julgado, a sentença será definitiva e “poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, conceitos estes já conhecidos, relativos à tutela jurisdicional outorgada de acordo com a pretensão das partes e a solução dada ao caso”.<sup>744</sup>

No que tange a exigência da fundamentação das decisões judiciais, a sentença definitiva e meritória<sup>745</sup> é o pronunciamento judicial considerado mais importante dentre as espécies de sentença, porquanto, em razão de sua natureza, a fundamentação é vista como ponto primordial na resposta efetiva do bem da vida pleiteado pelas partes. Através da motivação busca-se “averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes; assim, essa parte da decisão constitui ‘o mais válido ponto de referência’ para controlar-se o efetivo respeito daquela prerrogativa”.<sup>746</sup>

A decisão judicial é vista como gênero do qual a sentença, na ação cognitiva, é sua principal espécie, sendo considerada como “o ato mais relevante da atividade decisória do juiz”.<sup>747</sup> De igual forma, compartilha o mesmo entendimento José Rogério Cruz e Tucci<sup>748</sup>: “No desenrolar da atividade decisória do juiz no processo, a sentença – prestação jurisdicional ao pedido formulado pelo autor – constitui o ato mais relevante”.

---

<sup>743</sup> O art. 485 do CPC/2015 menciona as causas de extinção do processo sem a resolução do mérito. Segundo anota Marinoni et al: “Quando o juiz não resolve o mérito da causa, o seu pronunciamento limita-se ao conhecimento de *questões processuais* concernentes aos *requisitos para a prestação da tutela jurisdicional*. Em outras palavras, o juiz não conhece de questões atinentes ao plano do direito material”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 409. (grifo no original).

<sup>744</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 319.

<sup>745</sup> Reforça essa questão, o princípio da primazia da decisão de mérito, previsto já no artigo 4º do CPC de 2015. Segundo tal princípio, a decisão meritória (art. 487) sempre prefere à decisão que não resolve o mérito (art. 485). A primazia da sentença de mérito vem estampada no artigo 488: “Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”.

<sup>746</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. VIII. p. 88.

<sup>747</sup> DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a constituição federal de 1988. *Revista Forense*, v. 86, n. 310. p. 2, abr./jun. 1990. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/9400>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>748</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 7.

Com efeito, o ato decisório de mérito é de ser considerado como uma operação complexa, integrada por questionamentos de ordem racional, histórica e crítica que se entrecruzam nas sucessivas etapas de sua elaboração. Assim sendo, a sentença não pode encerrar-se no esquema do silogismo lógico clássico, que alçava a norma jurídica aplicável ao caso examinado como premissa maior e as *quaestiones facti* como premissa menor para chegar-se à conclusão resultante do ato decisório de mérito.<sup>749</sup>

Nessa linha, a sentença é caracterizada como um ato decisório complexo, não bastando o julgador decidir tão somente na aplicação da subsunção do fato à norma, através de um raciocínio baseado em uma lógica silogista. Todavia, mesmo havendo uma relação fundamental entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica, “a hermenêutica detém uma posição predominantemente. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”.<sup>750</sup>

Não obstante, a motivação da sentença como objeto de mera exegese trata-se de uma simplificação descritiva da dogmática, mediante a construção de um modelo abstrato e ideal de juízo<sup>751</sup>, cuja ideia dominante “[...] vinha dos Iluministas, segundo a qual a estrutura da decisão judicial era de caráter silogístico, com a premissa maior representada pela norma, a premissa menor representada pelo fato e a conclusão representada pela decisão final”.<sup>752</sup>

Faz-se necessária uma construção intelectual que considera o contexto em que a pretensão posta pelas partes encontra-se inserida, além de atender os aspectos racional, histórico e crítico envolvidos na elaboração de sua decisão, não se limitando o jurista a mera aplicação da lei ao caso concreto, mas deve buscar reconduzir a

<sup>749</sup> TUCCI, José Rogerio Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 8.

<sup>750</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 490.

<sup>751</sup> “Inicialmente, trata-se de um juiz que decide servindo-se unicamente de uma lógica rigorosa para decidir todos os problemas que condicionam a decisão, partindo daqueles que vertem sobre a escolha da norma e a sua interpretação e chegando àqueles que concernem à pronúncia de um determinado efeito jurídico. É, pois, um juiz rigidamente ‘neutro’, porque neutras em relação aos interesses em jogo são tanto a norma como a lógica com que essa é interpretada e aplicada. É ainda um juiz ‘passivo’, porque a sua tarefa é tão-somente a de declarar, tornando-a explícita, a solução ideal da lide. É, portanto, um juiz que não cria a decisão, mas a ‘encontra’ – e não encontra uma decisão mais ou menos justa, mas sim a decisão idealmente justa no quadro de conceitos que o ordenamento dá de um lado e a lógica dá de outro, fechando-o inexoravelmente”. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 160.

<sup>752</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 12.

compreensão, sob a matriz gadameriana, “para a sua adaptação ao presente jurídico”.<sup>753</sup>

Nesse ponto, a tarefa produtiva do Direito consiste em que toda e qualquer compreensão implica em uma relação fundamental que o intérprete deve ter “com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de *pré-compreensão*, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele”.<sup>754</sup> Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica, a compreensão se concretiza e se completa na interpretação, mas a compreensão sempre deve pressupor “a aplicação do sentido compreendido”, com base no círculo-hermenêutico.<sup>755</sup>

A formação do processo civil na época do Estado liberal classificava a sentença nessas três espécies anteriormente demonstradas porque assim exigiam os seus valores. No entanto, diante do surgimento dos novos direitos foram “necessárias novas técnicas para a tutela dos direitos, quando apareceram as sentenças mandamental e executiva, delineadas com base nas expressões normativas constantes dos arts. 84 do CDC e 497 e 498 do CPC”.<sup>756</sup> Logo, a sentença arbitral possui a mesma carga de eficácia executiva da sentença judicial, não sendo competente o juízo arbitral para processar e executar suas próprias decisões, valendo-se assim, da cooperação com o Poder Judiciário.

Nesse contexto, a sentença arbitral é definida como uma decisão final proferida pelos árbitros sobre toda ou parte da matéria, envolvendo o mérito da disputa ou de questões meramente processuais.<sup>757</sup> Similarmente, também será enquadrada como sentença arbitral, a homologação de eventual acordo celebrado pelas partes.<sup>758</sup> Quanto ao prazo em que a mesma deve ser proferida, as partes

---

<sup>753</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 484.

<sup>754</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 491.

<sup>755</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 493.

<sup>756</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 456-457.

<sup>757</sup> FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. E. Gaillard & J. Savage (eds). Netherlands: Kluwer, 1999. p. 737.

<sup>758</sup> Nos moldes do art. 28 da Lei nº. 9.307/1996.

poderão estabelecer na convenção ou no termo de arbitragem, podendo também constar do regulamento das câmaras e, em caso de omissão, o texto legal da arbitragem expressa o prazo de seis meses contados da instauração do processo arbitral, como também dispõe que esta deva ser proclamada por meio de documento escrito<sup>759</sup>. “Legal ou convencional, o prazo pode ser alterado no curso do procedimento, e a qualquer momento, por vontade das partes, ao perceberem a necessidade de sua prorrogação. Indispensável, para tanto, o consenso de todos os interessados [...]”<sup>760</sup>.

A estrutura da sentença arbitral segue os mesmos requisitos da sentença proferida no processo estatal, identificados pelos seus elementos essenciais, o relatório, os fundamentos e o dispositivo.<sup>761</sup> De igual forma, a Lei da Arbitragem<sup>762</sup> expressa os aspectos formais da sentença no procedimento arbitral com algumas variações, além desses critérios, como a indicação da data e o lugar em que a mesma foi proferida, assim como a assinatura dos árbitros que julgaram a causa.

Em contraposição, devido à omissão legislativa, é possível o reconhecimento da sentença arbitral por meio eletrônico tanto nos casos das arbitragens nacionais como nas homologações das sentenças estrangeiras<sup>763</sup>, desde que se observem medidas de segurança que fortaleçam a presunção de sua integridade e autenticidade, nas mesmas condições já analisadas para a convenção arbitral eletrônica como, por exemplo, da devida certificação e assinatura digital, a fim de evitar-se qualquer vício que possa comprometer sua validade e eficácia.<sup>764</sup>

Em outra quadra, a fundamentação das decisões judiciais registra na história do direito, precedentes em seus pronunciamentos decisórios, sendo que a partir da

---

<sup>759</sup> Ver arts. 23 e 24 da Lei da Arbitragem.

<sup>760</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação*, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 321.

<sup>761</sup> Conforme art. 489 do CPC/2015.

<sup>762</sup> Conforme art. 26 da Lei da Arbitragem.

<sup>763</sup> Os requisitos formais para homologação da sentença arbitral estrangeira estão disciplinados na legislação interna e internacional. Nesses casos, têm-se o disposto no art. 37 da Lei nº. 9.307/1996, art. 3º da Resolução nº. 09/2005 do Superior Tribunal de Justiça, Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, conhecida como Convenção de Nova Iorque de 1958 e promulgada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 52/2002 e pelo Decreto nº. 4.311/2002. Observa-se que o legislador manifesta uma preocupação com a tradução do conteúdo e a autenticidade ou certificação da sentença arbitral estrangeira.

<sup>764</sup> JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 250.



segunda metade do século XVIII<sup>765</sup> que se inicia a generalização, nas legislações ocidentais, da necessidade dos juízes declararem as razões em que se baseavam suas decisões.<sup>766</sup> De fato, a exigência da motivação já era um fenômeno nos séculos precedentes.

[...] mas somente com a filosofia iluminista do século XVIII e com as reformas revolucionárias que deram origem ao conceito moderno de Estado, que o dever de motivação virou a regra geral. Ademais, como mostram os exemplos da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil, é com as constituições democráticas adotadas depois da queda dos regimes autoritários que se afirma o valor de garantia fundamental do dever de motivação.<sup>767</sup>

A partir do século XIX, quase todos os códigos processuais no sistema da *civil law*<sup>768</sup>, continham dentre os provimentos ordinatórios do julgador, o dever de fundamentação da sentença civil como requisito técnico. No entanto, essa obrigatoriedade da motivação, inclusive, disciplinada nos textos constitucionais como modelo geral de provimento jurisdicional é caracterizada como uma das garantias fundamentais do processo civil. De outra parte, sob o ponto de vista da garantia das partes em obter uma decisão fundamentada, “[...] o que é necessário não é a previsão de um genérico dever de motivar, mas uma norma que garanta em todo e qualquer caso uma motivação adequada e capaz de viabilizar semelhante controle”.<sup>769</sup>

---

<sup>765</sup> “Até o final do século XVII era comum o juiz sentenciar sem fundamentar sua decisão. A motivação só se tornou obrigatória com o advento de uma Lei de Organização Judiciária de 1810, na França. A partir daí, o princípio foi acolhido por quase todas as grandes codificações do século XIX (Faria Jr., 1991. p. 36). Desde então o grande avanço foi a elevação do princípio da motivação à dignidade de preceito constitucional em diversos países. José Carlos Barbosa Moreira (1978. p. 113) registra a Constituição Italiana de 1948, a belga de 1831, as gregas de 1952 e 1968 e as de vários países latino-americanos: Colômbia, Haiti, México e Peru”. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 248.

<sup>766</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, v. VIII. p. 83.

<sup>767</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 12.

<sup>768</sup> Sobre a exigência da motivação no sistema da common law, “[...] são válidas a princípio as considerações feitas a propósito do sistema inglês, o ordenamento estadunidense apresenta características de notável autonomia, nada obstante compartilhe o denominador comum constituído da ausência de uma norma ou de um princípio que imponha ao juiz o dever de motivar a decisão. Um primeiro elemento de diferenciação é observável na praxe, que não alcançou, no que atine à presença de motivações espontâneas, a uniformidade que caracteriza a situação inglesa. Enquanto a motivação é frequente nas cortes superiores, não parece que se possa dizer o mesmo diante dos órgãos de primeiro grau”. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 313.

<sup>769</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 312.

No Brasil, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões provém desde as Ordenações Filipinas, com destaque para o Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, que foi o primeiro ato legislativo nacional a tratar dessa matéria.

A obrigatoriedade da motivação tem fundas raízes na tradição luso-brasileira. No Código Filipino, assim estatuiu a Ordenação do Livro III, Título LXVI, § 7º, princípio: ‘E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes de alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificadamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar’. [...] O mesmo princípio inspirou o art. 232 do Regulamento n.º 737, de 1850, *verbis*: ‘A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda’.<sup>770</sup>

Desde então, a exigência do dever de fundamentar as decisões judiciais, mesmo de modo conciso, foi replicado na legislação processual nacional, perpassando pela codificação estadual até culminar com as disposições do Código de Processo Civil brasileiro de 1939<sup>771</sup> e, posteriormente, com o Diploma Processual de 1973<sup>772</sup>. Não se trata de uma inovação legislativa, tanto que nossa tradição jurídica tem registrado a obrigatoriedade dessa fundamentação, como regra imperativa em nosso ordenamento jurídico.

Nesse cenário, essa motivação era considerada como uma garantia às partes que, para efeito de reforma da decisão judicial, poderiam impugná-la e esta, era a única finalidade das leis processuais. Todavia, na sociedade moderna, a função

<sup>770</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, v. VIII. p. 85.

<sup>771</sup> Na legislação processual de 1939, merece destaque o parágrafo único do artigo 118, *verbis*: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”. Assim como, o artigo 280, caput e inciso II: “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà: os fundamentos de fato e de direito”.

<sup>772</sup> Sobre essa questão, o Código de Processo Civil de 1973 enumerava alguns dispositivos. “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. A fundamentação como requisito de validade da sentença é prevista no “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...]”. De forma complementar, o artigo 165 estendia tal exigência de fundamentação. “Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

política da motivação das decisões judiciais foi salientada, “cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.<sup>773</sup>

As legislações processuais previam de forma expressas a fundamentação das decisões no âmbito judicial. A Constituição Federal de 1988, por sua, constitucionalizou tal necessidade, assegurando tal princípio não apenas para a motivação das decisões judiciais, mas também, para as decisões administrativas.<sup>774</sup> A fundamentação das decisões judiciais é característica do Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se *justifica*, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão *materialmente*, pois a intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*. Sob este enfoque, a justificação se faz necessária tanto em relação às decisões impugnáveis quanto com respeito àquelas que são a última palavra acerca do litígio.<sup>775</sup>

O princípio da motivação das decisões jurisdicionais e administrativas atribuído ao texto constitucional, impõe ao julgador que fundamente suas razões de decidir, sob pena de nulidade. A Constituição Federal por ser descritiva e principiológica na afirmação dos direitos e deveres, geralmente não contém norma sancionadora. “Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição. Cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”.<sup>776</sup>

A exigência da fundamentação que decorre do texto constitucional é imposta a qualquer julgador, pois, tem-se que o ato jurisdicional decisório com conteúdo

<sup>773</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 87.

<sup>774</sup> “Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; [...]”.

<sup>775</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 16. p. 314.

<sup>776</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 307.

meritório deve ser motivado ou não o sendo, será considerado nulo. A natureza constitucional da exigência de fundamentação decorre de diversas razões, com os quais se destacam: “a) racionalização da atividade jurisdicional; b) controle da juridicidade da decisão; c) legitimação do exercício do poder jurisdicional; d) proteção do devido processo legal e promoção de várias de suas garantias;” Para aumentar a reflexão sobre a decisão judicial, têm-se ainda outros fatores, como “[...] e) melhora da qualidade das decisões ao forçar o efetivo exame da causa [...]; f) redução do número de recursos;” e, ao final, complementa com a “[...] g) promoção da segurança jurídica ao definir a interpretação dos dispositivos normativos e tornar possível a homogeneização jurisprudencial pelos Tribunais Superiores”.<sup>777</sup> Como visto, vários são os benefícios às partes, ao sistema jurisdicional e à sociedade que emergem do dever de motivação das decisões seja no âmbito judicial ou administrativo.

Assim, a natureza constitucional do dever de fundamentação das decisões judiciais é justificada diante dessas situações, com a qual se legitimam as garantias processuais, além de inúmeros benefícios às partes interessadas na solução justa do litígio. Essas razões contribuem para, além de justificar o comando constitucional, evidenciar a relevância do dever de fundamentação das decisões judiciais impostos tanto aos juízes estatais como aos árbitros, como pressuposto do democrático Estado de Direito.

É cediço que o Código de Processo Civil de 2015<sup>778</sup> é o primeiro diploma processual sancionado após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, portanto, na vigência do Estado Democrático de Direito. Por ser considerado um código democrático, encontra-se alinhado aos escopos da Constituição cidadã, preocupado com a função política e social do direito processual.

Nesse contexto, vários princípios constitucionais foram incorporados a novel legislação processual civil, dentre os quais se destaca a importância da valorização do contraditório como garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Essa questão tem pertinência para vedar qualquer possibilidade de decisões surpresas às partes. Evidente que a matéria, objeto do litígio, pode ser decidida de

---

<sup>777</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 80.

<sup>778</sup> A constitucionalização do processo civil é manifestada pelo CPC/2015 através do seu primeiro dispositivo. “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

ofício pelo julgador, todavia, faz-se necessário que a sentença reflita o contraditório havido com as partes, constituindo-se a fundamentação como “autêntico elemento de uma administração democrática da Justiça Civil. Não por acaso, contraditório, fundamentação e publicidade constituem verdadeiros pilares do novo processo civil brasileiro (arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11)”.<sup>779</sup>

Por essa razão que, na hipermodernidade, o dever de fundamentação das decisões judiciais<sup>780</sup> com critérios específicos e detalhados em sintonia com a Carta Política foi introduzido através do parágrafo primeiro do artigo 489<sup>781</sup> do novo Código de Processo Civil brasileiro, sancionado mediante a Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Assim, estatui de forma expressa, o que considera como não fundamentada uma decisão judicial, seja de natureza interlocutória, sentença ou acórdão. “As novidades substanciais estão nos parágrafos dos dispositivos. Para elas, cabe anotar desde logo que a palavra “sentença”, conservada pelo caput do dispositivo, é empregada como sinônimo de decisão (qualquer decisão) jurisdicional”.<sup>782</sup>

A inovação incorporada no diploma processual cercou a fundamentação com critérios objetivos, de forma a diminuir a prolação de sentenças consideradas arbitrárias, com vistas a preencher eventuais lacunas deixadas pela Constituição

---

<sup>779</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 415-416.

<sup>780</sup> “A fundamentação também chamada de motivação, é a análise, a justificação ou o pronunciamento que o juiz realiza na sentença sobre todas as questões de fato e de direito que antecedem o julgamento do pedido. É nesse requisito que o juiz desenvolve seus argumentos, razões e fundamentos. [...] A fundamentação não deve ser observada somente para justificar racionalmente a decisão do juiz, mas também para demonstrar, não apenas que ele tomou ciência de todo o conteúdo do processo e de todas as questões nele suscitadas, mas também que todas elas foram apreciadas”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 2015, v. II. p. 295.

<sup>781</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. [...]”.

<sup>782</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado: novo CPC (Lei n. 13.105, de 16-3-2015): anotações doutrinárias dispositivo a dispositivo (incluindo vetos): índices sistemático & comparativo 2015 X 1973 - alfabético da estrutura do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 325.

Federal que exige a fundamentação de todas as decisões, mas não especifica qual o modo adequado.

Todas as possibilidades de configuração de fundamentação inexistente ou insuficiente previstas neste parágrafo convergem para duas situações genéricas: (i) generalidade ou “vazio” do texto constante da fundamentação, que abarca os incisos I, II, III, V e VI; (ii) falta de enfrentamento de todos os argumentos que poderiam contrariar a decisão tomada pelo juiz, situação prevista no inciso IV. É preciso, todavia, cuidado na verificação das situações incluídas no grupo (i), pois por vezes a mera indicação de um dispositivo legal ou de uma súmula pode ser suficiente para fundamentar a argumentação. É muito difícil indicar critérios objetivos de fundamentação sem a análise de cada caso concreto, portanto; o mais importante talvez seja ressaltar a clareza no desenvolvimento da argumentação pelo juiz, e isso não se faz mediante a normatização do que seria ou não fundamentação inexistente/insuficiente, mas mediante o desenvolvimento pessoal do próprio juiz, que deve ter entre as qualidades exigidas para o exercício da profissão o domínio da linguagem e da construção do texto. A existência ou não de fundamentação é, portanto, muito mais fluida e subjetiva do que a simples indicação legal pode fazer crer.<sup>783</sup>

A construção legislativa do referido dispositivo normativo representa inegável avanço e impõe ao julgador um dever quanto à fundamentação adequada na elaboração da decisão judicial, imprescindíveis para a solução do caso concreto.

A análise detalhada e fundamentada das decisões jurisdicionais há tempo era observada pelos árbitros, evidentemente, que nem todos os requisitos do referido dispositivo legal se aplicam à arbitragem. Com a Lei de Regência Arbitral, é que o dever de fundamentação da decisão final do conflito passou a ser aplicado com maior cautela, cuja sentença além de definitiva é irrecorrível.

Quanto ao modelo adotado pelo legislador na arbitragem, este equivale a atual padronização estabelecida pelo art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, inclusive, “[...] tudo o quanto se tem na doutrina e jurisprudência a respeito da sentença judicial aqui se aplica, com poucas particularidades”.<sup>784</sup>

---

<sup>783</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1154.

<sup>784</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 324.



De todos os requisitos previstos no Código de Processo Civil brasileiro vigente, o que apresenta maior relevância para o instituto da arbitragem é a fundamentação quanto aos argumentos deduzidos pelas partes.<sup>785</sup> Assim, para facilitar a compreensão quanto à exigência dessa motivação no processo arbitral, os demais requisitos elencados pela legislação processual civil não serão analisados, por não terem incidência direta na elaboração da sentença arbitral.

Como visto, o contraditório é a viga mestra do novo Código e o julgador deverá respeitá-lo no momento em que estiver proferindo a sua decisão, analisando todos os argumentos levantados pelas partes. Essa nova concepção atribuída ao princípio do contraditório justifica-se sob uma perspectiva “*não cognitivista da interpretação judicial do direito*”, que tem como contrapartida o dever de consulta, do diálogo e consideração aos fatos trazidos pelas partes, nesse sentido, “a fundamentação tem a sua completude pautada também por um *critério extrínseco* – a consideração pelos argumentos desenvolvidos pelas partes em suas manifestações processuais”.<sup>786</sup>

Desse modo, a sentença somente será considerada fundamentada se todos os argumentos pertinentes à causa forem enfrentados pelo julgador<sup>787</sup>, sob pena de

---

<sup>785</sup> “Art. 489. São elementos da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [...]”.

<sup>786</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 445.

<sup>787</sup> Em recente decisão, segue o mesmo posicionamento o Superior Tribunal de Justiça: “A parte agravante alega [...] que não ocorreu a fundamentação da decisão [...] com todas as normas trazidas por ela a esta Corte. Conforme exposto no Novo Código de Processo Civil em seu art. 489, § 1º, inciso IV, não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo. No entanto, tal norma coloca como condição para tal desiderato que estas respectivas alegações a serem potencialmente confrontadas devem, necessariamente, tratar-se de teses capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Se a asserção não foi expressamente apresentada na decisão mas esta foi capaz de apresentar a conclusão do feito em todos os seus aspectos, não há que se falar em omissão. Salienta-se que o Novo Código de Processo Civil consubstanciou tal entendimento no mesmo art. 489 supracitado, em seu § 3º, de que a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, pois, analisar o contexto dos autos requer-se que o julgador permeie o universo dos acontecimentos e fundamentos jurídicos como um todo, atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, sem afastar a necessidade de se resguardar os princípios da proporcionalidade e eficiência. Assim, não há que se falar em nulidade por falta de fundamentação na hipótese dos autos”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 637841/PR. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Brasília, DF, 01 de setembro de 2016). Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=637841&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=637841&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

nulidade, todavia, não estando obrigado a rechaçar os argumentos abusivos e meramente protelatórios.

É importante perceber, porém, que o art. 489, § 1.º, IV, não visa a fazer com que o juiz rebata todo e qualquer argumento invocado pelas partes no processo. O Poder Judiciário tem o dever de dialogar com a parte a respeito dos argumentos capazes de determinar por si só a procedência ou improcedência de um pedido – ou de determinar por si só o conhecimento, não conhecimento, provimento ou desprovimento de um recurso. Isso quer dizer que todos os demais argumentos só precisam ser considerados pelo juiz com o fim de demonstração de que não são capazes de determinar conclusão diversa daquela adotada pelo julgador.<sup>788</sup>

Além de a sentença ser interpretada através da conjugação de todos os seus elementos (relatório, fundamentação e dispositivo), deve estar pautada pelo princípio da boa-fé<sup>789</sup>, para que o completo sentido atribuído pelo juiz não seja desvirtuado. A propósito, no relatório deve ser identificado o objeto da controvérsia conforme apresentado na convenção arbitral ou no termo de arbitragem, devendo constar ainda, os pedidos que as partes formularam para verificar os limites convencionados e submetidos ao juízo arbitral.

Quanto à fundamentação, esta segue a mesma exigência de motivação das decisões judiciais, no sentido de conferir maior garantia às partes para alegar eventual vício na sentença mediante pedido de esclarecimentos. Nesse momento, deve o árbitro ou o Tribunal Arbitral oferecer “aos destinatários da arbitragem a racionalidade de sua convicção em um ou outro sentido, desde sua leitura do quadro fático até as razões pelas quais, em seu entender, autorizam a solução adotada por tê-la como a mais adequada ao caso concreto”.<sup>790</sup>

Por fim, a parte dispositiva da sentença é quando se resolve pontualmente o conflito, objeto de mérito da arbitragem, cuja decisão poderá acolher ou rejeitar, total

---

<sup>788</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 445-446.

<sup>789</sup> Conforme art. 489 do CPC/2015. “[...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

<sup>790</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 324.

ou parcialmente, os pedidos formulados pelas partes.<sup>791</sup> Releva notar que “o dispositivo é a congruência entre os pedidos das partes e o decidido pelo árbitro ou painel arbitral, mas não há obrigatoriedade dos julgadores de esmiuçarem cada ponto decidido”.<sup>792</sup>

A completude da sentença arbitral exige do árbitro maior análise de todos os argumentos, apresentados no decorrer do procedimento pelos interessados na solução da controvérsia. Os usuários da arbitragem esperam que a sentença contenha a abordagem de todos os fatos argumentados pelas partes, cujas pretensões poderiam ser consideradas autonomamente procedentes, assim como, sejam avaliadas “todas as provas produzidas com pertinência ou justifique a contento a dispensa de outras, e analise detalhada e fundamentadamente todas as causas de pedir trazidas pelas partes e que, per se, poderiam influenciar o resultado do julgamento”.<sup>793</sup>

Nesse caso, sob os aspectos gerais da fundamentação no processo judicial, além de exigir percuciente análise de todas as alegações das partes e causa de pedir que, de forma autônoma, pode levar ao julgamento da procedência ou improcedência de seus pedidos, deve ainda, valorar as provas produzidas no curso do procedimento.

Para uma adequada fundamentação, devem-se observar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento<sup>794</sup>, corolários da garantia constitucional do devido processo estabelecido no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Contudo, a exigência do dever de fundamentação das decisões jurisdicionais previstas pelo novo Código de Processo Civil brasileiro está relacionada com a superação do livre convencimento do julgador.<sup>795</sup> Anote-se que pela nova redação, a expressão “livremente” não consta do dispositivo da novel legislação processual civil<sup>796</sup>.

---

<sup>791</sup> A sentença arbitral pode ser parcial (parágrafo primeiro, art. 23, da Lei n°. 9.307/1996) e deve ser proferida no prazo estabelecido pelas partes ou, em caso de omissão, em seis meses da instauração do processo, assim como, deve expressar em regra por meio de documento escrito (art. 24 da Lei da Arbitragem).

<sup>792</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 325.

<sup>793</sup> GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 14.

<sup>794</sup> Conforme art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem.

<sup>795</sup> Importa esclarecer que o “livre convencimento racional e motivado à luz dos autos não tem absolutamente nenhuma relação com a aplicação do Direito pelo juiz. Trata-se de princípio que rege a

No sistema do convencimento íntimo, o livre convencimento puro e simples acaba por legitimar julgamentos sem que as partes tenham conhecimento sobre quais fatos serão considerados verdadeiros pelo julgador, assim como, as provas produzidas são relevadas, dependendo da boa vontade do julgador. Por essas razões, não há como controlar a atividade jurisdicional decorrente de um convencimento fático arbitrário e, muitas vezes, irresponsável. “Ademais, a própria realização dos direitos (subjetivos e objetivo) fica prejudicada, uma vez que a negativa de fatos cabalmente provados impediria a incidência da norma vigente”.<sup>797</sup>

A aposta no protagonismo judicial é uma das características do livre convencimento. Lenio Luiz Streck<sup>798</sup> na tentativa de superação desse protagonismo assevera que “a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional”.

Desta forma, o regramento estabelecido pelo Código Processual de 2015<sup>799</sup> sobre a exigência de uma fundamentação adequada vincula o julgador a parâmetros objetivos, evidenciando a importância da previsibilidade<sup>800</sup> desta motivação às decisões jurisdicionais no sistema processual nacional em sintonia com a Constituição Federal. No entanto, esse poder hermenêutico deve afastar qualquer subjetivismo do

---

valoração judicial de provas e alegações fáticas [...], e não interpretação e aplicação de normas jurídicas”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 130.

<sup>796</sup> Sobre a motivação jurisdicional, o CPC de 2015 estabelece de forma expressa que: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

<sup>797</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 127.

<sup>798</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

<sup>799</sup> Artigo 371 e as exigências trazidas pelo § 1º do artigo 489, ambos do novo CPC.

<sup>800</sup> Importante as considerações do Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga do Tribunal Superior do Trabalho sobre essa questão da previsibilidade da fundamentação das decisões judiciais. “O que se quer no processo e do processo é, simplesmente, um desenvolvimento comum, que se repete regularmente, com previsibilidade dos atos nele praticados, prestigiando a decisão de mérito, justa, num tempo, como diz o texto constitucional, razoável. Para chegar a esse desejo, a esse desideratum, é necessária a conjunção de fatores que desencadeiam o aprimoramento da entrega efetiva da prestação jurisdicional. O que se quer do Judiciário, na atualidade, são atitudes de coerência e de previsibilidade”. VEIGA, Aloysio Silva Corrêa da. *A fundamentação estruturada da sentença, o novo código de processo civil e sua compatibilidade com o processo do trabalho*. 2016. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ministro-correa-veiga-tst.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017, p.1.

jugador, sendo considerado um dos maiores avanços da nova legislação processual, porquanto, proporciona maior controle sobre a sentença judicial.<sup>801</sup>

Nesse contexto, o livre convencimento íntimo, expressão máxima desse caráter subjetivista, é considerado o “inimigo do Estado-de-direito” por tratar-se de um sistema que gera extrema insegurança na atualidade.<sup>802</sup> Com efeito, prudente foi a exclusão do termo “livre” pelo novo CPC, porém, “a *liberdade* do juiz de convencer-se sobre os fatos não se confunde com arbitrariedade para apreciar apenas aquilo que corrobora a decisão proferida”.<sup>803</sup>

Nessa linha, a decisão judicial para que possa ser considerada íntegra e coerente deverá observar determinados princípios ou padrões, tais como:

- a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.<sup>804</sup>

Trata-se nesse caso, do direito fundamental do cidadão em obter uma decisão íntegra e coerente “[...] de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, que é que, ao fim e ao cabo, sustenta a integridade”.<sup>805</sup> Assim, pretende-se com a exigência da fundamentação romper com a discricionariedade do julgador<sup>806</sup>, no sentido de evitar

---

<sup>801</sup> “Anotese que na arbitragem por equidade, quando assim autorizado pelas partes, maior atenção deverá ter o árbitro ao informar seus elementos de convicção para, no caso em exame, encontrar a solução que lhe pareceu mais justa, devendo ser expressamente indicada na convenção arbitral ou no termo de arbitragem a utilização desta forma de resolução do conflito”. CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 325.

<sup>802</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II e III. p. 104.

<sup>803</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129.

<sup>804</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Consultor Jurídico*, 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>805</sup> STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Consultor Jurídico*, 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>806</sup> “Na verdade, os aludidos novos dispositivos legais acerca do dever de motivação, inseridos no novel CPC, reforçam a ideia de que a moderna concepção de ‘processo justo’ não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente ‘la bouche de la loi’, o

que as decisões sejam proferidas com base no *solipsismo judicial*, isto é, que a sentença fundamenta-se exclusivamente nas convicções pessoais do juiz.

Sobre a decisão final no processo arbitral, a Lei da Arbitragem<sup>807</sup> estabelece que a sentença proferida pelos árbitros “produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial”.<sup>808</sup> Quanto à sentença estrangeira, para que esta possa ser executada no Brasil, fica sujeita apenas à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>809</sup>, cuja previsão também encontra-se prevista no Código de Processo Civil.<sup>810</sup>

Todavia, observa-se na fase decisória que os procedimentos arbitral e judicial se diferenciam, ante o fato de que para aquele inexistente previsão legal de recurso, não obstante comportar o chamado “pedido de esclarecimento”, comparado aos Embargos de Declaração utilizados no processo judicial para a correção de vício material da sentença, bem como para sanar eventual obscuridade, dúvida, contradição e/ou omissão<sup>811</sup>.

Dentre os efeitos da sentença arbitral enumeram-se os seguintes aspectos: (i) o encerramento da arbitragem pela sentença e conseqüentemente encerra-se “[...] a investidura dos árbitros. E mais, termina a própria jurisdição, não mais se podendo falar em juízo arbitral para aquela questão ou outras a ela relacionadas”;<sup>812</sup> (ii) a apuração do *quantum debeatur* para o pagamento de quantia certa, embora a liquidação possa ser feita através do Poder Judiciário, o que não se aconselha, tendo em vista a celeridade do procedimento arbitral para determinar sua liquidez; e (iii) a

juiz proativo de época moderna deve estar comprometido e zelar, tanto quanto possível, pela observância, assegurada aos litigantes, da garantia do devido processo legal”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 137.

<sup>807</sup> Conforme art. 31 da Lei nº. 9.307/1996.

<sup>808</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26.

<sup>809</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº. 9, de 04.05.2005. Dispõe sobre competência acrescida ao STJ pela EC nº 45/2004. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq\\_edicao=844&seq\\_materia=10529](http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=844&seq_materia=10529)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>810</sup> Ver art. 960, § 3º do CPC/2015.

<sup>811</sup> Conforme art. 30 e incisos da Lei da Arbitragem.

<sup>812</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 339.



constituição de título executivo judicial, com a possibilidade de iniciar a fase de cumprimento de sentença perante a jurisdição estatal<sup>813</sup>.

Contudo, a confiança do sistema arbitral dependerá em muito, da independência do árbitro enquanto julgador e se a lei for aplicada sempre de modo uniforme nas arbitragens de direito. Tal questão, caso não seja sopesada, poderá comprometer a previsibilidade e segurança jurídica conquistada pela arbitragem, tornando eventuais empresários descrentes no uso do juízo arbitral.

Frise-se que as relações sociais estão cada vez mais complexas, em razão do surgimento dos novos direitos, especialmente, numa sociedade globalizada em que as disputas no campo contratual têm envolvido múltiplas partes e contratos em uma mesma transação econômica, demandando soluções urgentes e exigindo-se maior controle de custos e prazos. Com base nisso é que a arbitragem representa na atualidade, uma das primeiras opções dos indivíduos, empresários ou grupos econômicos para a solução de eventuais controvérsias às recentes demandas investidas individualmente ou da comunidade empresarial na área nacional e internacional.

---

<sup>813</sup> Conforme art. 515 do CPC/2015.

## 4 ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM SEGUNDO A TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

A arbitragem é considerada um importante instrumento facultativo de exercício da função jurisdicional na solução dos conflitos de interesses, dentre os meios adequados para a resolução de controvérsias, com vantajosa utilização em disputas internas envolvendo questões complexas, sobretudo, nas relações contratuais de natureza empresarial, assim como nas relações comerciais internacionais, em face de suas características técnicas, valores ou peculiaridades atinentes à matéria.<sup>814</sup>

Nesse contexto, relevante o estudo sob a perspectiva da análise econômica em convencionar cláusula arbitral nos instrumentos contratuais, como meio de estimular incentivos que minimizem os custos de transação, visando à previsibilidade e a efetividade das decisões arbitrais.

### 4.1 A contribuição da Análise Econômica para o Direito

A Análise Econômica do Direito compreende dois ramos.<sup>815</sup> O mais antigo desses ramos trata dos efeitos econômicos da legislação mercantilista, com base nas discussões de Adam Smith e Jeremy Bentham, ou seja, restringe a análise da legislação específica àquelas que regulamentam as atividades econômicas e que, de certa forma, ainda, perduram na atualidade.

Há o surgimento de um segundo ramo na década de 1960 com a efetiva junção entre os institutos do Direito e Economia, valendo-se de conceitos da teoria econômica para o estudo do Direito que se refere “a análise das leis que regulam as atividades não mercadológicas”, tendo como alguns dos principais precursores nesse

---

<sup>814</sup> Faz-se necessário esclarecer que o enfoque desta pesquisa não é a abordagem do Direito Econômico, que trata da intervenção do Estado na Economia, com estudos sobre a legislação que se aplica à concorrência, por vezes, à regulação, à moeda ou ao crédito. Contudo, o que se pretende é a análise da teoria *Law & Economics* - expressão na língua inglesa para Direito & Economia - que se ocupa da forma como a legislação e as instituições do Direito interferem na tomada de decisão pelos agentes econômicos e em suas relações sociais. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 83.

<sup>815</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 6-7.

campo de estudo<sup>816</sup>, Ronald Harry Coase<sup>817</sup>, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi, Henry Manne e Garry Becker.<sup>818</sup> Essa última corrente é seguida por Richard Posner e permeia toda a sua obra (*Economic analysis of law*).

O desenvolvimento histórico da Análise Econômica do Direito perfaz dois períodos distintos, um compreendido entre 1940 e 1950 e marcado pela realização de pesquisas em áreas do Direito preponderantemente vinculadas à Economia, como por exemplo, o Direito Comercial, Direito Antitruste, Direito da Regulação e Direito Tributário e outro período que surge a partir de 1960, em que a análise econômica tinha como finalidade explorar de modo crítico regras jurídicas que não permitiam uma extensão econômica, como as regras contratuais, de responsabilidade civil, Direito Penal e Processual.<sup>819</sup>

Releva notar que, na década de 50, Arron Director, professor de Economia e lecionava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy* na Universidade de Chicago, foi considerado como o primeiro responsável a vincular o Direito e a Economia de forma interdisciplinar, cujo resultado decorreu na implantação do primeiro programa de Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos, evidente que ainda não revestidas das características como “Escola” conhecida na atualidade. Em

---

<sup>816</sup> Nesse sentido, “após a edição de O problema do custo social, o Law and Economics foi reconhecido nos cânones acadêmicos e ganhou autonomia como um campo de estudo, e, ‘por essa razão, em particular, é que Coase – juntamente com Manne, Calabresi e Posner – foi agraciado com o título de pai fundador do movimento Law and Economics’.” COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xxxii.

<sup>817</sup> “Em seu famoso artigo sobre custo social publicado em 1961, Coase analisa a relação entre responsabilidade civil e alocação de recursos, o mesmo tema do primeiro artigo de Calabresi sobre a teoria jurídica dos acidentes ou acontecimentos inesperados, escrito independentemente do trabalho do outro autor e publicado no mesmo ano”. POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 7.

<sup>818</sup> “O marco teórico da proposição do paradigma contemporâneo do estudo integrativo direito-economia reside nos trabalhos pioneiros de Ronald Harry Coase (Universidade de Chicago), *The Problem of Social Cost* (1960), de Guido Calabresi (Universidade de Yale), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) e Gary Becker (Universidade de Chicago), *Crime and Punishment: Na Economic Approach* (1968). O marco teórico principal da aceitação do movimento de direito e economia e de sua divulgação reside no trabalho de Richard Posner (Universidade de Chicago), *Economic Analysis of Law* (1973). Contudo, não devemos esquecer a influência marcante de Aaron Director na Universidade de Chicago desde a segunda metade dos anos 1940. Outro marco importante foi a criação, também na Universidade de Chicago, do *Journal of Law and Economics* em 1958, que se tornou o principal meio de divulgação dos trabalhos e pesquisas na área”. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 17. Ver também PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 87.

<sup>819</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of american jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 340.

1958, o referido professor fundou o *Journal of Law and Economics*, com o propósito de divulgar seu entendimento de que a regulação econômica não é função do Estado, mas sim, do próprio mercado.<sup>820</sup>

No entanto, em que pese ser considerado um movimento de origem norte-americana, essa teoria desenvolveu-se internacionalmente, tanto que o economista britânico Ronald Coase foi um dos pioneiros em torno dessa nova escola de Direito e Economia, inicialmente, com a publicação em 1937 de seu artigo *The nature of the firm*, referindo-se a uma nova concepção da análise econômica, problemas relacionados aos custos de transação e o desenvolvimento de uma teoria sobre a existência da empresa.<sup>821</sup>

Todavia, importa observar que para a Escola da Análise Econômica do Direito, a principal contribuição de Ronald Coase refere-se à ideia dos custos de transação. Nesse contexto, em 1960 publicou novo trabalho *The problems of social cost*, no *Journal of Law & Economics* da Universidade de Chicago.<sup>822</sup> Por essa produção desenvolvida e relevância de sua pesquisa, recebeu o Prêmio de Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel em 1991. Sem sombra de dúvida que, somente na década de 1960, os fundamentos teóricos da escola de Direito e Economia foram consolidados.

A contribuição teórica para o Direito, com base nas concepções do *Law and Economics* reconhecidas pelos trabalhos de Coase, “constitui em um campo de estudo no qual se tem como postulado que a livre iniciativa, a garantia da propriedade privada sobre os bens de produção e a liberdade de contratar revelam-se componentes jurídicos importantíssimos ao livre mercado”.<sup>823</sup>

---

<sup>820</sup> DUXBURY, Neil. *Patterns of american jurisprudence*. Oxford: Claredon Press, 2001. p. 343.

<sup>821</sup> COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economia*, New Series, v. 4, nº. 16, p.386-405. nov. 1937.

<sup>822</sup> COASE, Ronald Harry. The problems of social cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3. p. 1-44. out. 1960. p. 17-18. “Na década de 1980, Chicago tornar-se-ia o farol econômico para diversas experiências de reformas do Estado e da Economia em diversas partes do mundo, algumas delas desastrosas como a política neoliberal brasileira”. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xxxi.

<sup>823</sup> COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xxxvi.

Richard Posner com a finalidade de analisar economicamente uma vasta área do Direito utilizou, inicialmente, da teoria neoclássica<sup>824</sup> aos mais diferentes ramos jurídicos, para disseminar a análise econômica aos estudantes do Direito, abrangendo não apenas as questões relacionadas às tradicionais áreas criminais ou de responsabilidade civil, mas também, sobre o uso de drogas, violência sexual, opções religiosas e resgates marítimos, conforme aponta em seu livro *Economic Analysis of Law*, publicado pela primeira vez em 1973.<sup>825</sup> Reforça ainda, que o estudo interdisciplinar do Direito e a Economia são capazes de propiciar ao jurista o modo de agir com eficiência na alocação dos direitos entre os indivíduos.<sup>826</sup>

No entanto, a tese formulada por Posner a partir da segunda metade da década de 1970, sobre a maximização de riqueza como fundação ética para o Direito é consolidada em sua obra *The Economics of Justice* no ano de 1983. Sua ideia original concentra-se na possibilidade das instituições jurídico-políticas serem avaliadas em função da maximização da riqueza e, por essa razão, sofreu críticas por ser considerada uma teoria radical, modificando seu ponto de vista no início dos anos de 1990.<sup>827</sup> Com a mudança de seu posicionamento<sup>828</sup>, converteu-se ao pragmatismo jurídico<sup>829</sup>, relativizando a maximização da riqueza com desprezo ao caráter fundacional do Direito.

Da perspectiva pragmática, novos contornos foram atribuídos à eficiência como critério de utilidade ao Direito. Na acepção de Posner, as coisas devem ser significadas no âmbito social, sem caráter imanente. Nessa ótica, assevera o jurista

---

<sup>824</sup> A teoria neoclássica da economia baseia-se na ideia de um mundo hipotético sem os custos de transação. TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 84, jun. 2007.

<sup>825</sup> POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 4<sup>th</sup> ed. Boston: Little Brown, 1992. p. xix.

<sup>826</sup> “In the first edition of his *Economic Analysis of Law*, Richard Posner argued that, where legal intervention is necessary because an efficient outcome cannot be obtained through negotiation between parties, the relevant entitlements ought to be assigned so as to produce the result which would have prevailed in an efficient market: that is, legal rights ought to be conferred on the highest bidders”. DUXBURY, Neil. *Patterns of american jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 390.

<sup>827</sup> POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

<sup>828</sup> Essa virada pragmática de Richard Posner consolidou-se por uma série de artigos replicados na trilogia das obras “*The Problems of Jurisprudence*” (PJ, 1990), “*Overcoming Law*” (OL, 1995) e “*The Problematics of Moral and Legal Theory*” (PMT, 1998d), resultando em três reflexões-síntese: “*Frontiers of Legal Theory*” (FLT, 2001), “*Law, Pragmatism and Democracy*” (LPD, 2003a) e “*How Judges Think*” (HT, 2008).

<sup>829</sup> “O núcleo do pragmatismo jurídico é a decisão pragmática, e o núcleo de decisão judicial pragmática é a promoção de maior conscientização judicial e a preocupação com as consequências, e, assim, uma disposição para estabelecer as bases de decisões políticas em fatos e consequências em vez de conceitualismos e generalidades”. POSNER, Richard Allen. Legal pragmatism. In *Metaphilosophy*. Oxford, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd. v. 35, ½. p. 150, jan. 2004.

que as “realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas conseqüências. Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam de forma absoluta pautar a normatividade do Direito”.<sup>830</sup> Desta forma, os juízes devem atentar-se em seu processo decisório, às conseqüências sociais e econômicas de seus atos. Assim, com ênfase na decisão judicial, defende o “primado das conseqüências” por uma abordagem empírica e experimental.

Diante da delimitação do tema da tese, em priorizar o campo de investigação da pesquisa sobre a possibilidade de redução dos custos de transação como incentivo econômico para a instituição da arbitragem, optou-se pelos estudos baseados nas obras de Ronald Coase, em que pese à relevância dos ensinamentos de Richard Posner para compreensão das conseqüências do processo decisório ao sistema jurisdicional. A escolha pautou-se, ainda, pelas divergências havidas entre Posner e Coase que se acentuaram com o tempo e tornaram-se públicas nos anos de 1990, através da publicação de artigos em várias revistas especializadas.<sup>831</sup>

Ademais, as ideias de Ronald Coase foram aperfeiçoadas por outros estudiosos do Direito e Economia, mediante a criação de diferentes Escolas de *Law and Economics*, tais como:

[...] a Positivista (vinculada a Universidade de Chicago), a Normativista (Universidade de Yale) e a Funcional (que é espécie de mistura das Escolas Positivista com a Normativista, fortemente vinculada à Universidade de Virgínia). Entendemos, todavia, que foi Oliver Williamson quem tenha de melhor modo definido e identificado o ponto central dos custos de transação. Este autor entendeu que estes últimos constituem elementos particularmente importantes nas situações onde os agentes econômicos fazem investimentos específicos em suas relações.<sup>832</sup>

O movimento da Análise Econômica do Direito ou conhecido como *Law and Economics*, estabeleceu nas últimas décadas do século XX, como uma das principais

---

<sup>830</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “direito e economia”?*. *Revista de Direito UNIFACS*, n. 160. p. 11-12, out. 2013, Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>831</sup> COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xxxiii.

<sup>832</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 85, jun. 2007.



escolas, com destaque para a Universidade de Chicago legítima precursora desse movimento<sup>833</sup>, a Escola *Public Choice*, as teorias Institucionalista e Neo-Institucionalista, a Escola de *New Haven*, o Moderno Republicanismo e o Movimento dos Estudos Críticos.<sup>834</sup>

Essas escolas apesar de apresentarem convergências em relação à definição de Direito e Economia, tem diversas correntes de interpretações diferindo-se na abordagem e aplicação desses instrumentos, assim como na interação com o processo legal e econômico. Exemplificando, “para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre procurando maximizar a sua satisfação, num processo racional, enquanto, na Escola da *Public Choice*, o objetivo é maximizar a reputação [...]”.<sup>835</sup> Em ambas as escolas, utiliza-se o mesmo instrumental econômico, considerando que alguns pontos são de maior proximidade, porém, diferem quanto a outros aspectos específicos.

Para compreender as relações entre o Direito e a Economia, importante os estudos a partir da teoria neoinstitucionalista, desenvolvida pelas obras de Oliver Williamson e Douglass North.<sup>836</sup> Por essa teoria, emprega-se a ciência econômica para analisar as normas e regras sociais em que a atividade econômica é sustentada. Com efeito, essa vertente do movimento ateve-se as instituições e organizações por entender que estas são essenciais para compreensão do Direito e Economia.

Ao focar nas instituições como possibilidade de adequação das questões jurídicas e econômicas, por certo, suportam incentivos ao comportamento do agente. Essa teoria é chamada de “neo” em contraposição às antigas teorias institucionalistas, especialmente, as de John R. Commons e Thornstein Weblen que, por seus excessos apontamentos na doutrina “não permitiram que a visão dominante do direito, o positivismo jurídico iniciado do século XIX, fosse solapada de vez”.<sup>837</sup> O conceito

---

<sup>833</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 17.

<sup>834</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton University Press, 1999. p. 3.

<sup>835</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 85.

<sup>836</sup> WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985. NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.

<sup>837</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 87.

principal na teoria neoinstitucionalista está relacionado com os “custos de transação” (ao invés dos “custos de produção” da teoria institucionalista original).<sup>838</sup>

O papel das instituições econômicas sob a ótica dessa teoria, parte da compreensão do modo como estas possibilitam a transação pelos agentes econômicos a um valor de custo reduzido. A motivação para a teoria neoinstitucionalista encontra no ambiente institucional seu principal foco de atenção, para avaliar sua influência sob duas vertentes, a primeira em relação ao “desempenho econômico” e a outra sobre o “comportamento dos agentes econômicos”.

Em termos de análise econômica sob essa perspectiva, importante os estudos de Douglass North.

Instituições são as regras do jogo, tanto as formais quanto as informais e também as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado. As organizações são os jogadores. Elas são compostas de grupos de indivíduos que possuem o mesmo objetivo comum. Organizações econômicas são firmas, sindicatos, cooperativas etc.; organizações políticas são os partidos políticos, legislativo, órgãos regulatórios; organizações educacionais são universidades, escolas, centros de treinamento vocacional.<sup>839</sup>

E mais adiante apresenta os objetivos das instituições, asseverando que a concorrência da escassez no cenário econômico induz aos investimentos em conhecimentos e habilidades específicas, com o fim de melhorar a eficiência da organização. Assim, tem-se como objetivo imediato das organizações a maximização do lucro (para as empresas) ou melhorar as perspectivas de reeleição (para os partidos políticos); Mas o objetivo final é a sobrevivência porque todas as organizações vivem em um mundo de escassez e, portanto, de concorrência.<sup>840</sup>

---

<sup>838</sup> WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985, pp. 85-163.

<sup>839</sup> “Institutions are the rules of the game both formal rules, informal norms and their enforcement characteristics. Together they define the way the game is played. Organizations are the players. They are made up of groups of individuals held together by some common objectives. Economic organizations are firms, trade unions, cooperatives, etc.; political organizations are political parties, legislatures, regulatory bodies; educational organizations are universities, schools, vocational training centers”. NORTH, Douglass Cecil. Institutions and the performance of economics over time. In: CLAUDE MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of new institutional economics*. Germany: Springer, 2008. p. 22.

<sup>840</sup> “The immediate objective of organizations may be profit maximizing (for firms) or improving reelection prospects (for political parties); but the ultimate objective is survival because all organizations live in a world of scarcity and hence competition.” NORTH, Douglass Cecil. Institutions and the performance of economics over time. In: CLAUDE MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of new institutional economics*. Germany: Springer, 2008. p. 22.

Todavia, destacam-se os trabalhos de Ronald Coase (1937) e Oliver Williamson (1975) sobre a criação pelos próprios agentes econômicos dos arranjos institucionais, com o foco de estruturar suas relações na tentativa de uma economia nos custos de transação. “A influência do Direito é maior sobre o ambiente institucional. Em especial, a lei, os direitos contratuais e de propriedade servem como regras que ajudam a poupar em custos de transação, como ocorre na seara comercial”.<sup>841</sup>

Coase enumera três relevantes instituições econômicas:

[...] as *instituições de mercado*, que se valem do mecanismo de preços para alocar recursos; a *firma*, que necessita do mercado para obtenção de insumos e alocação de recursos; e o *governo*, que tanto pode recorrer ao mercado para obtenção de insumos e alocação da produção quanto pode recorrer a alternativas institucionais distintas do mercado.<sup>842</sup>

Um dos possíveis panos de fundo para análises empreendidas com a metodologia do Direito e Economia, segundo Bruno Meyerhof Salama<sup>843</sup>, concentra-se na teoria neoinstitucionalista, com destaques para três aspectos relevantes.

(a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de ‘dependência da trajetória’, tradução de ‘path dependence’)<sup>844</sup>; (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional<sup>845</sup> e

<sup>841</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 63.

<sup>842</sup> COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. lii.

<sup>843</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “direito e economia”?*. *Revista de Direito UNIFACS*, n. 160. p. 6-7, out. 2013, Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>844</sup> NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.

<sup>845</sup> A teoria da escolha racional é considerada um modelo da teoria econômica geral de como as pessoas fazem escolhas. “Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (*valores*), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (*opções*); determinar em que medida cada ação contribui para

da Teoria dos Jogos<sup>846</sup> para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado). Esses três pontos traduzem preocupações que o leitor deve ter em mente quando se ocupar da aplicação do ferramental econômico para a análise do direito.

Para compreender a pertinência da relação entre o Direito e a Economia, vale-se da ideia central identificada com os contornos teóricos analíticos típicos da disciplina da economia, como: (i) “escassez”, as pessoas fazem suas escolhas por viverem em um mundo de recursos escassos; (ii) “maximização racional”, parte da premissa que as opções realizadas pelos indivíduos atendem a interesses pessoais, com base no cálculo de custos e benefícios, denominado de “decisão marginalista”; (iii) “equilíbrio”, trata-se de um padrão comportamental que é alcançado quando todos os interesses são maximizados pelos agentes, de forma interativa e simultânea; (iv) “incentivos”, são considerados como preços implícitos que decorrem das escolhas realizadas e suas consequências; e, por fim, (v) “eficiência”, que deriva da maximização dos ganhos em detrimento à diminuição dos custos pelas escolhas realizadas. Sob esse aspecto, “[...] um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos”.<sup>847</sup>

Nesse contexto, a interação entre o Direito e a Economia tem demonstrados resultados importantes para análise de questões jurídicas, especialmente, nos processos de tomada de decisão. “Nessa linha, estabelece-se um paralelismo

---

o resultado desejado e a que custo (*valorização*) e adotar aquela que contribuir mais (*escolha*). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

<sup>846</sup> “A teoria dos jogos distingue os jogos de puro conflito, os jogos de simples coordenação e os ‘mistos’. Os jogos de puro conflito representam situações de completa oposição de interesses, sem espaço visível para entendimento – guerra total. O direito não tem espaço nessa área. Os jogos de simples coordenação, de sua parte, traduzem situação em que cada um dos participantes, para evitar um conflito, têm interesse em adotar comportamento compatível com o dos outros. A conduta, de forma sistemática, seja à esquerda ou à direita, de um ou outro, bem o ilustra. Há, enfim, os jogos ‘mistos’, nos quais a cooperação é vantajosa para os dois jogadores, mas em que é ainda mais vantajoso para um jogador ser cauteloso em relação ao outro, enganá-lo, desde que o outro não faça o mesmo, porque isso põe fim à cooperação. São os últimos os jogos que ilustram melhor o papel do direito”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 45.

<sup>847</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? *Revista de Direito UNIFACS*, n. 160. p. 7-8, out. 2013, Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

metodológico entre Economia e Direito, porquanto questões jurídicas também podem afetar questões econômicas e vice-versa, já que ambas envolvem a alocação de recursos escassos”.<sup>848</sup>

Nesse ponto, o Poder Judiciário e as Câmaras de Arbitragem constituem instituições por tratarem de meios heterocompositivos, cuja eficiência é pautada pelo comportamento dos indivíduos na busca de uma solução adequada de seus conflitos.

Para o Direito, tem-se aperfeiçoado o desenvolvimento de uma concepção da decisão judicial sob a ótica do raciocínio econômico, mas com evolução ainda lenta, comparando-se ao campo da Economia. Por sua vez, a racionalidade usada pela economia parte da premissa que o comportamento racional humano deve ser examinado com base em que cada indivíduo procura maximizar sua própria utilidade. “Uma concepção de racionalidade sustenta que um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado”.<sup>849</sup>

A teoria da escolha racional expressa um conceito técnico em diferentes formas que se complementam. Inicialmente, afirmar que o agente econômico é um ser racional, dessume-se que cada indivíduo goza de preferências pessoais, sem preocupar-se com qualquer juízo de valor sobre estas. “A teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados pelas pessoas para alcançarem seus fins (comportamentos) e não sobre os fins que elas buscam (motivação)”.<sup>850</sup> Assim, as preferências fazem parte da realidade e, portanto, não são consideradas para esta teoria como relevantes.

Outro aspecto diz respeito ao critério da utilidade atribuído a cada escolha racional do indivíduo. Desta forma, é possível o ordenamento dessas escolhas que melhor proveem ao agente, optando por aquela que seja maximizadora de sua própria utilidade. Por fim, tem-se a análise marginal como meio das pessoas decidirem na

---

<sup>848</sup> COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xxxviii.

<sup>849</sup> “Os economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização”. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

<sup>850</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

marginalidade, ou seja, “as pessoas incorrerão nos custos de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) enquanto a unidade adicional da atividade desenvolvida trouxer mais benefício (ganho de utilidade) do que custou desenvolvê-la”.<sup>851</sup> Por esse modelo, enquanto o indivíduo estiver lucrando com o desenvolvimento de sua atividade será considerado uma pessoa racional.

Importa salientar que diante dessas circunstâncias, a economia aborda uma teoria científica comportamental de racionalidade e não que o indivíduo seja efetivamente racional, ou seja, pela teoria econômica é possível “prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham a preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços”.<sup>852</sup>

Essa teoria comportamental fornecida pela economia sobre a reação dos indivíduos às leis também “fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes”.<sup>853</sup> Sob esse aspecto, a definição de políticas públicas deve ser concebida sob o manto da eficiência.

As empresas, por outro lado, reportam-se geralmente aos lucros ao invés da eficiência e conforme apontam Robert Cooter e Thomas Ullen, os advogados auxiliam as empresas a maximizarem seus lucros. “Os corpos de leis que visam facilitar a lucratividade incluem a propriedade e os contratos”.<sup>854</sup>

A economia além de expressar a eficiência e os lucros, ainda faz previsão sobre os efeitos das políticas públicas através da distribuição de renda e riqueza. “Os economistas entendem, mais do que outros cientistas sociais, como as leis afetam a distribuição de renda e riqueza entre classes e grupos”.<sup>855</sup>

---

<sup>851</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 26.

<sup>852</sup> Para COOTER e ULLEN: “As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento”. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 25.

<sup>853</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

<sup>854</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

<sup>855</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 27.



Desse modo, o fenômeno jurídico é analisado por juristas e economistas sob um contexto comum, sustentado com base em princípios econômicos. Trata-se de um referencial para avaliar o impacto do Direito sobre a Economia e a qualidade dos instrumentos legais. Os alicerces teóricos desse pensamento foram originalmente idealizados pelas escolas econômicas liberais e aceitas pelas faculdades de Direito. “Seus enunciados olham o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro de um sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos, como o da eficiência”.<sup>856</sup>

A principal contribuição da Análise Econômica do Direito é que se trata de um assunto interdisciplinar por envolver duas grandes áreas de estudos, possibilitando maior compreensão de ambos os institutos. “A economia mudou a natureza da ciência jurídica, a compreensão comum das regras e instituições jurídicas e até a prática do direito”.<sup>857</sup> Com efeito, pela Economia tem-se uma nova concepção do Direito, cuja abordagem confere aos advogados ou qualquer outro interessado, máxima utilidade em temas que envolvem políticas públicas.<sup>858</sup>

Por essas razões que esse movimento expandiu-se a todas as áreas jurídicas e outros campos de interesse para os economistas do Direito, valendo-se da análise microeconômica<sup>859</sup> que “faz determinadas simplificações da realidade, a saber, que os indivíduos reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional, comparando custos e benefícios diante de todas as informações disponíveis”.<sup>860</sup>

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem

---

<sup>856</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 83-84.

<sup>857</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 24.

<sup>858</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 33.

<sup>859</sup> “A microeconomia diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como, por exemplo, famílias, clubes, firmas e órgãos governamentais. [...] a microeconomia é o estudo de como recursos escassos são alocados entre fins que são alternativos entre si”. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 35.

<sup>860</sup> GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 140.

econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.<sup>861</sup>

O estudo da Análise Econômica do Direito<sup>862</sup> tem o condão não apenas de aplicar o raciocínio econômico às decisões judiciais, mas também, de prever medidas que possam prevenir conflitos ou buscar outros mecanismos para sua solução, como o instituto da arbitragem. Há uma premente necessidade de que os problemas devam ser resolvidos com o auxílio de outras áreas do conhecimento, em particular, da economia, mediante a utilização de novas ferramentas capazes de promover a interpretação das normas e dos fatos. Deste modo, o termo Direito e Economia empregado pela AED, refere-se a “métodos de economia para resolver problemas legais e, inversamente, como o direito e as regras legais exercem impactos sobre a economia e seu desenvolvimento”.<sup>863</sup>

Os preceitos fundamentais para essa nova escola são considerados quase como universais, que podem ser avaliados no sentido de promover a eficiência do sistema econômico e social, em razão das seguintes circunstâncias: (i) há uma tendência de que o ser humano busca satisfazer suas próprias preferências, por isso que, em sentido formal, “os agentes econômicos agem de natureza racional, procurando maximizar sua utilidade”; (ii) os indivíduos apresentam uma reação aos incentivos recebidos do seu ambiente de convívio e trabalho, inclusive, ao sistema de preços, nesse processo de maximização da utilidade; (iii) “As regras moldam os incentivos a que as pessoas estão submetidas e, portanto, influem nas suas decisões de troca, produção, consumo, investimento etc”.<sup>864</sup>

---

<sup>861</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14.

<sup>862</sup> “Quando usamos o termo Análise Econômica do Direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo, a juseconomia pode ajudar a reduzir a ocorrência de estupros, pode ajudar a reduzir o número de apelações protelatórias, pode ajuda a compreender por que algumas leis pegam e outras não, por que muitas vezes uma legislação é adotada e por que noutras vezes o Congresso adota uma legislação que será sabidamente vetada pelo Presidente, mas o faz da mesma forma, ou ainda por que é tão difícil alugar um automóvel no Brasil. A juseconomia pode, inclusive auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos”. GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

<sup>863</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88.

<sup>864</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 89.

A análise econômica parte de premissas subdivididas em perspectivas positiva (decorrente das normas jurídicas) e normativa (decorrente das consequências econômicas). A abordagem positiva está relacionada aos efeitos das leis sobre a reação dos agentes econômicos, enquanto a análise econômica normativa visa “[...] estabelecer recomendações de políticas e de regras legais baseadas nas suas consequências econômicas, caso sejam adotadas”, com base no princípio da eficiência.<sup>865</sup>

Sob o ponto de vista epistemológico e pragmático<sup>866</sup>, a abordagem da Análise Econômica do Direito reconhece como válida e útil, “a distinção entre *o que é* (positivo) e *o que deve ser* (normativo). A primeira proposição está relacionada a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor”.<sup>867</sup> Em síntese, a AED positiva possibilita a compreensão da norma jurídica, sua racionalidade, quais prováveis consequências pela opção de uma regra jurídica em detrimento de outra, com uma abordagem meramente descritiva/explicativa e resultados previsíveis. “Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo instrumental dado um valor (vetor normativo) previamente definido”.<sup>868</sup>

Essa inter-relação representada pelo movimento de Direito e Economia implica na forma como o sistema jurídico deve adaptar-se a realidade socioeconômica. Com efeito, as regras jurídicas tornaram-se ineficazes para solucionar os conflitos cada vez mais complexos, perdendo a ciência jurídica a sua autonomia diante do caráter interdisciplinar com outras áreas do conhecimento,

---

<sup>865</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88.

<sup>866</sup> Para reforçar as vertentes positiva e normativa da Análise Econômica, parte-se do entendimento de “[...] que há uma diferença entre o mundo dos fatos, que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos e cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva –, e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamamos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão”. GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

<sup>867</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

<sup>868</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

sobretudo, a economia, necessitando os juristas de uma nova hermenêutica para resolver tais problemas.

Tradicionalmente, a normatividade do Direito tem como pressuposto identificar o conteúdo e o alcance das regras jurídicas, valendo-se da hermenêutica clássica como principal instrumento de pesquisa. Em contrapartida, os juseconomistas emprestam da teoria econômica<sup>869</sup> a investigação sobre o comportamento dos agentes e suas reações diante de mudanças em sua estrutura de incentivos, com base na relação custos e benefícios. Desse modo, as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações são investigadas pela abordagem econômica, “na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regra seja alterada”.<sup>870</sup>

Nesse diapasão, verifica-se que para os estudos da relação entre o Direito e a Economia é essencial que se compreenda o conceito de eficiência econômica e a forma como se relaciona ao sistema jurisdicional, utilizando-se o método fenomenológico-hermenêutico com a abordagem da Análise Econômica do Direito, para compreensão do instituto da arbitragem. Nesse cenário, “no *Law and Economics*, estuda-se a ação das regras jurídicas (Constituição, leis, atos normativos, decisões judiciais, entre outros) na tomada de decisões e nos resultados da economia”.<sup>871</sup>

#### 4.1.1 Princípio da Eficiência Econômica

Ao explorar a forma como as decisões de vários agentes econômicos se interagem, a teoria microeconômica enfocou os conceitos fundamentais de maximização, equilíbrio e eficiência.

---

<sup>869</sup> “O método econômico se baseia em alguns postulados. Primeiro, os recursos da sociedade são escassos. Se os recursos não fossem escassos, não haveria problema econômico, pois todos poderiam satisfazer suas necessidades – sejam elas quais forem. Curiosamente, a mesma ideia, com outra roupagem, motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto proprio*”. GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

<sup>870</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

<sup>871</sup> COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xxxviii.

Como uma das premissas fundamentais à Análise Econômica do Direito, a eficiência é um dos critérios para avaliar a qualidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade, diante da maximização racional das necessidades humanas. Evidente que “se os indivíduos maximizam suas utilidades racionalmente, há sempre e em qualquer lugar uma resposta aos incentivos, em especial ao sistema de preços, ou seja, os preços, em sentido lato, influenciam o comportamento humano”.<sup>872</sup>

Assim, sob uma perspectiva econômica, os indivíduos respondem a estímulos de preço de forma que, em geral, a tomada de decisões baseia-se em escolhas que busquem a adequação dos meios disponíveis para alcançar os fins almejados. Nessa senda, a “abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das consequências sociais de cada escolha”.<sup>873</sup>

Desse modo, a eficiência é um padrão normativo básico da Análise Econômica do Direito, para avaliar a maximização da riqueza, ou seja, se os recursos escassos dos bens da sociedade são bem utilizados. “Toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de *custo de oportunidade*”.<sup>874</sup>

Na verdade, as pessoas ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa na hora de decidir e qualquer alteração na estrutura de incentivos pressupõe adotar outra escolha. Por essa razão que o conceito econômico de *eficiência* está vinculado ao conceito de *custo de oportunidade*, por referir-se as opções colocadas à disposição das pessoas entre as oportunidades que surgem em suas vidas.

A teoria microeconômica prescreve o custo de oportunidade como um dos seus conceitos fundamentais, referindo-se ao custo econômico de uma alternativa que

---

<sup>872</sup> Nesse contexto, as pessoas reagem aos incentivos dependendo do ambiente que receberam, por exemplo: “Na área legal, a norma estabelece preços, (recompensas e sanções pecuniárias), tais como benefícios trabalhistas, multas, serviços comunitários ou mesmo reclusão/detenção penal para os vários tipos de comportamento ilegal. A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio de uma comparação qualitativa ou quantitativa – vale dizer, monetária. Não é a toa que, de acordo com Posner, a função básica do direito, numa perspectiva econômica, seja manipular corretamente os incentivos”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 90.

<sup>873</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 29.

<sup>874</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

foi desconsiderada. Essa noção econômica leva os agentes a maximizar a utilidade, levando em consideração as oportunidades que deixou de escolher em detrimento de outra, sendo aplicada em todas as decisões.<sup>875</sup>

De qualquer forma, a investigação das condições e circunstâncias em que os agentes divergem quanto ao comportamento racional é uma das principais contribuições da análise econômica para o desenvolvimento do Direito, pois, se as pessoas reagem a incentivos, alterando-se uma regra em um determinado contexto, provavelmente, haverá uma mudança de conduta por parte dos agentes até que os custos desta troca se igualem aos benefícios auferidos, na busca do equilíbrio.

Há uma tendência entre os economistas de que quando os agentes econômicos (consumidores, empresas) interagem, as suas decisões geralmente são impulsionadas pelo preço de mercado rumo ao equilíbrio, a não ser que este seja ameaçado por forças externas. Geralmente, diante dessa interação dos agentes maximizadores, há um impulso em considerar que todo fenômeno social seja caracterizado como um equilíbrio.<sup>876</sup> “O padrão de comportamento da coletividade se depreende da ideia de equilíbrio das interações dos agentes individuais”, ou seja, “o equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes”.<sup>877</sup>

Assim, caso o resultado tenha eliminado todos os desperdícios este será considerado como eficiente.

Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido *Pareto-eficiente*, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar

---

<sup>875</sup> Por exemplo, “o consumidor precisa levar em consideração as oportunidades das quais abre mão ao escolher um pacote de bens em detrimento de outro; ao maximizar os lucros, a firma precisa levar em consideração as oportunidades que deixou de lado ao comprometer seus recursos com a produção de engenhocas no lugar de algo diferente”. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 53.

<sup>876</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 37.

<sup>877</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.



ninguém, mas não consegue. Enfim, estes são alguns dos pressupostos básicos característicos da AED.<sup>878</sup>

Os estudiosos da escola *Law & Economics* fazem menção em sua maioria, a *eficiência de Pareto*, em homenagem a seu criador, Wilfredo Pareto, cientista, político, advogado e economista suíço-italiano, às vezes, descrevem como *eficiência alocativa*, por reportar-se à satisfação das preferências pessoais. Assim, uma determinada situação é considerada de “*Pareto eficiente* ou *alocativamente eficiente* se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)”<sup>879</sup>.

Na conotação de Pareto, esta corrente se estabelece como princípio da utilidade, uma vez que “algo é eficiente quando os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor”.<sup>880</sup> Melhor dizendo, uma mudança será considerada eficiente se não acarretar perdas para nenhuma das partes.

A superioridade de Pareto, princípio segundo o qual uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém, foi considerada pelo próprio Pareto como solução para o problema clássico do utilitarismo prático, ou seja, o de medir a felicidade das pessoas para avaliar o efeito de uma política na utilidade total da sociedade. É bem sabido que a solução de Pareto é mais presumida que verdadeira. Como a medição direta da utilidade é impossível, normalmente a única maneira de demonstrar, segundo o critério de Pareto, a superioridade de uma alteração na alocação de recursos é mostrar que houve consentimento de todas as pessoas afetadas.<sup>881</sup>

O conceito de eficiência apresentado por Pareto<sup>882</sup> traduz-se pelo modo estatístico de se atingir um ponto de equilíbrio, em que uma pessoa é beneficiada por

---

<sup>878</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

<sup>879</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 38.

<sup>880</sup> PARETO, Wilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 76.

<sup>881</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 86.

<sup>882</sup> Robert Cooter e Thomas Ulen definem o conceito da eficiência de Pareto com o seguinte exemplo: “A particular situation is said to be pareto eficiente if it is impossible to change it soas tomake at least one person better off (in his own estimation ) without making another person worse off (again, in his own estimation). For simplicity’s sake, assume that there are only two consumers, Smith and Jones, and two goods, umbrellas and bread. Initially, the goods are distributed between them. Is the allocation

um determinado ato, enquanto nenhuma outra será prejudicada. Assim, dentro dessa conformação, tem-se o desenvolvimento da eficiência como um “ótimo social, na medida em que, como cada bem está nas mãos daquele que mais o valoriza – vez que nenhuma troca se dá mais de maneira voluntária –, a soma das utilidades individuais nesse ponto – se pudesse ser feita – seria a maior possível”.<sup>883</sup>

De forma diversa do modelo desenvolvido por Pareto voltado para os possíveis perdedores, a utilização da eficiência com base no critério Kaldor-Hicks (Nicholas Kaldor e John Hicks), prevê que “na alocação de bens os ganhadores possam compensar os perdedores, ainda que efetivamente não venham a fazê-lo”.<sup>884</sup>

Como se pode depreender do critério de Kaldor-Hicks, a eficiência deve ser vista como condição de possibilidade que implique em melhorias da situação econômica dos agentes ou da utilidade que estes possam obter da sociedade.

Considerando que no mundo real sempre existem ganhadores e perdedores, Kaldor e Hicks desenvolveram raciocínio que levasse a uma compensação potencial. Desta forma, um estado de coisas X é eficiente, em termos de Kaldor-Hicks, em relação a outro estado Y, se, depois de modificar-se do estado X para o estado Y, verificar-se a possibilidade de compensação dos perdedores por parte dos ganhadores com esta mudança. Assim, a Eficiência Potencial de Kaldor-Hicks caracteriza-se por toda a situação em que aquilo que pode melhorar a posição de alguém é mais valioso do que os prejuízos causados a outrem que se vê diminuído em seu bem-estar ou, ainda, eficiência potencial é verificada quando os benefícios totais - sociais - líquidos são máximos tornando possível comprar a aquiescência dos perdedores com o resultado obtido pelos ganhadores. A regra exige, pois, que o prejudicado seja ressarcido quando ocorra o efetivo prejuízo; já que, não ocorrendo tal prejuízo e respectiva indenização, tem-se o critério paretiano.<sup>885</sup>

---

Pareto efficient? Yes, if it is impossible to reallocate the bread and umbrellas so as to make either Smith or Jones better off without making the other person worse off”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Berkeley: Addison-Wesley, 2000. p. 10.

<sup>883</sup> COELHO, Cristiane de Oliveira. A análise econômica do direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley, paper 050107'10, maio 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 12.

<sup>884</sup> COELHO, Cristiane de Oliveira. A análise econômica do direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley, paper 050107'10, maio 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 5 jan. 2017. p. 12.

<sup>885</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Da law and economics à economia solidária: uma questão de eficiência. In: POMPEU, Gina Vidal Marcilio; VILLATOR, Marco Antônio César; SCHNEIDER, Yuri. (Coord.) *Direito e economia*. 25. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível

Nesse contexto, Richard Posner comparando ambos os modelos para atingir a eficiência, aponta que diante de uma alocação de recursos, ao invés de ordenar que ninguém tenha prejuízos, determina que a elevação no valor seja, no mínimo, suficiente para compensação dos prejudicados.<sup>886</sup> Defendeu ainda o jurista, a eficiência pela utilização do modelo de Kaldor-Hicks como parâmetro para a realização de políticas públicas ou às decisões judiciais segundo critérios éticos, na perspectiva econômica de maximização da riqueza<sup>887</sup> e de resultados.<sup>888</sup> Consequentemente, a abordagem pelo princípio da maximização da riqueza determina “que os direitos devem ser inicialmente conferidos àqueles que provavelmente os valorizam mais, de modo a minimizar os custos de transação”.<sup>889</sup>

Diante destas circunstâncias, exsurge para a Análise Econômica do Direito um novo cenário sobre a questão da eficiência, dentro de um padrão Mínimo Ético-Legal (MEL), cujos limites são estabelecidos pelo Estado, denominado de “Princípio da Eficiência Econômico Social – (PEES)”. Vislumbra-se por este princípio, a aptidão dos agentes econômicos na maximização de suas expectativas com a eliminação das externalidades<sup>890</sup> que devem ser incluídas no cálculo econômico, seja na tomada de

em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/6l9jk46k/LhvX9u48qfo5Ez5.pdf>>. Acesso em 5 jan. 2017. p. 253.

<sup>886</sup> Exemplificando: “Suponhamos que um empresário perca dinheiro porque a concorrência desenvolveu um produto superior. Como a expectativa de lucros do empresário traz embutido um adicional para cobrir as possíveis perdas devidas à concorrência, ele foi compensado, *ex ante*, pelo prejuízo”. POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 112-113.

<sup>887</sup> “A ética da maximização da riqueza pode ser vista como uma mescla dessas tradições filosóficas rivais. A riqueza é positivamente vinculada, ainda que de forma imperfeita, à utilidade, mas a busca da riqueza, fundada que está no modelo de transação voluntária de mercado, envolve um respeito às escolhas individuais maior do que aquele que se vê no utilitarismo”. POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 79.

<sup>888</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 108-111.

<sup>889</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 86.

<sup>890</sup> Conforme apontam TIMM e JOBIM, as externalidades podem ser classificadas em: “(i) externalidades de produção (quando uma atividade produtiva afeta o custo de outra atividade produtiva; (ii) externalidades no consumo (quando meu consumo afeta a produção do outro bem), assim como (iii) externalidades positivas (quando uma atividade produtiva afeta positivamente a minha atividade de produção)”. TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 85. Ver também esta classificação na seguinte obra: TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19-20.

decisão ou nos processos de negociações.<sup>891</sup>

Na verdade, a tomada de uma decisão com base no Princípio da Eficiência Econômico Social – (PEES) implica na observância de alguns postulados com vistas à promoção da justiça para o Direito, seja no âmbito normativo ou judicial, assim enumerados: (a) para tomada de decisão econômico-jurídica, deve ser incluída no cálculo econométrico todas as variáveis do custo e benefício; (b) o estabelecimento de todos os agentes econômicos, das pessoas envolvidas ou que, por via reflexa, sejam atingidos pela decisão, no tocante ao cálculo baseado na distribuição de benefícios ou imposição de custos, em relação à adjudicação de direitos; (c) em função da eficiência econômico-social, limitada pelo Mínimo Ético Legal estatal, deve-se priorizar a distribuição e redistribuição dos recursos considerados escassos; (d) com base nos fundamentos da Análise Econômica do Direito, o caso concreto deve ser apreciado pelo critério da eficiência, com a eliminação dos reflexos das externalidades tanto individuais como coletivas, que venham a considerar como injustificáveis os custos sociais, seja no presente ou futuro e, por fim; (e) “A avaliação dos resultados do sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social”.<sup>892</sup>

Nesse campo, Posner já ponderava que o ideário de justiça<sup>893</sup> fundado para o Direito como aspecto típico de uma sociedade eficiente, decorre da avaliação entre os custos e benefícios levados em conta na tomada de uma decisão, de cunho individual ou social, correlata em um ambiente de mercado-social regulado pelo Estado. Ademais, tem-se que “o sistema econômico interage com o jurídico-institucional; conseqüentemente, o Estado e o Direito assumem papel defensor da ação dos indivíduos, segundo suficiente flexibilidade para a adjudicação de direitos e fixação de obrigações”.<sup>894</sup>

---

<sup>891</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência*, Florianópolis, n. 68. p. 272-273, jun. 2014.

<sup>892</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência*, Florianópolis, n. 68. p. 275, jun. 2014.

<sup>893</sup> Posner aponta que a interdisciplinariedade da Análise Econômica do Direito contribuiu para elaboração de um conceito de justiça, no sentido de que as decisões tanto no âmbito legislativo como judicial tenham por embasamento a objetividade, sem qualquer ingerência político-individualista. POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 4<sup>th</sup>. ed. Boston: Little Brown, 1992. p. 353.

<sup>894</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência*, Florianópolis, n. 68. p. 275, jun. 2014.

Considerando as premissas de cunho social e institucional que delineiam a economia de mercado-social disciplinada pela PEES, como política do Estado, este passa a promover a eficiência no sentido de organizar, de modo direto ou indireto, que os bens públicos sejam distribuídos, não se restringindo os benefícios somente àqueles que pagam, no entanto, é cediço que estes são produzidos pelo mercado em quantidade insuficiente. “Um desses bens públicos é um sistema jurídico que corrija as fontes de falha do mercado, como as externalidades”.<sup>895</sup>

Nessa análise, não há como negar a relevância de determinados grupos de interesse na orientação das políticas públicas, no entanto, grupos coesos por certo, apresentam maiores condições na obtenção de benefícios estatais sobrepujando os grupos dispersos. A teoria dos grupos de interesse sobrepõe-se a teoria do interesse público, pois a primeira “associa ação governamental a maximização de utilidade por parte dos indivíduos que buscam essa ação”, enquanto a outra teoria é considerada, na verdade, uma descrição do que uma teoria, por não mostrar “como a maximização da utilidade pelos indivíduos resulta em ações governamentais que promovam os interesses de grupos tão dispersos quanto o ‘povo’, os consumidores, os contribuintes ou alguma outra categoria abrangente”.<sup>896</sup>

Com base nessas questões, os juízes são tratados como meros agentes do Estado, contudo, essa análise econômica não enfrenta as mesmas dificuldades encontradas pela independência política do Poder Judiciário em relação a qualquer teoria comportamental dos seus integrantes com base no próprio interesse.<sup>897</sup>

Por outro lado, deve prevalecer o agir racional dos agentes econômicos na busca da eficiência, através da liberdade de escolha para a tomada de decisão, com vistas à maximização dos interesses individuais e a possibilidade de negociação voltada para a diminuição dos custos de transação.

Evidente que a aplicação do princípio da eficiência como critério de aferição para AED não está isento de críticas, em especial, por considerar que este não pode servir como único parâmetro absoluto. A avaliação da eficiência nunca poderá ser neutra, pois os indivíduos avaliam de forma diferente as alternativas em relação aos

---

<sup>895</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 123-124.

<sup>896</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 124.

<sup>897</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 126.

benefícios e os custos, dado num contexto histórico, social ou até de distribuição de renda. Outra questão refere-se a possibilidade do Direito se tornar “eficiente no sentido *ex ante* e em termos de grandes números, todavia trata-se de uma eficiência que pode não ser observada *ex post* e em casos individuais”.<sup>898</sup> É certo que o resultado pela aplicação do Direito sofre variações para além das normas jurídicas em decorrência dos procedimentos utilizados e a qualidade técnica dos advogados.

Há críticas ainda na forma de conciliar a eficiência econômica com a justiça equitativa, principalmente, quanto à definição de um critério adequado de eficiência na obtenção da máxima satisfação individual, sem causar prejuízo a outras pessoas, pois nem sempre a solução mais eficiente é aquela que traz um real equilíbrio. “Em termos econômicos, eficiente é a atividade econômica que obtém os melhores resultados possíveis na satisfação de necessidades individuais e coletivas segundo premissa de racionalidade”.<sup>899</sup> O problema reside na possibilidade de atender um critério de justiça equitativo, considerando que o conceito de eficiência é apresentado de diversas formas que precisam ser verificadas.

Não obstante essas críticas, o movimento da Análise Econômica do Direito procura contribuir em muitas áreas jurídicas, sendo um campo promissor para juristas, economistas e advogados entre outros profissionais interessados nesse estudo.

Por seu turno, a autonomia do Direito encontra-se fragilizada em face das condições econômicas que, muitas vezes, influenciam certas demandas. Nesse sentido, faz-se necessário a interação do Direito com a Economia para resolver os conflitos da hipermodernidade, assim como compreender quais soluções seriam consideradas eficientes economicamente, em especial, pela observância dos custos de transação apresentado pelo Teorema de Coase.

---

<sup>898</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 92. Nesse contexto, pode-se valer como exemplo, a convenção da arbitragem em suas modalidades: a) cláusula compromissória (*ex ante*) e b) compromisso arbitral (*ex post*).

<sup>899</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Da law and economics à economia solidária: uma questão de eficiência. In: POMPEU, Gina Vidal Marcilio; VILLATOR, Marco Antônio César; SCHNEIDER, Yuri. (Coord.) *Direito e economia*. 25. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 249. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/6l9jk46k/LhvX9u48qfo5EZa5.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.



#### 4.1.2 Teoria dos Custos de Transação

O economista inglês Ronald Coase, apontado como um dos precursores da moderna Análise Econômica do Direito formulou as diretrizes sobre o problema dos custos de transação, pela primeira vez em 1937, com a publicação do artigo denominado *The nature of the firm*. Seus estudos também pronunciavam a uma renovação da definição da análise econômica, assim como “sobre a natureza da empresa, não apenas a tecnologia como também o objetivo de economizar custos de transação determinam a fronteira que separa as transações feitas dentro da empresa daquelas realizadas fora dela, via mercado”.<sup>900</sup>

O conceito de firma, desde aquele momento, não seria mais apenas aquele espaço para a transformação de um produto, mas sim, também espaço hábil para a coordenação de ações dos agentes econômicos alternativo ao mercado. Isto significa que as firmas organizam inputs de modo a combinar eficiência ao seu produto final. Foco central para esta concepção, está a concepção de firma como um verdadeironexo ou feixe de contratos através dos quais os participantes compõem-se em “transações” uns com os outros. A firma, neste sentido, podemos dizer é um agente subscritor de uma vasta gama de arranjos contratuais com todos os participantes da sua vida empresarial, a começar pelos contratos com os demais sócios, passando pelos contratos com seus fornecedores, clientes indo até os contratos com operários e estabelecendo contratos de crédito para financiamento dos fundos da empresa.<sup>901</sup>

O economista britânico reforça o entendimento de que a empresa ao possibilitar a celebração dos contratos de longa-duração no mercado de trabalho terá, conseqüentemente, a redução dos custos provenientes de uma negociação, de modo a proporcionar meios eficientes de organização da produção.<sup>902</sup>

---

<sup>900</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74.

<sup>901</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 83.

<sup>902</sup> O artigo publicado em 1937 é decorrente de uma palestra ministrada por Ronald Coase sobre a natureza da empresa, asseverando que a principal razão pela qual é rentável para estabelecer uma empresa parece ser que há um custo de utilização do mecanismo de preços. “The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organizing’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but

Evidente que o objetivo da empresa no exercício de sua atividade é a maximização de lucros, porém, de outro lado, surgem os custos, sejam sociais, de oportunidade, de transação, além dos judiciais; como também a oferta e demanda que interagem para a determinação do preço e o equilíbrio de um determinado mercado.

Importante registrar que a presença do lucro não é o elemento fundamental para que uma atividade empresarial seja caracterizada. Por circunstâncias alheias à vontade do empresário ou por seu próprio interesse, poderá determinada atividade empresarial não ser lucrativa em um período específico, não perdendo, portanto, sua identidade de sociedade empresarial, a exemplo do estabelecimento da função social da empresa. Todavia, a busca pelo lucro trata-se de uma prática relevante para o exercício de uma atividade empresarial, cujo instituto foi criado em regra, com essa finalidade, além de outras características básicas tais como, exercício de uma atividade, econômica, lícita, organizada, praticada com profissionalismo, com fins lucrativos para atingir o mercado. Este último passa a ser “definido como a situação na qual as forças de mercado são compatíveis, ou seja, a oferta iguala a demanda”.<sup>903</sup> Sem contar, o custo de negociação decorrente de possíveis externalidades cujos efeitos são provocados em terceiros e que influem nos custos de transação.

Sobre essa questão, algumas soluções podem ser apresentadas com base na teoria denominada de *imposto de Pigou* proposta pelo economista de Arthur Pigou ou das “barganhas coasianas” conhecida pelo *Teorema de Coase* em homenagem ao seu criador Ronald Harry Coase.

[...] a negociação (quando os custos de transação são negligenciáveis) e o imposto de Pigou (quando os custos de transação são elevados). Na verdade, a primeira solução é conhecida como Teorema de Coase, tendo sido proposta pelo economista Ronald Coase. Há uma diferença entre os postulados originais de Pigou e Coase, pois o primeiro pensa na externalidade como gerada por uma das partes, enquanto Coase mostrou que, na verdade, a externalidade surge devido à interação dos dois agentes. [...] Na solução de Coase, externalidades são

---

they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one”. COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economia*, New Series, vol. 4, nº. 16, p.390-391, nov. 1937.

<sup>903</sup> ARAUJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

resolvidas pelo contrato legal entre as partes. Mas também existem casos em que os contratos geram externalidades.<sup>904</sup>

Em linhas gerais, Coase defendeu que o principal problema do mercado reside na questão dos custos de transação e não diante de externalidades<sup>905</sup> como antes defendia a economia do bem-estar, ou seja, o Teorema de Coase evidencia uma solução sob uma perspectiva de eficiência econômica para os problemas jurídicos que surgem em termos de alocação de recursos. Nesse sentido, “a teoria do Direito & Economia pretende analisar como, na presença de custos de transação, o direito pode atribuir direitos de propriedade com vistas a aumentar a eficiência da economia”.<sup>906</sup>

No campo da Análise Econômica do Direito, Ronald Coase inovou, pois além de considerar a questão das externalidades, apresentou um conceito para os custos de transação, no sentido de que estes são mensurados como “o custo envolvido em uma transação econômica para adquirir e transferir direitos de propriedade”.<sup>907</sup>

Para ilustrar esse ponto, o teorema coasiano auxilia na identificação sobre qual melhor solução é considerada mais eficiente socialmente na ausência de custos de transação e com os direitos de propriedade.<sup>908</sup> Visto dessa forma, tem-se uma

---

<sup>904</sup> ARAUJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 69.

<sup>905</sup> PINHEIRO e SADDI definem a externalidade como “algo causado por um agente econômico a outro, afetando o seu bem-estar, na ausência de uma transação econômica direta entre eles. Por exemplo, quando uma pessoa é vacinada contra a gripe, ela produz uma externalidade (positiva) sobre outras pessoas, cuja chance de contrair a doença passa a ser menor”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 147.

<sup>906</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 91.

<sup>907</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

<sup>908</sup> Importante trazer o conhecido exemplo do Teorema de Coase tratado no artigo “O problema do custo social”, se os custos de transação fossem iguais a zero. Trata-se do caso, “segundo o qual o gado de um pecuarista, ante a inexistência de uma cerca entre os terrenos, invade a plantação do agricultor vizinho, causando-lhe dano (externalidade). Se o agricultor pedir indenização material contra o pecuarista, este, certamente, terá de transferir o valor pago a título de indenização para os custos do gado que comercializa (internalização da externalidade). Se o pecuarista, todavia, não fosse obrigado a indenizar o agricultor, se a ação governamental fosse mínima e se o mercado agisse por si, o pecuarista e o agricultor firmariam uma livre negociação privada, resultando, portanto, em custos de transação mais baixos. O Estado regulador interviria somente se os custos de transação fossem tais que obstassem a negociação entre os agentes privados. Por sua vez, o Judiciário deveria sopesar a repercussão econômica das decisões que viesse a proferir”. COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. xlviii.

definição do aludido teorema: “Quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se assinalam os direitos de propriedade”.<sup>909</sup>

Essa aplicação direta do referido teorema sofreu críticas por muitos economistas na época, considerando que a premissa de custo de transação equiparado à zero seria irreal. No entanto, a pretensão de seu teorema é verificar quais medidas possam ser tomadas para impedir que os custos de transação venham prejudicar a eficiência econômica.<sup>910</sup>

Depreende-se assim que, havendo custos de transação positivos, a lei poderá desempenhar sob a matriz da análise econômica, (i) a facilitação da negociação entre os agentes, incentivando a redução dos custos envolvidos na transação; (ii) a alocação dos direitos de propriedade a quem mais valorizar, com a garantia de implementação da solução que for mais eficiente do conflito.<sup>911</sup>

A teoria coasiana consolidou-se em 1960, com o clássico artigo intitulado *The Problems of social cost*, dando continuidade aos seus ensinamentos acerca de custos de transação, com o qual recebeu o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991. Através deste estudo, Ronald Coase demonstrou “[...] que os custos de se utilizar um ou outro mecanismo de coordenação diferem, de forma que, a depender da magnitude destes custos, uma ou outra forma de organização é mais desejável”.<sup>912</sup>

Os custos de transação são definidos como aqueles custos incorridos pelos agentes econômicos que devem ser considerados necessários nas transações comerciais.<sup>913</sup> Na trilha dessa definição, os custos de transação constituem-se como fator essencial para o estudo das instituições na teoria neoinstitucionalista, com relevante impacto no comportamento dos agentes econômicos que procuram minimizar seus custos à concretização de determinada transação de mercado.

---

<sup>909</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 105.

<sup>910</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 106.

<sup>911</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Berkeley: Addison-Wesley, 2000. p. 3.

<sup>912</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

<sup>913</sup> COASE, Ronald Harry. The problems of social cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3. p. 1-44. out. 1960. p. 15.

Representado dessa forma, variam os custos de transações em três tipos: “(i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; e (iii) custos para garantir a execução do contrato”.<sup>914</sup>

Com efeito, o primeiro aspecto trata-se de custos esperados com as informações como pesquisas prévias, busca de informações sobre preços, qualidade dos produtos, comportamentos e as condições de trabalho dos agentes econômicos. Em segundo, relacionam custos decorrentes das negociações com outros agentes indispensáveis para transacionar no mercado, procurando identificar reais intenções e limites das partes envolvidas. Após, quanto à realização e formalização do contrato, há custos com a elaboração do contrato, registros do mesmo e da propriedade nos órgãos competentes, além de possível estabelecimento de garantias, entre outras precauções visando o cumprimento da transação propriamente dita.

Por fim, tem-se a correta aplicação do contrato como forma de adimplemento das obrigações, bem como os custos associados à “cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados”.<sup>915</sup>

No momento da celebração do contrato, as informações geralmente colocadas à disposição das partes são variadas, mas sem garantia de que estas serão realmente efetivadas, principalmente, em face ao comportamento oportunista de determinados agentes quanto à coleta de informações e restrição de termos na elaboração do contrato, causando custos transacionais.

Na concepção do Teorema de Coase, os custos de transação representam aquilo que as partes dispenderam ou deixaram de lucrar na constituição ou execução do contrato, tornando-se fundamental para Análise Econômica do Direito.

Provavelmente, os maiores custos esperados são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas. As partes precisam ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, negociar alterações, redigir o contrato, submetê-lo ao escrutínio de advogados etc. Portanto, o custo de redação de cláusulas contratuais será sempre superior a zero, de forma que os contratos nunca serão completos. Somente algumas cláusulas serão

---

<sup>914</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 168.

<sup>915</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 62.

escritas – justamente aquelas cujo benefício esperado seja superior a seu custo esperado.<sup>916</sup>

Por essas razões, como as transações geram diversos custos e problemas adicionais, as partes além de disciplinar respectivamente seus interesses econômicos no contrato, necessitam alocar os riscos para prevenir eventual inadimplemento e poder minimizar eficazmente o prejuízo causado.

À luz dos custos de transação, importante a tomada de decisão sobre a efetivação ou não de uma transação comercial, no monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte conforme negociado, além da estipulação contratual das consequências jurídicas (sanções), em caso de inadimplemento. É fato que a sociedade também enriquece quanto mais incentivos forem criados para facilitar as transações no âmbito comercial.

Partindo de uma premissa econômica, os agentes econômicos em face à sua racionalidade reagem aos incentivos disponíveis destinados à minimização de uma atividade de risco econômico<sup>917</sup>. O problema reside no fato de quaisquer que sejam as transações, geralmente não há como as partes saberem previamente se as condições convencionadas no contrato serão cumpridas. Trata-se de uma circunstância que evidencia a relevância de estudos da análise econômica do contrato a partir das premissas relacionadas aos custos de transação e do caráter incompleto dos negócios jurídicos que possa levar as partes a inadimplir com suas obrigações.

Para a análise econômica, os contratos estabelecem um padrão de comportamento das partes, de forma que estas possam cooperar mutuamente na distribuição dos direitos e deveres. No entanto, quando não há o comprometimento de cada parte em cumprir o que foi prometido e avençado, as razões pelo impacto do inadimplemento são explicadas pela economia.

---

<sup>916</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 168.

<sup>917</sup> “Custos de transação muito elevados podem inviabilizar certos mercados, a menos que, para funcionar, contem com o apoio de instituições mais complexas do que apenas instalações físicas (mercados) em que compradores e vendedores se encontram. Em especial, é preciso haver instituições que reduzam os custos de transação em tais mercados. As instituições podem reduzir os custos de procura de parceiros, de acesso a informações, de negociação e da elaboração de contratos, assim como de monitoramento do seu cumprimento. Em circunstâncias específicas, o setor privado é capaz de desenvolver essas instituições, mas em outras é necessário que o Estado se responsabilize”. PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 64.



Nesse sentido, priorizando a eficiência econômica, o rompimento do contrato é estimulado se ficar demonstrado que a elevação dos custos do promitente em cumprir sua promessa for maior do que a perda do prometido pelo impacto da inadimplência. Em contrapartida, caso o custo do promitente em cumprir a sua promessa for menor do que a sua perda, o cumprimento do contrato é a solução mais eficiente.<sup>918</sup>

Assim, os custos e os benefícios decorrentes de cada arranjo contratual poderão ser analisados pelas partes e, ao final, a escolha deve recair na melhor formulação que vise à satisfação de seus interesses. Desse modo, devem ser comparados os benefícios esperados de uma cláusula contratual com os custos que se espera dessa mesma cláusula.<sup>919</sup> Nas situações em que os custos forem baixos, há uma tendência para a livre negociação, culminando em uma alocação eficiente dos riscos, direitos e obrigações assumidas contratualmente.

Contudo, havendo custos de transação muito altos advindos pela assimetria das informações e falhas do mercado que impeçam as negociações, a alocação eficiente dos recursos dependerá, muitas vezes, das normas jurídicas estruturadas pelo Estado através de incentivos para diminuição dos custos e enriquecimento da sociedade em prol da maximização do bem-estar social. Nesse caso, na procura de um resultado econômico eficiente, competem às instituições legais (judiciário, executivo ou legislativo) determinar o nível dos custos de transação (*ex-ante*), assim como corrigir os resultados considerados ineficientes (*ex post*).

Todavia, tem-se conhecimento que a realidade é mais complexa, em especial, pela rigidez das legislações, burocracia estatal, imprevisibilidade das decisões judiciais e, principalmente, pelos custos de transação ser elevados em nosso país, gerando resultados ineficientes.

Ademais, outro fator relevante está associado aos custos decorrentes das consequências da decisão no processo judicial, pois é cediço que casos semelhantes são julgados de forma diversa pelo Poder Judiciário. Por consequência, os agentes

---

<sup>918</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 133.

<sup>919</sup> Nesse caso, chega-se a uma alocação eficiente dos riscos “na ausência de custos de transação, os direitos são direcionados às partes que mais os valorizam, enquanto as obrigações e os riscos são repassados à parte que pode lidar com eles de forma menos custosa”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 168.

econômicos igualmente manifestam o mesmo comportamento, por não terem critérios objetivos e definidos diante da insegurança jurídica causada pela ingerência da jurisdição estatal, em relação às transações comerciais.<sup>920</sup>

Por isso, que a arbitragem passa a ser uma alternativa viável conforme será analisado mais adiante, com a possibilidade de redução dos custos de transação e equilíbrio das relações negociais. A convenção arbitral poderá ser adotada como meio preventivo desde a negociação e celebração do contrato, tonando-se um meio adequado de resolução de conflitos na seara empresarial, por considerar os reais efeitos que a decisão arbitral poderá acarretar aos seus usuários, de modo a garantir a execução contratual estabelecida entre as partes interessadas.

#### **4.2 A Arbitragem como instrumento de Acesso à Justiça para o Desenvolvimento Econômico**

A utilidade do estudo advindo da Análise Econômica do Direito possibilita uma maior compreensão do crescimento econômico nas relações contratuais, sobretudo, com a escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsia adequada, em detrimento da jurisdição estatal.

Nesse aspecto, a Lei de Regência da Arbitragem concedeu ao Direito um novo enfoque de acesso à justiça, em uma concepção independente da visão monopolizada do Poder Judiciário, influenciando o desenvolvimento econômico na esfera privada e destinada a regular o comércio negocial direto, cujo resultado busca a estabilidade contratual.

No entanto, quando se faz referência ao desenvolvimento em uma sociedade dentro da perspectiva interdisciplinar, deve-se refletir que o Direito e a Economia não

---

<sup>920</sup> “Por óbvio, se as transações ocorrem sem custos, tudo o que importa (questões de justiça à parte) é que os direitos das partes devam estar bem definidos e os resultados das ações judiciais devam poder ser previstos com facilidade. Contudo, como vimos, a situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico. Nesses casos, as cortes influenciam diretamente a atividade econômica. Desse modo, seria aparentemente desejável que as cortes tivessem os deveres de compreender as conseqüências econômicas de suas decisões e, na medida em que isso fosse possível sem que se criasse muita incerteza acerca do próprio comando da ordem jurídica, de levar em conta tais conseqüências ao exercerem sua competência decisória. Ainda quando se faz possível alterar a delimitação legal de direitos através das transações no mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos em sua realização”. COASE, Ronald Harry. The problems of social cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3. p. 19, out. 1960.

podem mais ser analisados como sistemas fechados dentro das fronteiras de um Estado. As constantes mudanças sociais, políticas, econômicas e, inclusive, jurídicas acarretadas pelo efeito da globalização, demonstram que um sistema interage com o outro, de forma a repensar a realidade normativa no âmbito do mercado mundial.

Sob o aspecto do desenvolvimento jurídico, Amartya Sen<sup>921</sup> leciona que:

O desenvolvimento jurídico deve, constitutivamente, aperfeiçoar a capacidade das pessoas – sua liberdade – para exercer os direitos e as garantias associados com o progresso jurídico. Dada esta necessidade de integridade conceitual (neste caso, a necessidade de encarar o desenvolvimento jurídico não apenas em termos de legislação e leis, mas de liberdades efetivas e capacidades), todos os instrumentos que influenciam de maneira causal estas liberdades precisam ser levados em conta, ao avaliar o progresso no desenvolvimento de um sistema jurídico e judicial de sucesso.

Por outro lado, o sistema econômico é definido por Fábio Nusdeo<sup>922</sup> como "um particular conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico" ou, em outras palavras, "é o conjunto de instituições destinado a permitir a qualquer grupo humano administrar seus recursos escassos com um mínimo de proficiência, evitando o quanto possível o seu desperdício ou malbaratamento".

Nessa seara, com vistas ao desenvolvimento jurídico-econômico em nosso país, destacam-se as Câmaras ou Entidades Arbitrais que na qualidade de instituições prestam relevantes serviços jurisdicionais no âmbito privado. Partindo dessa premissa, optou-se pela realização de uma pesquisa empírica no Estado de Santa Catarina, com as principais Câmaras de Arbitragem filiadas à FECEMA (Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem). No caso, a investigação concentra-se nas instituições privadas previamente selecionadas, para explorar possíveis razões econômicas que levaram as empresas pela escolha deste mecanismo de solução de controvérsias.

Para tanto, o estudo lastreou-se além do levantamento bibliográfico e revisão teórica em uma fase inicial para compreensão do instituto da arbitragem, com base na

---

<sup>921</sup> SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 20.

<sup>922</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

Análise Econômica do Direito e, em uma segunda etapa, busca-se realizar pesquisa empírica de natureza exploratória que “têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses”.<sup>923</sup>

Nessa modalidade, importante a abordagem da pesquisa junto às Câmaras de Arbitragem para analisar a visão dos seus representantes e dos árbitros sobre o desenvolvimento econômico do juízo arbitral.

Diante do ambiente e forma como os dados foram coletados, com foco na gestão de conflitos das Câmaras de Arbitragem, adotou-se como procedimento para essa investigação a pesquisa de campo<sup>924</sup>, caracterizada em analisar as diversas questões propostas sobre um determinado assunto.<sup>925</sup> Nesse caso, delimitando-se o aspecto espacial e geográfico, a pesquisa desenvolveu-se com a aplicação de questionários contendo nove questões objetivas de múltipla escolha e uma questão discursiva, estruturadas com base nas categorias de análise e validadas por dois profissionais e professores universitários das áreas do Direito e Economia.

A técnica da pesquisa referente aos dados obtidos no decorrer de seu desenvolvimento, pautou-se pela análise de conteúdo, com categorias pré-estabelecidas. Com efeito, compreendida como um conjunto de técnicas de análise das comunicações, a análise de conteúdo visa alcançar através de “procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens”.<sup>926</sup>

Trata-se, portanto, de uma técnica de investigação que se filia a uma tradição hermenêutica cujo procedimento reveste-se de cientificidade, por garantir uma atitude interpretativa recebida da contribuição de técnicas modernas de natureza quantitativa e qualitativa desenvolvidas pelas ciências humanas no início do século XX, onde os

---

<sup>923</sup> GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 27.

<sup>924</sup> A pesquisa empírica realizada resultou ainda no método quantitativo e qualitativo. “Nas pesquisas, em geral, nunca se utilizam apenas um método e uma técnica e nem somente aqueles que se conhece, mas todos os que forem necessários ou apropriados para determinado caso. Na maioria das vezes, há uma combinação de dois ou mais deles, usados concomitantemente”. OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Metodologia científica aplicada ao direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. p. 78.

<sup>925</sup> GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

<sup>926</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 48.

fenômenos pesquisados são extraídos do conteúdo do próprio texto, não havendo interferência direta do pesquisador/leitor.<sup>927</sup>

Para além dos procedimentos considerados meramente classificatórios, a análise de conteúdo apresenta duas funções essenciais, “uma *função heurística* e uma função de *administração da prova*”, podendo ser utilizada a qualquer forma de comunicação, seja escrita ou verbal, com o fim de estabelecer uma análise categorial para o acesso ao conteúdo de uma determinada comunicação.<sup>928</sup> No caso, pretende-se identificar o cenário econômico da instituição arbitral em Santa Catarina.

A análise de conteúdo ocorre de forma cronológica em três campos, subdivididos em pré-análise, exploração do material e o último aspecto, o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação.<sup>929</sup>

Assim, formularam-se as hipóteses na primeira etapa de pré-análise<sup>930</sup>, no sentido de avaliar se a arbitragem apresenta vantagens como modalidade heterocompositiva de solução de controvérsias, com prevalência da autonomia de vontade das partes, celeridade, especialização dos árbitros e flexibilidade de procedimento, com vistas a impulsionar a economia, a partir do momento em que as cláusulas arbitrais são inseridas nos contratos de natureza empresarial. Desse modo, excluem-se da apreciação os contratos vinculados à administração pública. A seleção das hipóteses não esgotam as possibilidades de atuação das Câmaras Privadas catarinenses.

Na sequência, as categorias foram pré-analisadas de acordo com os objetivos específicos propostos para essa pesquisa, especialmente, para avaliar o instituto da arbitragem como possível mecanismo de desenvolvimento do sistema econômico segundo a percepção das principais Câmaras Arbitrais de Santa Catarina; examinar em quais tipos de contratos é frequentemente convencionado a arbitragem; averiguar se há limites ao princípio da autonomia de vontade das partes no juízo arbitral e, por fim,

---

<sup>927</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 19-35.

<sup>928</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 35.

<sup>929</sup> BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

<sup>930</sup> “Formulação das hipóteses e dos objetivos: uma hipótese é uma afirmação provisória que propomos verificar (confirmar ou infirmar) recorrendo aos procedimentos de análise. Trata-se de uma suposição cuja origem é a intuição e que permanece em suspenso enquanto não for submetida à prova de dados seguros. O objetivo é a finalidade geral a que nos propomos, o quadro teórico e/ou pragmático no qual os resultados obtidos serão utilizados.” BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

investigar a dimensão, consequências econômicas e vantagens pela utilização da arbitragem.

Com a finalidade em atender os objetivos propostos e responder ao problema da pesquisa, foram criadas categorias de análise do conteúdo, tais como: (i) a identificação da natureza e as principais espécies de conflitos submetidos ao procedimento arbitral; (ii) forma de constituição da convenção arbitral; (iii) percentual de acordos celebrados e cumpridos; (iv) definição das regras de julgamento pelas partes; (v) prazo razoável de duração de julgamento do procedimento arbitral e, por fim, (vi) analisar na perspectiva da instituição arbitral, as vantagens que levam os indivíduos ou empresas submeter seus conflitos à arbitragem.

Desse modo, como apêndice ao final deste trabalho, apresenta-se um quadro contendo uma síntese do delineamento metodológico da pesquisa e o referencial teórico sobre a arbitragem, estabelecendo sua relação com os objetivos gerais e específicos, assim como, com as questões contidas nos questionários aplicados e categorias de análise.

Com o fim de definir as unidades de análise da pesquisa<sup>931</sup>, foram selecionadas dez entidades arbitrais filiadas à FECEMA - Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem<sup>932</sup>, com atuação nas cidades de Blumenau e Itajaí, cada qual com duas Câmaras, Florianópolis, Balneário Camboriú, Brusque, Joinville, Jaraguá do Sul e Timbó, com uma Câmara de Arbitragem em cada município e que se destacam pela importância no contexto econômico de Santa Catarina.<sup>933</sup>

---

<sup>931</sup> As unidades de análise citadas foram selecionadas de acordo com a participação das Câmaras de Arbitragem nos últimos dois anos, 2015 e 2016, de tradicional evento anual que ocorre no mês de setembro, denominado “V e VI Seminário de Conciliação, Mediação e Arbitragem de Santa Catarina – SECMASC”, patrocinado pela referida federação catarinense nas cidades de Itajaí e Blumenau, respectivamente, oportunidade de aplicação do questionário para exploração do material investigado, cujas informações foram coletadas através da observação direta com os representantes das principais entidades arbitrais.

<sup>932</sup> “A FECEMA é uma entidade particular sem fins econômicos, nascida aos doze de julho de 2002, que visa congregar as entidades particulares de administração de conflitos, as quais tenham como característica básica a sua atuação “aberta” à comunidade em que estejam inseridas”. FECEMA. *Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem*. Disponível em: <<http://www.fecema.org.br/quem-somos>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>933</sup> A pesquisa foi realizada com as seguintes Câmaras de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina, nominadas de forma aleatória: Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina – CAMESC (Itajaí); Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque – CMABq (Brusque); Câmara de Mediação e Arbitragem de Timbó e Região – CMATI (Timbó); Medial Câmara de Mediação e Arbitragem do Vale do Itajaí - MEDIARVI (Blumenau); Câmara de Mediação e Arbitragem de Florianópolis – CAMAF (Florianópolis); Câmara Brasil Sul de Mediação e Arbitragem – CBSUL (Jaraguá do Sul); Câmara Sul Brasileira da Justiça Arbitral – CONCILIAR (Balneário Camboriú); Câmara de Mediação e Arbitragem



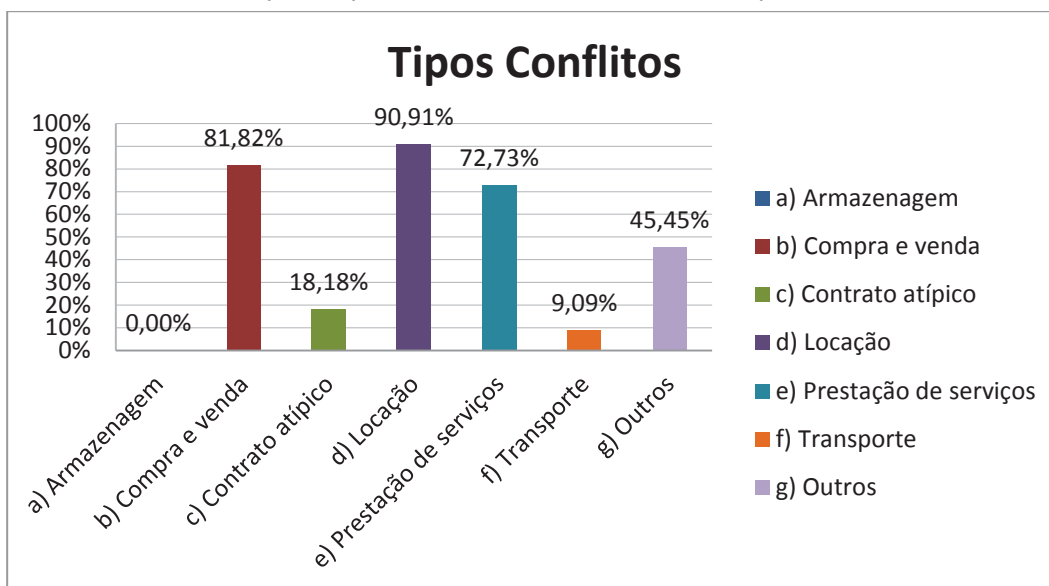
Na segunda fase, a coleta de dados ocorreu nos meses de setembro de 2015 e também em setembro de 2016. Buscou-se explorar com a aplicação dos questionários, as espécies de conflitos que gravitam perante as Câmaras Privadas Arbitrais, na perspectiva de delimitar o seu campo de atuação, além do levantamento de dados estatísticos para apurar eventual crescimento econômico pela utilização da arbitragem fornecido pela própria FECEMA. Com a finalidade de proteger a identidade dos participantes da pesquisa, considerando o caráter confidencial da arbitragem e a ausência de autorização expressa, as Câmaras de Arbitragem catarinenses não foram identificadas, porém, a coleta dos dados procedeu-se de forma organizada e em ordem aleatória.

A sistemática empregada inferiu conhecimentos relativos à gestão dos conflitos pelo uso da arbitragem no cenário catarinense, embora não expressar a realidade das principais Câmaras Arbitrais das grandes capitais de nosso país, a pesquisa possibilitou a interpretação dos resultados obtidos em campo, configurando a última etapa. A fim de estabelecer a relação entre a teoria estudada e os métodos e técnicas empregados, passa ao resultado da análise das categorias de conteúdo aplicadas.

Em análise ao primeiro questionamento, verificou-se que os tipos de contratos em que, costumeiramente, são submetidos ao procedimento arbitral restringem-se em percentuais elevados para os contratos de locação, totalizando 90,91%, seguidos dos contratos de compra e venda (81,82%) e de prestação de serviços (72,73%).

Com percentual inferior a 50%, a pesquisa evidenciou a inclusão de cláusula arbitral para outros tipos de contratos, identificados como: bancários, agências de crédito, sucessão empresarial e societário (45,45%). Os contratos atípicos tiveram um percentual de 18,18%, enquanto os contratos de transportes somam-se a percentagem de apenas 9,09%, com o qual tramitaram perante as Câmaras de Arbitragem no período pesquisado, conforme demonstrativo abaixo.

Quadro 1 - Principais espécies de conflitos submetidos ao procedimento arbitral.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Importante esclarecer que os percentuais estabelecidos acima, referem-se à somatória de todas as instituições privadas de arbitragem catarinenses e que as três espécies de contratos (locação, compra e venda e prestação de serviços) são realmente os que mais tramitam perante o juízo arbitral e, conseqüentemente, são os mais procurados para convencionar a arbitragem interna. Nenhum contrato internacional foi identificado para análise, o que sugere um campo promissor de atuação futura.

Para os tipos de conflitos identificados anteriormente, perguntou-se sobre qual melhor forma a arbitragem é convencionada, cláusula compromissória/arbitral ou compromisso arbitral e ainda, em ambas as modalidades. Verificou-se que esta última alternativa é a práxis utilizada no procedimento arbitral com a percentagem de 81,82%, restando com apenas 9,09% a instituição da arbitragem pela adoção exclusiva da cláusula arbitral.

Nesse ponto, relevante ponderar que a cláusula compromissória trata de uma convenção ajustada de forma prévia entre as partes, inserta no contrato ou em documento posterior, por exemplo, em termo aditivo. No entanto, como a adoção da cláusula arbitral deve ocorrer antes do surgimento da controvérsia, em qualquer uma de suas espécies, vazia (afastamento apenas do Poder Judiciário na apreciação de eventual conflito) ou cheia (com destaques principais para a determinação do foro de eleição quanto a Câmara Arbitral, escolha do árbitro, definição do procedimento, entre

outras regras). Após o surgimento do conflito, caso as partes queiram submetê-lo à jurisdição privada arbitral, deverão celebrar o compromisso arbitral diretamente na Câmara de Arbitragem, caso não tenha sido convencionada cláusula compromissória cheia.

Um dos fatores das questões apresentadas pelos questionamentos anteriores a ser ponderado é cultural<sup>934</sup>, pois a demanda proposta ao Poder Judiciário ainda é premente e presente, havendo ainda certa resistência dos advogados em incluir a cláusula arbitral ou compromissória previamente nos contratos. Em muitos casos, isso ocorre por desconhecimento ou despreparo técnico sobre os meios adequados de resolução dos conflitos. Por outro lado, a pesquisa confirma que, diante da morosidade da jurisdição estatal, as partes tem procurado o juízo arbitral independentemente da forma como foi pactuada a convenção da arbitragem.

Nesse aspecto, a possibilidade de escolha entre a arbitragem e o Poder Judiciário para solucionar as controvérsias, na qualidade de instituições econômicas, por certo, contribuem para o aperfeiçoamento do ambiente jurídico e institucional em nosso país, conforme apontado por Bruno Salama<sup>935</sup>.

Em relação à natureza dos conflitos que são submetidos às instituições de arbitragem, observa-se que estes, em sua maioria, tem abrangência na seara empresarial com 63,64%, o que evidencia por si, o interesse dos empresários na escolha dessa modalidade de resolução de disputas. Para outros tipos de contratos, a pesquisa identificou o percentual de 27,27%.

Nesse contexto, observa-se que a natureza das disputas que gravitam perante as Câmaras de Arbitragem referem-se a direitos patrimoniais disponíveis, conforme determina a própria norma de regência. Evidente que a utilização da arbitragem para a solução de conflitos no campo empresarial ainda precisa ser evoluído, necessitando de maior difusão do instituto, principalmente, para os conflitos

---

<sup>934</sup> “Aqueles envolvidos com o tratamento adequado de conflito são formadores de opinião, e, como tal, interferem positivamente na mudança de conduta das pessoas. Igualmente os beneficiados com a solução amistosa da controvérsia dividem sua experiência positiva, e assim tornam mais frequente a utilização, por opção, destes instrumentos. Ainda, o ensino jurídico focado nesta realidade decisivamente contribui para formar profissionais alinhados (ou comprometidos) com esta nova cultura”. CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 63.

<sup>935</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382.

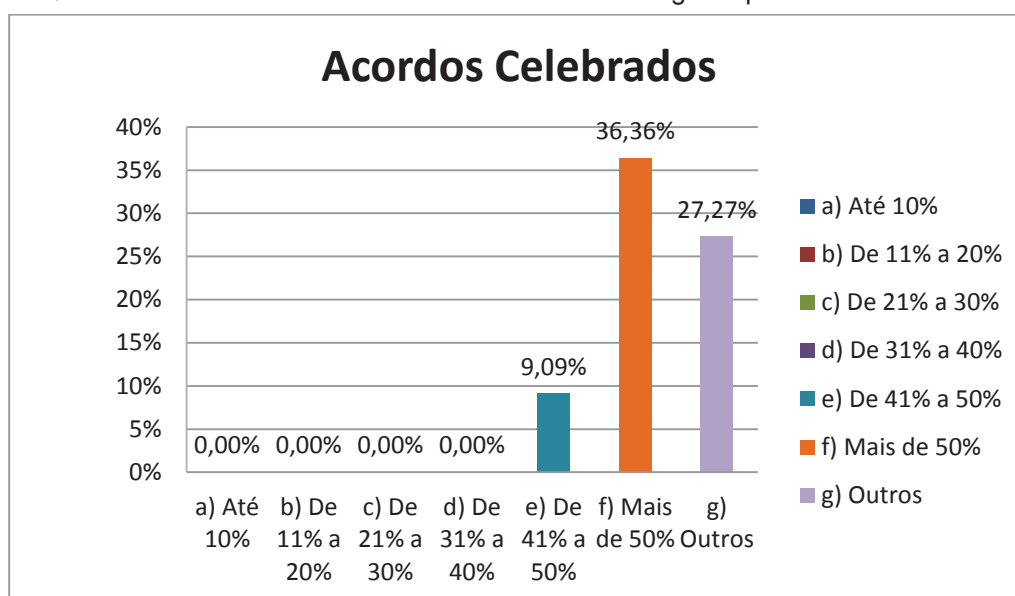
societários que, conforme observado no primeiro demonstrativo da pesquisa realizada, o percentual de empresas que adotam a cláusula compromissória em seus contratos sociais ainda é inexpressivo, comparando-se com outros tipos de contratos.

O instituto da arbitragem trata-se de um foro qualificado com maior indicação para solucionar eventuais disputas entre os sócios, com a preservação das informações confidenciais do grupo societário e celeridade no julgamento do litígio, de forma a não comprometer a continuidade da empresa.

Por essas razões, se reconhece que a arbitragem é um instituto indicado para os contratos que envolvam questões de alta complexidade e que exigem conhecimento especializado dos árbitros.

Com vistas a verificar se depois de instaurada a arbitragem, há pré-disposição das partes em uma solução consensual do conflito, pois estas participam ativamente nas fases do procedimento arbitral, a pesquisa demonstrou que 36,36% das Câmaras relataram que o acordo foi celebrado em mais de cinquenta por cento (50%) das causas. Em outras Câmaras (27,27% dos casos), o acordo chegou ao percentual acima de noventa por cento ao longo do procedimento, conforme dados coletados.

Quadro 2 - Percentual dos acordos celebrados ao longo do procedimento arbitral.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Pelo visto, há um sistema de incentivos na composição consensual da controvérsia pela arbitragem, com o uso de técnicas da negociação (conciliação ou mediação), em sintonia com as novas orientações do Código de Processo Civil

brasileiro e da política pública de acesso à justiça sobre os meios adequados de tratamento dos conflitos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Na perspectiva de Kazuo Watanabe, a finalidade fundamental almejada com a implementação da política pública de acesso à justiça é a solução dos conflitos de forma mais adequada, mediante a cooperação das partes envolvidas, com a pretensão de que os resultados atendam aos seus próprios anseios, “[...] o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do Judiciário é mera consequência desse importante resultado social”.<sup>936</sup>

Essa circunstância revela-se importante também para o instituto da arbitragem, pois, no decorrer do procedimento arbitral, além das partes contarem com a especialidade do árbitro, este deverá demonstrar conhecimentos específicos das técnicas não adversariais para que a disputa seja resolvida, especialmente, da negociação. Para que esta possa ser apresentada de forma eficaz, impõe-se a existência da vontade das partes envolvidas para a solução do problema, dependendo exclusivamente das suas habilidades a superação das desconfianças e a dissipação das animosidades, criando vínculos cooperativos entre si.

Nas palavras de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, o método de negociação “deve produzir um acordo sensato, se houver possibilidade de acordo; deve ser eficiente; e deve aprimorar, ou, pelo menos, não prejudicar o relacionamento entre as partes”.<sup>937</sup> De acordo com esses ensinamentos, o projeto de negociação da Faculdade de Direito de Harvard anota que, para que haja uma boa negociação são necessários quatro princípios básicos: a) a separação das pessoas do problema, b) a concentração nos interesses e não nas posições, c) a criação de uma variedade de possibilidades antes da decisão padrão, d) o objetivo que sustente o resultado.

O método da negociação baseada em princípios, por estar sistematizado de forma cooperativa, propõe-se a abordar os reais interesses que estão por trás das posições declaradas pelos envolvidos num processo de negociação, gerando opções mutuamente satisfatórias, fundadas em critérios imparciais, promovendo um processo de negociação eficiente que leve à construção de acordos sensatos.

---

<sup>936</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; Yarshell, Flávio Luiz (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

<sup>937</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro : Solomon, 2014. p. 22.

O cumprimento das decisões decorrentes da negociação não é obrigatório. As partes são livres para cumpri-las ou não. Entretanto, é certo que se as partes negociarem conscientemente, a consequência natural é a do cumprimento do acordo. Há de se ressaltar que, quando a negociação é atribuída à validade jurídica, como um contrato, o cumprimento torna-se obrigatório.

Para tanto, a pesquisa realizada também abordou essa questão, notadamente, questionando se a Câmara tem controle sobre o cumprimento efetivo dos acordos celebrados. Nos cinquenta por cento dos casos em que os acordos foram entabulados no processo arbitral, quase todos resultaram no cumprimento efetivo pelas partes (45,45%), sendo que em 9,09% dos acordos o adimplemento chegou a mais de noventa por cento.

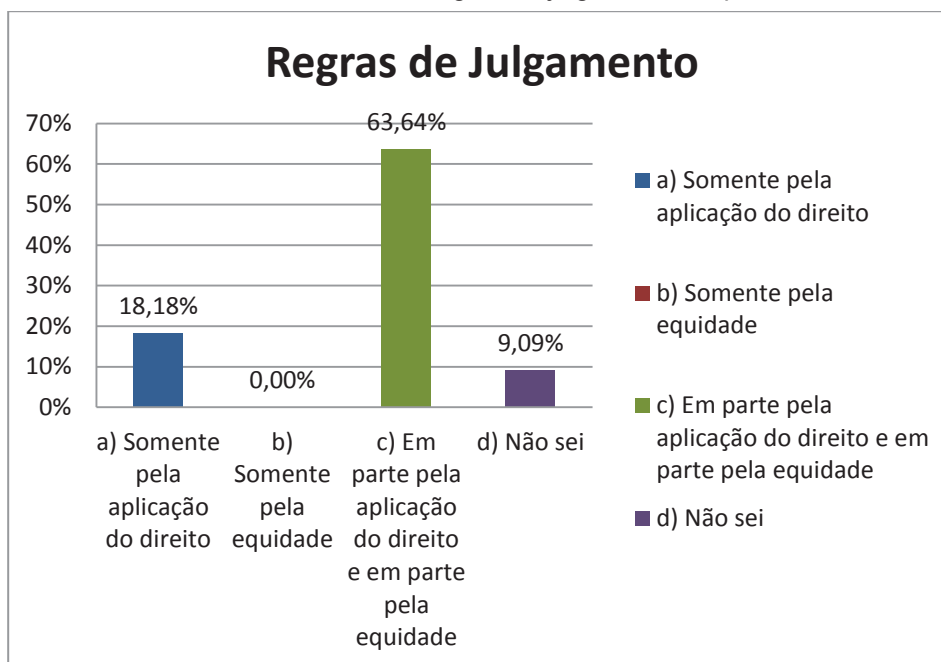
Nos casos em que não houve acordos, o processo arbitral segue o seu procedimento, com o desenvolvimento das fases processuais ajustadas entre as partes e os árbitros. Essa flexibilidade, em respeito ao princípio da autonomia de vontade exercido pelos usuários da arbitragem, possibilita além da definição de outras questões atinentes ao procedimento arbitral, que as partes estabeleçam regras para o julgamento no momento do árbitro ou tribunal arbitral proferir sua decisão.

Nesse sentido, questionou-se com as Câmaras de Arbitragens consultadas, se as partes tem liberdade em ajustar se a decisão arbitral ocorra pela aplicação do Direito ao caso concreto ou seguirá as regras de equidade.

O quadro abaixo ilustra a situação real, considerando que a equidade é pautada pela experiência profissional e especialidade do árbitro ou do Colegiado instituído por escolha das partes, enquanto que as regras de julgamento pelo Direito ocorrem com a fundamentação jurídica nas decisões arbitrais, com base na lei, doutrina, jurisprudência, princípios gerais, entre outras normas.



Quadro 3 - Estabelecimento das regras de julgamento do processo arbitral.



Fonte: Elaborado pelo autor.

Pelo resultado da pesquisa, percebe-se que são adotados parcialmente tanto a aplicação do Direito como a equidade como regras de julgamento, totalizando a percentagem de 63,64% dos casos submetidos à arbitragem com essa conformação. Somente em 18,18% foi estabelecida a decisão arbitral pela aplicação do Direito como a única possibilidade de julgamento. Na verdade, na arbitragem interna, sabe-se que não é comum as sentenças arbitrais pautarem pela equidade, o que leva a acreditar que a forma de estipulação dessas regras não passa de uma mera padronização regulamentada pelas referidas entidades arbitrais.

A pesquisa confirma a importância do princípio da autonomia de vontade das partes, não apenas pela opção da arbitragem como forma de resolução dos conflitos, constituindo-se em uma alternativa democrática de acesso à justiça, mas por sua participação ativa em todo o procedimento arbitral, iniciando com a possibilidade de escolha dos árbitros com base em suas especialidades; flexibilização do procedimento; com definição dos meios de provas a serem produzidas; decisão por uma solução consensual e, por fim, estabelecimento das regras de julgamento, caso o acordo não seja entabulado.

O princípio da autonomia de vontade das partes interessadas na arbitragem é amplo, com liberdade de escolha quanto a este meio de resolução de disputas,

comparando-se com a atividade da jurisdição estatal, conforme visto no capítulo anterior.

Em se tratando da sentença arbitral, a Lei de Regência da Arbitragem brasileira determina o prazo de seis meses para que a mesma seja prolatada. Sobre essa questão, a pesquisa preocupou-se em averiguar se esse prazo efetivamente é cumprido ou outro é estipulado em favor das partes.

Verificou-se que as sentenças são proferidas no prazo de até seis meses, em um percentual considerado elevado (72,73%), comparando-se com a média de tempo em que um processo judicial na esfera estatal é julgado. Há prazos variáveis em apenas 9,09% dos processos arbitrais, mas não excedendo o prazo legal.

Quanto ao consenso na fixação do prazo de seis meses para que a sentença arbitral seja proferida e seu cumprimento, o percentual de 72,73% demonstrou que, em ambos os casos, as partes concordaram com o mesmo, sendo que 18,18% dos participantes da pesquisa não souberam responder.

Por fim, as Câmaras Arbitrais relataram sobre as principais vantagens que decorrem pela instituição da arbitragem como instrumento adequado de resolução dos conflitos no âmbito empresarial. Em síntese, foram elencadas como vantagens: (i) especialidade dos árbitros; (ii) celeridade; (iii) sigilo; (iv) economia; (v) possibilidade de escolha dos árbitros; (vi) opção pela legislação aplicável; (vii) afastamento do Poder Judiciário; (viii) bons resultados na manutenção das relações; (ix) flexibilidade; (x) maior participação das partes e dos advogados na construção do processo; (xi) decisões técnicas jurídicas; (xii) custo-benefício; (xiii) liberdade das partes em escolher a Câmara Arbitral; (xiv) procedimento menos burocrático comparando-se ao processo judicial.

Aa vantagens da arbitragem citadas na pesquisa confirmam a relação custo-benefício pela utilização da arbitragem. Como complemento da pesquisa realizada com as instituições arbitrais de Santa Catarina, a Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem - FECEMA foi consultada e forneceu dados relevantes que expressam o crescimento econômico das Câmaras filiadas no período de 2010 a 2016, sendo que no último ano, os dados coletados foram somente até o mês de agosto. Outro fator importante, diz respeito à quantidade de processos que tramitaram anualmente perante cada entidade privada e a média diária calculada

desde o início da instauração da arbitragem até o encerramento do procedimento arbitral, conforme quadro estatístico abaixo:

Quadro 4 - Crescimento econômico das Câmaras Catarinenses.

<b>Nº Câmaras Filiadas</b>	<b>Ano</b>	<b>Processos</b>	<b>Média Dias</b>
4	2010	2069	87,33
6	2011	1971	53,50
5	2012	1458	40,50
6	2013	2990	70,17
7	2014	3338	42,00
8	2015	2237	43,33
8	2016	1245	43,38
<b>TOTAL</b>		<b>15308</b>	<b>54,32</b>

Fonte: FECEMA

Por fim, a pesquisa demonstra um cenário crescente pela escolha da arbitragem como moldura institucional, conforme se verifica na evolução do número de Câmaras Arbitrais filiadas à FECEMA. O crescimento dos processos dos conflitos submetidos à arbitragem, também explica o descrédito ao Poder Judiciário brasileiro e a procura das empresas na garantia de uma solução adequada aos seus conflitos, cujas vantagens contribuem para o estabelecimento de uma estrutura de incentivos que influencia o comportamento dos indivíduos e, nesse caso, do empresariado.

Dentre os principais incentivos aos usuários da arbitragem decorrentes das vantagens evidenciadas pela pesquisa, verifica-se a celeridade em comparação com o Judiciário. As estatísticas acima revelam um percentual decrescente no tempo em relação à média em que o processo arbitral é julgado.

Nesse sentido, considerando que as empresas se reportam geralmente à celeridade em suas relações negociais, o uso da arbitragem contribui para o desenvolvimento econômico em razão de essas características estarem presentes em seu instituto.

De acordo com o delineamento da pesquisa utilizada, segundo a problemática e os objetivos examinados, observa-se que diante dos questionamentos realizados as hipóteses foram confirmadas. A execução da pesquisa empírica embora dependa dos fatos concretos, as respostas dos árbitros catarinenses mostram algumas tendências

de comportamento, portanto, relevantes para afirmar a eficiência da arbitragem no cenário catarinense.

Entretanto, em relação à difusão do conhecimento da arbitragem nos tempos atuais, Figueira Junior reconhece que o Brasil ainda carece de instituições arbitrais privadas e adequadas à solução de questões contratuais<sup>938</sup>, principalmente, nas cidades interiores de cada Estado em comparação com os grandes centros onde estão sediadas as maiores Câmaras de Arbitragem com experiências, inclusive, para a resolução dos conflitos no ambiente internacional.

Para que a sociedade possa utilizar a arbitragem, faz-se necessário que uma fração maior da população tenha conhecimento sobre as vantagens e eficácia dessa modalidade na resolução de determinados tipos de conflitos, presentes ou futuros.

Afora essa realidade brasileira, reconhece que diante do fenômeno da globalização e a ampliação dos mercados, sobretudo, com a expansão do comércio internacional, a arbitragem afigura-se como um dos fatores ao desenvolvimento econômico, especialmente, no âmbito empresarial.

#### **4.3 As perspectivas Econômicas da Convenção Arbitral no âmbito Contratual**

A arbitragem traduz em uma renovação nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos no Brasil, mormente, diante das recentes alterações em sua normatização.

Nesse contexto, a arbitragem convencionada através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral é considerada como um dos meios eficazes de resolução de conflitos sem a intervenção do Estado. Assim, a arbitragem por ser considerada uma instituição não estatal de exercício da jurisdição, “deriva de uma escolha das partes que decidem, por contrato (convenção arbitral), que a lide (presente ou futura) referentemente àquele mesmo contrato, será julgada por um árbitro eleito pelas partes e não pelo Judiciário”.<sup>939</sup>

Pela via arbitral, as partes têm plena liberdade de exercer a autonomia da vontade em todo o procedimento que rege o instituto, mediante a escolha da lei

---

<sup>938</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução*. Análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.38.

<sup>939</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

processual que governará o procedimento arbitral quanto à lei material, que podem recair sobre leis nacionais ou ordem jurídica de algum país, princípios gerais de direito, usos e costumes ou regras vigentes no comércio internacional.

Reconhece-se como um dos pontos centrais dessa flexibilidade procedimental pautada pela autonomia de vontades, a possibilidade de elaboração, adaptação e escolha das regras que poderão estar contidas no procedimento arbitral às necessidades de cada caso concreto, observando-se os interesses individuais dos fatos envolvidos no conflito.

Essa faculdade conferida às partes além de propiciar maior controle na condução do processo, “[...] aumenta a aderência entre o procedimento, os fatos e o direito envolvidos na controvérsia, gerando maior eficiência no consumo de tempo e recursos na arbitragem – uma das principais preocupações dos usuários”.<sup>940</sup>

A adaptação do procedimento às características do caso concreto é ainda mais relevante no contexto de progressiva diferenciação estrutural da economia e, conseqüentemente, dos conflitos. Não faria sentido pretender adotar um procedimento único ou padrão para a arbitragem internacional, mecanismo que pode ser adotado para a solução de conflitos ligados a realidades, indústrias e lógicas muito distintas (construção civil, energia, societário e mercado de capitais, esportes, investimentos estrangeiros, nomes de domínio, biotecnologia, seguros, compra e venda internacional de mercadorias etc.). Cada sistema e subsistema têm sua própria racionalidade e *modus operandi*, o que normalmente demanda ajustes nas técnicas processuais adotadas em cada caso.<sup>941</sup>

A arbitragem segue ampliando seus horizontes, conforme se observa nas novas alterações de sua própria regulamentação através da Lei nº 13.129/2015 que, em seu conteúdo, traz disposições acerca de sua utilização pela administração pública direta ou indireta (artigo 1º, parágrafo 1º). Como a pesquisa trata da inserção das cláusulas arbitrais nos contratos, delimitou-se o campo de estudo nesse sentido, entretanto, este tema requer maior aprofundamento futuro em razão de sua importância para o instituto arbitral.

---

<sup>940</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42-43.

<sup>941</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 44.

Com o fenômeno da globalização da economia e o enfraquecimento do Poder Judiciário, o uso da arbitragem tem despontado no cenário internacional, sobretudo, diante do aumento das empresas multinacionais que justificam o desenvolvimento de um processo de expansão do comércio internacional. As relações entre pessoas de países diferentes têm estimulado alocar a arbitragem como fruto deste processo.

A escolha da via arbitral é um atrativo importante, especialmente no campo do comércio internacional que, na eventualidade de litígio, permite as partes selecionar a lei material aplicável ao caso concreto. Assim, a Lei da Arbitragem também possibilita o julgamento por equidade, sem vinculação às normas jurídicas ou que as partes escolham previamente um determinado ordenamento jurídico para solucionar suas controvérsias, sem prejuízo de que os árbitros possam se valer dos princípios gerais do direito, usos e costumes ou regras internacionais de comércio, de livre escolha dos envolvidos.<sup>942</sup>

Sob este enfoque, as partes definem as normas a serem observadas pelo árbitro em sua decisão, normas essas que podem estar inseridas no direito nacional ou estrangeiro, nos usos e costumes, nas normas internacionais conhecidas mundialmente e nas publicadas pela CCI (Câmara de Comércio Internacional). Pode-se, até mesmo, optar pela equidade, ou seja, uma decisão arbitral embasada no bom senso, na moral, nas razões de ordem social, nas exigências do bem comum.

No que tange o uso da arbitragem nas questões societárias, mesmo diante das diversas modificações instituídas anteriormente na Lei das S.A. (Lei nº. 6.404/1976) pela Lei nº. 10.303/2001, que acrescentou o parágrafo terceiro ao artigo 109, a nova Lei da Arbitragem incluiu o artigo 136-A, possibilitando a convenção da arbitragem no estatuto social das sociedades anônimas.

Essa medida veio com o propósito de dissipar as divergências relacionadas à arbitrabilidade subjetiva para o direito societário, em especial, nas hipóteses em que a cláusula compromissória é incluída estatutariamente, cujas discussões pairavam sobre as seguintes situações: (a) inserção desta cláusula no momento em que a sociedade anônima foi constituída; (b) após a criação da companhia e por deliberação aprovada pela maioria dos acionistas e, (c) quando a cláusula arbitral já se encontra

---

<sup>942</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.



inserida no estatuto social no momento do acionista adquirir ações de emissão da companhia.<sup>943</sup>

Nesses casos, em que pesem posicionamentos divergentes e diante da vinculação irrestrita dos acionistas à cláusula compromissória contida no estatuto social, o princípio da deliberação majoritária é reforçado, envolvendo também os acionistas contrários à adoção da cláusula arbitral estatutária ou que não compareceram na assembleia geral.<sup>944</sup>

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva dos conflitos societários, depara-se com a dúvida sobre a possibilidade de envolver todo e qualquer litígio que possam ser resolvidos pela arbitragem entre sócios e, também, em relação a sociedade e seus acionistas.

Como visto, prevalece o entendimento do art. 1º da Lei de Regência da Arbitragem, com o qual expressa que somente poderão ser submetidos ao juízo arbitral, às questões oriundas de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles conflitos que envolvam direitos em que as partes possam dispor e suscetíveis de apreciação econômica. Todavia, pertinente ao Direito societário, mesmo que as companhias tenham como objetivo principal a produção de lucros, “as relações jurídicas a elas inerentes nem sempre dirão respeito a direitos patrimoniais e, ainda, disponíveis”.<sup>945</sup>

Os limites considerados arbitráveis dos conflitos societários em nosso ordenamento jurídico ainda geram muitas discussões, porém, a doutrina tem se manifestado no sentido de contribuir sobre quais questões societárias poderiam estar sujeitas ao procedimento arbitral.

Entendemos que se admite a arbitrabilidade, por exemplo, de: (i) impugnação de decisão de assembleia geral; (ii) impugnação de decisão dos outros órgãos societários, como a diretoria, o conselho de

---

<sup>943</sup> WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5-6.

<sup>944</sup> “Estarão vinculados à cláusula compromissória estatutária todos os demais acionistas: os que votaram favoravelmente, os que se abstiverem e os que não comparecem à assembleia. Os acionistas titulares de ações preferenciais que não se manifestaram na assembleia geral contrariamente à cláusula compromissória, ou a ela não comparecerem, estarão vinculados ao compromisso arbitral”. EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartir Latin, 2011, v. 1. p. 616.

<sup>945</sup> WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

administração e o conselho fiscal; (iii) questões ligadas ao direito de recesso; (iv) interpretação de cláusulas estatutárias, inclusive aquelas fundadas em normas de ordem pública, desde que essas sejam respeitadas; (v) questões ligadas ao pagamento de dividendos; (vi) exercício do direito de voto em situações de conflito de interesses (art. 115 da Lei das S.A.); (vii) operações de reestruturação societária”.<sup>946</sup>

Com a recente modernização do instituto da arbitragem é que foi possível o avanço na lei societária em disciplinar, expressamente, sobre a arbitrabilidade dos litígios societários, seja na condição subjetiva e objetiva. Provavelmente, essa circunstância pode ter influenciado as empresas catarinenses pelo baixo índice quanto à inclusão das cláusulas arbitrais em seus estatutos sociais, conforme restou demonstrado na pesquisa de campo realizada. Por conseguinte, a segurança jurídica trazida com a nova legislação arbitral, por certo, poderá no futuro mudar essa realidade.

A excessiva litigiosidade brasileira tem impulsionado outros seguimentos econômicos de cunho contratual<sup>947</sup>, a optarem pela convenção da arbitragem em seus contratos, na busca de maior eficiência em relação ao tempo em que a disputa é solucionada e com custos menores de provisionamento de recursos. A adoção de uma cláusula arbitral poderá diminuir os custos de negociação.

Registre-se que os contratos também podem ser ajustados pela simples adesão, em face da unificação do regime das obrigações civis e comerciais pelo Código Civil de 2002, desde que observados os seguintes requisitos, considerados fundamentais: “a) modelo uniforme unilateralmente redigido; b) concebido para um número indeterminado de destinatários; c) pouca margem de negociação das cláusulas substanciais do contrato pelo aderente; d) aceitação por aceitação em bloco das cláusulas predispostas”.<sup>948</sup>

Em que pese à frustrada possibilidade de previsão da arbitragem pela novel legislação aos conflitos oriundos dos contratos de adesão, em decorrência de veto presidencial brasileiro, a Lei Arbitral (art. 4º, § 2º) dispõe expressamente a validade de

---

<sup>946</sup> EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartir Latin, 2011, v. 1. p. 614-615.

<sup>947</sup> A pesquisa de campo realizada identificou alguns tipos de conflitos submetidos à arbitragem, tais como: locação, compra e venda, prestação de serviços, transportes, bancários, agências de crédito, sucessão empresarial e contratos atípicos. No entanto, contratos de outra natureza também são costumeiramente arbitráveis como, por exemplo, contratos de franquia, agronegócios, *joint ventures*, arrendamento, entre outros.

<sup>948</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34.

cláusula compromissória para este tipo de contrato, desde que a inclusão dessa cláusula ocorra por iniciativa do aderente ou dela vier a concordar expressamente, com sua assinatura ou visto em documento escrito.

Nesses casos de contratos de adesão, a eleição pela via arbitral pode não ter sido fruto de uma escolha efetiva do aderente, ainda que a cláusula tenha respeitado os ditames da LA (redigida em destaque e assinada separadamente). Em todo caso, a proteção ao pólo mais fraco da relação empresarial consta de própria LA já que a arbitragem somente terá cabimento se iniciada pelo aderente (no caso o pequeno ou médio produtor). Salieta-se que a boa-fé objetiva exigirá nesses casos (art. 422 do CC) o efetivo esclarecimento do teor da cláusula e a eleição de uma instituição arbitral séria e independente.<sup>949</sup>

No direito contratual, a autonomia privada confere às pessoas o poder de livremente manifestar a declaração de sua vontade, disciplinando seus interesses com a escolha de contratar ou negociar, dentre outros aspectos, o conteúdo material do contrato, podendo ainda, abster-se dessa contratação, cujos efeitos serão reconhecidos e tutelados conforme o sistema normativo.<sup>950</sup> Para compreender a abrangência do direito contratual contrapondo-se com o modelo jurídico dos países de origem anglo-saxão<sup>951</sup>, este é entendido como a regulação jurídica do contrato, com o qual as regras são instituídas, disciplinando “sua formação, execução, nulidade e os direitos das partes (seja por meio de precedentes vinculantes das cortes como no sistema de *common law*; seja em leis, como no sistema de *civil law*)”.<sup>952</sup>

Embora existam similaridades entre os sistemas da *common law* e *civil law*, no entanto, há algumas diferenças em relação a proteção do princípio da liberdade

<sup>949</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34.

<sup>950</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 137.

<sup>951</sup> Embora existam algumas similaridades entre os sistemas da *common law* e *civil law*, no entanto, há algumas diferenças em relação a proteção do princípio da liberdade contratual. “É sabido que o direito contratual norte-americano é menos interventivo na seara da liberdade das partes; menos normas são de cunho imperativo; e a maioria das que são imperativas não encontram par no Brasil. Outra diferença é a de que apenas um inadimplemento substancial dá margem à extinção de um contrato nos EUA (e o Código Civil brasileiro não faz esta delimitação)”. SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

<sup>952</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 159.

contratual e quanto ao próprio contrato.

É sabido que o direito contratual norte-americano é menos interventivo na seara da liberdade das partes; menos normas são de cunho imperativo; e a maioria das que são imperativas não encontram par no Brasil. Outra diferença é a de que apenas um inadimplemento substancial dá margem à extinção de um contrato nos EUA (e o Código Civil brasileiro não faz esta delimitação).

A principiologia dos contratos para o direito contratual da *common law* lastreia-se no “princípio da liberdade contratual (*freedom of contract*), na sua visão clássica do *pacta sunt servanda*, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato barganhado entre as partes”.<sup>953</sup> A função social do contrato como princípio que limita a autonomia de vontade das partes, tal como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro (art. 421, CC/2002) não existe nos Estados Unidos.

Com esse raciocínio, no Brasil, geralmente os contratos são analisados com base em critérios publicistas, exercendo os juízes brasileiros maiores discricionariedades em revisar um contrato ou anular alguma cláusula contratual por violação da ordem pública. A situação é diversa nos Estados Unidos em que “os juízes têm seu poder limitado por doutrinas criadas pelos próprios tribunais, de baixa margem de intervenção nos pactos (*pacta sunt servanda*)”.<sup>954</sup>

Nesse sentido, alguns incentivos também são criados para o comportamento das partes, variando a forma como os contratos são regulados em algumas jurisdições, enquanto o estímulo ao cumprimento do acordo é sempre igual, por isso que a economia exerce influência ao direito contratual.

Com a finalidade de romper a conceituação dogmática e jurídica do contrato considerado como acordo de vontades das partes, em contrapartida, busca-se revelar uma conotação sobre as realidades sociais subjacentes das partes ao contrato. Para que se possa cumprir com essa disposição, há necessidade de um referencial da ciência econômica, através de estudos da “Análise Econômica do Contrato”. Deste

---

<sup>953</sup> TIMM, Luciano Benetti. Posfácio: *common law e contract law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

<sup>954</sup> TIMM, Luciano Benetti. Posfácio: *common law e contract law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

modo, o contrato é visto como um fato social que consiste em uma interação econômica que antecede o Direito. “Um contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado<sup>955</sup> entre duas ou mais partes. É assim, um meio de troca entre pessoas”.<sup>956</sup>

Por essa perspectiva econômica, há trocas quando o mesmo bem é avaliado diferentemente pelas pessoas. “Na percepção de contrato dos norte-americanos, uma troca econômica faz a existência de qualquer contrato depender de uma contraprestação, de um preço, de uma barganha entre as partes (*consideration*)”.<sup>957</sup> A exigência dessa operação econômica (*consideration*), na visão de Luciano Timm, é quase histórica e menos pragmática, diante das várias exceções desenvolvidas pela jurisprudência como meio para solucionar as controvérsias decorrentes de sua permanência ainda no direito contratual daquele país.<sup>958</sup>

Como os contratos são instrumentos para a criação e desenvolvimento da riqueza<sup>959</sup> na sociedade, medido esta pelas avaliações subjetivas e pessoais de cada

<sup>955</sup> “Dentro do modelo econômico de contrato, necessita-se reconhecer a existência do mercado, espaço no qual os contratos ocorrem. O mercado é um espaço público de interação social e coletiva tendente a situações de equilíbrio. Com efeito, o mercado existe como uma instituição social espontânea, vale dizer, como fato”. TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 198.

<sup>956</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-160. A mesma definição pode ser encontrada na seguinte obra: TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 181.

<sup>957</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

<sup>958</sup> Nos Estados Unidos uma dessas exceções dá-se através do “*promisory stoppel*, em que, por questões de equidade, a parte que, de boa-fé, confiou na promessa de outrem, fazendo uma mudança de posição jurídica ou econômica, poderá encontrar um remédio na Corte para proteger-se, conforme Restatement, Second, parágrafo 90). É um conceito semelhante ao de causa no Civil Law, ideia da qual vários códigos civis já se livraram, por trazer semelhante obscuridade ao da *consideration*”. TIMM, Luciano Benetti. Posfácio: *common law* e *contract law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

<sup>959</sup> “Esse aumento na riqueza total da sociedade é o que os economistas chamam de *excedente econômico* de uma transação. Quando um contrato tiver excedente econômico maior que zero, ele trará um resultado eficiente. Vale indicar que a eficiência, a princípio, é independente do valor pago pelo bem. [...] O excedente econômico é, em suma, o valor a ser dividido entre as partes. A determinação de quanto cada parte receberá depende, porém, do valor exato de venda do bem. Quando maior o preço, mais o vendedor ganhará e menos o comprador manterá para si. Assim, o comprador tentará comprar o bem pelo menor preço possível e o vendedor tentará vendê-lo pelo maior preço possível. No fim, será o poder de barganha de cada parte, além de outros fatores, que irá determinar o preço final”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo:

indivíduo dependendo do tipo de transação em que é realizada, há uma tendência das pessoas celebrarem “contratos através dos quais trocam os bens que possuem (inclusive dinheiro em sistemas monetarizados) por bens que desejam. Lembrando que a métrica de que se vale a Ciência Econômica é utilidade (ou satisfação, em uma linguagem vulgar)”.<sup>960</sup>

Os contratos em geral, garantem melhorias de Pareto, justamente porque são acordos de vontade e somente existem quando todas as partes envolvidas concordam. Assim, na ausência de erro, dolo, coação ou fraude, as pessoas somente concordarão com mudanças que melhorem ou, pelo menos, não piorem, sua situação. Como regra geral, as pessoas devem ser devidamente recompensadas para que aceitem diminuições em seu bem-estar. [...] Afinal, pressupomos que as pessoas são autointeressadas e somente cooperarão na medida em que puderem desfrutar de algum benefício proporcionado por essa cooperação. Nas palavras de Ejan Mackaay, contratos são situações *win-win*, onde todas as partes envolvidas encontram-se melhor após a transação.<sup>961</sup>

De igual forma como ocorre com o direito contratual, percebem-se também distinções na própria concepção do contrato entre os sistemas da *common law* e *civil law*, em que pese haver mais convergência quanto a constituição dos elementos que estruturam um contrato (partes, vontade e objeto), do que propriamente dissensões. Em comparação de ambos os modelos, somente existe um contrato quando a promessa de uma pessoa é feita a outrem, com vínculo obrigacional de fazer alguma coisa (*promise*) perante outra pessoa ou a dar alguma coisa (*performance*).<sup>962</sup>

Nessa esteira, o contrato de matriz norte-americana é formado, via de regra, “sem formalidades escritas, podendo ser concretizado verbal ou, excepcionalmente, até por comportamentos (com uma das principais exceções constantes na Lei das

Atlas, 2012. p. 161-162. Ver também, TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 182-183.

<sup>960</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 160-161. Conforme anota em outra obra, TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 181.

<sup>961</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 164. Ver ainda sobre essa circunstância: TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 185.

<sup>962</sup> TIMM, Luciano Benetti. Posfácio: *common law* e *contract law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.



Fraudes, *Statute of Frauds*". No Direito brasileiro tem-se também o liame obrigacional entre as partes interessadas, através das obrigações positivas (dar coisa certa ou incerta; de fazer personalíssimas ou de cunho material), além das obrigações negativas (não-fazer). O contrato se forma "pelo encontro de vontades (*meeting of the minds*), ou seja, quando um destinatário de uma oferta aceita a proposta de um peticitante (*offer and acceptance*)".<sup>963</sup>

Do ponto de vista do negócio jurídico, o contrato apresenta como característica, "o poder de autorregulamentação ou autodisciplina dos interesses próprios (ou, em certo sentido, dos interesses representados)". Consequentemente, resulta na "função dispositiva e a estrutura *preceptiva*, dos atos jurídicos: nos atos unilaterais, como nos bilaterais, os agentes ou partes ditam e podem ditar, dentro dos acenados limites, as regras a que se hão de subordinar as relações a que dão vida".<sup>964</sup>

A liberdade empresarial pela busca de inovações contribui para o desenvolvimento econômico, a qual, nos dizeres de Cooter, Schäfer e Timm, esclarecem que "a liberdade faz fluir as energias dos empresários e permite que a inovação siga seu criativo e imprevisível curso". E, continuam a explicar os citados autores que, a abrangência da liberdade de organização inclui "o direito de criar, modificar, dissolver, unir ou retirar-se de organizações econômicas, que incluem empresas individuais, comanditas, sociedades anônimas, [...]"<sup>965</sup>

Deste modo, constatou-se que há uma tendência crescente das empresas optarem pela instituição da arbitragem, em face dos impactos pela demora na entrega da prestação jurisdicional do Estado, assim como, pela atratividade propiciada pela redução dos custos de transação alcançada em menor tempo no âmbito contratual.

A importância da análise econômica se tornou evidente a partir da sua ligação com a existência dos custos transacionais e a incompletude dos contratos. "A ideia de

---

<sup>963</sup> TIMM, Luciano Benetti. Posfácio: *common law e contract law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

<sup>964</sup> RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 49-50.

<sup>965</sup> COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd; TIMM, Luciano Benetti. Direito e desenvolvimento: qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, p. 69, 2º. sem. 2007. In: Blog Law and Economics – Direito e Economia. Disponível em: <<http://www.bloglawandconomics.org/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

que acordos voluntários levam ao ponto de ótimo social é, a princípio, verdadeira. Há, porém, fatores que podem afastar o mercado do nível ótimo, as chamadas *falhas de mercado*”, com os quais se destacam entre outras causas de imperfeições no mercado, as externalidades (efeitos gerados em terceiros); as assimetrias de informação (quando uma das partes possui mais informações sobre a transação do que a outra contraparte) e os custos de transação.<sup>966</sup>

Em suma, a liberdade contratual trata-se de um princípio basilar do direito contratual<sup>967</sup> que implica diretamente na autonomia da vontade, cujo subprincípio refere-se ao *efeito relativo ao contrato*, na medida em que este gera obrigações somente para as pessoas que com ele pactuaram e demonstraram consentimento com os seus termos. “Ao exigir o consenso de todos os envolvidos, o direito contratual garante que a transação não sirva apenas aos desígnios de uma pessoa, mas também à sociedade como um todo”. Por certo, a finalidade deste princípio é evitar que os indivíduos criem obrigações envolvendo terceiros, causando prejuízos mediante o estabelecimento das externalidades.<sup>968</sup>

Para correção do problema da assimetria de informações, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.038/1990), dispõe sobre a garantia ampla do dever de informação sobre os produtos e serviços que são negociados no mercado, sob pena de responsabilização objetiva do fornecedor. Em relação aos problemas decorrentes da assimetria de informação no mercado de valores mobiliários, tem-se a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que realiza a regulação do mercado acionário voltado à

---

<sup>966</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 165-166. Segue o mesmo entendimento em, TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 187.

<sup>967</sup> Existem outros princípios que integram o direito contratual brasileiro dentro de um modelo econômico de contrato, a exemplo, do princípio da boa-fé objetiva considerada “como feixe de deveres contratuais implícitos de lealdade, transparência, cooperação (artigo 422 do Código Civil) e como uma restrição ao exercício de direitos subjetivos (artigo 187 do Código Civil)”. Por este princípio, eventuais falhas de mercado poderão ser corrigidas, notadamente, no que diz respeito à assimetria de informação, assim como, pela capacidade de suprir as lacunas em contratos considerados incompletos. Outro princípio relevante encontra-se previsto no Código Civil através dos artigos 317 e 478, denominado de princípio do equilíbrio contratual. “Assim, o equilíbrio econômico poderia ser reestabelecido *a posteriori* quando atos imprevistos causarem uma desproporção substancial entre as obrigações das partes”. A função social do contrato trata-se de outro princípio específico do direito contratual consubstanciado no artigo 421 do Código Civil, servindo-se de base interpretativa do contrato em um sistema econômico de mercado. TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 196-214.

<sup>968</sup> TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 172. Ver também, TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 194-195.

correção dos mesmos. “O Código Civil brasileiro e o dever de boa-fé, insculpido em seu artigo 422, podem ser invocados pelos tribunais a fim de exigir a divulgação de informação nos contratos empresariais também”.<sup>969</sup>

Como visto, os custos transacionáveis são aqueles destinados à informação, negociação e a execução do contrato. Por outro lado, geralmente os contratos são incompletos, imperfeitos e dependem de cuidados na sua formação. Todavia, mesmo empreendendo todos os esforços para sanar vícios ou lacunas existentes, não há como prever as contingências que possam ocorrer no futuro e que interferem na execução do contrato.

Para além dessas circunstâncias que tornam um mercado ineficiente, há ainda os problemas estruturais na ordem concorrencial, dificultando a livre iniciativa e, conseqüentemente, a concorrência enorme do poder econômico (a exemplo dos monopólios e oligopólios). Para coibir eventual abuso econômico e regular a estrutura do mercado, criou-se no Brasil, o direito antitruste através da Lei nº. 8.884/1994. Do mesmo modo, com a referida legislação também foi criada a agência brasileira de regulação da concorrência mediante o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. “Controlando o poder econômico que possa razoavelmente afetar o mercado – via proibição de abuso de posição dominante e via acordos entre concorrentes, como os cartéis -, estar-se-ia indiretamente controlando o desnível de poder entre os contratantes”.<sup>970</sup>

Eric Posner, filho de Richard Posner, com a intenção em desmistificar algumas questões da Análise Econômica do Direito entende que a literatura sobre os contratos incompletos divergem do movimento do Direito e Economia, conhecido como *Law and Economics*.

A diferença entre as duas literaturas está no próximo passo. Onde a análise econômica do direito avalia as regras jurídicas alternativas, de acordo com seu impacto sobre a eficiência do comportamento contratual, a literatura dos contratos incompletos analisa como as partes devem desenhar seus contratos no sentido de obter eficiência. Se o vendedor e comprador são racionais, eles tentarão evitar que o comprador superinvista, com as partes dividindo o resultado que

---

<sup>969</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 213.

<sup>970</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 212-213.

advém da eliminação desta ineficiência. Elas pode fazer isso por meio da correção do desenho contratual, presumindo que os tribunais especificamente obrigarão seu cumprimento.<sup>971</sup>

Em linhas gerais, mesmo que os contratos sejam elaborados e redigidos de forma clara e objetiva, com a presença dos requisitos elementares (objeto, valor, prazos etc.) definidos pelas partes por mútuo interesse e confiança, importante constarem ainda, cláusulas e condições que possam mitigar os riscos advindos da inexecução das obrigações. Por essa análise, teoricamente, um contrato completo “descreveria todos os riscos possíveis, mais os custos de transação – incluindo o custo da negociação e de redação do contrato; a possibilidade de previsão de eventos de pouca probabilidade tornam todos os contratos incompletos”.<sup>972</sup>

Sobre esse ponto, os economistas afirmam que os custos decorrentes da transação evitam a elaboração de contratos complexos e detalhados, por isso, que a “análise econômica do direito contratual presume que os contratos não podem ser desenhados para descrever todos os estados futuros do mundo”.<sup>973</sup> Se o contrato fosse completo, não haveria a necessidade do Direito suprir os termos padrão em razão do inadimplemento contratual, como as perdas e danos.

O contrato possibilita que as partes envolvidas maximizem ganhos na relação negocial e, conseqüentemente, realizem investimentos com a pretensão de que os riscos sejam reduzidos futuramente. Pela natureza contratual, espera-se o cumprimento recíproco das partes em relação ao que foi avençado, pois somente haverá eficiência em uma economia quando for possível assegurar que todas as

---

<sup>971</sup> “A literatura dos contratos incompletos foca-se em dois tipos de incentivo que temos discutido: o incentivo para investir (ou ‘dependência’) e o incentivo para executar ou descumprir. Um contrato eficiente ou ‘primeiro melhor’ atinge dois objetivos: garante que o vendedor cumpra o contrato quando seu custo é menor que a valoração do comprador, e não o contrário (‘negócio/troca eficiente’), e garante que o comprador (e/ou vendedor) invista a quantidade certa (‘investimento eficiente’). POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

<sup>972</sup> POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17-18.

<sup>973</sup> POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

promessas sejam efetivamente cumpridas.<sup>974</sup> Vale lembrar a noção de justiça contratual de Richard Posner, que é medida pela eficiência econômica.

Se as partes são consideradas racionais, por certo, os contratos somente seriam celebrados em razão de seus próprios interesses e a anuência de seus termos e condições ocorreria se as fizessem melhorar de posição. “Tribunais que se recusarem a impor a execução destes termos tornarão mais difícil para as partes futuramente utilizar contratos para melhorar seu bem-estar conjunto. Por conta disso, os tribunais devem impor o cumprimento dos termos do contrato”.<sup>975</sup>

Na verdade, trata-se de uma execução forçada de interpretação judicial do contrato resultante da disputa entre as partes, cujas consequências nem sempre são favoráveis em relação aos reais interesses conflitantes. As razões são muitas, excessiva judicialização, morosidade, ausência de especialidade dos magistrados, ineficiência dos serviços jurisdicionais estatais entre outras questões específicas.<sup>976</sup>

No entanto, forçoso reconhecer que nem sempre é possível a previsão de todas as circunstâncias e conduta das partes no decorrer de todo o cumprimento contratual. “Por conta disso, as partes se valem dos costumes, dos usos comerciais, e, no final, dos tribunais para completar os termos do contrato”.<sup>977</sup>

É fato que as promessas são materializadas no contrato, porém, o seu cumprimento “depende do sistema judicial de uma sociedade”. Mas, como garantir que essas promessas sejam efetivamente cumpridas? Para Castelar Pinheiro e Saddi,

---

<sup>974</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 113.

<sup>975</sup> POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

<sup>976</sup> “Logo, em países como o Brasil, que possui um Poder Judiciário moroso e ineficiente e onde os juízes de primeira instância apenas excepcionalmente precisam seguir os precedentes dos tribunais superiores, pode ser extremamente vantajoso utilizar cláusulas penais como forma de pré-liquidação de perdas e danos e ainda de gerar incentivo ao cumprimento espontâneo do acordo com a multa. Ou seja, as cláusulas penais podem ser modos de evitar o longo embate judicial, permitindo uma contramedida rápida e limpa em caso de descumprimento. Assim, diminuam os custos de definição do contrato, gerando incentivos ao seu cumprimento. Para o credor, a cláusula constitui um meio fácil de forçar a execução *in natura* da prestação. E, como regra, quanto mais facilmente os credores conseguem obter sua prestação, mais eficiente e dinâmico será o mercado”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 177.

<sup>977</sup> POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

em um primeiro momento, “depende do ambiente institucional vigente; por outro, depende de como esse ambiente encara os contratos”.<sup>978</sup>

Tradicionalmente, o direito apresenta três instrumentos para lidar com os contratos incompletos: a hermenêutica contratual (que busca interpretar o contrato por sua finalidade, ou pelo que se entende como a finalidade do negócio jurídico); a lei (e a lei, ou suas normas positivadas, como aqui se afirmou, é esparsa e prolixa); e os usos e costumes, que tratam as lacunas contratuais valendo-se das analogias com experiências similares.<sup>979</sup>

Evidente que esses instrumentos não resolvem satisfatoriamente todos os riscos contratuais, mas deve haver uma compatibilização harmônica entre os mesmos para alcançar determinados resultados específicos, entretanto, em decorrência da incompletude contratual, conflitos podem surgir, necessitando da intervenção do sistema jurisdicional (Poder Judiciário e as leis ou Câmaras Privadas de Arbitragem) como “um componente do ambiente institucional para aplicar sanção na hipótese de descumprimento”.<sup>980</sup>

Nesse contexto, os economistas vislumbram na lei um instrumento para a organização da vida em sociedade, assim como em qualquer outra instituição social. No entanto, com base nos ensinamentos de Ronald Coase, “em um mundo de trocas pelo consentimento, em vez daquele pela coerção da lei, os custos e benefícios determinam o melhor arranjo entre agentes econômicos”.<sup>981</sup>

Afora a jurisdição estatal, há outros mecanismos considerados mais eficientes de solução de disputas nos contratos incompletos, com o qual se desponta a arbitragem. Nesse caso, justifica-se que os árbitros sejam “eficientes, preparados e especializados, habilitados a contribuir para que as partes contratantes transformem conflitos em soluções cooperativas, ou seja, disputas judiciais em provisão de

---

<sup>978</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 110-111.

<sup>979</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 118.

<sup>980</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 118.

<sup>981</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.



justiça”.<sup>982</sup> Aliás, o consentimento das partes é um fator preponderante na instituição arbitral.

Dessa forma, o crescimento da arbitragem no Brasil, o quarto colocado em número de arbitragens no tribunal arbitral da *International Chamber of Commerce* (ICC), não é uma surpresa.<sup>983</sup> Os árbitros parecem mais bem preparados para a função de completar complexos contratos, em razão de seu refinado conhecimento, de sua expertise na área em questão, o que é muito distante de um magistrado, massacrado com todos os tipos de pleitos.<sup>984</sup>

A arbitragem além de ter como escopo a solução dos conflitos, o instituto também propicia um sistema de incentivos favoráveis para que o contrato seja efetivamente cumprido, com observância da autonomia de vontade das partes interessadas quanto à opção dessa modalidade em relação à jurisdição estatal.

#### **4.4 Incentivos Econômicos da Arbitragem e a redução dos Custos de Transação**

Não se desconhece que o Direito é importante fator para promover o desenvolvimento econômico, notadamente, pela utilização da arbitragem nas controvérsias de natureza contratual ou empresarial.

O impacto entre o Direito e a Economia no âmbito nacional cresceu na década de 1980, em decorrência dos planos econômicos e a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988, que acendeu para o Poder Judiciário relevantes fronteiras.<sup>985</sup>

Na atualidade, presencia-se forte questionamento sobre a atuação e ineficiência dos poderes estatais na elaboração e aplicação do Direito, sobretudo, quanto à qualidade dos serviços jurisdicionais prestados pelo Poder Judiciário brasileiro, no que diz respeito à eficiência na solução das lides.

---

<sup>982</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120.

<sup>983</sup> De acordo com o *Annual Report of the Arbitration Court of the International Chamber of Commerce*, 2006.

<sup>984</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 204.

<sup>985</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 4.

A arbitragem surge como alternativa democrática de acesso à justiça para aqueles que procuram obter uma solução mais rápida das controvérsias e que estão cientes da sobrecarga de demandas que prejudicam os mecanismos tradicionais de aplicação da justiça, cuja opção é feita sempre de modo voluntário ou facultativo, pois, em nosso país, não existe a arbitragem obrigatória, abolida desde 1866.<sup>986</sup>

Nos países do mundo ocidental, Cappelletti e Garth apresentam uma ordem cronológica em torno do acesso à justiça, com base em três proposições consideradas elementares:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.<sup>987</sup>

Posteriormente, acerca da terceira onda de acesso à justiça, manifestam os citados autores que a pretensão não está em abandonar as ondas de reformas anteriores, em razão de essas referirem à amostragem de uma série de possibilidades de aperfeiçoamento dessa acessibilidade.<sup>988</sup> Os meios adequados de solução de conflitos representam mecanismos de concretização a essa terceira onda de acesso à justiça, com destaque para o instituto da arbitragem.<sup>989</sup>

Como visto anteriormente, o princípio do acesso à justiça representa não apenas a acessibilidade ao Poder Judiciário como órgão do Estado, mas sim, à ordem

---

<sup>986</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

<sup>987</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 31.

<sup>988</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 67-68.

<sup>989</sup> A arbitragem é incluída como renovação do direito processual civil contemporâneo. de quarta geração, considerando que “[...] vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito, utilizando-se das associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, por essa reivindicação se constituir em um direito constitucional de natureza subjetiva”. DELGADO, José Augusto. *Arbitragem: direito processual da cidadania*. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 49, n. 282. p. 13, abr. 2001.

jurídica justa através do reconhecimento da função social das técnicas processuais e compreensão da realidade. Por consequência, “[...] a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social”.<sup>990</sup>

Por essa razão, a ideia tradicional de jurisdição concebida pela mera atuação da lei ao caso concreto encontra-se superada. Nesse ponto, no sistema jurídico brasileiro exige-se uma compreensão crítica da lei como concretização do direito, em face da Constituição Federal, com vistas à manifestação do seu significado como produto de sua interpretação além do texto legal. “A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”.<sup>991</sup>

Pela jurisdição clássica, não havia necessidade de outorgar “sentido” ao caso em juízo, bastando a sua subsunção à norma geral através de uma aplicação lógica. Diante do pluralismo da sociedade e de suas constantes transformações, a compreensão do caso concreto no raciocínio decisório dependerá da prévia atribuição do “sentido”, com base nos pressupostos da hermenêutica jurídica.

Todavia, não se dispensa a interpretação da lei para dar “sentido” ao caso concreto, contudo, a concepção de Direito no Estado constitucional é diversa da que foi outorgada pelo Estado liberal em que prevalecia o princípio da supremacia da lei. Deste modo, a conformação da lei submete-se às normas constitucionais, a partir dos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, valendo afirmar “[...] que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico”.<sup>992</sup> Assim, devem ser desenvolvidos novos métodos hermenêuticos de interpretação constitucional, potencializados pela normatividade de seus princípios.

A exposição de motivos estabelece que o procedimento de criação do novo Código de Processo Civil pautou-se, primordialmente, em uma harmonia com a

---

<sup>990</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

<sup>991</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 58.

<sup>992</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 103.

Constituição Federal. Trata-se da constitucionalização do processo civil que, em uma de vertentes, insere princípios constitucionais na lei processual, passando a ser denominados de princípios processuais constitucionais.

A atuação dos órgãos jurisdicionais deve ser compreendida como uma forma de concretização do direito ao processo justo. Enquanto o Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos, cabe ao juiz o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com a ordem jurídica justa. “O direito ao *processo justo* visa a assegurar a obtenção de uma *decisão justa* para as partes e a *unidade do Direito* para a sociedade civil”.<sup>993</sup>

A *tutela dos direitos* no campo jurisdicional é prestada mediante o emprego de diversas *técnicas processuais*. Esses meios são pensados pelo legislador de modo a, sem perder de vista as necessidades de proteção do direito material, respeitar e preservar também os *direitos fundamentais processuais* das partes e de terceiros – vale dizer, o *direito ao processo justo* que a Constituição a todos assegura em nossa ordem jurídica (art. 5.º, LIV, da CF). Isso quer dizer que o procedimento deve ser concebido tendo em vista os vários interesses que convergem na solução da controvérsia e na prestação de uma *tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva* (art. 5.º, XXXV, da CF), sejam eles interesses estritamente processuais – respeitantes aos direitos fundamentais processuais que integram o direito ao processo justo e aos direitos processuais previstos pelo legislador infraconstitucional – sejam eles interesses ligados ao direito material – construídos a partir do desenho dado pelo Direito a cada instituto de direito material.<sup>994</sup>

Com efeito, tem-se assim, uma nova configuração de Direito e a transformação do princípio da legalidade de uma dimensão estritamente formal, para uma nova perspectiva de conteúdo substancial que também afeta a própria noção de jurisdição. Essa tarefa de reconstrução e não simplesmente de mera declaração, revelação ou descrição da lei, faz surgir uma transformação da ciência jurídica, conferindo ao jurista “maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma

---

<sup>993</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 492-493.

<sup>994</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2. p. 39-40.

atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade”.<sup>995</sup>

O princípio do acesso à justiça encontra-se insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, como direito fundamental à prestação de tutela jurisdicional adequada, eficiente e efetiva. No entanto, para certificar o cumprimento das garantias processuais constitucionais dentro do Estado Democrático de Direito, na hipermodernidade, faz-se necessário ainda, assegurar um processo cooperativo<sup>996</sup>, tanto na esfera judicial como arbitral.

Esse modelo de processo com base na colaboração pretende conceder ao juiz uma nova dimensão de sua função na condução do processo. “O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão*”.<sup>997</sup>

A colaboração no processo<sup>998</sup> trata-se de um princípio jurídico e envolve a necessidade de uma “organização” e um “novo dimensionamento de poderes no processo” entre os seus participantes ao longo do procedimento. “Em outras palavras: *a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada. [...] A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes*”.<sup>999</sup>

---

<sup>995</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 59.

<sup>996</sup> O novo Código de Processo Civil brasileiro estabelece como norma fundamental o direito à colaboração no processo entre os seus participantes. Segundo art. 6º, CPC/2015: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>997</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 498.

<sup>998</sup> “A colaboração estrutura-se a partir da previsão de *regras* que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os litigantes”. Para o *dever de esclarecimento*, aplica-se o art. 139, VIII, CPC/2015, no sentido de esclarecer as dúvidas das partes sobre suas pretensões ou pedidos em juízo; quando ao *dever de prevenção* este se consubstancia em alertar as partes sobre eventual perigo de indeferimento de seus pedidos pela utilização inadequada do processo, com base no art. 139, III, CPC/2015; a respeito do *dever de consulta*, o órgão jurisdicional antes de tomar qualquer decisão deve consultar as partes sobre a direção a ser dado ao processo (arts. 7º, 9º e 10, CPC/2015) e, por fim, o *dever de auxílio* que refere-se “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais (art. 772, III)”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 499-500.

<sup>999</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1. p. 499.

Nota-se, portanto, a preocupação constante do Poder Judiciário em conferir efetividade à garantia do acesso à justiça. Para tanto, o texto constitucional sofreu alterações com a Emenda Constitucional nº 45/2004, mormente, sobressaindo dentre essas, a primazia pela duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88), ensejando a responsabilização do agente em caso de sua inobservância.

A eficiência passou a ser um direito com sede constitucional, pois, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inseriu no art. 5º o inc. LXXVIII, que assegura “a todos, no âmbito judicial e administrativo”, a “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Logo, a duração do processo que não se revelar razoável, afronta esse direito constitucional, ensejando a apuração da responsabilidade do servidor que *lhe deu causa*.<sup>1000</sup>

Denota-se que a garantia constitucional da efetividade trata-se de um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito, como corolário do devido processo legal e relevante para a consecução da prestação jurisdicional, passando a caracterizar-se como um dos elementos que integram a própria concepção de Estado, cuja abrangência visa contribuir para a construção de uma sociedade mais justa (art. 3º, inciso I, da CF/88), pautada na dignidade da pessoa humana, como vetor máximo expresso no art. 1º, inciso III da Constituição Federal brasileira.<sup>1001</sup>

O dever constitucional de promover a efetividade do Direito está presente em todos os níveis de poder, em especial, do Poder Judiciário cuja atuação deve zelar pela efetividade da tutela jurisdicional não se limitando ao campo do Direito processual, como a “obrigatoriedade da realização da audiência preliminar -, mas também ao aspecto material, uma vez que exige dos juízes a obediência aos parâmetros de uma interpretação razoável do ordenamento jurídico”.<sup>1002</sup>

Ademais, ressalta-se a importância do postulado da efetividade para a fundamentação adequada das sentenças, assim como, na concretização do direito voltado a prestação da tutela jurisdicional, tanto nos aspectos processual e material. Pelo visto, não basta somente assegurar a realização dos direitos das partes no

---

<sup>1000</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 98.

<sup>1001</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80.

<sup>1002</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80-81.



processo, faz-se necessário que a tutela jurisdicional realize e concretize os seus direitos no plano material.

Por sua vez, Darci Ribeiro, define a natureza jurídica da sentença com base em duas orientações, a primeira concepção denomina de material, “[...] porque não separa o objeto do processo do direito material; a segunda é a chamada concepção processual, exatamente porque desvincula o objeto do processo do direito material, mantendo assim uma postura eminentemente processual”.<sup>1003</sup>

Como forma de atribuir maior legitimidade aos provimentos jurisdicionais, o princípio do contraditório trata-se de uma ferramenta para facilitar a efetividade da prestação jurisdicional. O contraditório apresenta-se como um dos pilares do novo Código de Processo Civil brasileiro, inserido nos artigos 7º, 9º, 10 e 11 e, com base nesse princípio, que a fundamentação das decisões deve ser analisada, “[...] no sentido de participação e cooperação efetivas e aptas a contribuir com o proferimento das decisões e satisfação do direito tal qual reconhecido”.<sup>1004</sup>

Por outro lado, a compreensão do termo acesso à justiça envolve vários obstáculos em questões culturais, sociais ou econômicas, esta última relacionada aos problemas com os custos e a lentidão processual, enfrentados pelo indivíduo quando provoca a jurisdição estatal em busca de uma tutela adequada para resolver seus conflitos.

Merece destaque os indicadores de desempenho dos diferentes órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário nacional, através das estatísticas judiciárias oficiais realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça que dispôs no, mais recente anuário, denominado “Justiça em Números” (ano de 2016), pesquisa de dados coletados no ano base de 2015.<sup>1005</sup>

O relatório oferece um diagnóstico mais preciso sobre a distribuição da justiça no Brasil, com informações detalhadas sobre a conciliação, tempo de duração dos processos, índices de recorribilidade e taxa de congestionamento, entre outros

---

<sup>1003</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. O objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 23.

<sup>1004</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado: novo CPC (Lei n. 13.105, de 16-3-2015): anotações doutrinárias dispositivo a dispositivo (incluindo vetos): índices sistemático & comparativo 2015 X 1973 - alfabético da estrutura do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

<sup>1005</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

aspectos, além de novas formas de visualização das estatísticas, como infográficos, diagramas e mapas.

Por sua vez, confirma os problemas sobre evidências já conhecidas da complexa realidade do Poder Judiciário, com os quais se destacam a morosidade e o congestionamento das vias judiciais que agravam a crise no sistema jurídico.

Algumas constatações extraídas do relatório revelam que o tempo do processo é um dos gargalhos que compromete a efetividade da tutela jurisdicional em nosso país, confirmando que a morosidade processual é agravada na fase executiva dos processos. As estatísticas dos juizados especiais conferem que estes, igualmente, são impactados pela morosidade da execução, com o comprometimento de seus fins pautados pela simplicidade, informalidade e economia processual. “Enquanto na Justiça Estadual os casos em execução permanecem aguardando desfecho por quase 9 anos (em média), nos juizados especiais o tempo médio de espera é de 6 anos e 9 meses”.<sup>1006</sup>

O Poder Judiciário brasileiro apresenta ainda grandes problemas de congestionamento, em face do monumental volume de processos baixados e pendentes e com a espera do jurisdicionado por uma decisão definitiva, perceptível pelo aumento dos índices estatísticos extraídos pelo referido relatório. No ano de 2014, o número de processos somava-se na ordem de 100 milhões e em 2015 passou para 102 milhões, cujos dados também são impactados pela elevação do número de novos casos eletrônicos.<sup>1007</sup> Todavia, o relatório faz menção que o tempo do processo é uma das situações mais emblemáticas e “revela apenas o percentual de processos iniciados em anos anteriores e que ainda não tiveram soluções, deixando sem respostas mais precisas uma das principais perguntas sobre a entrega da jurisdição no Brasil”.<sup>1008</sup>

Por essas razões, foram traçadas diversas ações políticas na tentativa de reverter esse quadro, tanto pelo próprio CNJ como por diretrizes incluídas com o advento do novo Código de Processo Civil, sendo úteis ao planejamento institucional.

---

<sup>1006</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 381.

<sup>1007</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 42.

<sup>1008</sup> BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016. p. 12.

Entretanto, como visto acima, o relatório “Justiça em Números” sobre a realidade judiciária brasileira, confirmou que o Poder Judiciário apresenta problemas com a morosidade e o significativo volume de processos ajuizados sem solução, em contraposição às garantias constitucionais de duração razoável do processo e de acesso à justiça. Considerando essas problemáticas, sabiamente advertia Rui Barbosa: “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.<sup>1009</sup>

As pesquisas tem revelado que a crise no sistema judiciário brasileiro não é um fenômeno que se apresenta recente, tendo em vista que a legitimidade em termos da eficiência dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, há muito tempo vem sendo questionada.

Com o objetivo de produzir informações sobre o acesso à justiça no Brasil e retratar a confiança da população no Poder Judiciário, a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, elaborou um projeto denominado de Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJBrasil<sup>1010</sup>, com o propósito de “identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum”.<sup>1011</sup>

Na pesquisa realizada no primeiro semestre de 2016, os participantes responderam a variados questionamentos sobre a percepção em relação à qualidade dos serviços jurídicos prestados pelo Poder Judiciário brasileiro, com base nas seguintes categorias: “(i) à confiança, (ii) à rapidez na solução dos conflitos, (iii) aos

---

<sup>1009</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Simões, 1947. p. 70.

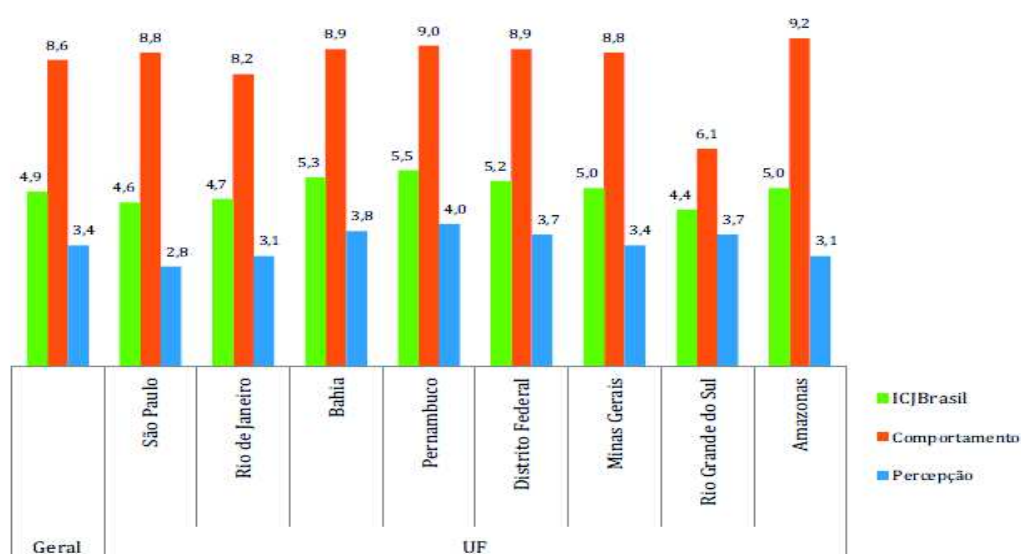
<sup>1010</sup> O Índice de Confiança na Justiça brasileira – ICJBrasil – é um levantamento estatístico de natureza qualitativa, realizado em sete Estados brasileiros e o Distrito Federal, com base em amostra representativa da população, com 18 anos ou mais. As regiões metropolitanas brasileiras são: “Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, que juntos constituem aproximadamente 60% da população das regiões metropolitanas brasileiras, segundo dados do Censo 2010”. CUNHA, Luciana Gross et al. Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2016. *Repositório Digital FGV*. São Paulo, n. 23. p. 4, out. 2016. Disponível em: <[http://biblioteca.digita.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://biblioteca.digita.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>1011</sup> Os resultados apresentados no cálculo do ICJBrasil são acompanhados por questões compostas dois subíndices: “(i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, por meio do qual procuramos identificar a atitude da população, se ela recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos ou não”. CUNHA, Luciana Gross et al. Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2016. *Repositório Digital FGV*. São Paulo, n. 23. p. 2-3, out. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

custos do acesso, (iv) à facilidade no acesso, (v) à independência política, (vi) à honestidade, (vii) à capacidade para solucionar os conflitos levados a sua apreciação e (viii) ao panorama dos últimos 5 anos”.<sup>1012</sup> Com vistas a traçar o perfil de comportamento dos participantes, também foi questionado sobre a possibilidade dos indivíduos acionarem o Poder Judiciário para a resolução de seus litígios.

Os resultados das pesquisas denotam, em geral, a descrença popular na agilidade da duração processual. Os dados apresentados no relatório correspondem a uma variação de 0 a 10. Deste modo, a média do Índice de Confiança na Justiça para o primeiro semestre de 2016, resultou no ICJBrasil de 4,9 pontos entre as regiões metropolitanas de oito unidades federativas brasileiras. Para efeito de cálculo, o subíndice de percepção foi medido em 3,4 pontos para o mesmo período, enquanto o subíndice de comportamento foi de 8,6 pontos, conforme gráfico abaixo.

Quadro 5 - Índice de Confiança na Justiça - Brasil



FONTE: Repositório Digital FGV.

Releva notar, pela amostragem da pesquisa, que a maioria da população entrevistada atesta a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro, conforme apurado pelo baixo índice de confiança corroborado pelo subíndice de percepção. Por outro lado,

<sup>1012</sup> CUNHA, Luciana Gross et al. Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2016. *Repositório Digital FGV*. São Paulo, n. 23. p. 3, out. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

observa-se uma contradição em relação ao subíndice de comportamento, situação que demonstra ainda elevado número de pessoas que tem o Judiciário como primeira alternativa para solução de seus conflitos.

Este quadro, apenas retrata que o Estado brasileiro tem se afirmado na sociedade como a principal instância jurisdicional para resolução das controvérsias. “Isso se dá tanto por causa do seu desenho e vocação constitucionais, quanto por causa das ambições dos integrantes dos diversos órgãos da máquina pública, inclusive do Poder Judiciário”.<sup>1013</sup> Lembrando que a análise sobre a percepção refere-se à qualidade dos serviços jurisdicionais prestados pelo Estado e o comportamento, infelizmente, denota uma infeliz realidade do Brasil.

Por sua vez, quando a pesquisa refere-se ao índice de confiança na justiça entre os diferentes grupos por renda, tem-se como resultado que, diante da crise econômica, rotineiros são “os casos de empresas em concordata, negociações judiciais diversas e funcionários que ingressaram com ações trabalhistas. Tudo isso pode ter contribuído para impactar (negativamente) a confiança na Justiça dos entrevistados com maior renda”.<sup>1014</sup>

Diante da crise do sistema judiciário, com enfoque na morosidade, formalismo e ineficiência, há necessidade que o Estado cumpra com seu papel em respeito a assegurar concretamente o direito das partes, especialmente, com foco na celeridade e efetividade do processo, com vistas a diminuir as insatisfações da população.

A tão almejada celeridade processual se faz necessária frente aos atuais problemas da jurisdição rotulados de “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada.<sup>1015</sup>

---

<sup>1013</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

<sup>1014</sup> CUNHA, Luciana Gross et al. Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2016. *Repositório Digital FGV*. São Paulo, n. 23. p. 12, out. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

<sup>1015</sup> MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.37.

As partes interessadas na solução de seus litígios deveriam ter um acesso à justiça mais rápido e eficaz, cumprindo com a função sociopolítico-jurídica do processo. Todavia, o resultado das diversas pesquisas realizadas para avaliar o desempenho do Poder Judiciário tem revelado inúmeras falhas. Por outro lado, mesmo com a manifesta vontade do Estado em melhorar o cenário jurídico atual, no sentido de cumprir com as garantias fundamentais, principalmente, de duração razoável do processo e o acesso à justiça a qualquer indivíduo interessado, ainda estamos muito distantes com essa realidade.

Para tanto, entendem-se como válidas as tentativas de encontrar soluções extrajudiciais além dos serviços prestados pela justiça estatal. A arbitragem se mostra apta a intermediar os complexos conflitos contemporâneos, especialmente, porque a lentidão do sistema jurisdicional patrocinados pelo Estado não consegue acompanhar a mesma evolução do sistema econômico, pelas razões conhecidas e expostas anteriormente.

O sistema jurisdicional deve conter um conjunto de procedimentos que permita a composição da disputa em menor tempo às partes envolvidas, de modo que o conteúdo da decisão deve ser razoavelmente previsível para permitir que futuras condutas sejam pautadas por decisões adequadas e, por fim, o cumprimento do seu julgado deve ser ágil e abranger todo o seu conteúdo.

Por certo, o sistema econômico é considerado ágil diante da necessidade de negociação, solução e tomada de decisões que imperam nas relações contratuais de uma sociedade hipermoderna. Nesse ponto, a opção pela arbitragem como instrumento de prestação jurisdicional, concretizado por meio da autonomia da vontade, consagra o princípio da celeridade processual, oportunizando maior participação dos sujeitos envolvidos, além da escolha pelas regras de julgamento.

Em contrapartida, um sistema jurisdicional lento, de conteúdo decisório imprevisível e de dificultosa implementação de suas decisões, tende a provocar consequências econômicas profundamente negativas, derivadas da incerteza e da incapacidade de garantir o cumprimento das obrigações contratuais privadas ou o respeito mais elementar aos direitos de propriedade.<sup>1016</sup>

---

<sup>1016</sup> BARRAL, Welber. *Direito e desenvolvimento: um modelo de análise*. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.



Mas, também, estimula o comportamento oportunista da sociedade como um todo, pois a ausência de mecanismos de consequências induz à fraqueza das regras e procedimentos que moldam tanto o comportamento dos agentes econômicos quanto do espaço público, permitindo que se instalem linhas de transmissão de instabilidade e de corrupção.

Deste modo, observa-se que a ineficiência do sistema jurisdicional pode comprometer o grau de incerteza nas transações e, conseqüentemente, a questão da alocação de seus riscos.

A resolução da maioria das disputas jurídicas – como, por exemplo, se o réu precisa pagar ressarcimento de danos ou se ele tem de desistir de uma atividade específica – tem valor monetário. O valor monetário que está em jogo é o risco na disputa. Decidir um litígio jurídico quase sempre implica alocar o risco entre as partes. A decisão a respeito de quanto do risco cada parte recebe cria um incentivo para o comportamento futuro, não só das partes específicas envolvidas nessa disputa, mas de todas as outras que estiverem numa situação semelhante. [...] A divisão do risco numa disputa judicial pode afetar classes de pessoas em situação semelhante.<sup>1017</sup>

Não é por menos que a importância econômica das instituições jurídicas está vinculada aos custos de transação. Na definição de Douglass North<sup>1018</sup>, as instituições são relevantes por constituírem as regras (formais e informais) do jogo em uma sociedade. “São as instituições que definem a campo em que as trocas econômicas serão feitas, entre os mais diversos indivíduos e organizações”.<sup>1019</sup>

As razões econômicas e os ganhos sociais na solução de controvérsias pela utilização da arbitragem favorecem um sistema de incentivos mais adequados para o adimplemento das obrigações contratuais privadas, principalmente, com a possibilidade de redução dos custos de transação relacionados à prestação jurisdicional. “O papel da justiça ou da arbitragem passa a ser a garantia do cumprimento das promessas mediante a criação de incentivos para uma cooperação

---

<sup>1017</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 30.

<sup>1018</sup> NORTH, Douglass Cecil. Institutions and the performance of economics over time. In: CLAUDE MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of new institutional economics*. Germany: Springer, 2008. p. 22.

<sup>1019</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36.

eficiente, com mais e melhores benefícios econômicos na solução das controvérsias”.<sup>1020</sup>

Esse sistema de incentivos patrocinados pelo instituto da arbitragem perpassa pela análise funcional do Direito, conforme apontado por Norberto Bobbio.<sup>1021</sup> Para tanto, não se ocupa do funcionalismo que é considerado como uma “teoria global da sociedade”, mas sim, da “análise funcional de um instituto”.

Enquanto a análise funcional pode ignorar o funcionalismo, uma teoria crítica da sociedade – que entendo ser qualquer teoria que proponha não apenas ver como uma sociedade funciona mas também como não funciona ou como deveria funcionar – não pode ignorar a análise funcional, porque a crítica de um instituto começa exatamente pela crítica à sua função, isto é, pela consideração da sua eventual função “negativa”.

Assim, verifica-se que a partir do questionamento da função do Direito chega-se a uma teoria crítica do instituto, analisando não apenas sua função, mas também, eventuais funções negativas de sua funcionalidade.<sup>1022</sup>

Sob o ponto de vista da positividade da função do Direito, este deve transcender a sua própria natureza conservadora, taxado como instrumento de manter apenas a ordem jurídica constituída. Assim, como a teoria crítica da sociedade anseia por mudanças, este também deve ser o mesmo pensamento em relação ao Direito, cuja função adapta-se às mudanças sociais, “tanto é verdade que todo o ordenamento jurídico prevê alguns procedimentos destinados a regular a produção de normas novas para substituir as velhas”.<sup>1023</sup> Diante da complexidade das situações concretas, a análise funcional do Direito passa a ser um instrumento adequado de transformação e adaptação das relações sociais.

---

<sup>1020</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 120.

<sup>1021</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 92.

<sup>1022</sup> Não se deve fazer confusão entre a função negativa com a perda de função ou com a disfunção. A disfunção diz respeito ao funcionamento de um determinado instituto, a função negativa, à sua funcionalidade. “Um instituto com funcionalidade positiva pode funcionar mal sem que, por isso, sua função se torne negativa, assim como um instituto com funcionalidade negativa pode funcionar bem sem que a sua função se torne positiva”. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 92.

<sup>1023</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 94.

Nessa seara, importa considerar que o Direito como parte essencial das instituições sociais contemporâneas, assume um papel fundamental no campo da atividade econômica, especialmente, com vistas a diminuir os custos de transação.

Assim, há uma tendência à institucionalização da arbitragem em detrimento do processo judicial, cujo fenômeno tem se demonstrado notável em matéria de arbitragem internacional, citando algumas instituições de arbitragem francesa a título ilustrativo, mas no âmbito da arbitragem interna também se enquadra.

Esse fenômeno mantém o desenvolvimento das arbitragens asseguradas no quadro dos organismos permanentes de arbitragem que, na França, se mostram atualmente em torno de dezenas. A Corte europeia de arbitragem é um exemplo. Existem outras muito conhecidas como a *Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional* ou o *Centro de mediação e arbitragem de Paris da Câmara de Comércio e Indústria de Paris*, ou menos conhecidas, como todos os centros regionais, gerais ou especializados como, por exemplo, Câmara de arbitragem e mediação dos litígios imobiliários do CNAM, região Pays-de-Loire.<sup>1024</sup>

Comparativamente aos tribunais judiciais, há inúmeras vantagens na utilização do juízo arbitral, seja pela prevalência da autonomia da vontade das partes, da celeridade, da maior especialização do árbitro nas questões submetidas à sua apreciação, do menor custo e também da possibilidade de ser mantido sigilo sobre a matéria, objeto da controvérsia, além da flexibilidade de procedimento e possibilidade de escolha do árbitro pelas partes interessadas.

De certo modo, essa concorrência incentiva os sistemas de prestação jurisdicionais mais eficientes a inovar e os sistemas menos eficientes a ajustar e superar os seus obstáculos. Ao longo do tempo, o aumento da competição entre a prestação jurisdicional pública e privada enseja alinhamento entre as políticas judiciais e as necessidades dos seus cidadãos. Nas palavras de Robert Cooter<sup>1025</sup>, "a

---

<sup>1024</sup> "Il tient au développement des arbitrages assurés dans le cadre d'organismes permanents d'arbitrage qui, en France, se comptent aujourd'hui par dizaines. La *Cour européenne d'arbitrage* en est un exemple. Il en est d'autres, très connus comme la *Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale* ou le *Centre de médiation et d'arbitrage de Paris* de la *Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, ou moins connus, comme tous ces centres régionaux, généralistes ou spécialisés comme, par exemple, *Chambre d'arbitrage et de médiation des litiges de l'immobilier* du CNAM des Pays-de-Loire". CADIET, Loïc. L'arbitrage et L'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 453-454, 2013.

<sup>1025</sup> COOTER, Robert. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000. p. 137

competição enseja a evolução legal, [...] a inovação diferencia e a emulação harmoniza".

Essa questão possibilita aos indivíduos a opção de resolução de suas disputas entre o processo judicial e o procedimento arbitral, nos casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Em um primeiro momento, estabelece-se essa competição em dois níveis: (i) *intramodelo*, em que os árbitros e as câmaras arbitrais competem entre si pelos serviços privados de solução de controvérsias; (ii) *intermodelos*, cuja competição ocorre entre o modelo público (cortes estatais) e o modelo privado (árbitros e câmaras de arbitragem).<sup>1026</sup>

Por essa classificação, a dinâmica em relação à oferta e procura pelos serviços jurisdicionais entre cada um dos modelos citados, apresenta-se de forma semelhante ao que sugere a teoria microeconômica, em que a oferta e procura por serviços e produtos, geralmente, incentivam à redução dos preços. No âmbito jurídico, essa competição poderá induzir a redução dos custos de transação.<sup>1027</sup>

O fortalecimento e a evolução da arbitragem têm levado à emulação da jurisdição estatal, servindo para mobilizar o Estado brasileiro a empreender esforços necessários de recuperação, modernização e dinamização na prestação de seus serviços aos jurisdicionados. "Tanto é assim que diversas iniciativas importantes, inclusive por parte do Conselho Nacional de Justiça, vêm sendo implementadas para aumentar a agilidade e informalidade dos procedimentos judiciais (características típicas da arbitragem)".<sup>1028</sup>

Para compreender o comportamento decisório dos indivíduos, a economia parte da racionalidade para explicar as escolhas dos agentes econômicos em razão da escassez dos recursos que frequentemente se revela mediante o conflito, quando cada desses agentes os maximizam de acordo com sua própria utilidade. Ilustram essa questão, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, quando referem-se que em uma sociedade, o comércio e as trocas "são baseados na ideia de que, para o adquirente, a coisa comprada é mais rara do que para o vendedor. As duas partes não valorizam o

---

<sup>1026</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 387.

<sup>1027</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 387.

<sup>1028</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

bem da mesma forma. Essa, justamente, a razão de terem ambas, interesse na transação”.<sup>1029</sup>

Nesse ponto, quando o mercado se revela com recursos escassos é preciso escolher entre diversas alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado, estando presente a racionalidade.<sup>1030</sup> Essa escassez impõe os agentes econômicos a fazer escolhas. “À medida que o ambiente é modificado, o ser humano adapta seu comportamento de forma a tirar partido das mudanças. A ideia intuitiva se exprime, em inglês, na frase lapidar *People respond to incentives* (os indivíduos são sensíveis a incentivos ou provocações)”.<sup>1031</sup>

Deste modo, importante identificar qual melhor alternativa seria a menos gravosa para os indivíduos ou empresas a optarem pelo sistema de resolução de controvérsias. Se comparada à prestação jurisdicional estatal, a arbitragem poderá reduzir os custos de transação que compreendem “os custos associados à procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)”.<sup>1032</sup>

Os custos de transação, conforme já vistos, são aqueles associados às trocas econômicas e que consistem em determinar o valor do bem que está sendo trocado, especialmente, em virtude da informação incompleta sobre o comportamento dos outros agentes econômicos envolvidos na transação.

Mas, em particular, são também custos relacionados à proteção dos direitos de propriedade e à garantia do cumprimento dos acordos e contratos celebrados. Tais custos ocorrem em virtude do comportamento oportunista que os outros agentes

---

<sup>1029</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 28.

<sup>1030</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

<sup>1031</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

<sup>1032</sup> “um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte (e. g., confirmação de pagamento das parcelas, ou aferição da qualidade do produto prometido) e a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte do negócio”. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Análise econômica da arbitragem*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 383.

econômicos podem assumir, principalmente, ao negar-se a cumprir os contratos celebrados ou trapacearem durante a transação.<sup>1033</sup>

Nesse raciocínio, uma das principais vertentes da teoria dos custos de transação é “ao tentar maximizar, respectivamente, sua utilidade e seu lucro, os consumidores e as empresas também devem levar em conta os custos incorridos nas transações em que estiverem envolvidos”. Quando a economia se apresenta ineficiente, há outros meios de organizá-la e uma das alternativas é estudar toda a contratação e as estruturas que sustenta a teoria dos custos de transação (TCT), com base nas salvaguardas, ou melhor, garantias que devem ser asseguradas pelas instituições.

O foco de estudo da TCT é entender como se formam essas salvaguardas e o que acontece quando elas não são viáveis. As leis e o Judiciário são a principal salvaguarda de que se dispõe, mas não são as únicas. Por exemplo, pode-se criar uma agência reguladora que se *responsabilize por arbitrar as disputas entre as partes*, com base em objetivos próprios (em geral, evitar a expropriação de uma das partes pela outra quando sobrevier uma situação não prevista no contrato original). Há também salvaguardas que podem ser incluídas no próprio contrato como garantias reais em caso de inadimplência ou limites às atividades que possam ser desenvolvidas pelas empresas. Mecanismos que ajudam a divulgar a reputação das partes – bancos de informações como a Serasa e o SPC, por exemplo – ajudam igualmente a coibir o oportunismo.<sup>1034</sup>

Diante do inadimplemento obrigacional, indivíduos e empresas deverão considerar o custo pelo rompimento de um contrato, “sendo a análise econômica do direito uma ferramenta hábil para comparar qual dos métodos de resolução de conflitos é o menos custoso e mais eficiente para as partes”.<sup>1035</sup>

Como visto, nos contratos considerados incompletos, a função do Poder Judiciário brasileiro seria o de completar as cláusulas contratuais, conforme o contexto em que o contrato foi celebrado, seus usos e costumes e não segundo a discricionariedade do magistrado.<sup>1036</sup> Na prática, o resultado dessas intervenções

---

<sup>1033</sup> NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

<sup>1034</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 69. Grifo nosso.

<sup>1035</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

<sup>1036</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 204.



judiciais estatais nos contratos tende a aumentar os custos de transação quando os problemas que movimentam o mercado em situações de imperfeição não são resolvidos, causando o afastamento das partes de uma alocação que poderia ser considerada eficiente.

Pelo modelo solidarista (paternalista) do direito contratual, algumas práticas negociais podem ser retiradas do mercado com a elevação dos custos transacionais. Em outras situações, poderá ainda, ter aumento no preço de bens e serviços, criando externalidades nos contratos em cadeias, sem que se tenha, proporcionalmente, algum benefício em termos de satisfação social, contribuindo dessa forma, para a real diminuição de riqueza na sociedade. “Ademais, as intervenções ensejam o comportamento oportunista, permitindo que a parte mais fraca, na partição do bolo econômico, fique com o todo e, ainda, goze de todos os benefícios advenientes do contrato”.<sup>1037</sup>

Evidente que não se sustenta a tese de completude contratual e de cumprimento literal dos contratos pela justiça estatal, em prol da eficiência. Pelo contrário, o que se argumenta é a interpretação discricionária das cláusulas do contrato livremente entabulado pelas partes que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, notadamente, quando o faz “em nome de termos muito genéricos como a ‘justiça social’ e a ‘função social’, com a visão da justiça distributiva. Não poderiam agir assim sem levar em conta as consequências de uma cadeia de eventos”.<sup>1038</sup>

A arbitragem, como meio adequado de resolução de conflitos, deve ser vista como um instrumento facilitador para impulsionar a economia e propiciar novos investimentos. “Da mesma forma, pode-se asseverar que, pelo menos do ponto de

---

<sup>1037</sup> “Por exemplo, se o tribunal decidir que a taxa de juro em contratos de financiamento privado deve ser inferior àquela paga pelos títulos do governo (que é considerada de risco zero), ou, ainda, quando o tribunal concede uma liminar dizendo que a companhia de seguro deve cobrir uma cirurgia ou um tratamento não previstos pela apólice, ou, então, quando, via liminar, suspende ou proíbe o corte do fornecimento de energia elétrica, não está criando valor, não está dividindo o saldo positivo entre as partes. Está, na verdade, permitindo que um dos contratantes fique com todos os bônus e, via de consequência, cria incentivos para que os ônus, direcionados ao outro contratante, sejam repassados àqueles que não figuravam naquela relação”. TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 206.

<sup>1038</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 207.

vista econômico, quanto melhor as instituições, mais desenvolvido será o mercado, devido aos baixos custos de transação”.<sup>1039</sup>

Para o sistema arbitral não é diferente, pois permite superar as conhecidas deficiências do sistema jurisdicional brasileiro, em particular, relacionadas à celeridade, previsibilidade e a eficácia das decisões. “A ineficiência das cortes estatais será um incentivo para que o indivíduo resolva suas disputas alterando seus padrões negociais, de forma a evitar ou tornar desnecessária a disputa judicial”.<sup>1040</sup>

Em comparação com o Poder Judiciário brasileiro é cediço que os custos de transação dos procedimentos arbitrais nem sempre são considerados menores<sup>1041</sup>, em especial, na arbitragem internacional. Nesse caso, deve-se entender que em qualquer procedimento de resolução de conflitos haverá os custos administrativos. Em assim sendo, a livre escolha incentiva o agente racional a maximizar a utilidade, a partir do momento em que optar por Câmaras Arbitrais que possam propiciar uma melhor relação de custo-benefício, com tendência de redução desses custos gerada pela concorrência no mercado da arbitragem.

Em contrapartida, o custo esperado para parte invocar a tutela jurisdicional estatal como ao juízo arbitral, não depende somente das custas e despesas incorridas durante a tramitação do processo, da probabilidade em se obter a vitória na demanda (em alguns casos, dependendo do montante gasto) e ainda de como os custos do litígio são repartidos entre o vencedor e o perdedor na causa. “Existe também o custo do tempo, das incertezas e da falta de *expertise* dos julgadores em matérias como mercado de capitais, direito societário, direito empresarial e mesmo direito internacional”.<sup>1042</sup>

Importante ressaltar que os custos com o litígio poderiam ser relativizados com a técnica de análise do custo-benefício e pelo critério de eficiência de kaldor-

---

<sup>1039</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 209. Ver, também, NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.

<sup>1040</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 388.

<sup>1041</sup> “[...] os custos diretos com taxas administrativas das câmaras de arbitragem e honorários de árbitros são em muitos casos bastante elevados, e às vezes proibitivos. Já as custas processuais para litígios no Poder Judiciário são, frequentemente, mais modestas. No Brasil, este quadro é particularmente agudo, já que o acesso às cortes estatais é fortemente subsidiado pelo Estado”. SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 385.

<sup>1042</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 81.

Hicks, considerados na hipótese em que os “benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores. A análise de custo-benefício tenta levar em conta tanto os custos e benefícios privados quanto os sociais da ação que está sendo contemplada”, em que pese essa questão importar problemas práticos e teóricos, mas indispensável para a aplicação da economia do bem-estar.<sup>1043</sup>

Concretamente, o tempo de espera do jurisdicionado por uma decisão definitiva do Poder Judiciário acende um custo elevado às partes, diante da privação dos bens ou direitos considerados objetos do litígio, durante os anos de tramitação de seu processo judicial até o cumprimento efetivo da sentença transitada em julgado.

Nesse contexto, essa privação decorrente da disputa em juízo, faz com que as partes arcam com o custo de oportunidade, o qual “indica o valor do benefício abandonado ao se escolher uma alternativa em vez de outra. É, portanto, o custo de algo em termos de uma oportunidade renunciada ou impedida. Quanto mais longo o processo, maior o custo de oportunidade”.<sup>1044</sup> Essa é uma das razões que influencia os agentes econômicos a sopesar sua escolha dentre diferentes alternativas possíveis.

Por óbvio, que medir a efetividade de um sistema jurisdicional não é uma tarefa fácil, porém, dois aspectos são utilizados de forma comparativa, o primeiro refere-se que o “grau de formalidade de um sistema jurídico é relevante para a decisão final. O segundo, diz respeito aos procedimentos adotados pelas cortes”. O resultado dessas duas ações para definir a efetividade se dá por um único critério, qual seja, o tempo.<sup>1045</sup> O formalismo processual também é apontado como uma das causas da morosidade do Poder Judiciário.

Na economia, um sistema de eficiência está relacionado diretamente com a alocação de recursos. Assim, faz-se necessário observar alguns indicativos para que se tenha um bom sistema judicial, com os quais se destacam: a) agilidade, deve demonstrar capacidade na resolução das controvérsias em prazo razoável; b) custo de acesso, deve apresentar custo baixo, economicamente; c) previsibilidade (ou

---

<sup>1043</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 64-65.

<sup>1044</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 384.

<sup>1045</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direitos & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 222.

calculabilidade), deve pautar o comportamento do agente econômico em razão de um padrão esperado de sanção e os impactos que a decisão possa ter futuramente; d) neutralidade, deve assegurar a imparcialidade e neutralidade do julgador em relação a declaração e realização do direito, com a finalidade de concretizar uma ordem jurídica justa.<sup>1046</sup>

Partindo dessas premissas, na realidade, se um sistema judicial apresenta problemas com morosidade, custas elevadas, formalismos exagerados com procedimentos complexos, excessivos recursos, ausência de conhecimentos específicos sobre a matéria a ser julgada e falta de previsibilidade nas decisões, por certo, encorajará as partes e, principalmente, as empresas que operam em uma lógica econômica de custos e benefícios, a optarem por meios adequados de resolução de conflitos, notadamente, a arbitragem pela sua característica jurisdicional.<sup>1047</sup>

Neste ínterim, a utilização do instituto arbitral mostra-se como meio eficiente entre os sistemas de solução de controvérsias pela informalidade do seu procedimento e a possibilidade de escolha pelas partes da matéria a ser julgada. Dentre essas vantagens<sup>1048</sup>, enumeram-se outras relevantes que contrastam com a prestação de serviços pelos órgãos judiciários do Estado e são estabelecidas pelas seguintes circunstâncias: “(i) o segredo, que costuma cercar a arbitragem, (ii) a economia, que as partes querem ver reduzido e a (iii) celeridade, que deve caracterizar a arbitragem”.<sup>1049</sup>

A arbitragem sob uma Análise Econômica do Direito “possui o condão de substituir a atividade jurisdicional de modo a reduzir os custos de transação”.<sup>1050</sup> Deste modo, além das qualidades atinentes ao procedimento arbitral citadas anteriormente, tem-se que os conflitos são resolvidos por julgadores hábeis, considerados experts sobre a matéria em que versa a disputa entre as partes.

---

<sup>1046</sup> SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direitos & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 224-225. Grifo no original.

<sup>1047</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 82.

<sup>1048</sup> Por outro lado, as desvantagens da arbitragem também são conhecidas, a exemplo, elevado custo com o procedimento arbitral, impossibilidade de recurso da sentença arbitral e ausência de jurisprudência específica ao juízo arbitral, em que pese algumas Câmaras ou Tribunais Arbitrais disponibilizarem alguns ementários.

<sup>1049</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 90-91.

<sup>1050</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

[...] a possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da *especialização* dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia. Ao contrário do juiz estatal, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem. [...] A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos.<sup>1051</sup>

A especialidade dos árbitros enseja um atrativo às partes no momento da escolha da arbitragem como forma de resolução de controvérsias, assim como ao mercado, diante da redução dos erros nas decisões arbitrais por conhecer a matéria discutida submetida ao juízo arbitral e, ainda, reduz o risco da relação contratual. Por consequência, reflete também em maior grau de imparcialidade do julgador. Para o mercado de trabalho, há também incentivos para que o árbitro como agente econômico, profira uma decisão sem erros, diante da concorrência profissional dos serviços prestados. A indicação e nomeação futura do árbitro em procedimentos arbitrais dependerão, em muito, da sua reputação e atuação profissional.

Como a convenção de arbitragem depende do consentimento das partes para sua instauração, o sigilo na condução de todo o procedimento é uma das causas que igualmente diminui os custos de transação. “O sigilo é uma circunstância importante em diversas disputas, especialmente naquelas envolvendo operações comerciais confidenciais, temas que criam suscetibilidades para a reputação das partes, e segredos comerciais”.<sup>1052</sup>

A confidencialidade do procedimento arbitral embora não seja explícita na Lei de Regência da Arbitragem é usada, por analogia, ao dever de discricção atribuída ao árbitro (art. 13, § 6º, Lei nº. 9.307/1996). As partes declaram o sigilo, via de regra, “nos contratos firmados ou em documentos apartados. Entendemos que esta garantia é diminuidora potencial dos custos de transação”.<sup>1053</sup> Nesse caso, o sigilo relaciona-se com a privacidade de alguns fatos ou informações sensíveis à concorrência e ao

---

<sup>1051</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 384.

<sup>1052</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 385.

<sup>1053</sup> TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 92.

segredo industrial<sup>1054</sup>, que possam vir a ser custosos às partes caso sejam tornados públicos.

O sistema arbitral objetiva resolver o conflito contratual em tempo hábil suficiente à recuperação de outros créditos em detrimento ao sistema tradicional, já que daqueles se originarão novas transações comerciais e fomentando o capital, possibilita o tratamento adequado dos conflitos de modo a atribuir maior segurança jurídica ao empresariado envolvido. Como consequência, “possui uma grande capacidade de influenciar as decisões dos mais variados agentes econômicos”.<sup>1055</sup>

A segurança jurídica objetiva facilitar a coordenação das interações humanas, inclusive econômicas, reduzindo a incerteza que as cerca e dando confiança ao indivíduo de que os seus atos, quando alicerçados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos. Ela se traduz por uma norma jurídica estável, certa, previsível e calculável, tanto nas relações entre particulares, quanto nas que envolvam o Estado.<sup>1056</sup>

O princípio da segurança jurídica encontra-se vinculado “ao Estado de Direito e garante a iniciativa empresarial, estimulando os investimentos públicos e privados na economia [...]”. Por essa garantia, a segurança jurídica tem como prerrogativa cooperar para o Estado forte, sendo que a intervenção estatal diretamente na economia relaciona-se à aplicação da Constituição.<sup>1057</sup>

---

<sup>1054</sup> “Chamamos atenção para o fato que o segredo comercial abrange distintos assuntos, entre muitas outras coisas, técnicas e estratégias de captação de clientes, modelos de projeções de rendimentos ou de lucros, aspectos particulares de projetos de rendimentos ou de lucros, aspectos particulares de projetos de investigação e desenvolvimento, aspectos particulares de atividades desenvolvidas por uma empresa ativa no comércio, salvo quando a respectiva informação for obrigatória por razões de segurança pública, saúde pública, defesa do ambiente, defesa do consumidor, ou por outros fins legalmente relevantes, as fórmulas ou receitas para preparação de produtos, os avanços conseguidos por uma entidade em qualquer área mas que ainda não se encontrem compreendidos nos conhecimentos comuns entre os especialistas desse ramo, os desenhos de novos produtos ou de protótipos, outra informações internas da empresa, ainda não públicas, relativas à atividade produtiva objetivamente considerado, que não devam ser tornados públicos por força de regras jurídicas e cuja comunicação possa provocar lesão patrimonial na entidade a que respeitam, ficarão protegidas mediante a recusa do acesso à informação, por configurarem segredos comerciais, industriais ou sobre a vida interna das empresas”. TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1. p. 80-97, jun. 2007. p. 92-93.

<sup>1055</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

<sup>1056</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário: propostas de reforma. In: GIAMBIAGI, Fabio; BARROS, Octavio de (Org.). *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 218.

<sup>1057</sup> CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução ao direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial*. Brasília: OAB, 2004. p. 46-47.



Nessa linha de raciocínio, a influência do Estado deve observar os princípios constitucionais da ordem econômica estatuidos no artigo 170 do texto constitucional de 1988, em especial, da livre concorrência, em prol da almejada segurança jurídica imprescindível ao desenvolvimento econômico e concretização do Direito. Em sentido contrário, a inobservância a estes princípios acarretam prejuízos irreparáveis de ordem econômica que comprometem novos investimentos.<sup>1058</sup>

Ante a isto, fácil é perceber que o procedimento arbitral é calcado na segurança jurídica em todos os seus atos, de modo que essa característica é relevada em grau de importância máxima, em se tratando de contratos comerciais, ao que preserva as relações socioeconômicas e contribui ao desenvolvimento do mercado empresarial.

Com o aquecimento da economia, aumenta-se a receita do Estado, que é um requisito à implementação de suas políticas sociais, pois além de criar emprego, colabora para a melhoria das finanças públicas, ocasionando mudanças positivas nos índices de saúde, habitação e educação. O papel da segurança jurídica no desenvolvimento é proporcionar às normas ambiente ideal para que estas realizem as transformações políticas, sociais e econômicas da sociedade.<sup>1059</sup>

Sob a perspectiva econômica, a arbitragem pode ser vista como uma modalidade de resolução de conflitos que compete com a forma tradicional de jurisdição estatal e incentiva a redução dos custos de transação relacionados à prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, assim como contribui para um modelo de Direito que leva ao desenvolvimento econômico e a modernização legislativa.

---

<sup>1058</sup> CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução ao direito e desenvolvimento*: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB, 2004. p. 47.

<sup>1059</sup> CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução ao direito e desenvolvimento*: estudo comparado para a reforma do sistema judicial. Brasília: OAB, 2004. p. 640.

## 5 CONCLUSÃO

A despeito das considerações expendidas na tese, os estudos realizados representaram uma contribuição concreta de afirmação da legitimidade do instituto da arbitragem, na condição de instituição jurídica e econômica, como instrumento democrático do acesso à justiça, por configurar-se em um meio célere e confiável de resolução de controvérsias.

Evidente que a própria Lei de Regência da Arbitragem confere legitimação jurídica, destacando o seu aspecto essencial relacionada à autonomia de vontade das partes, no que se refere a direitos patrimoniais disponíveis. Todavia, a abordagem da pesquisa centrou-se não apenas em uma revisão de seus pressupostos jurídicos, mas, principalmente, sobre a Análise Econômica da Arbitragem, cujas consequências não se restringem somente para os seus usuários, mas a sociedade de um modo geral.

Diante do atual quadro de excesso de litigiosidade, morosidade e a burocracia do Poder Judiciário brasileiro, além dos custos diretos e indiretos decorrentes do processo judicial, formulou-se uma problematização, sob em quais situações a instituição da arbitragem, convencionada mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral, representam uma alternativa democrática de acesso à justiça para resolução de controvérsias no campo empresarial, como uma instituição econômica eficiente em incentivar a redução dos custos de transação?

Como parâmetros para obter uma resposta adequada a esse problema, estabeleceram-se em síntese, duas hipóteses, a primeira afirma-se que a arbitragem é um instrumento democrático de acesso à justiça, em razão das vantagens decorrentes da autonomia de vontade das partes, escolha dos árbitros, celeridade e flexibilidade procedimental, diante da desjudicialização dos conflitos no democrático Estado de Direito. A segunda hipótese considera que a convenção de arbitragem nos contratos, representa uma instituição econômica eficiente que induz a redução dos custos de transação, comparando-se com o Poder Judiciário.

Para alcançar uma dedução final, enumeram-se os principais pontos conclusivos, com os quais as hipóteses restaram confirmadas:

Na sociedade contemporânea, reconhecida como uma sociedade hipermoderna por Lipovetsky, a sociedade do século XXI não é considerada menos moderna a que entrou no século XX, todavia, a distinção reside nas formas históricas de convívio humano que a fazem nova e diferente. Sob esse ponto de vista, paradoxalmente, a essência do individualismo é a principal característica da hipermodernidade, manifestada através do exercício da autonomia e da liberdade individual na tomada de decisões, em que a responsabilidade é a pedra angular do futuro da democracia.

A sociedade hipermoderna é caracterizada também pela tradição rearranjada mediante a individualização. Assim, com a revisitação da memória, os indivíduos, impulsionados de autonomia, buscam uma vida alternativa, aberta de escolhas, em prol de uma reconstituição social.

Diante do desdobramento secular, o Estado de Direito passou pelo reconhecimento progressivo e formal de uma série de gerações de direitos, até assumir a condição de Estado constitucional e depois de Estado Social, culminando com o perfil atual, de um democrático Estado de Direito.

Para compreender as tensões do Estado de Direito e sua preocupação com a justiça, historicamente, sua origem revelou-se em um sentido meramente liberal, com a organização do poder político de forma tripartite pelo Estado Liberal. No atual estágio civilizatório ainda há resquícios de suas características, pois a legalidade é o valor máximo supremo que governou o ordenamento social e político. Além disso, apresenta como traço marcante a positivação das garantias individuais estabelecidas pela predominância do Poder Legislativo sobre os demais poderes.

Na consolidação do Estado Liberal é que se denotam a exclusividade e imparcialidade do Poder Judiciário como instrumento da soberania nacional na resolução dos conflitos, entretanto, com atuação mecânica e neutra, condicionada as normas elaboradas pelo processo legislativo racional, afastada da política e das demandas sociais complexas e sem qualquer possibilidade de interpretação.

Com o advento do Estado Social privilegiou-se o Poder Executivo, em razão do caráter intervencionista de Estado por abranger as demandas sociais, além de uma redefinição na compreensão dos conflitos que ocasionou transformações na atividade jurisdicional.

O Estado Democrático de Direito estabeleceu uma nova relação entre a sociedade e o Estado, cujo protagonista é o Poder Judiciário. A democracia e os direitos fundamentais são dois elementos considerados essenciais nesse modelo, representando a vontade constitucional de realização das garantias asseguradas na promoção do bem comum pelo Estado Social.

Assim, em algumas circunstâncias, a inércia dos demais poderes do Estado passou a ser supridas pelo Poder Judiciário, constituindo-se em um verdadeiro repositório das demandas em relação às promessas constitucionais não cumpridas e acarretando, por consequência, crises na sociedade de toda ordem. Deste modo, rompe-se o paradigma tradicional da justiça estatal em adequar os fatos à lei no processo decisório, transferindo-se agora para o caso concreto, com a preocupação de uma tutela efetiva dos direitos, adequada ao Direito material e processual.

Na quadra atual da sociedade, a democracia participativa apesar de tratar-se de um Direito já positivado na Constituição Federal, ainda figura de forma inanimada e programática pelos poderes legislativo e executivo, em que pese sua progressão gradativa. Em relação ao Poder Judiciário, a sua dimensão participativo-jurisdicional encontra-se consubstanciada no direito fundamental ao contraditório.

Na perspectiva comparticipativa e policêntrica resgata-se a participação de todos os sujeitos processuais (juízes, partes, advogados) no processo, possibilitando provimentos constitucionalmente adequados, técnicos e responsáveis, inclusive, mediante a celebração do negócio jurídico processual, previsto pela atual codificação processual civil.

O processo como instrumento democrático deve ser compreendido e interpretado a partir das normas constitucionais, especialmente, seu objeto, fundamentos e princípios, consagrando-o em um modelo constitucional do Direito Processual. Por essa premissa, o poder decisório do magistrado emana da interpretação da Constituição. Esse momento de decidir não é mais a oportunidade do juiz fazer justiça ou tornar o Direito eficiente, mas é o instante de uma decisão a ser devidamente fundamentada.

Nessa ótica, o processo deve ser compreendido de forma unitária, visto como um fenômeno voltado para a efetiva realização dos direitos das partes, no sentido de proporcionar a satisfação dos interesses em conflito, em menor tempo possível.

Por imperativo constitucional, consagra-se o dever de fundamentação das decisões, seja no âmbito judicial ou administrativo, conforme norma expressa no artigo 93, incisos IX e X, sem quaisquer esclarecimentos ou detalhamentos sobre as hipóteses de sua exigência. Por muito tempo, a doutrina e a jurisprudência é que assumiram esse encargo.

Com a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro em 2015, inseriu-se o artigo 489, em sintonia com a Constituição Federal, cuja finalidade foi estabelecer um detalhamento na exigência de fundamentação das decisões judiciais, com critérios específicos a ser observados pelo julgador.

Nesse ponto, o dever de fundamentação decisória encontra-se em consonância com a Hermenêutica Crítica do Direito, rompendo-se com qualquer atitude discricionária do juiz através de uma teoria da decisão judicial proposta por Lenio Streck, assentada sobre pressupostos democráticos e adequada a Constituição. A contribuição da hermenêutica filosófica permite verificar alguns avanços sob o olhar de uma nova crítica do Direito, assentada na denominada “viragem hermenêutico-ontológica” fundamental de Heidegger (supera o caráter epistemo-metodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica) e, posteriormente, na matriz gadameriana (mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo).

Nesse contexto, para Gadamer há uma fusão de horizontes com base no círculo hermenêutico, pois não há como o intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, de um sentido que já é antecipado pela pré-compreensão. Deste modo, não se admite a cisão entre interpretação e aplicação, restando afastada qualquer forma de manifestação positivista, que continua a apostar no solipsismo do sujeito da modernidade (intérprete) para a aplicação do Direito ao caso concreto.

Por muito tempo, o controle do processo na atividade jurisdicional como forma de dizer o Direito foi considerado um atributo exclusivo da soberania estatal. Entretanto, diante da complexidade entre a regulação do Direito pelo Estado com outras formas de regulação jurídica, resultou em um enfraquecimento de seu poder no papel de produção e de implementação do Direito, conseqüentemente, na própria noção de cidadania, soberania e territorialidade que passaram a ser rediscutidas. Tal situação caracterizou-se por uma verdadeira crise de deslegitimação do Estado.

Com o efeito da globalização, tanto o Estado como suas instituições políticas, administrativas, sociais, econômicas e jurídicas passam por mudanças e transformações na contemporaneidade, gerando maiores incertezas e inseguranças na sociedade, que decorrem da nova instantaneidade do tempo. A partir da nova ordem global instituída pela globalização econômica, vimos que o neoliberalismo constituiu-se a teoria econômica que a operacionaliza, produzindo consequências, sobretudo, no plano político-jurídico em relação ao processo decisório.

Diante de tal panorama, seguindo o receituário neoliberal, há uma diminuição do papel do Estado à garantia do livre mercado, em prol do poder das empresas transnacionais e dos organismos internacionais.

A operacionalização desse processo manifesta-se pela erosão da soberania estatal e de suas capacidades regulatórias, dissipadas pela desuniversalização dos direitos sociais. As relações jurídicas sob um contexto sócioeconômico, muitas vezes, esquivam-se dos serviços jurisdicionais prestados pelo Estado, em razão de sua inoperância, voltando-se assim, a outras instituições que exerçam qualquer forma de autoridade, em especial, com poder de decisão.

Nesse ponto, a instantaneidade das informações e das decisões, características do fenômeno da globalização, tem contribuído para estimular outras formas de solução extrajudicial dos conflitos, sejam através de meios autocompositivos (conciliação e mediação) ou pela arbitragem.

O Poder Judiciário até então, era considerado um centro de disputas monopolizado da tutela jurisdicional, decorrente da ampliação do acesso ao sistema jurisdicional brasileiro, reafirmando a cultura de conflitos, cada vez mais crescente na contemporaneidade. Por essa razão, que a visão equivocada do acesso à justiça referindo-se ao monopólio da jurisdição estatal é revista através dos meios adequados de resolução de conflitos, pois a pacificação social não pode ser um encargo somente do Estado, mas de toda a sociedade.

Nessa linha, a Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, compreende o acesso à justiça não somente como acesso ao sistema jurisdicional reportando-se ao processo judicial, mas amplia o seu significado à ordem jurídica justa. Com esse entendimento, implica considerar que os direitos fundamentais dos indivíduos como também da coletividade devem ser respeitados mediante a observância dessa garantia constitucional.



Cappelletti e Garth, em suas palavras, atribuem valor ainda mais intenso ao acesso à justiça, pois compreendem que este é o mais básico dos direitos humanos, sendo elementar tê-lo como requisito fundamental de um sistema jurisdicional igualitário e moderno e que não apenas proclame o Direito, mas que garanta a sua concretização através de um processo justo e efetivo.

Evidentemente, existem diversos casos em que o Poder Judiciário é a instância apropriada para solucionar os litígios, devendo prestar amparo a todos que a ele recorrem. Entretanto, em muitas outras situações, os meios adequados de resolução de controvérsias revelam ser a melhor opção para os interessados. Este campo abre as portas a novas possibilidades, assim como exerce importante papel preventivo e de pacificação.

Não restam dúvidas de que a justiça estatal não só é considerada como instituição jurídica legítima, como ainda sinaliza a possibilidade em receber propostas de cooperação à resolução de conflitos por meios extrajudiciais, conforme política judiciária nacional do CNJ, expressa pela Resolução 125/2010.

Atualmente, há duas formas de resolução dos conflitos, os tradicionais judiciais e os chamados extrajudiciais, estes últimos são considerados métodos adequados por compreender técnicas negociais, tais como, a conciliação, a mediação e a arbitragem. Cada um, no entanto, possui suas características que os distinguem uns dos outros. Todos são de extrema relevância para o estudo e prática no sistema de solução de controvérsias, visto que, diariamente, as empresas, as associações, os indivíduos procuram formas próprias para compor suas divergências. Os meios adequados de solução de conflitos são cada vez mais procurados e utilizados, seja pela informalidade, rapidez ou sigilo que oferecem.

No Brasil, o atual cenário público revela uma crise no sistema judicial por conta do discurso de uma democratização no acesso ao Judiciário, de forma a vincular a intensidade desta acessibilidade ao exercício de cidadania, mas que, na realidade, só faz sobrecarregar a justiça estatal, provocando um significativo crescimento quantitativo no volume de processos. Trata-se de um fenômeno social e não jurídico que decorre da própria expansão do Direito, fato que compromete a prestação efetiva da tutela jurisdicional, sem um aprofundamento no caso concreto diante da morosidade, uso indiscriminado de recursos e formalismos processuais que dificultam a participação das partes.

Nesse particular, os registros estatísticos publicados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seus boletins denominados “Justiça em Números”, demonstram o congestionamento processual crescente sobre o grau de litigiosidade em nosso país. No último relatório de 2016, referente aos dados coletados no ano-base de 2015, inventariou um universo de mais de 102 milhões de processos entre os casos pendentes e baixados. Evidente que a situação é alarmante e extraordinária no país.

Uma questão que afeta profundamente o desenvolvimento econômico e social de um país é a capacidade do Judiciário de se apresentar como uma instância legítima na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico. A ineficiência dos serviços jurisdicionais, a imprevisibilidade das decisões judiciais estatais e os avanços do ativismo judicial, além de outras causas, reduz a credibilidade do cidadão na capacidade do ente estatal em resolver os litígios de forma pacífica e célere.

Nesse raciocínio, afirma-se que a arbitragem está mais próxima do movimento do acesso à justiça, na assertiva de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que a listaram como um dos instrumentos de concretização da “terceira onda” de renovação do processo. Por isso, que a arbitragem como forma de justiça privada contribui para a ampliação deste acesso, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Ademais, o instituto arbitral se mostra um instrumento coerente com os anseios de uma sociedade pluralista, que busca uma multiplicidade de espaços institucionais para a solução dos conflitos.

As transformações provocadas pela globalização da sociedade hipermoderna e complexa, faz com que haja um estímulo ao desenvolvimento da arbitragem, pois esta – especialmente pela característica de escolha dos árbitros pelas próprias partes – manifesta-se pelo princípio da autonomia de vontade e se torna uma alternativa democrática mais atraente do que a jurisdição estatal, adaptando-se com maior facilidade às distintas realidades. Nessas condições, confirma-se a primeira hipótese e tem-se uma resposta adequada a primeira parte do problema, de que o instituto da arbitragem é um instrumento viável de democratização do acesso à justiça.

A constitucionalidade da Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº. 9.307/1996) foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2001, por maioria dos votos,

no julgamento do pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira pelo Reino da Espanha.

Com base nos estudos de Carlos Alberto Carmona, um dos maiores arbitralistas e precursor da arbitragem no Brasil, esta se apresenta como atividade de natureza jurisdicional, evidentemente não estatal, mas é concebida, controlada e incentivada pelo próprio Estado, nos termos e limites estabelecidos pela Lei Arbitral. Nesse ponto, o Código de Processo Civil brasileiro não apenas consagra a arbitragem, como amplia e complementam as disposições de sua lei específica, a exemplo da carta arbitral, concessão das tutelas de urgências, exigência de fundamentação da sentença, entre outras alterações também expressas pela Lei nº 13.129/2015 que modernizou o instituto da arbitragem.

Os princípios fundamentais da arbitragem manifestados pela autonomia da vontade, boa-fé e igualdade entre as partes, devido processo legal, imparcialidade do árbitro, contraditório e o dever de fundamentar a decisão arbitral deve ser harmonizado sob o prisma constitucional. A violação de qualquer um desses mandamentos de ordem pública, de natureza constitucional ou àqueles conferidos pela Lei Arbitral acarretará a nulidade do procedimento arbitral e, por consequência, da sentença arbitral.

Nesse contexto, não há como isolar o instituto da arbitragem da ciência processual, mesmo tratando-se de um microssistema diferenciado, pois havendo um processo arbitral, encontra-se presente o trinômio da ação, processo e jurisdição, valendo-se inicialmente do aporte teórico da teoria geral do processo e de seus pressupostos fundamentais para, posteriormente, analisar o instituto sob o enfoque especializado na matéria.

Pela convenção da arbitragem, estipulada pela cláusula compromissória ou compromisso arbitral, o árbitro recebe poderes outorgados pelas partes para assim decidir a disputa, sem a intervenção estatal, com eficácia de sentença judicial irrecorrível, admitindo-se somente pedido de esclarecimentos e constitui-se em título executivo judicial. Nesse sentido, as sentenças arbitrais são proferidas com base nas regras de julgamento por equidade, dos usos e costumes, das práticas do comércio internacional ou mediante aplicação do Direito ao caso concreto, esta última mais comum no cenário nacional.

A convenção arbitral reveste-se de uma característica híbrida, por abarcar tanto pressupostos e requisitos do direito material, observando-se os princípios gerais contratuais, como também, do direito processual, quanto ao modo de regular o procedimento arbitral e delimitar a competência para a arbitragem, consagrado pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz* referindo-se ao árbitro ou tribunal arbitral à solução da controvérsia.

Em regra, a cláusula compromissória é celebrada por escrito e tem caráter preventivo por ser anterior à existência do conflito, inserida no próprio contrato como cláusula contratual ou prevista em documento apartado, mas vinculada ao contrato. Todavia, há exceções, no caso dos documentos eletrônicos ou na existência de documento escrito, em que a conduta volitiva pode ser de forma tácita, desde que esteja configurado o consentimento das partes para que a cláusula arbitral seja considerada válida, conforme prática reiterada e reconhecida no âmbito internacional. Situação análoga também se aplica ao compromisso arbitral.

Em relação ao conteúdo da cláusula compromissória, esta pode ser caracterizada como vazia (em branco ou patológica) ou cheia (autossuficiente). Esta última tem natureza contratual e possibilita a instituição imediata do juízo arbitral sem necessidade de lavrar termo ou compromisso, desde que contenham requisitos mínimos como forma de escolha e indicação dos árbitros e o lugar em que serão realizados os atos do procedimento arbitral, além de outras regras opcionais. Por meio da cláusula vazia, se estabelece apenas uma promessa de contratar a arbitragem, em eventual surgimento do conflito. Trata-se de uma cláusula genérica, com a prerrogativa de tão somente delimitar a competência pela justiça privada, em detrimento do Poder Judiciário. Nessa situação, havendo controvérsia, essa cláusula vincula às partes na instauração da arbitragem mediante celebração do compromisso arbitral.

Esse compromisso somente ocorre após o surgimento da controvérsia entre as partes, podendo ser judicial ou extrajudicial e deve conter requisitos específicos, tais como, a qualificação das partes, do árbitro e, em alguns casos, da própria câmara de arbitragem, a matéria e o lugar do julgamento da controvérsia que passa a ser restrita ao árbitro e não pelo Poder Judiciário.

Assim, com a possibilidade de participação das pessoas físicas ou jurídicas, a arbitragem é adequada para composição das disputas na área contratual e

empresarial, sem a burocracia do Poder Judiciário, com relevante expressão na área internacional, mas, em crescente desenvolvimento no âmbito interno, decorrente da rápida regionalização e globalização da economia.

De tudo se infere que, a autonomia da vontade manifestada no juízo arbitral deve estar conectada às transformações sociais da hipermodernidade. Deste modo, observa-se como positivo quando os indivíduos, empresas e/ou determinados grupos escolhem, sem a intervenção do Estado, como e por quem seus conflitos serão resolvidos.

Pelo sistema arbitral vigente, considera-se instituída a arbitragem com a aceitação pelo árbitro de seu encargo no desenvolvimento do procedimento arbitral, com a sua investidura na jurisdição relativa àquela controvérsia. As fases desse procedimento são semelhantes as que ocorrem no processo judicial, com início da fase postulatória, seguida da instrutória e encerrando com a decisória, no entanto, diferencia-se em relação à flexibilidade procedimental conferindo ao árbitro maior liberdade quanto à admissibilidade e valoração de novas espécies de provas em qualquer momento processual. Além dessa questão, exclui-se a fase executiva, conhecida como cumprimento de sentença, da competência no juízo arbitral.

Sobre a análise comparada entre os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*, em relação ao direito probatório, Michele Taruffo considera superada a dicotomia em que reinava pela maioria das contraposições tradicionais, de que o processo no primeiro modelo revestia-se essencialmente pela oralidade, enquanto no segundo, caracterizava-se na forma escrita. Nos últimos anos, mudanças significativas ocorreram em ambos os sistemas, com a inclusão de diversos atos e provas escritas nos procedimentos processuais da *common law*, assim como, tem-se notado um caráter híbrido de *civil law*, diante das influências de *commonlização* no sistema jurídico, rompendo-se com os paradigmas anteriormente pré-estabelecidos em um determinado contexto histórico.

O efeito da globalização tem causado essa integração entre os dois modelos no campo do direito processual civil, com expressiva conotação na área internacional, com o qual emergem importantes fenômenos, como o acelerado aumento dos conflitos em sede transnacional, envolvendo questões de ordem financeira e comercial, além da participação de pessoas de diferentes países. Ademais, diante do rompimento das fronteiras nacionais tem-se ainda como

consequência jurídica, a uniformização cultural atrelado a algumas matérias de ordem geral, como as garantias constitucionais, efetividade da tutela e direitos humanos, entre outros.

O procedimento arbitral encerra-se no momento em que o árbitro prolata a sua sentença, admitindo-se a decisão parcial em qualquer fase do processo, sobre o mérito da causa ou de questões processuais. O dever de fundamentação das decisões judiciais trata-se de norma constitucional, sendo imposto a qualquer julgador, sob pena de ser declarada sua nulidade.

Quanto à exigência da fundamentação para as sentenças arbitrais, os árbitros sempre observam o detalhamento de sua motivação no processo decisório, no entanto, nem todos os requisitos estabelecidos pelo Diploma Processual brasileiro se aplicam à arbitragem. A fundamentação quanto ao enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes no processo revela-se como o de maior relevância para o instituto arbitral.

Nesse sentido, importante a correlação com a hermenêutica jurídica como forma de afastar qualquer subjetividade do intérprete, pelo qual vincula o julgador a critérios objetivos como meio de evitar a sua discricionariedade, proporcionando maior controle das decisões judiciais. Quando a sentença é fundamentada de forma adequada, evidencia-se a previsibilidade do seu conteúdo decisório, em sintonia com a exigência estabelecida pela Constituição Federal mediante a observação dos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro, corolários da garantia constitucional do devido processo legal e, nesse contexto, insere-se de igual forma, a sentença arbitral.

Notoriamente, a arbitragem caracteriza-se pela simplicidade de procedimento, sem solenidades burocráticas e desnecessárias, constituindo-se meio adaptável e através de seus árbitros especializados, contribui para satisfazer às exigências deste mundo hipermoderno e à vulnerabilidade das transformações sociais.

Os estudos da Análise Econômica do Direito e da teoria neoinstitucionalista, com base nas obras de Ronald Harry Coase, Douglass Cecil North e Oliver Williamson Eaton, além de alguns conceitos específicos utilizados da microeconomia, revelaram-se úteis a compreensão sobre a Análise Econômica do instituto da Arbitragem, notadamente, no ambiente nacional, a partir de sua Lei de



Regência com alterações posteriores que ampliaram o campo de atuação por esse método adequado de composição das controvérsias contratuais.

A teoria neoinstitucionalista tem como principal foco de análise as instituições e organizações, consideradas fundamentais para entender a relação entre o Direito e a Economia. Por essa teoria, utilizam-se os pressupostos da ciência econômica para analisar as normas e regras sociais em que se sustenta a atividade econômica, além de sua influência sobre o desempenho e o comportamento dos agentes econômicos. Conceitualmente, diferencia-se da teoria institucionalista, por relacionar-se com os custos de transação, ao invés dos custos de produção abordados pela teoria original.

Nesse ponto, tanto o Poder Judiciário como as entidades de arbitragem constituem instituições jurídicas por tratarem de meios heterocompositivos, confirmando assim, o primeiro aspecto da segunda hipótese, notadamente, em relação à legitimação da arbitragem na condição de instituição eficiente. A análise sobre a eficiência dessas instituições é pautada pelo comportamento dos indivíduos na busca de uma solução adequada de seus problemas.

A Análise Econômica do Direito emprega métodos da economia, especialmente da microeconomia, voltados à compreensão dos fenômenos jurídicos e a resolução dos conflitos. Sustenta-se por uma abordagem econômica positiva (decorrente dos efeitos das normas jurídicas sobre a reação dos agentes econômicos) e normativa (estabelece recomendações de políticas e regras decorrentes das consequências econômicas no processo decisório), com base no princípio da eficiência.

Entretanto, esse movimento não serve somente para explicitar o raciocínio econômico às decisões judiciais, mas também, como um parâmetro para tomar medidas de prevenção para evitar a controvérsia ou, ainda, valer-se de outros meios adequados na sua composição, como o instituto da arbitragem.

A principal contribuição da Análise Econômica do Direito refere-se ao seu caráter interdisciplinar, relacionando o Direito e a Economia como duas importantes áreas de estudos. Deste modo, trata-se de um instrumento para examinar o impacto que o Direito causa à economia e inversamente, já que ambos envolvem a alocação de recursos escassos, assim como, a qualidade das instituições jurídicas.

Por sua vez, a microeconômica é o estudo de como a escassez desses recursos são alocados entre os agentes econômicos que reagem aos incentivos na tomada de suas decisões racionalmente, sopesando o custo-benefício. Pelo comportamento racional, o indivíduo classifica as alternativas possíveis de forma a maximizar sua própria utilidade. A análise marginal é um dos princípios econômicos que busca o equilíbrio entre a relação dos custos e benefícios de uma ação adicional. Trata-se, portanto, de uma ferramenta útil para a economia, baseada em cálculos diferenciais para avaliar, por exemplo, o desempenho de uma atividade pelo critério da utilidade.

Diante da maximização racional das necessidades humanas, a eficiência é considerada um padrão normativo fundamental da Análise Econômica do Direito, para examinar a qualidade das normas jurídicas e de sua aplicabilidade e está associada economicamente ao custo de oportunidade. Este último refere-se ao custo de uma alternativa que foi desperdiçada pelo agente.

Pelo modelo da eficiência de Pareto ou também conhecida como eficiência alocativa, o ponto ótimo é atingido como um critério de eficiência econômica quando uma das partes apresenta-se em uma situação melhor do que antes e nenhuma outra parte tenha prejuízos, ou seja, se encontra em pior condição. De forma diversa, tem-se a eficiência pelo critério de Kaldor-Hicks que admite que uma parte tenha prejuízos desde que possa ser compensada pela contraparte.

No campo da Análise Econômica do Direito, os custos de transação representam os custos incorridos nas transações do mercado e impactam diretamente no comportamento dos indivíduos, em relação à concretização de determinada transação comercial, pois procuram minimizar os seus custos. Estes custos são classificados em custos de procura e obtenção de informações, custos de negociação e custos para garantir a execução do contrato.

As decisões decorrentes da justiça estatal tradicional quanto da arbitragem, enquadradas como instituições jurídicas, influenciam direta ou indiretamente no fluxo econômico dos contratos. O desenvolvimento econômico da arbitragem decorre em, um primeiro momento, da ineficiência dos serviços jurisdicionais prestados pelo Poder Judiciário e, por outro, pela frustração das expectativas de seus jurisdicionados em relação à qualidade desses serviços.

Esse comportamento motivou a realização de uma pesquisa empírica, de natureza exploratória e de campo, através da aplicação de questionários, com as principais Câmaras de Arbitragem catarinenses, filiadas à FECEMA. A investigação concentrou-se nas instituições privadas previamente selecionadas, para explorar possíveis razões econômicas que levam as empresas pela escolha deste mecanismo de solução de controvérsias, além de avaliar a gestão dos conflitos pelas respectivas instituições.

A realização da pesquisa proporcionou uma contribuição concreta, mesmo que não se possa reivindicar a representação das hipóteses de fatos que motivaram as empresas a convencionar a arbitragem, em razão da confidencialidade e pela delimitação do seu objeto ser restrita às entidades arbitrais, os resultados com base na análise de conteúdo evidenciaram algumas tendências de comportamento dos participantes e gestores, servindo de paradigma para afirmar a eficiência econômica da arbitragem no cenário catarinense.

A confidencialidade na condução do procedimento da arbitragem, não se trata de uma exigência expressa da Lei de Regência Arbitral, mas de mera faculdade ajustada entre os seus usuários. Assim, a escolha pelo sigilo na arbitragem, em muitos casos, denota ser um atrativo importante na preservação da privacidade das partes, dos detalhes da controvérsia, dos segredos comerciais, do procedimento e ainda da sentença arbitral.

Em síntese, observou-se que as principais espécies de conflitos submetidas às Câmaras de Arbitragem pesquisadas, concentram-se nos contratos de locação, compra e venda e prestação de serviços, seguidos de outros tipos como bancários, agências de crédito, sucessão empresarial e societário. A arbitragem é convencionada em ambas as modalidades, cláusula compromissória e compromisso arbitral. A natureza dos conflitos, em sua maioria, relaciona-se a área empresarial. A celebração de acordos durante o procedimento arbitral demonstrou um percentual elevado acima de cinquenta por cento e o mesmo resultado revelou-se para o cumprimento destes, evidenciando um sistema de incentivos na composição consensual pela arbitragem. O estabelecimento das regras de julgamento do processo arbitral pelas partes é adotado parcialmente, tanto pela aplicação do Direito como pela equidade. As sentenças arbitrais são proferidas no prazo de até seis

meses, com índices em mais de setenta por cento, que denotam o mesmo percentual em relação ao consenso das partes pela fixação deste prazo.

A pesquisa de campo realizada demonstrou o perfil das empresas que se utilizam das Câmaras Privadas de Arbitragens catarinenses e a eficiência na gestão dos conflitos no decorrer do procedimento arbitral. A adoção pela arbitragem como instrumento de prestação jurisdicional consagra ainda, o princípio da celeridade processual, oportunizando maior participação dos sujeitos envolvidos, o que restou comprovado pelos resultados auferidos.

Por fim, as vantagens do juízo arbitral relatadas pelos gestores e representantes das Câmaras de Arbitragem catarinenses apontaram para os seguintes resultados: (i) especialidade dos árbitros; (ii) celeridade; (iii) sigilo; (iv) economia; (v) possibilidade de escolha dos árbitros; (vi) opção pela legislação aplicável; (vii) afastamento do Poder Judiciário; (viii) bons resultados na manutenção das relações; (ix) flexibilidade; (x) maior participação das partes e dos advogados na construção do processo; (xi) decisões técnicas jurídicas; (xii) custo-benefício; (xiii) liberdade das partes em escolher a Câmara Arbitral; (xiv) procedimento menos burocrático comparando-se ao processo judicial. Nenhuma desvantagem restou configurada. A pesquisa demonstrou ainda, um cenário crescente pela escolha da arbitragem como moldura institucional, conforme constatado na evolução total do volume de processos arbitrais das entidades catarinenses.

Em regra geral, os resultados da pesquisa empírica confirmam o referencial teórico sobre os custos de transação, considerando que os mesmos estão relacionados ao custo-benefício apontado pela utilização do instituto arbitral, constituindo-se em um importante sistema de incentivos. Nesse caso, deve-se levar em conta não apenas o custo do valor com a arbitragem que, por sinal, é elevado, por se tratar de uma justiça sofisticada, mas sim, relacionar o cálculo estratégico do custo com a celeridade do procedimento, especialidade dos árbitros e confidencialidade, além das outras vantagens elencadas. Tais condições confirmam a última parte da segunda hipótese, além de responder o segundo aspecto do problema, de que a arbitragem cria incentivos que possibilitam a redução dos custos de transação.

Comparando-se ao processo judicial tradicional, a arbitragem apresenta algumas vantagens, tais como, a especialização do árbitro na matéria controvertida,

a rapidez quanto ao procedimento adotado, após a irrecorribilidade da sentença arbitral seguida da informalidade do rito, da escolha dos árbitros, assim como do direito material e processual a ser utilizado e, por fim, a confidencialidade em decorrência do dever de discricção do árbitro. A diferenciação que se faz, ainda, entre a heterocomposição do conflito efetivada pelo Poder Judiciário e pela arbitragem é que, no primeiro caso, as partes estarão sujeitas às normas de procedimento que não podem ser por elas modificadas, enquanto que, na instância arbitral, o procedimento pode ser eleito, assim como a forma de resolução do conflito.

A influência econômica para o instituto da arbitragem restringe o comportamento oportunista da parte que deseja tirar alguma vantagem em proveito próprio, por tratar-se de uma instância célere e especializada, que contribui para resultado financeiro e estratégico da empresa. A inclusão das cláusulas arbitrais evita o oportunismo, corrigindo esse problema através de um sistema de incentivos com o propósito de diminuir demandas descabidas.

Deste modo, em relação ao desenvolvimento econômico e a globalização dos mercados, a convenção da arbitragem reflete a procura por mais um instrumento de estímulo ao cumprimento dos contratos, de forma a evitar o litígio perante o Poder Judiciário. Assim, a segurança jurídica alcançada pela Análise Econômica da Arbitragem induz a redução dos custos de transação para as empresas e contribui, de forma significativa, para o fortalecimento do sistema econômico do Estado, na medida em que sua intervenção nas relações contratuais deve observar as garantias constitucionais da ordem econômica.

Com o aquecimento da economia, há um aumento na receita do Estado, requisito necessário à implementação de suas políticas sociais e econômicas. Neste cenário, como forma de garantir à sociedade o acesso a uma ordem jurídica justa, deve-se propiciar aos interessados não apenas o acesso formal ao Poder Judiciário, como equivocadamente se possa ter do princípio do acesso à justiça, mas um acesso qualificado de todos que buscam uma solução para os seus problemas jurídicos. Por fim, a arbitragem é vista como um instrumento democrático e facilitador para impulsionar a economia e propiciar novos investimentos aos empresários e a toda sociedade.

## REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Soft law e produção de provas na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus de democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Vades. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo código de processo civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Coord.). *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado geral da arbitragem interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *A arbitragem no Brasil e no âmbito do comércio internacional*. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILLI PABLO, et al. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Targentopoli tiene traducción al castellano. In: *Corrupcion y estado de derecho – el papel de la jurisdiccion*. Madri (Espanha): Editorial Trotta ES, 1996.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no novo código de processo civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

ARNAUD, André-Jean. *Da regulação pelo direito na era da globalização*. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito e século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

AZÓCAR, Patricio Aylwin. *El juicio arbitral*. 5. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias processuais constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARALDI, Eliana Baraldi. Arbitragem e contratos com a administração pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARBIERI, Giorgio. *Il nuovo diritto dell'arbitrato*. Milano: Cedam, 2007.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Simões, 1947.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Tradução de Luís Antero Reto, Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In:

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. *O que é globalização?*. Equívocos do globalismo/respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. London: SAGE, 1992.

BENEDUZI, Renato Resende. Preliminar de arbitragem no novo CPC. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BLUNTSCHLI, J. C. *Deutsches Staats*. Woerterbuch. Stuttgart und Leipzig, 1862, v. VII; *Théorie Générale de l'État*. Paris, 1891.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 5. ed. Brasília: Unb, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Comissão do CNJ aprova práticas bem-sucedidas de mediação. *Notícia. CNJ*, 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/82557-comissao-do-cnj-aprova-praticas-bem-sucedidas-de-mediacao>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Emenda 2, de 8 de março 2016. *Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n°. 125, de 29 de novembro 2010. *Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL, Planalto. *Mensagem n° 162, de 26 de maio de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n°. 7.108/2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606030>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n°. 8.046/2010. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. *Veto n°. 13 de 2015*. Veto Parcial aposto ao Projeto de Lei do Senado n° 406, de 2013 (n° 7.108/2014, na Câmara dos Deputados - ECD n° 1/2015), que "Altera a Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n° 9.307, de 23 de

setembro de 1996". Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=166742&tp=1>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Decreto nº. 737, de 25 de novembro de 1850. *Determina a ordem do juízo no processo commercial*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Decreto Presidencial 4.311, de 23 de julho de 2002. *Promulga a convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4311.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de processo civil*. <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.129 de 26 de maio de 2015. *Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 556, de 25 de junho de 1850. *Código comercial*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Planalto. MPV 2.200-2/2001 (MEDIDA PROVISÓRIA) 24/08/2001. *Institui a infra-estrutura de chaves públicas brasileira - ICP-BRASIL, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em Autarquia, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/MPV/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo CPC*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº. 406/2013*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=114641](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº. 9, de 04.05.2005. *Dispõe sobre competência acrescida ao STJ pela EC nº 45/2004*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq\\_edicao=844&seq\\_materia=10529](http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=844&seq_materia=10529)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 485, de 01 de agosto de 2012*. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq\\_edicao=2514&seq\\_materia=17151](http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=2514&seq_materia=17151)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206, da Espanha*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de julgamento: 12 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Decidiu, por maioria, não reconhecer qualquer inconstitucionalidade da Lei da Arbitragem, em confronto com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5.206-7-2001. AgR, Pleno, j. 12.12.2001. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado: novo CPC (Lei n. 13.105, de 16-3-2015): anotações doutrinárias dispositivo a dispositivo (incluindo vetos): índices sistemático & comparativo 2015 X 1973 - alfabético da estrutura do novo CPC*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do projeto do código de processo civil. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. (Coord.). *Revista forense comemorativa – 100 anos*, Rio de Janeiro: Forense, t. 5, n. 29, p. 254-255, 2006.

BUZAID, Alfredo. *Rui Barbosa: processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CACHARD, Olivier. Dispute settlement: international commercial arbitration – 5.9. Electronic Arbitration. *UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT*, 2003. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CADIET, Loïc. L'arbitrage et L'évolution contemporaine des modes de règlement des conflits. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP*. Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 446-462, 2013.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. rev., atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Reflexões, fruto de meu cansaço de viver ou de minha rebeldia? In: SANTOS, Ernane Fidélis dos et al. (Coord.) . *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Regulamento da CCI. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Data/Documents/Buisness-Services/Dispute-Resolution-Services/Mediation/Rules/2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-PORTUGUESE-version/>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.



CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº. 9.397/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Quinze anos de reformas do Código de Processo Civil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1989, v. 1.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CARTA DA ONU. *A carta das Nações Unidas*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap16/>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Introdução ao direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial*. Brasília: OAB, 2004.

CBAr. *Jurisdiction that made great progress improving its arbitration regime in 2013*. Disponível em: <[http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/noticia\\_GAR.pdf](http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/noticia_GAR.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COASE, Ronald Harry. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. *Economica*, New Series, v. 4, nº. 16, p.386-405, nov. 1937.

COASE, Ronald Harry. The problems of social cost. *Journal of Law & Economics*, vol. 3, p. 1-44. out. 1960.

COELHO, Cristiane de Oliveira. A análise econômica do direito enquanto ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da história do pensamento econômico. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley, paper 050107'10, maio 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. Evolução com ressalvas: congresso nacional mantém vetos à reforma da lei de arbitragem. *Revista Consultor Jurídico*, set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-23/congresso-nacional-mantem-vetos-reforma-lei-arbitragem>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS. *Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003 assinada em 23 de Maio de 1969*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

COOTER, Robert. *The strategic constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd; TIMM, Luciano Benetti. Direito e desenvolvimento: qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.10, n.20, p.59-71, 2º. sem. 2007. In: Blog Law and Economics – Direito e Economia. Disponível em: <<http://www.bloglawandeconomics.org/>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Berkeley: Addison-Wesley, 2000.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro de acordo com a lei 9307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRESPO, M. H. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de solução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar*

o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10361>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.º 98, p. 128, abr./jun. 1998.

CUNHA, Luciana Gross et al. Relatório com os dados da pesquisa Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil) referente ao 1º semestre de 2016. *Repositório Digital FGV*. São Paulo, n. 23, p. 1-24, out. 2016. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a constituição federal de 1988. *Revista Forense*, v. 86, n. 310, p. 37-40, abr./jun. 1990. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/9400>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

DELGADO, José Augusto. Arbitragem: direito processual da cidadania. *Revista Jurídica*, São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

DREIFUSS, René Armand. *A época das perplexidades*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

DUXBURY, Neil. *Patterns of american jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

EIZIRIK, Nelson. *A lei das S.A. comentada*. São Paulo: Quartir Latin, 2011. v. 1.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, Juliana Cordeiro de. Sentença. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (coords). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: (de acordo com o novo código de processo civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FAZZALLARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. CEDAM: Padova, 1986.

FECEMA. *Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem*. Disponível em: <<http://www.fecema.org.br/quem-somos>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

FEIJÓO, José Carlos Valenzuela. O estado neoliberal e o caso mexicano. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.), et al. *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

FERGUSON, Harvie. *The lure of dreams: Sigmund Freud and the construction of modernity*. Londres: Routledge, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel et GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial arbitration*. E. Gaillard & J. Savage (eds). Netherlands: Kluwer, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de. A arbitragem avança na sombra de um sistema judicial ineficiente. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-17/segunda-leitura-arbitragem-avanca-sombra-sistema-judicial-ineficiente>> Acesso em: 5 jan. 2017.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Luciana Carli. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Teoria da arbitragem*. São Paulo: Rideel, 2012.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

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

GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de negociação: resolução alternativa de conflitos; ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporâneo*. Madrid: Alianza, 1996.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista. 1997.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende. (Coord.). *A reforma da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMM-SANTOS, Maurício; SMITH, Quinn. The extent of the arbitral tribunal's power to manage Discovery in the United States of America. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 22, p. 156-172, 2009.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Relações da arbitragem com a internet. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba: Síntese-CBar, nº 8, ano 2, p. 43-57, out./nov./dez. 2005.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Da law and economics à economia solidária: uma questão de eficiência. In: POMPEU, Gina Vidal Marcilio; VILLATOR, Marco Antônio César; SCHNEIDER, Yuri. (Coord.) *Direito e economia*. 25. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/6l9jk46k/LhvX9u48qfo5EZA5.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência*, Florianópolis, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUERRERO, Luís Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.



HALOUSH, Haitham A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. *Journal of International Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, nº. 3, p. 355, jun. 2008.

HAYEK, Friedrich August Von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985. 3 v.

HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho da servidão*. Tradução e revisão de Anna Maria Capovilla, José Italo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura europeia*. Publicações Europa-America. 1997.

HESSE, Helmut. Globalização. In: *Dicionário de ética econômica*. Georges Enderle et alii. (Org.) Trad. Brenno Dischinger et alii. São Leopoldo: Editora Universidade Vale dos Sinos, 1997.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIRST, Paul em sua obra: *A democracia representativa e seus limites*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015.

KALICKI, Jean; WALD, Arnaldo. The settlement of disputes between the public administration and private companies by arbitration under brazilian law. *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, v. 26, n. 4, p. 558-559, 2009.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KLEIN, Naomi. *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre*. Tradução de Vania Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.

LAURELL, Asa Cristina (Org.) et al. *Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. Tradução de Rodrigo León Contrera. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e de eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro. Princípios da independência e da imparcialidade*. São Paulo: LTr, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Convenção de arbitragem e termo de arbitragem. Características, efeitos e funções. *Revista do Advogado*, Florianópolis, n. 87, ano XXVI, p. 94-99, set. 2006.

LEMES, Selma. Arbitragem em números: números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>. Acesso: 5 jan. 2017.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. Narcisse au piège de la postmodernité? In *Métamorphoses de la culture libérale: éthique, médias, entreprise*. Montréal: Liber, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LISZT, Vieira. *Cidadania e globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1998.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: estado de direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHIARELLI, Niccoló. *O príncipe*. Trad. Lívio Xavier. 30. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

MACIEL, Marco. *Arbitragem e avanço institucional*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/201155>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. Soluções práticas e objetivas. *Revista Brasil Canadá*. São Paulo: CCBC, ano 2, nº. 7, p. 45, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo código de processo civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MASCARO, Alysson Leandro. Da consciência à práxis. In: MASCARO, Alysson Leandro (Org.). *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UnB. v. I.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Celso de Albuquerque. *A soberania através da história*. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton University Press, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MISHRA, Ramesh. *O Estado-providência na sociedade capitalista: estudo comparativo das políticas públicas na Europa, América do Norte e Austrália*. Trad. Ana Barradas. Rev. Técnica de Juan Mozzicafreddo. OEIRAS: Celta editora, 1995.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOORE, Christopher. *El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica. 1995.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, Arthur Salles de Paula. Comunicação dos atos processuais. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Coord.). *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro: (de acordo com o novo código de processo civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*. Temas de direito processual. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. VIII.

MORENO, Faustino Cordón. *El arbitraje de derecho privado*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

MORIN, Edgard; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 1995.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MUNIZ, Petronio R. G. *Operação arbitrer: a história da lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. São Paulo: Juruá, 2002.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. A cláusula compromissória no direito societário. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NORTH, Douglass Cecil. Institutions and the performance of economics over time. In: CLAUDE MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of new institutional economics*. Germany: Springer, 2008.

NORTH, Douglass Cecil. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990

NUNES, António José Avelãs. *Do capitalismo e do socialismo*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Metodologia científica aplicada ao direito*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Processo arbitral e sistema. In: CARMONA, Carlos Alberto. (Coord.) *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARETO, Wilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Neto. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: Ipea, 2003.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário: propostas de reforma. In: GIAMBIAGI, Fabio; BARROS, Octavio de (Org.). *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 4th. ed. Boston: Little Brown, 1992.



POSNER, Richard Allen. Legal pragmatism. In *Metaphilosophy*. Oxford, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd. v. 35, 1/2, p. 147-159, jan. 2004.

POSNER, Richard Allen. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REIS, Adacir. Mediação e impactos positivos para o judiciário. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

REISMAN, W. Michael. *A hard look at soft law*. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/750](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/750)>. Acesso em: 5 jan. 2017.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. *Instalação da corte brasileira de arbitragem comercial*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/stj/instituc/Discursos/DiscursoArbitragemComercial.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, v. 10.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Questões relevantes da prova no projeto do novo código de processo civil. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (Coord.). *Novo CPC: reflexões e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos. *Direito e processo: razão burocrática e acesso à justiça*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROCHA, Caio Cesar. Vetos presidenciais impedem evolução da arbitragem e não devem ser mantidos. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-13/fora-tribunal-vetos-impedem-evolucao-arbitragem-nao-mantidos>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. Antônio de P. Machado; estudo crítico de Afonso Bertagnoli. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SADER, Emir. A hegemonia neoliberal na América Latina. In: SADER, Emir; GENTILLI PABLO, et al. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Introdução. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? *Revista de Direito UNIFACS*, n. 160, p. 1-17, out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo. (coords). *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa *et. all.* *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. v. IV.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Estado e sociedade em Portugal (1974-1988)*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia (Org.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Brasília: NEDIC, Vozes, FAPESP, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional*. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). *Anuário Direito e Globalização*, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Trad. José Diaz García. Madrid: Aguilar, 1971.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992.

SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SIX, Jean François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Giselle Groeninga de Almeida, Águida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SORENSEN, Mads P.; CHRISTIANSEN, Allan. *Ulrich Beck: an introduction to the theory of second modernity and the risk society*. London: Routledge, 2012.

SORIANO, Ramón. *Sociologia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.

SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa. (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência do fundamento*. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural 1979. (Os Pensadores).

STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do estado moderno*. Trad. Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Gradiva, 1969.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. A juristocracia do novo código de processo civil. *Consultor Jurídico*, 18 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Consultor Jurídico*. 23 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law! *Consultor Jurídico*, 12 set. 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-set-12/novo-cpc-decreta-a-morte-da-lei-viva-o-common-law](http://www.conjur.com.br/2013-set-12/novo-cpc-decreta-a-morte-da-lei-viva-o-common-law)>.

12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 5 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC!, *Consultor Jurídico*, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

TARTUCE, Flávio. *A função social do contrato*. São Paulo: Método, 2005.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Racionalidad y crisis de la ley procesal*. Disponível em <http://www.cercantesvirtual.com/obra/razionalidad-y-tesis-de-la-ley-procesal>. Acesso em: 5 jan. 2017.

TARUFFO, Michele; HAZARD JUNIOR, Geoffrey C. *American civil procedure: an introduction*. New Haven: Yale University, 1993.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. In: *Revista Direito GV*, v. 8, p. 037-057, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Qual a função do estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, v. 9.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; CICONETTI, Stefano M. *Jurisdição constitucional comparada*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. v. 1.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; NEVES, Isadora Ferreira. As influências do neoconstitucionalismo nos fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política no Brasil. In: *Revista da SJRJ*, v. 21, p. 169-185, 2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista Consulex*, São Paulo. RT, n. 735, jan. 1997.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, tomo II.

TEUBNER. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THOMSON, Janice E. *State sovereignty in international relations: bridging the gap between theory and empirical research*. In: *International studies quarterly*. 39, 1995.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito & economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Posfácio: *common law* e *contract law*: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. Organização de Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: Saraiva, 2010.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 80-97, jun. 2007.

TOURAINÉ, Alain. *Can we live together?: equality and difference*. Califórnia: Stanford University Press, 2000.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.



TOURAINÉ, Alain. Uma visão crítica da modernidade. In: *A modernidade: Cadernos de sociologia*. Porto Alegre: Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, v. 5, n. 05, 1993.

TUCCI, José Rogerio Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Vetos inusitados conspiram contra o futuro promissor da arbitragem. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-02/paradoxo-corte-vetos-inusitados-conspiram-futuro-promissor-arbitragem>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

VALLE, Martim Della. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações*. São Paulo: Método, 2008.

VEIGA, Aloysio Silva Corrêa da. A fundamentação estruturada da sentença, o novo código de processo civil e sua compatibilidade com o processo do trabalho. 2016. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/palestra-ministro-correa-veiga-tst.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck, et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIEIRA, José Ribas. *Teoria do estado: a regulação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

WALD, Arnaldo. A anulação das sentenças arbitrais estrangeiras e das respectivas convenções de arbitragem. In: BERTASI, Maria Odete Duque; CORRÊA NETTO, Oscavo Cordeiro. (Coord.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

WALD, Arnaldo. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (comentário do art. II, (1) e (2), da convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no direito brasileiro). In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem comercial*

*internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 16.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Peculiaridades da fundamentação das decisões judiciais no Brasil: a nova regra nem é assim tão nova... In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Desvendando o novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso. In: ROCHA, Caio César Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. (Coord.). *Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999.

## APÊNDICE A – Síntese do Referencial Teórico e da Metodologia da Pesquisa

<b>TÍTULO</b>		<b>A arbitragem sob a perspectiva econômica do direito: uma alternativa para a democratização do acesso à justiça nas relações empresariais</b>		
<b>TEMÁTICA</b>		Análise Econômica da Arbitragem		
<b>OBJETO</b>		Análise das dimensões econômicas da arbitragem nas relações empresariais		
<b>PROBLEMA</b>		Sob quais condições a convenção da arbitragem representa uma alternativa democrática de acesso à justiça para resolução de conflitos no âmbito empresarial, como uma instituição econômica eficiente que incentiva a redução dos custos de transação?		
<b>CARACTERIZAÇÃO DA PESQUISA</b>		Abordagem metodológica da Análise Econômica do Direito, de caráter exploratório, tendo como estratégia pesquisa de campo, através da aplicação de questionários, delimitado no aspecto espacial e geográfico.		
<b>Objetivo Geral</b>	<b>Objetivos Específicos</b>	<b>Fundamentação Teórica</b>	<b>Questionamentos</b>	<b>Categorias de Análise</b>
Investigar sobre a possibilidade de incentivos econômicos da arbitragem com vistas à redução dos custos de transação, como possível meio de desmonopolização dos conflitos, em uma perspectiva democrática de revitalização do acesso à justiça, na resolução de controvérsias de natureza empresarial.	Investigar a crise do monopólio da jurisdição estatal perante o Estado Democrático de Direito;	O Poder Judiciário e a ordem democrática contemporânea.	Prej.	Bibliográfica Estatística - Dados do CNJ
	Examinar os movimentos de revitalização do acesso à justiça e a tendência brasileira na questão da (des)judicialização dos conflitos;	Formas de ampliação do acesso à justiça além da jurisdição estatal.	Prej.	Bibliográfica
	Analisar a arbitragem como instrumento democrático de resolução de conflitos no âmbito empresarial e seus reflexos jurisdicionais e as recentes alterações na lei de regência da arbitragem, com base no novo Código de Processo Civil brasileiro;	Arbitragem como meio adequado de resolução do conflito.	Prej.	Bibliográfica
	Averiguar o princípio da autonomia de vontade das partes e a (in)existência de limites na convenção da arbitragem para os contratos;	Convenção da Arbitragem na resolução de conflitos no âmbito empresarial.	Prej.	Bibliográfica
	Avaliar o instituto da arbitragem como possível mecanismo de desenvolvimento	Análise econômica da Arbitragem.	01. Quais as principais espécies de conflitos no âmbito empresarial que, costumeiramente, são	Espécies de conflitos que são submetidos à Arbitragem.

	<p>econômico, na resolução de conflitos contratuais, segundo a percepção das principais Câmaras Arbitrais de Santa Catarina;</p> <p>Examinar quais espécies de conflitos no âmbito empresarial que, frequentemente, são convencionadas as cláusulas arbitrais;</p> <p>Investigar os incentivos que estimulam a utilização da arbitragem, na solução de disputas de cunho empresarial e quais as vantagens verificadas em termos de redução dos custos de transação.</p>		<p>submetidos ao procedimento arbitral?</p> <p>02. A arbitragem decorre de qual forma de convenção?</p> <p>03. É possível afirmar que a maior parte dos conflitos submetidos ao procedimento arbitral nesta Câmara decorre de relações empresariais?</p> <p>04. Qual o percentual de acordos que são celebrados ao longo do procedimento arbitral, quando relacionado a questões contratuais?</p> <p>05. Destes, quantos são efetivamente cumpridos?</p> <p>06. Caso não seja celebrado acordo, as partes tem a liberdade de ajustar que o julgamento do processo arbitral ocorra pela aplicação do direito ao caso concreto ou seguirá as regras da equidade?</p> <p>07. Qual é o prazo adotado pela Câmara para o proferimento de uma sentença arbitral?</p> <p>08. Há consenso com as partes na definição deste prazo?</p> <p>09. Este prazo é totalmente respeitado?</p> <p>10. Em caso de negativa, quais as providências tomadas pela instituição para viabilizar a decisão? Especifique: ____</p>	<p>Forma de constituição da convenção arbitral.</p> <p>Percentual de acordos celebrados e cumpridos no processo arbitral.</p> <p>Definição das regras de julgamento.</p> <p>Estabelecimento de prazo razoável de duração de julgamento do processo perante a Câmara de Arbitragem.</p>
--	---	--	--	--

			11. Quais as vantagens da arbitragem na resolução dos conflitos submetidos à Câmara?	Vantagens que levam indivíduos ou empresas a submeter seus conflitos à arbitragem.
	<b>SUJEITOS DA PESQUISA</b>	Diretores e/ou gerentes jurídicos e gestores das empresas de Santa Catarina (delimitação espacial e geográfica). Principais Câmaras de Arbitragem do Estado de Santa Catarina vinculadas a FECEMA – Federação Catarinense das Entidades de Mediação e Arbitragem.		
	<b>VALIDAÇÃO</b>	Banca Examinadora composta por dois professores pesquisadores da área econômica e jurídica.		
	<b>TÉCNICA DE ANÁLISE DOS DADOS</b>	Análise de conteúdo a partir da aplicação de questionários.		

Fonte: Quadro elaborado pelo Autor