



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

MARIA EDUARDA ROCHA DE SABOYA

**UMA ANÁLISE ACERCA DA
CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM
NECESSÁRIA SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
PORTUGUESA**

Dissertação de Mestrado no âmbito do Mestrado Jurídico-Forense orientada pela
Professora Doutora Sandra Passinhas e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

Outubro de 2021

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

**UMA ANÁLISE ACERCA DA
CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM
NECESSÁRIA SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO
PORTUGUESA**

MARIA EDUARDA ROCHA DE SABOYA

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), no
Mestrado Jurídico-Forense.

Orientadora: Professora Doutora Sandra Passinhas

COIMBRA, 2021

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D COIMBRA

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus-Pai, Todo-Poderoso, por ter chegado até este momento da minha carreira e por ter me dado forças para prosseguir, ânimo nos momentos de fraqueza e de crises. Posteriormente agradeço à Nossa Senhora de Nazaré e São Bento e ao Espírito Santo, por iluminarem minha inteligência e pelo auxílio espiritual que diariamente sinto na minha vida, para me guiarem pelos caminhos do bem, da verdade e da busca e comprometimento com a verdade.

Ao dom da vida, presente de Deus, cuja a existência é sentida e valorizada profundamente.

Aos meus amados pais, Carlos Aarão Serruya de Saboya e Patricia Guimarães Rocha de Saboya, sem eles não conseguiria chegar até aqui. Sou eternamente grata por apoiarem meus sonhos, por todo apoio emocional e aparato e por incentivarem o caminho do estudo e a minha carreira jurídica.

Aos meus avós, Antonio Carlos de Saboya Junior (*in memorian*), Mary Serruya Saboya, Heliana Guimarães Rocha e José Maria Cavalcante Rocha (*in memorian*).

À cidade de Coimbra, à Casa da Ilha (República estudantil, a qual residi pelo período de 2 anos) e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que me proporcionaram ganhos muito para além de profissionais. A todo o corpo docente da faculdade por repassarem tanto conhecimentos jurídicos, quanto pessoais, os quais levarei para o resto da vida.

À minha orientadora Sandra Passinhas, que desde o princípio, da escolha do meu tema em 2018 e meu interesse pelo instituto da Arbitragem e da Resolução Alternativa de Conflitos, sempre se mostrou disposta a me ajudar e sanar eventuais dúvidas, e também, mesmo com a pandemia do novo Coronavírus e as questões de restrições e medidas sanitárias impostas, respondeu *email's* e me proporcionou as linhas orientadoras pertinentes, indicando referências no assunto e realizando ponderações necessárias para a elaboração desse trabalho.

Por fim, finalizo esse trabalho, com profundo sentimento de gratidão em meu coração e com a certeza de que exercerei e solucionarei conflitos e lides maneira mais prática e objetiva, compreendendo que a justiça alternativa é uma maneira de tornar mais acessível e garantir aos cidadãos a escolha de terem suas demandas solucionadas por um terceiro imparcial.

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D COIMBRA

RESUMO

O presente trabalho se propõe em adentrar no universo da Arbitragem como uma solução alternativa de conflitos, pois é perceptível que existe uma chamada crise de justiça e um abarratamento das demandas no judiciário. Ao longo desta dissertação, coloca-se com pertinência posicionamentos a favor e contra à arbitragem, bem como se apresenta como problemática e como ponto central a questão de análise de uma flagrante lesão ao regime dos direitos fundamentais e ao princípio da igualdade e ao acesso à justiça. No tocante aos capítulos, o trabalho está dividido em 04 (quatro) capítulos, sendo o primeiro a compreender a moderna ideia de acesso à justiça, enfatizando os obstáculos e os fundamentos para esse efetivo acesso, além de apresentar a arbitragem como uma possível alternativa. Ainda neste capítulo, faz-se uma correlação do instituto da arbitragem com a *lex mercatoria* e “O mercador de Veneza”, de Shakespeare, e o princípio da ideia de resolução alternativa de conflitos. Posteriormente, no segundo capítulo, denominado de “A Arbitragem”, aborda-se uma resenha histórica, além de conceituar e de introduzir noções iniciais sobre o tema. Importa destacar que nesse capítulo trazemos o Princípio da Igualdade das Partes e a Arbitragem. Já no terceiro capítulo do trabalho verifica-se as “Compreensões acerca da modalidade impositiva da Arbitragem”, em que se adentra na chamada Arbitragem Necessária, e para uma melhor organização na forma de abordar as ideias resolveu-se fracionar os posicionamentos dos autores pertinentes no assunto em 4 tópicos, sendo primeiro tópico sobre noções iniciais da arbitragem necessária e da atual constituição portuguesa; o segundo, que analisa a ausência do pressuposto da voluntariedade na arbitragem necessária; o terceiro acerca das visões de autores contrários e a favor ao instituto. Interessa-nos trazer as duas visões antagônicas do instituto da arbitragem para um melhor entendimento e para fazer uma análise dialética do tema. No quarto subtópico traz-se a problemática deste trabalho, conforme citada anteriormente em que se coloca a arbitragem como possível flagrante lesão ao regime dos direitos fundamentais do princípio da igualdade e do acesso à justiça. Por fim, analisa-se no quarto capítulo uma abordagem de Direito Comparado, onde se pretende comparar a arbitragem portuguesa com a arbitragem brasileira, trazendo definições, mais precisamente da última, com base na legislação brasileira da Arbitragem. Conclui-se por considerar o instituto da arbitragem uma possível alternativa, no que couber, tão apta quanto o Judiciário para atender consumidores e litigantes que desejam ter suas demandas satisfeitas sem o trâmite burocrático de uma sistema estatal sobrecarregado de juízes togados, além de possibilitar à escolha ao cidadão de como ele irá ter sua demanda satisfeita, atribuindo a um terceiro

imparcial, denominado de árbitro, o condão de satisfazer e de pôr fim a uma lide, tão eficaz quanto à decisão de um juiz especializado de direito. Compreende-se que o instituto, apesar de ser amplamente difundido e já ser antigo, conforme mencionamos a comparação ao “Mercador de Veneza” e de uma análise shakesperiana, possui ressalva por alguns autores constitucionalistas por entenderem que a arbitragem fere a noção do acesso à justiça e ao princípio da igualdade. Todavia, acredita-se, em que pese os posicionamentos contrários e de uma visão que se considera radical, ser uma ideal solução de conflitos que caminha lado a lado a um estado democrático de direito que garante a igualdade e a liberdade da escolha dos cidadãos e de acesso à justiça, ao escolherem a satisfação de uma justiça especializada apta e capaz de resolver conflitos, que podem diretamente, e de forma mais célere, serem solucionados com igual mérito, em vez de causar inchaço na justiça estatal.

Palavras-chave: Arbitragem. Solução alternativa de conflitos. Arbitragem Necessária. *Lex Mercatoria*. Acesso à justiça.

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

ABSTRACT

The present work proposes to enter the Arbitration universe as an alternative solution to conflicts, as it is noticeable that there is a so-called crisis of justice and a massing of demands in the judiciary. Throughout this dissertation, positions in favor and against arbitration are pertinent, as well as the issue of analysis of a flagrant injury to the fundamental rights regime and the principle of equality and access to justice. Regarding the chapters, the work is divided into 04 (four) chapters, being the first one to understand the modern idea of access to justice, emphasizing the obstacles and the foundations for this effective access, besides presenting arbitration as a possible alternative. Also in this chapter, a correlation is made between the institute of arbitration with the *lex mercatoria* and Shakespeare's "The Merchant of Venice", and the principle of the idea of alternative conflict resolution. Later, in the second chapter, called "Arbitration", a historical review is addressed, in addition to conceptualizing and introducing initial notions on the subject. It is important to highlight that in this chapter we bring the Principle of Equality of Parties and Arbitration. In the third chapter of the work, the "Understandings about the tax modality of Arbitration" is verified, in which one enters into the so-called Arbitration Necessary, and for a better organization in the way of approaching the ideas, it was decided to divide the positions of the pertinent authors on the subject into 4 topics, being the first topic about initial notions of the necessary arbitration and the current Portuguese constitution; the second, which analyzes the absence of the presupposition of voluntariness in the necessary arbitration; the third is about the views of authors who are against and in favor of the institute. We are interested in bringing the two antagonistic views of the institute of arbitration for a better understanding and to make a dialectical analysis of the subject. The fourth subtopic brings up the problem of this work, as mentioned above, in which arbitration is placed as a possible flagrant injury to the regime of fundamental rights of the principle of equality and access to justice. Finally, the fourth chapter analyzes an approach to Comparative Law, which intends to compare Portuguese arbitration with Brazilian arbitration, bringing definitions, more precisely of the latter, based on Brazilian Arbitration Law. Concludes by considering the institute of arbitration a possible alternative, where appropriate, as apt as the Judiciary to serve consumers and litigants who wish to have their demands satisfied without the bureaucratic procedure of a state system overloaded with judges, in addition to enabling the choice of the citizen of how he will have his demand satisfied, attributing to an impartial third party, called arbitrator, the power to satisfy and end a dispute, as effective as the decision of a specialized judge of law. It is understood that the institute, despite being widely disseminated and already old, as we mentioned the comparison to the "Merchant of Venice" and a Shakespearean

analysis, has a reservation by some constitutionalist authors because they understand that arbitration hurts the notion of access to justice and the principle of equality. However, despite the contrary positions and a vision that considers itself radical, it is believed to be an ideal conflict solution that goes hand in hand with a democratic rule of law that guarantees equality and freedom of choice for citizens and access to justice, by choosing the satisfaction of a specialized justice able and able to resolve conflicts, which can directly and more quickly be resolved with equal merit, instead of causing swelling in the state justice.

Keywords: Arbitration. Alternative conflict resolution. Arbitration Required. *Lex Mercatoria*. Access to justice.



UNIVERSIDADE D COIMBRA

SIGLAS E ABREVIATURAS

- AAA – American Arbitration Association
- CAAD – Centro de Arbitragem Administrativa
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça (Brasil)
- CPC – Código de Processo Civil (Lei brasileira nº 13.105/2015),
- CPP – Código dos Contratos Públicos (Portugal)
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CPTA – Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos
- LAV – Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa
- ONU – Organização das Nações Unidas
- RJAT – Regime Jurídico da Arbitragem Tributária
- TAD – Tribunal Arbitral do Desporto

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - A MODERNA IDEIA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	15
1.1. Obstáculos e fundamentos para o efetivo acesso à justiça.....	19
1.2. A arbitragem como possível alternativa.....	21
1.3. A <i>Lex Mercatoria</i> e o Mercador de Veneza: uma breve análise Shakesperiana do início da ideia de resolução alternativa de Conflitos.....	23
CAPÍTULO 2 - A ARBITRAGEM.....	29
2.1. Resenha histórica.....	29
2.2. Conceito e Noções iniciais sobre a arbitragem.....	32
2.3. O Princípio da Igualdade das Partes na Arbitragem.....	37
2.3.1. Princípios Jurídicos Fundamentais do Procedimento Arbitral.....	40
2.3.1.1. Princípio do Contraditório e da Igualdade das Partes.....	42
2.3.1.2. Princípio da Imparcialidade do Árbitro.....	43
2.3.1.3. Princípio da Livre Convicção do Árbitro.....	44
2.3.1.4. Princípio da Autonomia da Vontade.....	48
CAPITULO 3 – A ARBITRAGEM NECESSÁRIA.....	50
3.1 Conceito da Arbitragem Necessária e a Constituição Portuguesa Atual.....	50
3.1. A ausência do pressuposto de Voluntariedade na Arbitragem Necessária.....	52
3.2. Compreensões acerca da modalidade impositiva da Arbitragem.....	53
3.2.1. Visão Radical/ Posicionamento contra.....	53
3.2.2. Visão Mitigada/ Posicionamento a favor.....	56
3.3. Problemática: A arbitragem Necessária é uma flagrante lesão ao regime dos direitos fundamentais do princípio da igualdade e do acesso à justiça?.....	58
3.3.1. A Arbitragem Necessária no Direito do Consumo é constitucional?.....	60
4 4. DIREITO COMPARADO: O caso da Arbitragem Brasileira.....	65
CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	72

INTRODUÇÃO

Os litígios sempre foram presentes ao longo da história da humanidade. O homem, dentro dessa perspectiva, buscou meios para a solução de conflitos que estavam postos para obter uma vida pacífica, de forma a utilizar a razão; e não, a força física, pois o conflito não é senão a falta de entendimento entre duas ou mais partes; a ausência de concordância ou a oposição de interesses.

Há tempos que o conflito é refutado, como se pode verificar no livro de Provérbios (6: 16-19) da Bíblia em que é feita alusão à prevenção do litígio quando versa sobre o que aborrece o Senhor: dentre elas, “aquele que semeia contendas entre seus irmãos”.

(...) ¹⁶ Estas seis coisas o Senhor odeia, e a sétima a sua alma abomina:

¹⁷ Olhos altivos, língua mentirosa, mãos que derramam sangue inocente,

¹⁸ O coração que maquina pensamentos perversos, pés que se apressam a correr para o mal,

¹⁹ A testemunha falsa que profere mentiras, **e o que semeia contendas entre irmãos.** (Grifei)

Entretanto, com o passar do tempo, as civilizações foram se desenvolvendo e com isso, é claro, foram se tornando mais complexas e com tais diferenciações surgiram novos hábitos e costumes, afastando-se cada vez mais daquelas civilizações mais remotas, ainda que os conflitos (contendas) ainda persistissem. Concatenado a isto, os conflitos e os interesses passaram a se diversificar, e se tornaram mais recorrentes e mais específicos, isto é, com uma maior complexidade, deixando as composições existentes um tanto obsoletas, instaurando-se, dessa maneira, uma necessidade do aparecimento de novas formas de solução de conflitos.

O transformar social, por sua vez, também é algo constante. Logo, essa necessidade se faz presente até os tempos atuais. Natural, então, que as civilizações procurem formas diversas de tratarem seus conflitos e contendas. Assim, desde o fim do século XX, bem como, no início do século XXI, paralela à crítica à eficiência do método de resolução do Judiciário, é crescente neste cenário a busca por meios alternativos de solucionar lides, em razão da morosidade e da burocracia estatal; dos altos custos e da

soberba, e também, para além disso, o intuito de garantir decisões mais justas e equânimes aos interesses das partes.

A perspectiva atual é de que toda a sociedade busca um caminho de acesso ao cidadão para exercer da forma mais plena o seu direito, isto é, a possibilidade de exigir do Poder Estatal as suas expectativas, com o fim de que sejam atendidos os seus anseios: sem delongas e de forma ágil. A justiça demorada não deve ser classificada como uma justiça, tornando-se ineficiente e morosa na pretensão de resolver conflitos.

Verifica-se, naturalmente, que com a perspectiva global; com o avanço das sociedades; e com o crescimento econômico existe efetivamente um aumento de conflitos, para os quais o Estado não consegue administrar da melhor maneira possível, traduzindo-se em morosidade da justiça, lentidão dos processos e dos atos judiciais, conforme ora está disposto. Assim, verifica-se que o que deveria ser garantido a todo ser humano como condição digna e justa de um pleno e efetivo acesso à justiça, pautado no Princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisprudencial, não está sendo disponibilizado e assegurado a todo cidadão no ingresso à justiça.

Cappelletti e Garth (1998) explicam que o problema do acesso à justiça traz à tona, a princípio, três questões, as quais consideram vitais para se chegar a uma solução. A primeira diz respeito à possibilidade de igualdade no acesso à justiça a todos que dela precisam, tanto ricos, como os mais necessitados. Na prática, infelizmente é visto que este princípio não corresponde à realidade, pois o indivíduo de maior poder aquisitivo ou maior renda possui maior influência nos tribunais e mais acessos perante à Justiça Estatal, enquanto que os mais necessitados economicamente não possuem o mesmo acesso perante o Juiz para que sejam acolhidas suas pretensões; ora por receio em face da imponência dos tribunais, dos trajes sofisticados e dos discursos elaborados e consistentes; ora também, pela sua própria questão socioeconômica e do alto custo financeiro de uma demanda judicial que envolvem honorários advocatícios, despesas processuais e ônus sucumbenciais. Isso tudo sem fazer-se referência aos rebuscados vocábulos utilizados nos tribunais; dos termos jurídicos sofisticados; e do uso da redação jurídica ornamentada por termos em latim reiteradas vezes, que afastam o entendimento do homem médio dos tribunais, e conseqüentemente, da busca por justiça.

O que os autores reforçam é esse abismo entre as classes sociais em face dos pleitos junto à justiça, devido o aspecto econômico estar diametralmente oposto a esse apropriado acesso e por ser um fator preponderante para que o lesado em seu direito abandone a causa ou nem mesmo venha a pleitear o direito, principalmente se a causa for, em valores pecuniários, menor que as custas processuais. Vê-se, por esse prima, um danoso afastamento da justiça, em um perfeito descumprimento de importante princípio do Direito.

A segunda observação de Cappeletti e Garth (1998) diz respeito à barreira da desigualdade entre as partes, o que fere a prática forense de se ter igualdade entre as lides; isto é, diante de uma hipossuficiência econômica de uma das partes há o impedimento pautado em uma necessária igualdade formal. Assim, pela incapacidade financeira para custear as despesas relacionadas ao acesso à justiça o pretense sujeito vê seu acesso à justiça igualmente afastado.

A terceira e última colocação dos autores citados está ligada à estrutura do Judiciário, pois na sua concepção, uma justiça ideal requer um aparelho judiciário com estrutura física. Discorrem também acerca de uma quantidade razoável de juízes aptos à atenderem toda a população e entendem que assim haverá uma facilidade no desempenho da função jurisdicional. Essa última barreira proposta por Cappeletti e Garth (1998) sobre o acesso à justiça é relativo aos entraves ou imperfeições processuais que impedem soluções rápidas, céleres e eficientes ao conflito, em razão da ausência de efetivos mecanismos legais. Ora, se todo o sistema jurisdicional tem de ser acessível a todos e todas para o cumprimento de um princípio basilar na busca de uma justiça universal, é necessário, portanto, prover uma integração de toda a estrutura do judiciário, para que sejam alcançados os seus verdadeiros destinatários. Essa estrutura abarca, como apregoam os autores: os desembaraços burocráticos, a disponibilidade de acesso, incluindo a tecnologia, além, é claro, de uma linguagem simplificada e acessível a todos e todas, independentemente de classe sociais, econômicas ou culturais.

Segundo a ótica de Bobbio (1996), mais necessário do que definir o conceito de justiça, é solucionar o acesso à justiça para todos que necessitam dela. De fato, não é relevante saber quantos ou quais direitos os indivíduos possuem - tanto em relação a fundamentos quanto à natureza - mas o grande ponto que concerne a toda discussão é o de buscar maneiras que transparecendo segurança, possam, de certa forma, garantir segurança

e proteção jurídica ao ser humano que em qualquer época, necessita daquela. Desta forma, a todos e a todas deve ser assegurado o acesso à justiça; ao direito; e aos tribunais na busca da defesa de seus interesses protegidos por lei e do seu direito, não sendo admitido, portanto, que a justiça seja distante e negada por insuficiência de recursos econômicos.

Uma das soluções que se faz extremamente necessária nesse ponto é a criação de entidades ou órgãos que atendam de forma satisfatória o cidadão com menos recursos financeiros: o hipossuficiente. Por hipossuficiente, portanto, se entende aquele ou aquela a quem falta recursos para se sustentar; que é carente ou que possui privação, escassez ou ausência de recursos.

Para além disso, também é relevante criar mecanismos de solução de conflitos, que vão mais adiante da solução estatal imposta. Logo, diante do cenário de abarrotamento estatal no Judiciário - demandas demasiadamente longas e a falta de celeridade processual - que muitas vezes não resolvem efetivamente a raiz do litígio e são de uma elevada importância econômica, não garantindo acesso a todos e criando um cenário judiciário de privilégios e de desigualdades, inúmeros países vêm utilizando sistemas paralelos à justiça do Estado. Sistemas estes, formalmente estabelecidos pela lei, os quais possuem o condão de substituir a atuação do juiz estatal por um particular: pessoa jurídica, ou pessoa natural.

Uma dessas hipóteses de sistemas substitutos, melhor assim dizendo, a qual é de extrema importância e interesse de abordagem do presente trabalho conforme páginas adiante, é o sistema de resolução de conflitos alternativos da Arbitragem.

A Arbitragem, portanto, é entendida como um meio alternativo ou um instrumento de solução de conflitos que ocorre através de um árbitro eleito em comum acordo entre as partes que facilitará a conciliação proferindo uma sentença arbitral. Pode ser considerado, ainda, um instrumento de heterocomposição em que figura uma terceira ou colegiado, segundo Francisco José Cahali (2013, p. 38) “com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes”.

Para o autor Pires (2006), a Arbitragem é uma forma de conciliação. O autor aduz, ainda, que a modalidade de conciliação é amplamente utilizada no Brasil, onde o próprio juiz, no trâmite processual brasileiro, tem a obrigação de, ao início da audiência, perguntar

se pode haver um acordo entre as partes. Pires (2006, p. 13) também nos situa acerca da mediação, que segundo ele:

“(…) tem como pressuposto a participação de um terceiro indiferente ao conflito que procura, através de suas qualidades e habilidades pessoais, contornar as dificuldades das partes para pôr fim ao conflito que pretendem solucionar”.

Dessa maneira, os meios alternativos de solução de litígios têm sido amplamente recebidos e têm obtido muita aceitação por parte dos países de América e também da Europa. Tais termos como a conciliação tem o fito de apaziguar; pacificar; ou reconciliar as partes litigantes, e pode ser traduzida como uma forma de solução de conflitos em que as partes aceitam a figura de uma terceira pessoa – o(a) conciliador(a) – para fazer o papel de orientação no acordo. A conciliação pode ser entendida como um método utilizado para conflitos simples ou em situações mais delicadas, ou como apregoa o autor Jean-Louis Lascoux (2020), “*une méthode alternative à la resolution des conflits*”, ou seja, um método alternativo para a resolução dos conflitos.

Já o autor Guanter (1993) faz uma análise acerca de modalidades de soluções de litígios extrajudiciais na América Latina e na Espanha, entendendo que, estes meios podem ser utilizados em qualquer momento; tanto no início, como no final do acordo, respeitando-se as especificidades do litígio. E que, certamente, diante da necessidade de moldar as situações de controvérsia, existe a tendência de desencadear uma procura por meios extrajudiciais tradicionais.

Voltando para a visão do autor Cahali (2013), dentro da arbitragem estudada por esse autor destacam-se princípios importantes: o Princípio da Autonomia da Vontade das Partes; em que as próprias partes escolhem o mediador; o Princípio da Imparcialidade do Mediador, em que este serve como um facilitador de todo o processo equilibrando o poder entre as lides; o Princípio da Independência de Vínculos, em que o mediador é independente e imparcial; o Princípio da Confidencialidade, que permeia todo o processo, exceto quando as partes não o queiram desta forma; e o Princípio da Diligência, em que o mediador acolhe as emoções e torna o processo reto e justo.

Já o autor Pires (2006), por sua vez, aduz que é necessária uma conscientização coletiva para o consentimento da arbitragem, até mesmo do Poder Legislativo. Desta forma, a arbitragem necessária é o núcleo de objeto de interesse que iremos discorrer ao longo deste texto, compreendendo sua representação dentro da ordem jurídica portuguesa, que vem cada vez mais sendo reconhecida.

Embora a figura da arbitragem - amplamente difundida - concentre muito defensores, de outro lado, há quem a tenha aversão. A definição desse instituto se refere como alternativo de resolução de litígios, no qual, as partes têm a iniciativa de submeter o conflito à decisão de uma terceira figura, conceituada como árbitro. A afeição por essa modalidade de conflitos alternativos, se dá em razão de haver uma proximidade entre as partes já no momento do pré-procedimento.

Desse modo, sendo nosso núcleo de estudo central a arbitragem necessária, compreendemos que o Judiciário deve em seu atuar, ser como um companheiro que ao lado da arbitragem e das soluções alternativas de conflitos conjuntamente possam garantir o ideal de igualdade e satisfação aos jurisdicionados e à população que escolhendo a arbitragem, submeterão seus processos a árbitros tanto quanto qualificados a juízes togados, a fim de resolver efetivamente litígios.

CAPÍTULO 1 - A MODERNA IDEIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Convém iniciar esse capítulo que se propõe a versar brevemente sobre a moderna ideia de acesso à justiça, ou seja, o que na atualidade significa ingressar na justiça. Ora, há de fazer um resgate prévio sobre alguns princípios do Direito, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant (2007) é atribuída à verificação de que nenhuma pessoa é sujeita à valoração por ser detentora de racionalidade que lhe gera a autoafirmação e a liberdade ampla. Assim sendo, desse conceito de homem transcendental emerge a dignidade e a liberdade que baliza o ordenamento jurídico. O conceito de dignidade humana, porém, como um direito fundamental, aduz um questionamento sobre quem são os titulares dos direitos fundamentais. Se analisado à luz da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ONU, 1948), no seu artigo 1º na redação de que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, verifica-se que os titulares dos direitos fundamentais são os homens – a humanidade – na sua totalidade (homens e mulheres).

O conceito de dignidade humana, conforme Sarlet (2001, p. 29-37), possui origens ainda na Bíblia Sagrada, como um valor intrínseco ao homem, não sendo permitido transformar-se em instrumento ou objeto, pois o ser humano é “imagem e semelhança de Deus”, o que explica a ideia de dignidade através da inviolabilidade ou da retificação do homem – retificação no sentido de o homem tornar-se melhor; em evolução; e não buscar o pecado.

Ainda na Antiguidade, o Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manu, da Índia, encontram-se defesas da dignidade do ser humano e de seus direitos. Assim, esse princípio baliza códigos de conduta, garantindo direitos à humanidade desde tempos remotos.

Em um outro sentido, porém, político-filosófico, a dignidade humana é ligada à posição do homem na sociedade – entendido como seu *status* social, uma vez que a filosofia política abarca uma complexa reflexão filosófica acerca da origem ou mesmo da organização da vida em sociedade, e a partir disso, as variadas implicações que esse

convívio demanda dos indivíduos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana também é considerada como um baluarte e uma premissa da vida em comunidade/ sociedade.

A definição de dignidade humana ainda encontra classificação como uma qualidade ou um atributo que diferencia o homem das demais criaturas da terra, dando-lhe liberdade de construir a sua existência no mundo ou de um ser pensante; capaz.

Rizzatto Nunes (2009, p. 48) sustenta que a “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”. Logo, a dignidade humana mostra-se como uma conquista da razão e do ordenamento jurídico, no que concorda o autor Pietro A. Jésus (2004, p. 244) quando escreve que a “tendência dos ensinamentos constitucionais é no sentido de reconhecer e valorizar o ser humano como base e o topo do direito”.

Todas essas conquistas acerca do Princípio da Dignidade Humana vieram a reboque do pós II Guerra Mundial, em razão da necessidade de instalação de um Estado Democrático, cuja dignidade da pessoa humana fosse um pilar. Assim, a Constituição Italiana, de 1947, imbuída dessa necessidade e sentimento, expressa no seu artigo 3º que “todos cidadãos tem a mesma dignidade sociale são iguais perante a lei”; ao mesmo tempo em que a Constituição Portuguesa, de 1976, traz em seu bojo que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”; enquanto que a Assembleia da ONU, em 1949, assevera que “A dignidade do homem é inatingível. Os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

Outras constituições também apregoaram sobre o valor da dignidade humana, como a Constituição Espanhola dizendo no seu artigo 10 que declara que “ A dignidade da pessoa humana, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos do semelhante constituem o fundamento da ordem política e da paz social”; enquanto que a Constituição Federal Brasileira de 1988, também assevera que a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil, o que importa falar que o Estado existe em razão de todas as pessoas. Desta forma, a dignidade da pessoa humana precede o inciso da própria organização do estado brasileiro.

A constituição alemã, por sua vez, também prescreve nos seus 1º e 2º artigos que:

“A dignidade da pessoa humana é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção. O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça do mundo”.

Desse modo, surgiu importante necessidade de tornar a dignidade humana uma obrigação do Estado, sob a sua proteção, em função da experiência nazista que a Europa vivenciou na Segunda Guerra Mundial.

A dignidade, portanto, é um princípio fundamental que serve de introdução e de base para todos os outros princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. A partir do momento histórico vivido no pós II Guerra Mundial, por conseguinte, tornou-se imprescindível a abordagem constitucional da dignidade da pessoa humana.

O autor Pires (2006) fala da necessidade do direito à proteção do homem nas variadas fases históricas, desde as civilizações antigas até as mais atuais. E aborda que o ser humano conheceu diversas formas de direitos, mas nem sempre verificou o adequado e real direito à proteção, como por exemplo: o homem das cavernas. Pires (2006) faz uma contextualização atual acerca da evolução do direito de se proteger, seja do homem como indivíduo; seja como integrante de um determinado grupo. Abre-se esse exemplo para ilustrar que o Princípio da Dignidade Humana possui como cláusula geral a proteção de pessoa em todas as situações que se fizerem necessárias. O princípio, então, além de se estabelecer como valor fundamental engloba a extensão de quaisquer direitos necessários para o desenvolvimento humano.

Os Estados Liberais Burgueses, aqueles modelos de governos baseados no liberalismo desenvolvido durante o Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, adotaram procedimentos para a resolução de litígios civis que refletiam a individualidade dos direitos. Ocorreu que era colocado o direito de acesso à justiça como um direito puramente formal para a propositura de uma ação ou para a contestação de uma ação. Era um acesso formal e não efetivo e somente poderia ser obtido a quem pudesse custeá-lo. Destarte, o estado fornecia o direito, mas não dispunha a garantir os meios necessários para que efetivamente a sociedade objetivasse o real acesso à justiça. Havia, assim, uma passividade do Estado

em relação aos problemas postos, como asseveram Cappelletti e Garth (1988, p. 9) que seria sua obrigação garantir a solução das lides da sociedade.

Com o passar do tempo, à medida em que as sociedades foram aumentando e se diversificando ocorreu uma maior complexidade nos seus costumes e no seu *modus vivendi*: as ações passaram a assumir um caráter mais coletivo, deixando de lado a visão individual. O Estado liberal, portanto, dada toda essa complexidade nas relações estabelecidas em sociedade passa a ficar retrógrado, e é aberto o espaço para a chegada de um novo estado: o Estado Social de Direito. Essa forma de Estado surge em um momento de preocupação estatal com a realidade social, com a instrumentalização das ações concretas, permitindo, desse modo, não mais um ideal, mas um efetivo acesso à justiça da sociedade.

O Estado Social de Direito é, portanto, quando o poder estatal se mostra o mantenedor das garantias e dos direitos fundamentais dos cidadãos, dentro da perspectiva da segurança do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a professora Di Pietro (2019), consolidou-se após a Segunda Grande Guerra, sendo conhecido, ainda, como Estado do Bem-Estar, Estado Providência e Estado do Desenvolvimento. Conforme aduz Di Pietro (2019), o Estado Social de Direito não se traduz apenas na igualdade entre os homens, como descrito na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (...) “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”, mas também competindo ao Estado a busca dessa igualdade, interferindo na ordem social e econômica no afã de ajudar os mais desfavorecidos. Nessa nova lógica, a preocupação não se estabelecia apenas na liberdade, mas na igualdade também.

Caminhando na linha do tempo, pode-se verificar que a situação de meados do século XIX e início do século XX, com a influência da doutrina filosófica de Karl Marx – muito relevante para a iniciação de conquistas sociais para a humanidade – o Estado passa a atuar de forma mais plena e efetiva, surgindo, assim, uma era de igualdade material. Tal era foi causada por meios estatais favoráveis a garantir aos cidadãos menos favorecidos economicamente o direito de acessar não somente à justiça, mas também, à educação e à saúde. O que importa dizer que aquele modelo do Estado Liberal de igualdade meramente formal já não satisfazia mais o crescimento social e a demanda da sociedade.

Desta forma, embora se tenha a nítida noção de uma evolução ao longo da histórica

no que tange às percepções de igualdade, nota-se ainda que as desigualdes persistem quando o acesso à justiça impõe ao cidadão as custas processuais.

1.4. Obstáculos e fundamentos para o efetivo acesso à justiça.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 20 preconiza o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva em que declara que:

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

De igual forma, o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a inafastabilidade da tutela jurisdicional ou de acesso à justiça, declarando que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta forma, o acesso à justiça se tornou um direito fundamental em que a todos é dado o direito de postulação junto ao Judiciário, sem olvidar, por certo, do respeito aos demais Princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa e do Contraditório, além de todo o arcabouço normativo aplicável.

Assim, tem-se exposto o importante Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional ou Princípio do Acesso à Justiça. Então, analisa-se e pode-se afirmar que se está a tratar do acesso ao Poder Judiciário por meio do processo estatal. Ambas as Cartas Magnas de Portugal e do Brasil versam sobre esse princípio basilar. Entretanto, debruçando-nos sobre o entendimento de acessar a justiça faz-se necessário analisar, conforme declara o estudioso Cappelletti (1988), que possui mais de um propósito jurídico, sendo o primeiro, mas não necessariamente nesta ordem, o meio através do qual o indivíduo

resolve seus conflitos e o outro, por onde este reivindica seus direitos sob a égide do Estado. Ocorre que para o cumprimento de tais desideratos, é necessário o ingresso; o real acesso. Assim, ainda de acordo com Cappelletti (1988) o sistema deve ser igualmente acessível a todos os cidadãos e deve produzir efeitos e resultados que sejam individual e socialmente justos.

É longa a discussão acerca de que para que seja garantida o efetivo acesso à justiça, os litigantes devem estar em paridade de armas, ainda que sempre existam diferenças entre as partes, visto que a igualdade parece inatingível. Necessário estudar tais aspectos e descobrir soluções para combatê-los. A finalidade do processo é que este possa trazer para as lides uma resposta célere, tempestiva e legal ao conflito estabelecido, Novamente Cappelletti (1988) traz luz à reflexão de que existem obstáculos ao efetivo acesso à justiça e que, por vezes, conduzem a uma negação do referido acesso, sendo um deles: o custo do processo.

Atendo-nos a uma verificação histórica, o acesso à justiça se traduziu na evolução dos direitos e garantias fundamentais, em que se percebe que durante o liberalismo burguês o individualismos prevalecia e por esta ótica, o acesso à justiça significava o acesso à proteção dos direitos do indivíduo de propor uma ação ou de se defender judicialmente; enquanto que, na transição para o liberalismo econômico, o acesso à justiça parece ocorrer apenas para quem pode arcar com seus custos: uma igualdade apenas formal.

Ocorre que o Estado tem o dever de assegurar ao indivíduo o acesso à justiça. E como declara Martins (1999) a obrigação de conferir o acesso à justiça não se enquadra apenas na eventualidade de distribuição de uma ação, ou ainda, na manutenção e disponibilidade dos tribunais estatais, mas também abarca uma complexidade de informações normativas dirigidas aos “hipossuficientes jurídicos”, e mais o auxílio na defesa dos interesses desses indivíduos menos favorecidos – economicamente desprotegidos – proporcionando a igualdade de todos, além de uma justiça célere e eficaz, além da promoção da paz social. Nessa parte final, importa citar Theodoro Júnior (1981) que afirma que o processo almeja a paz social, mas não somente ela, também a “justa solução da lide”.

Desse entendimento também compactua Bedaque (1994) quando assevera que o

acesso à justiça ou à ordem jurídica ocorre quando é proporcionada a todos, sem restrições, o direito de requerer a tutela jurisdicional do Estado, com meios constitucionais disponíveis e acessíveis para tal fim. Do contrário, verifica-se uma privação de direito ao devido processo legal/ constitucional, já que o autor alega que o devido processo constitucional é aquele que se molda de acordo com as garantias fundamentais suficientes para torná-lo justo, equitativo e correto.

Para exemplificar com o caso do Brasil, a Constituição Brasileira de 05/10/1988, no inciso LXXIV, do artigo 5º assegura que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, entendido como a condição para os indivíduos vulneráveis economicamente em que o Estado garante os meios necessários para acessar à justiça. Desta forma o Estado tenta ao menos através de um dos Poderes, assegurar a prestação jurisdicional.

Importa analisar que, conforme preconiza Bezerra (2001), não se pode concluir em uma visão míope e reducionista o acesso à justiça como sendo apenas o acesso ao processo em si por meio do Judiciário – relação jurídico-processual – como se tem feito muitas vezes, mas em uma visão mais ampla. O autor declara que o direito como justiça não pode se reduzir apenas ao processo, mas também deve ceder “ao próprio acesso a qualidade de um direito, e de um direito humano e fundamental”. O entendimento de acesso à justiça, portanto, amplia-se para além do Judiciário como direito fundamental atribuído e assegurado à pessoa humana tendo que ser efetivado através de outros direitos previstos nas normas.

Nesse sentido, com a preocupação em analisar as alternativas para a ampliação das formas de acesso à justiça e os entraves postos para a sua efetivação, o presente trabalho se propõe a analisar meios alternativos de solução de conflitos de interesses, fazendo um contraponto entre as normas portuguesas e brasileiras no intuito de apresentar o instituto da Arbitragem como um dos meios de soluções dos conflitos.

1.5. A arbitragem como possível alternativa

É fato percebível em nossa sociedade, a convivência com uma crise da administração da justiça e que a arbitragem, um instituto antes esquecido nas estantes das

bibliotecas de direito, retornou ao dia a dia forense. Importa dizer que diante disso, esse método de resolução de conflitos não deve ser visto apenas como uma medida ansiosa de resposta aos problemas enfrentados pela justiça estatal, mas acima de tudo, como um método válido e eficaz como alternativa, independente da crise ora citada.

Dessa forma, acreditamos em (“uma real revigorar” mude essa expressão) da arbitragem, com iniciativa de utilização deste instituto para além de uma situação de caos de processos, abarrotamento judicial com demandas longas e respostas ao anseio das partes e dos profissionais da justiça. Isto é, não porque enxergamos o instituto arbitral como possível solução à crise judiciária, mas porque é método seguro, útil e idôneo, mesmo que não haja caos nos tribunais.

Pires (2006, p. 40) verifica que há um problema burocrático crônico no sistema judiciário que não é atribuído tão somente ao ordenamento jurídico ou aos juízes, mas de uma mentalidade burocrática e formal que dá (...)

“origem a um cruel sistema que fortifica-se diariamente, ideologia firmada em uma mentalidade formalista e estadista que verifica-se nos mais diversos estratos sociais e, em particular, dentre os que possuem formação jurídica, traduzindo-se em uma tendência a levar ao extremo a noção de ordem pública, obstando, por isso, qualquer tentativa de auto-regulamentação voluntária”.

A aceitação da arbitragem como alternativa de resolução de litígios carecerá de interação mais conectada, pois ao contrário de uma visão leiga, essa troca não consiste apenas em uma alteração de partes entre a figura do juiz e o árbitro. Desta forma, a crise judiciária irá continuar enquanto não forem instrumentalizadas as ferramentas necessárias que garantam ao homem o efetivo acesso à justiça, de maneira que venham a apresentar-lhes sistemas alternativos, em consonância com a melhora do sistema judiciário.

É recomendável que antes da escolha do método da arbitragem as partes analisem profundamente as características do litígio, comprovando que esse instituto é o mais adaptável ao caso e feito isso, compreender qual o método de resolução que melhor responderá às expectativas daquela situação.

O autor Monteiro (2015, p. 21) classifica a Arbitragem como uma perfeita solução no momento em que se está diante de um conflito. Sendo esse instituto cada vez mais reconhecido e com notoriedade, assumindo destaque como escolha. Essa afirmação fica evidenciada, ao analisar as relações comerciais internacionais portuguesas. É o que compreende autora Mariana França Gouveia, em sua obra, Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 34.

O autor Antonio Pedro Pinto Monteiro (2015) ressalta no capítulo que concerne à introdução no tocante à problemática extraído da obra “O Princípio da igualdade das partes e a Constituição do Tribunal Arbitral em Caso de Pluralidade de Partes” (p. 21), destaca seu entendimento acerca do protagonismo na escolha dos meios de resolução alternativa de litígios:

“Essa tendência de crescimento insere-se, aliás, dentro do progressivo desenvolvimento dos meios de resolução alternativa de litígios, o que no nosso país, é hoje um “facto incontestável”. De tal forma que se poderá até falar numa inversão do paradigma da Justiça, na medida em que cada vez mais conflitos se decidem fora dos tribunais estaduais.”

Portanto, para finalizar podemos considerar que a arbitragem como uma possível alternativa de litígios, conforme ressaltam os autores acerca da crescente escolha da sociedade nessa modalidade, tendo em vista a crise da justiça conforme fora citado anteriormente, no abarrotamento das demandas *versus* a vazão e celeridade de julgamento dos processos em contraponto pela garantia de árbitros tanto quanto competentes, que satisfaçam as demandas como juízes estatais, garantindo o Princípio da Igualdade entre as partes, atribuindo a um árbitro o condão de decidir uma lide no afã de sua resolução.

1.6. A *Lex Mercatoria* e o Mercador de Veneza: Uma breve análise Shakesperiana do início da ideia de resolução alternativa de Conflitos

É interessante na análise do instituto da arbitragem e seus desdobramentos, além da contextualização histórica envolvendo a origem do conflito, também avaliarmos antes de propriamente adentrar no tema, a origem de tal instituto. Assim, importa citar a “*Lex*

Mercatoria”, que representou um sistema jurídico criado pelos comerciantes europeus da Idade Média que era aplicado aos próprios comerciantes e aos marinheiros mundo a fora e que viveu até meados do século XVII. Traduziu-se em um direito de costumes, uma vez que não era imposta por uma autoridade estatal, e sim, os seus princípios e regras eram criados pelos mercadores para regulação de suas transações comerciais. A *Lex Mercatoria* era utilizada pelo comércio internacional como um meio alternativo de resolução de conflitos. Pergunta-se: é flagrante lesão democrática aos Estados, na forma em que foi concebida e utilizada?

Optamos por abordar esse tema sob a ótica do autor Gunther Teubner que empreende uma visão do tema da *Lex Mercatoria*, conjuntamente com a Arbitragem Internacional, questionando acerca da questão se uma Corte de Justiça de um país soberano poderia ou até mesmo deveria reconhecer a justiça privada que decorre da *Lex Mercatoria* como sendo legítima de direito positivo a ser aplicável na resolução de conflitos em relações jurídicas internacionais. Os contratos de comércio internacional, no entanto, tendem a não se enquadrarem nas regras estatais positivadas, assim, os conflitos que decorrem dessas relações comerciais internacionais se submetem às regras privadas.

Para conceituarmos essa expressão, é necessário que se faça entender que a *Lex Mercatoria* é um conjunto de normas de costume do mercado comercial. Explicando melhor, são normas informais, que tramitam a partir da prática mercantil e que não são decorrentes da participação essencial do Estado, enquanto figura de “Estado-Legislator”, que emana e cria normas.

Cumpramos analisar a ideia da aplicação dos “usos do comércio”, ou o que se permite compreender como os costumes daquele nicho de mercado e que surge na lógica da iniciação de um comércio um tanto pouco organizado, mas que é entendido na Idade Média, como exemplo dos países: Alemanha, Itália e França. Esses entendidos “usos” decorriam da corriqueira experiência e do exercício prático das atividades de comércio.

Na ausência de normas estatais positivadas que regulassem a atuação dos comerciantes, foram se consolidando práticas costumeiras que, na maioria das vezes, possuíam lastro na confiança e na boa-fé dos seus comerciantes. A concepção da *lex*

mercatoria medieval, portanto, partia sempre do ponto de vista do indivíduo que obtinha o adjetivo ou o *status* de comerciante, e era entendida como uma ordem normativa própria.

À *Lex Mercatoria*, em razão de a mesma refletir os costumes e “usos” citados acima, e dos entendimentos e soluções pacíficas dos conflitos, atribui-se muito do que o direito internacional moderno possui como princípios fundamentais, a saber a escolha das instituições; dos procedimentos arbitrais; dos próprios árbitros e também da lei que será aplicada ao caso concreto; além de ter contribuído para os Códigos Comerciais e Civis do século XIX. Importa citar que em 1919 a Câmara de Comércio Internacional foi estabelecida na França com o intuito de harmonizar as leis nacionais com o comércio internacional, tornando-se uma *Nova Lex Mercatoria*. A Câmara de Comércio Internacional, portanto, é uma organização internacional não governamental que promove e dá assessoria ao comércio internacional, defendendo a economia global frente ao crescimento econômico.

No traçar da linha do tempo, o momento histórico que podemos citar como marcante acerca dessa utilização dos usos e costumes, é a partir das expedições marítimas.

Guilherme Cardoso Leite (2015), ao abordar a relevante expansão do comércio, comandada pela Inglaterra e Holanda, referencia-nos que nesses países, surgiram os fundamentos do “sistema *commom law*”.

“(…) o conjunto de usos denominado *lex mercatoria* ganhou especial relevo, de modo que as práticas foram compiladas para consulta e aplicação às relações comerciais no que se denomina *Law Merchant*”. A utilização de tais normas levava em consideração, além dos usos das feiras medievais, as práticas e os costumes imemoriais do comércio internacional já praticado, que eram assentados em diretrizes autônomas em relação a ordens estatais postas e de eficiência normativa tanto para procedimentos de negociação quanto para a resolução de eventuais conflitos.”

É de muita importância, e o autor Leite (2015) referencia-nos acerca da crise instaurada em decorrência da ineficácia, e também, da insuficiência das norma estatais para a resolução de conflitos, ou mesmo para negociações. Em decorrência disso, fortaleceu-se relações de comércio internacional, pautadas no sistema normativo dos costumes (consuetudinário), e de utilização da prática. Desta forma, com a elevada utilização de

normas costumeiras nas negociações, denominadas de “*lex mercatoria* medievais”, surgiu outra problemática: no tocante à aceitação dos Estados-Membros Soberanos das normas que não eram decorrentes de seu poder emanador legislador.

Com base nisso, Guilherme Cardoso Leite (2015), pondera que, só teria autoridade normativa a norma que fosse derivada do Estado. E conforme essa prerrogativa da normatividade derivada do Poder Estatal, ocorreu um descrédito da *Lex Mercatoria*, pois naquele momento não se visualizava seus critérios de operação de maneira nítida. E percebeu-se outra questão, um enfraquecimento do uso da *lex mercatoria* em razão de a sua utilização ser derivada dos atos comerciais praticados por uma sociedade de mercadores que não obtinham relações sólidas e estruturadas. Assim obtinha-se um verdadeiro direito dos comerciantes desvinculado das normas estatais e enfraquecido por não estar dentro do ordenamento jurídico.

O passo seguinte foi, portanto, iniciar uma nova convenção teórica da *lex mercatoria* no sentido de manter a eficácia normativa. E assim o autor – Leite (2015) – assinala que é importante o destaque da atuação de grandes multinacionais do comércio e mercado internacional, na medida em que realizam negócios com vários países. A expansão da atividade mercantil, além de despertar o interesse, fez com que, a prática da arbitragem internacional fosse difundida, inclusive sofisticando essa modalidade arbitral, tornando-se semelhante a procedimentos judiciais.

Portanto, podemos dizer que as principais características da “*lex mercatoria*”, são, enumerado:

- 1) a fuga dos juízes e legisladores do Estado, em face da grande burocracia que os caracteriza e do não conhecimento de usos, costumes e práticas de comércio internacional, fatores esses, que vão no sentido contrário, às características das operações de comércio internacional,
- 2) a uniformização dos contratos e cláusulas dos principais contratos;
- 3) os usos e costumes internacionais que consagram um verdadeiro direito material (normas de conduta do comércio internacional);
- 4) as decisões emanadas das câmaras arbitrais (jurisprudência arbitral);
- 5) o Princípio da autonomia da vontade.

A autora Maria Helena Diniz (ob. Cit. p. 129), que ensina que:

“A nova lex mercatoria é desvinculada de qualquer ordenamento jurídico estatal, sendo anacional, ou seja, um direito comparativo autônomo, decorrente do comércio internacional. Constitui, tão somente, um conjunto de normas originárias de operações de comércio internacional, ou melhor, de relações econômicas internacionais, que não se submetem a nenhum direito estatal. Trata-se de um direito uniforme regido por normas de origem profissional ou consuetudinárias e por princípios emanados de sentenças prolatadas em juízo arbitral.”

Convém citar a obra de William Shakespeare, a peça intitulada “O Mercador de Veneza”, em que se pode fazer uma relação com a arbitragem, como forma de alcance de justiça em uma decisão. O enredo da peça, que é classificada como sendo uma comédia trágica, escrita entre os anos de 1596 e 1598, possui como personagens principais: Shylock, Antônio, Bassânio e Pórcia. O enredo bastante resumido é que Bassânio pede ajuda – dinheiro emprestado – para Antônio para conquistar a bela e rica herdeira Pórcia e para tal desiderato necessita de três mil ducados para as despesas. Antônio, por sua vez, embora um próspero mercador, está com pouco dinheiro, pois toda a sua frota com mercadorias está no mar, mas promete ser fiador do amigo Bassânio, conseguindo o tal empréstimo procurando o financista judeu chamado Shylock. Ocorre que Shylock odeia Antônio, devido uma ocasião este ter insultado e cuspidado no judeu. Na sequência, o negócio se concretiza. Shylock empresta o dinheiro a Antonio e impoe uma condição para o empréstimo. Caso Antônio não consiga pagar a dívida na data firmada ele deverá receber uma libra da carne de Antônio.

Na data acordada Antônio, que teve seus navios naufragados em alto-mar, não tem como pagar a fiança e Shylock segue a conseguir a prisão de Antônio e a cobrar a sua dívida, levando-o ao tribunal. Bassânio toma conhecimento da história e segue determinado a ajudar o amigo, pagando seu débito com o dinheiro de Pórcia. O tribunal é o do Duque de Veneza, porém lá Shylock recusa a oferta de Bassânio do dobro da quantia devida - seis ducados – pois exige sua libra de carne de Antônio. Ainda que o Duque que preside o tribunal queira salvar Antônio, receia abrir o precedente legal de invalidar um contrato, delegando o caso à personagem chamada de Baltasar – um jovem advogado, que, na verdade, é Pórcia disfarçada e que pede misericórdia a Shylock., o que é imediatamente recusado. Não resta, portanto, solução que não seja a entrega da libra de carne de Antônio a Shylock, entretanto,

nesse momento, Pórcia (disfarçada de jovem doutor da lei) destaca uma falha no tal contrato, alegando que os seus termos concedem permissão a Shylock retirar apenas a carne; e não, o sangue do devedor Antônio, de formas que se Shylock verter uma gota apenas do sangue de Antônio, as suas "terras e bens" seriam confiscados, de acordo com as leis de Veneza.

Desta forma, a ligação com a Arbitragem ocorre na obra ao se analisar os concc atributos da função de árbitro, detectada na personagem do jovem “doutor em direito”: competência; imparcialidade; diligência independência; e discrição ou confidencialidade das decisões. Nesse teatro, faz-se semelhança com os princípios da arbitragem, em que ocorre que as partes da lide atribuem poderes a uma outra pessoa, ou a outras pessoas, para que decidam por elas o objeto do conflito persistente, sob a égide de condição de que decidam de maneira imparcial, diligente, de forma independente, e competente.

Na indigitada peça, pode-se perceber, à luz das regras do ordenamento jurídico, no que tange ao direito contratual, algumas características da “*lex mercatoria*”, como a autonomia da vontade, a boa-fé e a fuga do sistema judicial. Segundo Ferreira (2017), chamou a atenção de Shakespeare a questão social porque também era relevante para a Inglaterra dentro de todo o cenário à época em que se passa a peça, o que se verifica no trecho destacado abaixo (p. 27):

“A questão comercial chamara a atenção de Shakespeare, pois era importante também na Inglaterra. O Bardo presenciou o surgimento da letra de câmbio, dos primeiros bancos e do Direito Mercantil representado na *Lex Mercatoria* e *Ius Mercatorum* (fundado na prática e costumes dos mercadores). Também teve início a arbitragem comercial internacional, influenciando a elaboração de regras mercantis mediterrâneas.

A introdução da moeda como novo personagem central, cercada pelas relações comerciais proporcionou novos dilemas em relação ao mercantilismo e à *Law Merchant*, que sucedeu a antiga *Lex Mercatoria* da Idade Média. À *Common Law* foram incorporadas práticas justas e uma nova forma de interpretação e aplicação legal, principalmente a partir do século XVI, quando o movimento Equity se cristalizaria como parte integrante da lei, dando verdadeiro sentido à expressão “*ex bono et aequo*” ‘.

CAPÍTULO 2 - A ARBITRAGEM

A Arbitragem, segundo Lorencini (2019, p. 49), representa um modo mais informal de solução de conflitos, possuindo natureza adjudicatória. O autor Marco Antonio Garcia Lopes Lorencini (2019, p. 50) ainda compara a Arbitragem com a Mediação dizendo que se por um lado a:

“mediação representa uma forma consensual de resolução de controvérsias, a arbitragem situa-se no outro extremo e consiste em duas ou mais partes que confiam a um terceiro imparcial – uma pessoa ou várias reunidas em um órgão colegiado (painel) – a decisão a respeito de uma controvérsia. Classicamente, ocorre fora da esfera pública, embora seja a maneira que mais se aproxima da forma estatal por também ser adjudicatória.”

O conceito de arbitragem para Carlos Alberto Carmona (1988) é que “Arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada”. Nessa linha veremos primeiramente uma contextualização histórica da arbitragem.

2.4. Resenha histórica

Desde a Antiguidade Clássica já se podia trazer elementos sobre a arbitragem. Ao lembrar dos filósofos gregos pode-se citar Platão quando se referiu: “Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a quem o nome de árbitros convêm mais do que o de juízes”.

Ao longo da história, o período até o momento do surgimento processual do Direito, foi percebido que elementos da conduta social, econômica, cultural e social pautaram não só o comportamento humano, como também deram bases para estabelecer a razão das alterações legislativas em períodos diversos.

É conhecido que, nos primórdios da civilização, foi conhecida uma espécie de poder denominada de “autotutela” – o que seria o “olho por olho e dente por dente” da Lei do Talião – onde os meios para a resolução dos conflitos sociais se traduziam por meio

da força física, prevalecendo, portanto, a vontade do mais forte. Diante da evolução social, da compreensão do homem e da força da razão, foi percebido que a implementação da força física para solucionar litígios não era o meio mais adequado e estava fadado à queda. Essa justiça “do olho por olho e dente por dente” só haveria de possibilitar mais conflitos, mais guerras e ainda mais situações de caos social.

A partir disso, com o passar dos períodos, verificou-se que a decisão dessas situações conflituosas deveriam ser entregues ou a uma só pessoa ou a mais indivíduos, denominados pelo termo “árbitro(s)” – porém, importa dizer, aquela pessoa ou aqueles indivíduos seriam escolhidos pelos litigantes.

Contudo, a arbitragem é um instituto muito antigo. Surge junto com a humanidade – praticamente na Mesopotâmia – cerca de 3.000 anos antes de Cristo já se tinha informações sobre arbitragem como um meio pacífico de solução das contendas internacionais, a partir do rei Kish Mesilim que decidiu um “diferendo fronteiriço” naquela região, conforme ensina Silva (2014). Desta forma, a arbitragem já se fazia presente na área do direito privado.

Ainda na Antiguidade, na época romana, encontram-se raízes desse instituto. Importa destacar que a legislação do *digesto*, naquele momento, a arbitragem encontrou muito reconhecimento e conheceu sua forma impositiva ou obrigatória, por determinação do Estado e também a forma facultativa.

Para uma melhor compreensão, o *digesto*, expressão do latim que tem como significado “pôr em ordem”, é uma compilação de fragmentos de jurisconsultos clássicos. Possui escrita no grego e em latim, e é considerada a obra mais completa que a Codificação Justinianéia possui, o que convém dizer que obteve grandes dificuldades na sua elaboração.

Segundo Silva (2014), a doutrina afirma que já existiam procedimentos pacíficos como a arbitragem e a mediação nos conflitos envolvendo as tribos primitivas. Existia, ainda, na Grécia antiga árbitros supremos para mediar os litígios entre as cidades helênicas nos Conselhos dos anfitriões – ainda que tivessem finalidades religiosas, este agia com influência política para resolução dos problemas. De igual forma, conta o autor, agiam: o Papa durante a Idade Média solucionando conflitos entre os Estados; e os senhores feudais

quando recebiam a função de árbitros de seus vassallos.

Gilissen (1995), por sua vez, faz uma análise bíblica do momento da Igreja na Idade Média, também, afirmando que o poder jurisdicional da Igreja medieval conheceu duas origens: a disciplinar e origem arbitral, que perdurou até o século XVI. Desta forma, o Clero exerceu a arbitragem na solução de contendas.

Caminhando na linha do tempo pode-se verificar que com o surgimento dos Estados modernos, como alega Silva (2014), a arbitragem ficou esquecida, relegada a um segundo plano, em razão da preocupação desses Estados com a sua soberania e por não aceitarem o julgamento ou a submissão de terceiros que não eles próprios. O autor relata que a arbitragem renasce, ainda que não tenha sido esquecida de todo nesse interregno temporal muito depois no cenário internacional: a partir do século XVIII.

Pode-se citar o Tratado Jay ou *Jay Treaty*, que foi um acordo assinado no ano de 1794 (século XVIII) entre a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América com o intuito de evitar a guerra e solucionar litígios entre as duas nações no período após a guerra revolucionária americana, garantindo, apesar dos percalços e insatisfações por parte dos americanos, o comércio pacífico e lucrativo entre os dois países. Esse tratado, segundo Silva (2014) marcou historicamente o retorno da arbitragem como um meio de solução de conflitos entre os Estados.

Por meio desse tratado: demarcação de fronteiras; diferenças comerciais; dentre outras cláusulas, derivadas da recente independência dos Estados Unidos da América, estavam dispostas e submetidas a uma comissão arbitral mista com competência para decidir e obrigar cumprimento das partes, e que funcionou, segundo Silva (2014) até 1831, com resultados bastante positivos.

Já em 1871, ainda nos estudos de Silva (2014), na segunda metade do século XIX o Tratado de Washington foi promulgado nos Estados Unidos tendo em seu bojo a formação do tribunal arbitral, composto por 5 (cinco) árbitros, sendo 3 (três) de nacionalidades diferentes da cidadania dos Estados envolvidos no litígio; além de descrever que o objeto da arbitragem deveria ser julgado somente consoante as fontes do direito internacional. O autor descreve que São Salvador e Colômbia firmaram o primeiro tratado

internacional de arbitragem permanente em 1880. O Brasil também participou nesse século XIX como árbitro em diversas arbitragens internacionais, como cita Silva (2014), e segundo Bacellar (2012), em 1850, o Código Comercial brasileiro instituiu o juízo arbitral que para determinadas causas era obrigatório.

Mais adiante ainda, verificamos na Constituição Portuguesa que em 1822 recepciona o instituto da Arbitragem, conforme o seu artigo 194. Paralelamente, o Código Comercial Francês de 1807 institui o juízo arbitral necessário – cogente, forçado ou obrigatório – no seu artigo 20, para causas específicas, como por exemplo, as causas que envolvem os sócios das sociedades comerciais por razão de partilha ou liquidação, ou em função de sua própria existência.

2.5. Conceito e Noções iniciais sobre a arbitragem

A arbitragem, basicamente, é um método de resolução de litígios, em que as partes determinam um árbitro (seja uma pessoa ou uma entidade) para solução da contenda. Desta forma, convém trazer à tona o que a professora Selma Lemes (2009) escreve de forma simplificada o que na sua visão é esse importante instituto:

“(...) faz-se necessário advertir que o treinamento recebido para os embates forenses, as ferramentas processuais utilizadas, entre elas, os infindáveis recursos processuais não se coadunam com a prática arbitral. O profissional do direito que desejar atuar em arbitragem, como já mencionamos em trabalhos pregressos, deve deixar a armadura de gladiador para o foro e utilizar a vestimenta de cavalheiro do século XXI. Este profissional deve, preponderantemente, focar a negociação e a pacificação do litígio. Compete ao profissional um papel de colaboração efetiva na obtenção da rápida solução da demanda arbitral. Enfim, não se afeiçoa à prática arbitral o advogado extremamente beligerante; este, logo perceberá que está em descompasso com o ambiente arbitral, que prima pelo diálogo e consenso constantes.

A linguagem arbitral é direta e objetiva, não se presta a exageros e redundâncias, que tanto cansam os juízes.³ Até na nomenclatura utilizada verifica-se a ausência do antagonismo das lições forenses, pois a lei manda esta mensagem implícita ao estabelecer que no processo arbitral há “partes” e não “autor/réu”. Como não há o desgaste que se verifica no processo judicial, as partes, muitas vezes, continuam a entabular negócios, o que é praticamente impossível depois de uma contenda judicial. (Selma Lemes,

A arbitragem é uma forma renovada de prestação jurisdicional e a busca por esse instituto se faz presente em razão de um problema: um litígio, um conflito ou uma contenda. Todavia, nem todos os conflitos existentes na sociedade despertam atenção da arbitragem, porque alguns fogem do foco do desempenho e de atuação arbitral. Existe, porém, uma zona comum de atuação situada entre o objeto estatal e o arbitral. Faz-se por perceber que o ponto de interesse da arbitragem é o mesmo que o da justiça estatal, à medida que existe um conflito de interesses – podendo, em alguns casos convergirem; podendo, também persistirem as diferenças entre os sistemas.

Assim, quando se inicia o tal conflito de interesses jurídico entre duas ou mais partes, e estas mostram-se insuficientes ou incapazes de sozinhas solucionarem o problema, a arbitragem surge como uma possibilidade viável para resolver o litígio. Pires (2006) cita duas formas de se alcançar o procedimento arbitral: a autocomposição, em que os interessados resolvem suas pendências; e a heterocomposição, que ocorre quando não se alcança a primeira modalidade. Essa última não é nada mais do que a determinação por um terceiro de um órgão ou uma pessoa suprapartes, ou seja, pessoa determinada pelas partes, que irá solucionar o conflito, de maneira neutra.

Desta forma, terminado o litígio, seja pela autocomposição, seja pela heterocomposição, o Poder Estatal reconhece com força de lei a decisão proferida, equiparando a decisão à sentença judicial, cabendo, portanto, à decisão arbitral uma sede de natureza jurídica de sentença, isto é, de uma solução prolatada por uma autoridade a quaisquer questões submetidas à sua jurisdição, o que induz declarar que já há coisa julgada entre os litigantes. Dessa forma, a arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos através de particulares, que podem ser indivíduos ou individualizados; ou mesmo através de um órgão, em que as decisões serão reconhecidas pelo Estado. Nesse sentido há uma outorga concedida pelo Estado de sua força coercitiva e que possui o condão de alcançar os mesmos efeitos da coisa julgada.

A American Arbitration Association (AAA), estabelecida desde 1996, e que é uma organização para a resolução alternativa de conflitos e disputas, sem fins lucrativos,

prestando serviços a indivíduos e organizações que necessitam solucionar conflitos extrajudiciais e administra os procedimentos acerca de arbitragem, enxerga a arbitragem como um instituto com menos rigor formal comparado ao judiciário. A AAA possui como premissa oferecer uma competição relacionada a um indivíduo ou mais, sempre imparciais, que possuem o objetivo de obter uma imposição finalística e necessária.

“Arbitration is submission of a dispute to one or more impartial persons for a final and binding decision. The arbitrators may be attorneys or business persons with expertise in a particular field”.

“Arbitragem é a submissão de uma disputa para uma ou mais pessoas imparciais para uma decisão final e vinculativa. Os árbitros podem ser advogados ou profissionais de negócios com experiência em um campo específico. (tradução livre da autora).

De igual forma a visão do legislador espanhol é de que é pelo caminho da via arbitral que as pessoas naturais ou jurídicas alcançam a possibilidade de inserir suas lides, seu pleitos, ou que já surgiram ou que estão por ocorrer, à sentença de um ou mais árbitros. Desta forma, traduzindo livremente o que está posto na norma espanhola é que mediante a arbitragem, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas podem submeter, prévio convênio, à decisão de um ou de vários árbitros as questões litigiosas, ocorridas ou que podem surgir, em matérias de livre disposição conforme o direito”. (*“Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de libre disposición conforme a derecho.”*)”

Importa trazer uma visão ainda da literatura espanhola em um trecho de artigo publicado na revista nº 83 de Direito Processual, no artigo intitulado *“El arbitraje comercial como forma de dirimir conflictos extrajudiciales”* de 01 de dezembro de 2010 em que coloca a arbitragem no contexto do mundo globalizado atual quando declara que:

“A arbitraje como medio de solución de conflictos cuenta con características muy especiales, que permiten su actual identificación como herramienta adecuada de solución de controversias, garantizando en el largo plazo su adaptabilidad al profuso contexto global contemporáneo e influyendo en los más variados espacios jurídicos domésticos. En esencia, porque el arbitraje tiende a

integrar transversalmente los sistemas jurídicos locales y se basa en principios universales, que se caracterizan por su orientación pragmática para solucionar diversos conflictos. Esta tendencia integradora del arbitraje como institución jurídica autónoma se ha reforzado con la globalización.” (trecho do texto original da Revista nº 83, de Direito Processual, artigo intitulado: “*El arbitraje comercial como forma de dirimir conflictos extrajudiciales*”, de 01/12/2010, disponível no sítio da internet: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/el-arbitraje-comercial-como-forma-de-dirimir-conflictos-extrajudiciales/>)

“A arbitragem como meio de solução de conflitos conta com características muito especiais, que permitem sua atual identificação como ferramenta adequada de solução de controvérsias, garantindo no longo prazo sua adaptação ao abundante contexto global contemporâneo e influenciando nos mais variados espaços jurídicos nacionais. Em essência, porque a arbitragem tende a integrar transversalmente os sistemas jurídicos locais e se baseia em princípios universais, que se caracterizam pela sua orientação pragmática para solucionar diversos conflitos. Esta tendência integradora da arbitragem como instituição jurídica autónoma foi reforçada com a globalização.” (tradução livre da autora)

O Autor Antonio Pedro Pinto Monteiro (2015), por sua vez, em sua dissertação intitulada: “O princípio da Igualdade das Partes e A Constituição do Tribunal Arbitral em Caso de Pluralidade de Partes”, na página 31, destaca que ao falarmos de arbitragem é indiscutível mencionar o princípio da igualdade das partes, mencionando ser este princípio, como um código, que deve ser sempre observado em todo o processo da arbitragem, inclusive não tocante apenas às partes, mas tal princípio deve permear também a constituição do tribunal, dizendo o autor: “um princípio que, no fundo, exige que todas as partes do processo tenham direito a participar na constituição do tribunal arbitral – participação esta que, em regra, se traduz na emissão de uma declaração de nomeação”. Entretanto, quando se trata de pluralidade de partes, aduz o autor, pode-se verificar maior dificuldades em estabelecer e “o respeito pela igualdade das partes parece ser mais difícil de assegurar”.

Trazendo uma comparação, como declara Carla Gonçalves Borges (2007, p.109), nos Tribunais Estaduais as partes gozam de um certo protagonismo ao nomearem seus juízes, o que concorda o autor Paulo Otero (2010, pp. 419 e 420). Monteiro (2015) reforça

que em razão da origem contratual e de natureza privada a arbitragem se traduz em especificidades próprias que a diversificam da justiça estadual, por exemplo.

Monteiro (2015, p. 32) ainda põe foco nos seus estudos acerca de uma importante característica da escolha de partes no instituto da arbitragem ao afirmar que existe, corroborado pelos autores Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos (1986, p. 383 :

“(…) a possibilidade de escolher pessoas que se revelem mais aptas para decidirem o litígio e tenham maior sensibilidade em relação aos interesses das partes, nomeadamente pessoas com especiais qualificações e conhecimentos técnicos sobre a matéria controvertida ou com uma experiência pessoal e profissional próxima das partes; facto que contribui que a arbitragem seja vista, muitas vezes como uma justiça “mais adequada” e “especializada”). Essa foi uma compreensão dos autores Maria Ângela Bento Soares/ Rui Manuel Moura Ramos, *Contratos Internacionais*, cit. P. 321, Além de, Luís de Lima Pinheiro, em sua obra “Arbitragem Transnacional, cit. P. 25 e José Miguel Júdice, “A constituição do tribunal arbitra: características, perfis e poderes dos árbitros”, in II Congresso do CAC- Intervenções. Almedina, Coimbra, 2009, pp. 111 e 112.

Contrariamente ao que ocorre na Justiça Estadual, onde prevalece o princípio do juiz natural, no instituto da arbitragem, as partes assumem um papel relevante no momento da designação dos tribunal e na nomeação dos árbitros.

Ao abordarmos a conceituação de um instituto, é necessário que se analise a sua natureza jurídica, para uma melhor perspectiva do mesmo. Ao definir-se o instituto da Arbitragem, destarte, é importante abordar acerca da chamada natureza jurídica do referido instituto. E a respeito da natureza jurídica da arbitragem, citamos o autor Carlos Alberto Carmona (1988, p. 304), que menciona haver muita polêmica na abordagem desse aspecto, afirmando que existem duas vertentes: a primeira, que consiste na posição dos doutrinadores que defendem a natureza jurídica da arbitragem apenas sob o prima do contrato; o âmbito contratual; e a segunda vertente, que se classifica pelo analisar daqueles que entendem ser o instituto da arbitragem devirado de uma convenção, que alega que o poder concedido ao árbitro é realizado pelas partes, atribuindo, por isso, à figura do árbitro, uma espécie de “mandatário comum das partes”. Estes também consideram a decisão proferida pelo árbitro

como um procedimento assinalado pelo contraditório e que através desse atributo é possível a garantia de uma maior imparcialidade.

A conclusão dessa ideia da natureza jurídica da arbitragem, é trazida também pelos autores José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista (1986, p.20/21):

“Mas o laudo arbitral não é um ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da Lei e não da vontade das partes. Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios.”

A autora Selma Lemes, que é membro da Comissão Relatora de Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem de 1992 no Brasil, manifesta seu entendimento que acerca da natureza jurídica da arbitragem, em “Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado” disponível na internet no sítio http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf, página 12, que se pode classificá-la, de melhor forma, como híbrida. Havendo duas fases: a primeira contratual e a outra jurisdicional. E permite invocar os princípios jurídicos e basilares do processo e trâmite judicial. No entanto, não se esgota nesse tópico as noções e particularidades da arbitragem tendo mais oportunidade de verificar-se mais adiante.

2.6. O Princípio da Igualdade das Partes na Arbitragem

Importante analisar o Princípio da Igualdade das Partes aplicado no caso específico da Arbitragem. O autor Antonio Pedro Pinto Monteiro (2015), destaca a importância deste princípio como sendo imprescindível e basilar para garantia da equidade de um processo justo (p. 114). O autor reforça que:

“De seguida, constatámos o lugar proeminente que a igualdade possui na CRP, igualdade esta que está consagrada, como princípio geral, no artigo 13.º, n.º 1, e assume um sentido predominantemente material ou substancial (em consonância com a célebre máxima tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual).

Vimos, ainda, as duas proibições e a obrigação em que a igualdade se desdobra: proibição de arbítrio, proibição de discriminação e obrigação de diferenciação (aqui se incluindo as discriminações positivas, embora sujeitas aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade).

Merece destaque nesse aspecto, as observações pertinentes dos autores Matti S. Kurkela/Santtu Turune (2008, p. 153) que convergem o entendimento de que o mencionado princípio da igualdade das partes atribui à arbitragem o chamado “*due process*” (devido processo legal) já que este atributo confere que nenhum ato praticado por autoridade para que seja válido, completo e eficaz deve seguir os ditames estabelecidos em lei, princípio originário da *Magna Charta Libertatum* ou Magna Carta assinada pelo rei João Sem Terra, em 1215, na Inglaterra, como um primeiro limitador dos poderes do Estado. Com maior acuidade, não se pode falar de um processo equitativo sem o respeito ao referido princípio, pelo entendimento dos supracitados autores.

A compreensão brasileira no assunto, destacada importantemente pela autora Selma Ferreira Lemes (2014, pp. 225 e ss), de igual forma, também compreende que o mencionado princípio assume uma enorme importância, devendo ser adotado quando o assunto é arbitragem, por certo.

Destaco como muito relevante os motivos que apontados pelo autor Antonio Pedro Pinto Monteiro (2015, p.130) acerca do princípio da igualdade que se baseia em outros preceitos da Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa, a LAV, lei n.º Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, e ainda, das razões indubitáveis para que no instante pertinente à constituição do tribunal arbitral (em especial, na designação dos árbitros) a cogência de obedecer ao princípio da igualdade das partes, a saber:

“A necessidade de a constituição do tribunal arbitral e, em concreto, o processo de nomeação de árbitros, respeitarem o princípio da igualdade das partes é algo que se evidencia ainda, expressamente, noutros preceitos da LAV. Referimo-nos ao n.º 3 do artigo 10.º, bem como aos n.os 6 e 7 do artigo 36.º da LAV. No primeiro caso, prevê-se que se o tribunal arbitral for composto por três ou mais árbitros, “cada parte deve designar igual número de árbitros” (sendo o árbitro presidente escolhido pelos coárbitros indicados) 409 . Por sua vez, no que se refere aos n.os 6 e 7 do artigo 36.º da LAV, estabelece-se, no n.º 6, que a intervenção de terceiros – antes da constituição do tribunal arbitral – tem de assegurar “a

observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes, incluindo os membros de partes plurais, na escolha dos árbitros”; já o n.º 7 dispõe que a possibilidade de as partes regularem, directamente, a intervenção de terceiros, de modo diferente do previsto na LAV, implica a “observância do princípio da igualdade de participação de todas as partes na escolha dos árbitros”. Em todos estes casos, fica evidente a preponderância que **o princípio da igualdade das partes tem no momento da nomeação de árbitros.** (grifei)

Sobre a escolha do árbitro, pode-se evidenciar com embasamento nas obras de Mariana França Gouveia, (2019, p. 199) e Manuel Pereira Barrocas (2019), alinhados ao autor Nuno Ferreira Lousa (2012, pp.15 e ss) e, ainda, aos escritores Stephen R. Bond e Abby Cohen Smutny (2012, p. 102), que reforçam o entendimento de que a primeira razão é acerca da escolha do árbitro considerada como prioridade na modalidade da arbitragem.

Conforme salientam Agostinho Pereira de Miranda (2013) e também Selma Ferreira Lemes (2017), a figura do árbitro é tida como a de um “elemento basilar”. Para o papel do árbitro o sujeito necessita imparcialidade e independência, para o fim de garantir uma sentença arbitral justa. Nas palavras de Selma Lemes (2017, p. 1) no indigitado artigo:

“O árbitro representa a pedra angular da arbitragem e a ele as partes confiam a solução justa e equânime do litígio.¹ Para poder atuar como árbitro a pessoa indicada deve ser independente e imparcial. A exigência de independência e imparcialidade constitui a garantia de um julgamento justo e é o baluarte de uma justiça honesta. Destarte, representa interesse de toda a sociedade velar pela existência da justiça sem máculas, como garantia da harmonização pacífica e justa de conflitos.” (disponível na internet no sítio: <http://genjuridico.com.br/2017/11/06/independencia-imparcialidade-arbitro/>)

Autores internacionais reiteram um ponto que merece a nossa atenção. Trata-se a respeito da afirmativa de que o valor da arbitragem coloca-se a partir do valor do árbitro. Essa é a compreensão do autor Pierre Lalive (1991). Nesse mesmo sentido, corrobora do entendimento o autor José Miguel Júdece (2013, p. 141), e ainda, Agostinho Pereira de Miranda (2013). Desta forma, pode-se concluir que o árbitro é peça fundamental para a valoração do instituto da arbitragem, sendo ator principal e legítimo para a validade da questão.

Voltando ainda sobre a adoção do princípio da igualdade das partes, cumpre analisar o que a autora Mariana França Gouveia (2019) discorre. A autora se debruça sobre o momento da escolha do árbitro no instituto da arbitragem versus o que ocorre na justiça estadual, em que é utilizado o princípio do juiz natural, como foi dito alhures. A escritora explica que em razão da não aplicação do referido princípio do juiz natural sustentado pelos tribunais estaduais, alguns problemas são sentidos na utilização da arbitragem, problemas esses, que na justiça estadual não ocorrem. Dito de outra forma, os tribunais estaduais não aplicam o princípio da igualdade das partes no instante da constituição do tribunal, pois aplica-se o princípio do juiz natural. É uma forma de ver. De volta à questão da relevância do princípio do juiz natural, no tocante aos tribunais estaduais, ainda que essa não seja o enfoque deste trabalho, importa citar a consagração do Artigo 32, nº 9, da Constituição da República Portuguesa (CRP), que estabelece que: “nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior”, como aduz o autor Figueireiro Dias ao retratar essa discussão, em “Sobre o sentido do princípio jurídico constitucional do juiz natural” *apud* “O princípio do juiz natural e a nova organização jurídica”, de Miguel Nogueira Brito (2013). Como alega Brito no Julgar – nº 20 (2013, p. 21),

“O princípio do juiz natural recebeu já amplo tratamento na jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional. Assim, no Acórdão n.º 393/89 afirmou-se ter este princípio a ver «com a independência dos tribunais perante o poder político. O que ele proíbe é a criação (ou a determinação) de uma competência “ad hoc” (de exceção) de um certo tribunal para uma certa causa. O princípio proíbe, em suma, os tribunais ad hoc».”

Acerca de um olhar constitucional sobre o princípio do juiz natural, importa trazer a visão do grande constitucionalista português, J.J. Gomes Canotilho (2007, p. 287), conjuntamente com Vital Moreira, na obra, “Constituição Portuguesa Anotada, vol. II, cit. que nos traz “a ideia de o princípio do juiz natural, na sua essência, aduz, por assim dizer na “predeterminação do tribunal” que é competente para resolver dada demanda. E que esta “predeterminação” possui critérios objetivos e abstractos. ”

2.3.1. Princípios Jurídicos Fundamentais do Procedimento Arbitral

Não se pode olvidar em nenhum momento dos princípios que balizam a atuação

dos operadores do Direito e isso não pode se quedar faltante no presente trabalho. Desta forma, convém conceituarmos. Como ensina o professor Celso Antonio Bandeira de Mello (2004, p. 451) o conceito de princípio é um:

“(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”

Canotilho (2002), porém, confere um aspecto mais abstrato aos princípios ao falar que se comparado às normas, aqueles necessitam de ponderação em sua aplicabilidade, uma vez que regras postas no ordenamento jurídico possuem conteúdo definido, delimitado. Contudo, os princípios, funcionando como fontes do Direito, se posicionam de forma hierárquica superior às normas, constituindo-se como estruturas do sistema jurídico.

Feita essa análise, passamos a ver os princípios dentro do contexto da arbitragem. A lei portuguesa sobre arbitragem, no inciso 1 do seu artigo 30 preconiza que “o processo arbitral deve sempre respeitar os seguintes princípios fundamentais:” e enumera nas alíneas a até c que “o demandado é citado para se defender”, no que se verifica importante princípio do Direito; que as “partes são tratadas com igualdade e dever ser-lhes dada uma oportunidade razoável de fazerem valer os seus direitos”, antes que seja prolatada a sentença final, determinando formas que podem ser por escrito ou de forma oral; e ainda, declara que “em todas as fases do processo é garantida a observância do princípio do contraditório.

Nesta análise compartilha do mesmo entendimento Selma Lemes (1992) acerca do acolhimento dos princípios a serem observados pela arbitragem em Portugal, como: Princípio da Igualdade das Partes; Princípio do Contraditório, por exemplo.

No contexto brasileiro, a título comparativo, observa-se também alguns aspectos relevantes acerca da aplicação dos princípios no procedimento arbitral, podendo-se enumerar ao menos três princípios fundamentais: o princípio da igualdade de partes, já citado anteriormente; o princípio do contraditório, de igual forma; e ainda, o princípio da imparcialidade do árbitro; além do princípio da livre convicção do árbitro e o princípio da

autonomia da vontade. Todos esses princípios balizam e permeiam o processo arbitral. Desse modo, vamos à análise de cada um deles na sequência.

2.3.1.1. Princípio do Contraditório e da Igualdade das Partes

A respeito do princípio do Contraditório, quando se trata do trâmite da arbitragem, cumpre ressaltar que a compreensão de Selma Lemes (1992, p. 24) é no sentido de realização de uma análise de comparação do mencionado princípio ao princípio da igualdade de partes, que se faz necessária abordar nesse trabalho.

O contraditório – ou o "*audiatur et altera pars*" – (ouçamos também a outra parte), preceito do direito romano, se equipara ao princípio da audiência bilateral, ou seja, o árbitro não poderá proferir sua sentença sem ter ouvido a outra parte. Equivale dizer que a todas as partes deve ser dado o direito de oitiva e de manifestação com igualdade de oportunidades no decorrer do processo, seja quanto à juntada de documentos ou de provas.

Podemos compreender que o contraditório no procedimento arbitral se desenvolve no seguinte sentido: o árbitro não pode ser arbitrário em sua decisão, pois isso implicaria dizer que haveria uma equivalência de poderes entre as partes, ou seja, uma igualdade de oportunidades para suas manifestações dentro do mesmo processo.

Silvia Lemes (1992) ao analisar esses institutos lembra Moacyr Amaral Santos (1990), grande processualista brasileiro, que deixou imenso legado, defendia a mesma posição de que o princípio do contraditório e o da igualdade de partes, na verdade, são como uma complementação um do outro, no processo. O processualista brasileiro, em sua obra “Primeiras linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 77.”. De acordo com a sua compreensão o processo civil brasileiro desenvolve-se em um emaranhado de ação, ora de ataque, ora de contra-ataques e defesa. Com essas oportunidades dadas às partes é que se pode verificar o tratamento de igualdade, no afã de obtenção da resolução de direito e deveres processuais, dentro de seus respectivos papéis no bojo do processo.

Em resumo, pode-se dizer, conforme apregoam Antonio Carlos Araújo Cintra; Ada

Pellegrini Grinover e Candido R. Dinamarco (1974, p. 27) que “o princípio do contraditório se subdivide em dois elementos: i) possibilidade de reação; ii) informação”.

Carlos Lopes do Rêgo (2016, p. 95) entende que o contraditório é um “exercício efectivo do direito de defesa pelo demandado”, sendo a definição do acesso à justiça, e que permite-nos dizer que existe uma compreensão e que envolve: a citação prévia do demandado; a garantia de um processo efectivo e seguro por parte do réu; e a possibilidade de existir meios processuais seguros, que garantem um exercício pleno dos direitos de defesa. Desta forma, verifica-se que ambos os princípios – do contraditório e da igualdade das partes – pode-se dizer, que caminham juntos; *pari passu*, dentro do processo arbitral.

2.3.1.2. Princípio da Imparcialidade do Árbitro

Sobre o Princípio da Imparcialidade do Árbitro, Selma Lemes Ferreira (1992, p. 16) conceitua a imparcialidade do árbitro como um “pressuposto” para que haja validade no procedimento da arbitragem. Não causa nenhuma estranheza pensar desta forma, do contrário, se parcial fosse a posição do árbitro nenhuma justiça estaria sendo feita, mas vejamos senão de que maneira isso ocorre. O árbitro equipara-se ao juiz no procedimento arbitral, posicionando-se perante as partes, porém, acima delas, no momento de tomar as decisões e prolatar a sentença.

A própria lei de arbitragem traz em seu bojo que o árbitro, no desempenho de sua função, deve proceder com imparcialidade, dentre outros atributos, como: diligência, discricção, independência e competência. Embora a jurisdição arbitral seja imbuída de boa dose de autonomia diante do Estado, a sentença prolatada pelo árbitro produz os mesmos efeitos que as sentenças proferidas por magistrados e, muito importante, é autônoma, não sujeita à homologação do judiciário.

Entretanto, cumpre abrir um parêntesis para expor que pode haver alguma ligação, seja por censura ou por cooperação, envolvendo o Poder Judiciário, quando caberá a um juiz togado – magistrado – apreciar alguma decisão arbitral “portadora de constrição sobre pessoas e bens assim como a possibilidade de anulação da sentença arbitral quando portadora de algum dos vícios tipificados em lei (LA, arts. 32 e 33)”, como asseveram

Cintra, Grinover e Dinamarco, 2015).

“Somente a instauração do juízo arbitral subtraído de influências entranhas pode garantir um julgamento justo; somente através da garantia de um **árbitro imparcial**, o procedimento arbitral pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para solução da questão controvertida. ” (CINTRA, Antonio Carlos Araujo, coordenação de Ada P. GRINOVER, Candido R. DINAMARCO. “Teoria Geral do Processo”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, p. 24/25.) (grifei)

Com base nas explicações acima conclui-se que apenas com a instauração de um árbitro isento e imparcial é que se poderá garantir um julgamento justo, representando, pois a arbitragem para além de uma técnica, mas de uma real solução de conflitos estabelecidos.

2.3.1.3.Princípio da Livre Convicção do Árbitro

A advogada e Membro da Comissão Relatora do Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem no Brasil, Selma Lemes Ferreira (1992, p.32) destaca no capítulo referente aos Princípios Fundamentais à Teoria da Garantia do Procedimento Arbitral, que o “Princípio da Livre Convicção do Árbitro” remete ao sentido de que ao árbitro é cabível opinar pela liberdade de suas convicções a respeito da verdade material trazida pelo procedimento da arbitragem. Através das provas que são produzidas, o árbitro possui conduta livre, tanto na sua análise, quanto na argumentação trazida ao Tribunal Arbitral por ambas as partes.

A autora declara que ao árbitro cabe a formação de sua espontânea e livre convicção diante da “verdade apurada no procedimento arbitral” e, desta forma, sua conduta adentra a apreciação de provas e argumentos proferidos no tribunal, além de solicitar, oportunamente, outras provas se assim achar conveniente e oportuno.

Importa ressaltar uma análise em que se possa verificar o princípio do livre convencimento motivado do juiz que significa que este não se atém apenas ao formalismo da lei (verdade legal), mas que apoia suas decisões nas provas dos autos e nos argumentos prolatados pelas partes, considerando o seu convencimento e a livre convicção pessoal motivada, levando em conta, é claro, as delimitações normativas, motivando, assim, as suas

decisões, como se pode verificar no artigo nº 371 do Código de Processo Civil brasileiro (a lei nº 13.105/2015) quando peconiza que “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.”

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) declaram que no Brasil também se adota o princípio da persuasão racional em que o juiz não fica desvinculado dos elementos presentes nos autos do processo (das provas), pois como a máxima em latim apregoa *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo), *entretanto não se atém aos critérios legais postos a princípio, profere sua decisão avaliando critérios racionais e de acordo com o seu próprio convencimento.*

Nesse sentido, faz-se importante o destaque do Professor Moacyr Amaral Santos (1990, p. 364) que explica acerca da diferenciação entre “liberdade de convencimento” e “convencimento arbitrário”. Santos (1990) entende que são dois conceitos diversos; não equivalentes e que não devem ser confundidos. O professor analisa o artigo 371 do Código de Processo Civil (CPC) brasileiro (lei nº 13.105/2015), antigo artigo nº131 do antigo manual do CPC brasileiro, que em sua redação, como citado acima, nos fala que: “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”, dizendo o autos que o árbitro também deve ter atenção às regras legais existentes em nosso ordenamento jurídico, e não somente ser guiado pelo seu juízo de convencimento.

Cremades (2988, p. 20), por sua vez, na sua obra “*España Estrena Nueva Ley de Arbitraje*”, *Revista de La Corte Española de Arbitraje* analisa que existe uma comparação da atuação do árbitro se confundir ou mesmo coincidir com a figura e com a atuação do juiz. O autor salienta, de forma pertinente, que do mesmo modo que o juiz, o árbitro cria à sua própria maneira, com fundamento no laudo, a sua decisão. No entanto, importante e necessário frisar que havendo consentimento das partes envolvidas na arbitragem, cabe ao árbitro decidir a demanda pautado em critérios de equidade. Aqui cabe uma observação: existem legislações que não exigem a “motivação da decisão”, é o caso da espanhola.

O juiz deve decidir de acordo com a prova produzida nos autos com a finalidade de

“dizer o direito” – *juris dictum* – exatamente para que possa cumprir a função institucional do próprio Judiciário e garantir a segurança jurídica. O Código de Processo Civil brasileiro (CPC), a lei nº 13.015/2015, passamos a ver nesse âmbito, no seu artigo 371 preconiza a importância da prova, que uma vez produzida passa a integrar do processo. O indigitado artigo apregoa que “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**”. (grifei)

Ocorre que no antigo Código do Processo Civil brasileiro, o do ano de 1973, o seu artigo 131 discorria que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”, o que poderia levar ao entendimento da desconsideração da prova produzida em detrimento da liberdade na decisão. Entretanto, os autores Nery Junior e Andrade Nery (2016) declararam que a livre convicção do juiz não representa uma decisão arbitrária e/ou subjetiva, pois existe uma limitação nessa convicção formada. Desta forma, o Princípio do Livre Convencimento Motivado afasta a “íntima convicção”, ou a convicção com subjetividade.

Convém citar Bedaque *apud* MARCATO (2008, p. 386) quando afirma que no CPC brasileiro de 2015, citado anteriormente, no tocante à análise da prova, assevera que o Princípio da livre convicção motivada ainda que o julgador possua “liberdade para aceitar ou não o resultado da prova, que não tem o valor pré-fixado, necessário que a decisão a respeito seja acompanhada de fundamentação”. Ou seja, é necessária a fundamentação para afastar a subjetividade. Ainda declara o autor: “Não têm aplicação, portanto, os princípios da prova legal ou tarifada, segundo os quais o valor encontra-se previamente determinado em lei, e da íntima convicção, que dispensa motivação do julgador”. (BEDAQUE, *apud* MARCATO, 2008, p. 386).

De acordo com o Princípio em comento, o magistrado togado possui liberdade ao analisar as provas produzidas e constantes do autos do processo, porém deve fundamentar os motivos de sua decisão. De acordo com Tucci (1987, p.16):

“(…) sem a incumbência de ater-se a um esquema rígido ditado pela lei (sistema da prova legal), o juiz monocrático, bem como o órgão colegiado, ao realizar o exame crítico dos

elementos probatórios, tem a faculdade de apreciá-los livremente, para chegar à solução que lhe parecer mais justa quanto à vertente fática”.

Este importante Princípio preconiza que o magistrado tem o dever de motivar suas decisões sob pena de nulidade e esta motivação importa para dar às sentenças a racionalidade necessária e evitar o seu livre arbítrio e a prestação de contas com as partes e, conseqüentemente, com a sociedade.

Trazendo a análise do Princípio ao instituto da Arbitragem, importa-nos dizer que redação contida no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 18, da lei nº 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem declara que “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, contudo, em reforço ao que foi declarado por Selma Lemes (1992, p.32), cabe ao árbitro a livre convicção, que por meio das provas que são produzidas no bojo do processo, possui conduta autônoma para sua análise e argumentação levada até o Tribunal Arbitral.

Nesse pensamento, a autora Selma Lemes (1992, p.33), alega que o árbitro, equiparado ao magistrado, constroi o seu convencimento ou a sua convicção o que coloca nos autos. Entretanto, cumpre ressaltar, conforme cita a autora, “que quando é permitido pelas partes, o árbitro poderá decidir a questão por **equidade**” (grifei).

Selma Lemes Ferreira (1992, p. 32) destaca que é atribuído ao árbitro o condão de formar a “sua livre convicção quanto à verdade apurada no procedimento arbitral”. Assim, o mesmo aprecia os argumentos das partes, analisa livremente as provas produzidas e trazidas aos autos, assim como outras que entender relevantes para consolidar a sua convicção acerca do pleito.

Daí faz-se interessante analisar normativos que desobrigam a motivação: legislação espanhola. De outro lado, a lei brasileira, segundo Lemes (1992), embora aceite o julgamento por equidade, assevera que é necessário motivar a decisão. No Código de Processo Civil brasileiro a arbitragem foi normatizada como jurisdição no ordenamento jurídico do Brasil e através da lei 9.307/96.

Já na lei da arbitragem voluntária portuguesa, a lei nº 63/2011, destaca-se, nessa toada, o inciso 3, do artigo 9º que preconiza que “Os árbitros devem ser independentes e

imparciais” e o 4, do mesmo artigo, que diz que “Os árbitros não podem ser responsabilizados por danos decorrentes das decisões por eles proferidas, salvo nos casos em que os magistrados judiciais o possam ser”; além de ressaltar-se o inciso 7, do artigo 10º, que apregoa que “Não cabe recurso das decisões proferidas pelo tribunal estadual competente ao abrigo dos números anteriores do presente artigo”, denotando-se a autonomia do julgador (árbitro).

2.3.1.4. Princípio da Autonomia da Vontade

O Princípio da autonomia da vontade é trazido à tona neste tópico em razão de sua importância para a compreensão dos contratos. Tal princípio também é conhecido como a liberdade e a autonomia privada para contrair um contrato, sendo ele, basilar para o estabelecimento dos acordos e de sua cogência ou força obrigatória. Compõe, também, o rol de princípios tradicionais e preconiza que o indivíduo – desde que dotado de capacidade jurídica – possui o poder de praticar atos e assumir obrigações em consonância com a sua vontade. Assim sendo, a autonomia da vontade é a liberdade da parte em firmar ou não um contrato; é a sua liberdade de escolha. A obrigação contratual, portanto, possui como exclusiva fonte a vontade das partes, sendo livre o contraente para definir os limites do contrato, tornando exposta a sua vontade e pretensão.

Conforme afirma Tissot (2020), o Princípio da Autonomia da Vontade integra a teoria geral dos contratos, ou seja, normatiza a liberdade e a segurança dos acordos firmados em consonância com a vontade das partes “com o intuito de constituir, extinguir ou modificar direito”. Ainda segundo o autor, o princípio da autonomia da vontade pode também ser chamado de princípio da liberdade de contratar ou da autonomia privada e se subdivide em três subprincípios: o da liberdade de contratar (propriamente dito), em que nenhuma parte é obrigada a contratar o que não desejar; o de determinar a contraparte, ou seja, com quem contratar; e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato, isto é, a escolha do objeto do acordo, dentro dos ditames e limites impostos no regramento jurídico.

A visão de Francisco dos Santos Amaral Neto (1989) acerca dos Princípios da Autonomia da Vontade e Autonomia da Vontade Privada, é no sentido de que concerne à

liberdade a qual o indivíduo dispõe no tocante ao direito privado o direito de reger-se por leis próprias.

Discorre Selma Lemes (1992, p. 35), que “Assim, nas matérias suscetíveis à arbitragem, as partes têm liberdade de instituí-la ou não; de convencionar livremente com a outra parte as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, lei aplicável (quando for o caso), escolha o número de árbitros, local da arbitragem, concessão para resolver por equidade, enfim, limitadas apenas às leis imperativas e preceitos de ordem pública, que devem ser observados para garantir a validade e exequibilidade do laudo arbitral, tanto para arbitragens domésticas como internacionais”.

Antonio Pedro Pinto Monteiro (2016, p. 8), no artigo, “Resolução Alternativa de Litígios de Consumo - Breve Apresentação”, explica que acerca do “princípio da autonomia privada”, é a concepção de que aos particulares, cabe a liberdade e disciplina jurídica de considerar seus interesses de maneira independente, autônoma, segundo seus anseios individuais próprios. O autor, também, aduz que existem várias vertentes deste princípio, mas para esse trabalho, importa destacar o ponto no tocante a vertente do princípio da autonomia privada que assume nos meios de resolução alternativa de litígios, a saber, conforme Monteiro declara (2016, p. 9):

“Mas uma outra vertente muito importante da autonomia privada é, precisamente, a que assume no contexto dos meios de resolução alternativa de litígios, fundando-se, todos eles — ou, pelo menos, os mais significativos —, no poder de autodeterminação das pessoas, designadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem (voluntária). E são meios de resolução alternativa de litígios precisamente porque surgem em alternativa aos meios de resolução de conflitos em tribunais estaduais.”

Desta forma, o princípio da autonomia privada no âmbito da arbitragem toma o papel de deliberar a vontade das partes consubstanciado, conforme Monteiro (2016), na autodeterminação dos contraentes.

CAPITULO 3 – A ARBITRAGEM NECESSÁRIA

Sobre esta modalidade específica, é que este trabalho terá enfoque mais privilegiado em virtude da razão da imposição legal, do princípio da legalidade, com o viés não de extremo positivismo jurídico, mas sim como norma fundamental de vigência para alcançar um Estado Democrático de Direito, com paridade de acessos e diminuição de desigualdades materiais.

3.1 Conceito da Arbitragem Necessária e a Constituição Portuguesa Atual

A admissão de tribunais arbitrais necessários foi constitucionalizada a partir da via legislativa da Lei nº 62/2011 de 12 de setembro, que trata referidamente acerca das matérias de medicamentos referência e dos medicamentos genéricos. E também a lei nº 74/2013, de 6 de setembro, estabeleceu os fundamentos de aplicação dessa modalidade necessária de arbitragem no que concerne ao Tribunal Arbitral do Desporto.

Importa-nos dentro desse viés acerca da Constituição e da Arbitragem Necessária, citar duas perspectivas no âmbito do Direito Constitucional que questionam a constitucionalidade da via arbitral necessária, imposta pela lei que rege as matérias dos medicamentos genéricos e os medicamentos de referência, matérias instituídas pela lei nº 62/2011.

Nesse sentido, Paulo Otero (2010, pp. 63 e 84), “considera, igualmente, que a instituição de mecanismos de arbitragem necessária, por via legislativa, se releva inconstitucional, visto que:

“(a) o Estado não pode renunciar ao exercício da função jurisdicional; (b) o Estado não pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado; (c) o Estado não pode desresponsabilizar-se da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais; (d) o princípio da igualdade no acesso à justiça e aos tribunais encontra-se lesado”. (Cfr. Paulo Otero,

Com fundamento diferente, mas ainda na mesma linha de raciocínio o autor, Canotilho (2010, pp. 68-69), posiciona-se acerca da Lei nº 62/2011, que esta “assiste-se a uma lesão flagrante do regime geral dos direitos fundamentais (...), mais propriamente do princípio da igualdade e do princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, contemplados, respectivamente, nos artigos 13º e 20º. da Constituição”.

Importa dizer que dentro dessas perspectivas, Rui Medeiros (2014, p. 3), em sua análise, afirma que a criação da lei do Tribunal Arbitral relativa ao Desporto, modalidade esta necessária, envolveu a inspeção preventiva do Tribunal Constitucional. Sobre o debate que antecedeu a aprovação da lei, por sua parte, Rui Botica Santos (2012, pp. 107 ss).

O autor Artur Flamínio e a autora Daniela Mirante, conjuntamente, partilham, no artigo “Da constitucionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no Direito do Consumo”, na Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, ano 2020, volume XIII”, no tópico referente a Arbitragem necessária: uma noção pluriforme, disposta na página 91 em que os autores consideram que ao conceituar a arbitragem necessária, pode-se encontrar diversas óticas sob a mesma designação. Primeiramente, salientam os pesquisadores, que podem ser abarcados pelo conceito de arbitragem necessária, as situações em que em decorrência do desequilíbrio estrutural entre as partes, uma delas, a parte mais frágil da relação jurídica, se obriga a aceitar a submissão ao mecanismo arbitral, no sentido de caminhar na não valorização do seu consentimento (Silva, 2017, pp. 392 e ss.). Posteriormente, conforme colocado sob o olhar de Silva (2017), de o conceito da arbitragem necessária ocorrer sob várias óticas. Em segundo lugar, destaca a hipótese, em que o legislador propriamente impõe, para a resolução de determinados conjuntos de litígios, a utilização da modalidade da arbitragem ou de um centro de arbitragem. Sendo essa a hipótese da arbitragem necessária do Tribunal Arbitral do Deposto, instituída, pela Lei n.º 74/2013, de 6 de Setembro, na versão da Lei 33/2014, de 16 de Junho.

Já a terceira hipótese colocada por tal autor – Silva (2017) – caberia nas situações em que a parte mais frágil da relação jurídica pode impor, conforme a lei, a jurisdição de um tribunal arbitral à outra parte tida como a mais forte. Essa foi a explicação do autor no

que se refere aos litígios dos serviços públicos essenciais, onde é colocado que os litígios de consumo, no âmbito dos serviços públicos essenciais, estão sujeitos à arbitragem necessária quando, por opção expressa dos autores sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do tribunal arbitral dos centro de arbitragem de conflitos legalmente autorizados.

Artur Flamínio da Silva (2017, p. 349) considera que a arbitragem necessária se assume como aquela que “não devirando da autonomia da vontade das partes, é imposta por lei especial, confiando a árbitros a resolução de um litígio que passa a ser subtraído à jurisdição dos tribunais que, em regra geral, deteriam a competência para julgar uma determinada causa”. Nesse sentido, difere do que se descreveu anteriormente acerca do princípio da autonomia da vontade e da teoria dos contratos, delegando aos árbitros a solução dos conflitos.

Explicando de outra forma, o autor Artur Flamínio da Silva (2017, p. 94), compreende que é um meio de resolução alternativa aos tribunais estatais, no sentido de que a decisão cabe a um ou mais terceiros, que vão atribuir uma postura imparcial – os árbitros. Contudo, a competência é decorrente ou derivada de uma imposição legal; e não, de uma decisão proveniente das partes. O autor, reforça, ainda, que dispensa, dessa forma, “o pendor voluntarístico que é elemento característico da arbitragem tradicional”.

4.1. A ausência do pressuposto de Voluntariedade na Arbitragem Necessária

Nesse tópico, vamos abordar o conceito da arbitragem, que deve ser compreendido como arbitragem voluntária e arbitragem necessária segundo Cardoso e Nazaré (2015, p. 40) que asseveram de que “não deixa de ser curioso que o elemento tido pela doutrina como o mais característico do instituto não conste da definição que a sociedade acolheu na sua linguagem para o termo arbitragem, que não faz qualquer referência à sua fonte, contratual ou outra”, isto relativamente à expressão “voluntária”. Desta forma, os autores creem ser provocante que o instituto da arbitragem, que *per se* traduz-se em voluntária, tornar-se necessária ou cogente.

Ora então vê-se que a arbitragem é, por conceito, um procedimento derivado de

vontades das partes para solução de conflitos, logo é voluntário. Se o processo arbitral deriva de uma congruência de vontade das lides (partes litigantes) que elegem um terceiro decidir sobre um conflito e que se sujeita, em definitivo, à decisão proferida, como então a arbitragem pode ser necessária? Não poderia ser explicada, portanto, a arbitragem necessária senão por força de lei especial que delega ao tribunal arbitral a solução de uma contenda através da arbitragem. Pode-se exemplificar que em algumas matérias acerca de desporto, a solução do conflito é confiada ao tribunal arbitral do Desporto, conforme preconizam os artigos 4º e 5º da Lei portuguesa nº 74, de 6 de setembro de 2013. Vê-se, também, ocasião em que a norma permite que a contenda seja resolvida por arbitragem, ainda que a outra parte não tenha consentido, como nos litígios de consumo com valor econômico reduzido, até 5.000 euros.

Os autores Antonio Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva e Daniela Mirante, no “Manual de Arbitragem”, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 12 e 13, defendem que ao conceituar-se a arbitragem, esta deve ser entendida como uma alternativa de resolução de uma lide, e para a qual as partes atribuem voluntariamente por efeito da celebração de um contrato, senão pois, a convenção de arbitragem como o poder atribuído ao árbitro para solução de dado litígio. Assim sendo, ponderam tais autores que os árbitros são terceiros atores que devem atuar de forma imparcial e independente, assim como os juízes, e, ao final, prolatam uma sentença que produz efeitos jurídicos.

4.2. Compreensões acerca da modalidade impositiva da Arbitragem

Neste tópico dividiu-se, para uma melhor administração didática, na compreensão da visão radical ou de posicionamento contrário, no item 3.2.1., e, ainda, na análise da visão mitigada ou de posicionamento favorável no item 3.2.2., com o afã de estabelecer uma espécie de dialética acerca de ambas as visões consoante os autores trazidos para esse diálogo.

Desta forma, estabelece-se, não no sentido de esgotar o tema, por certo, mas de refletir-se acerca da realidade estabelecendo-se uma contraposição e uma contradição de ideias com o intuito de distinção clara dos conceitos envolvidos na discussão trazidas nos tópicos que seguem. Isto posto, adentra-se nas diferentes visões.

4.2.1. Visão Radical/ Posicionamento contra

Acerca dos argumentos que consideram a arbitragem necessária inconstitucional, Medeiros (2014, p. 14) afirma que são duas fundamentações que alicerçam a insegurança jurídica acerca desta modalidade de arbitragem. A primeira se refere acerca do direito fundamental do acesso aos tribunais (Artigo 20º, nº 1, e 268º, nºs 4 e 5, da Constituição da República Portuguesa – CRP) e a segunda fundamentação faz referência ao princípio da igualdade (artigo 13º, nº 1).

No indigitdo artigo 1º da CRP, do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, verifica-se que: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. E no artigo 268º, dos direitos e garantias dos administrados, nos nºs 4 e 5, lê-se que:

“4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos.”

E ainda, convém citar diretamente, também, o artigo 13º, sobre o Princípio da Igualdade que apregoa que “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei”.

Sobre esse prisma, o autor Antonio Pedro Pinto Monteiro (2015, p. 28), salienta de maneira pertinente na abordagem de sua Dissertação de Doutorado, que é de suma importância no processo arbitral, em todos os períodos, a observância ao Princípio da Igualdade e que se traduz em uma lacuna, a qual deve ser destacada em se tratando da Arbitragem: “a conciliação da escolha do árbitro com o princípio da igualdade das partes”. O autor evidencia que os tribunais arbitrais necessários podem “pôr em causa não apenas o direito de acesso aos tribunais (...), mas também o princípio da igualdade”, conforme

também decalram Canotilho e Moreira (2007).

O pensamento central em que se sustenta o argumento acerca de admissão constitucional do instituto da arbitragem necessária se firma na garantia legal do acesso aos tribunais. Por essa via, entende-se que o Estado renuncia a função de julgar, por meio de seu aparato, algumas modalidades de conflitos, o que na compreensão de Pedro Gonçalves (2004, p. 572), “é uma renúncia expressa por parte da figura estatal à sua missão pública jurisdicional”. Importa dizer que esse é um aspecto determinante.

Portanto, o entendimento de que a Constituição inclui tribunais arbitrais nas classes de tribunais não garante a constitucionalidade da modalidade de tribunais arbitrais necessários em todas as circunstâncias.

O artigo 20º, do acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva, nº 1, na parte em que consagra o direito de acesso aos tribunais, desta forma, contrapõe-se o direito legal que atua no sentido da relação Estado e sociedade, de maneira que, os tribunais ora mencionados, não podem deixar de ser apenas os que se enquadram na organização do Estado, conforme reforça Pedro Gonçalves (2004, pp. 572-573):

“A criação de tribunais arbitrais necessários não pode obliterar que a garantia do direito de acesso aos tribunais consagrada no artigo 20º, nº 1, da Constituição “é a do direito de acesso a tribunais estaduais, não tendo sentido dizer-se que ali se garante o acesso a tribunais a constituir por iniciativa dos interessados”. (Cfr. Pedro Gonçalves, Entidades privadas com poderes públicos, cit., p. 565, nota).

Dessa forma, o posicionamento radical acerca do instituto da arbitragem necessária, permite-nos dizer que, o poder estatal não pode abdicar à sua função jurisdicional, isto é, não pode haver a privatização da justiça, enquanto função típica do Estado. O aparato estatal não pode deixar de ser responsável de garantir interesses e direitos garantidos pela legislação através do funcionamento de tribunais. Importando destacar, que é delegação fundamental do Estado a segurança da gerência da justiça, no discorrer de Paulo Otero (2010, p. 63).

De acordo com o entendimento de Canotilho (2007, pp. 69-70), em complementariedade com a ideia do argumento contra à arbitragem, é o princípio da

igualdade. Nesse toada de argumentação, aparece em companhia com a garantia do acesso à justiça efetiva.

Destaca-se pertinente, também, a afirmativa do autor Monteiro (2015, p. 36), quando pontua que embora existam muitas vantagens no instituto da Arbitragem, há de se destacar que exatamente em razão disso, podem haver problemas. O escritor destaca que no momento da constituição do tribunal arbitral, na hipótese de as partes não estarem em concordância acerca da indicação do árbitro, pode haver um comprometimento da eficiência, bem como, da eficácia do referido instituto. Ressalta, ainda, como outra característica, que tende a comprometer a eficiência da Arbitragem, quando se está diante de um conflito arbitral que envolve pluralidade de partes. Segundo seu entendimento, o princípio da igualdade de partes gera certa insegurança. E coloca o seguinte ponto: a conciliação do processo de designação de árbitros com o necessário respeito pelo referido princípio da igualdade.

“(…) Porém, quando confrontados com um problema tão delicado e sensível - como é o da constituição do tribunal arbitral em caso de pluralidade de partes - , será que os tribunais arbitrais conseguem, efectivamente, afirmar-se como um verdadeiro meio alternativo de resolução de litígios? Face às dificuldades que se levantam, e ao risco de o princípio da igualdade das partes poder ser violado (desde logo, com a consequente anulação da sentença arbitral que vier a ser proferida), não será preferível recorrermos aos tribunais estaduais sempre que haja pluralidade de partes e desistir dos tribunais arbitrais ? “ MONTEIRO, ANTÓNIO PEDRO PINTO. O Princípio da Igualdade das Partes e a Constituição do Tribunal Arbitral em caso de Pluralidade de Partes. Dissertação, Universidade Nova de Lisboa, 2015, p. 41-42.

A compreensão do autor Artur Flamínio da Silva (2017, p. 351) acerca da arbitragem necessária é que a mesma não integra a noção de arbitragem. Silva (2017) explica que, embora existam diversificadas variações da arbitragem necessária, é inegável o fato de as partes não possuírem o direito de escolher o tribunal arbitral competente para julgar sua lide, isto é, as partes se veem obrigadas, em um momento primário a um determinado ou específico meio de resolução de litígios. Silva (2017, p. 360-361) finaliza seu raciocínio, poderando que a arbitragem necessária equipara-se ao modelo adotado pela jurisdição estatal, dos tribunais estaduais.

4.2.2. Visão Mitigada/ Posicionamento a favor

De outro viés, o posicionamento a favor da arbitragem necessária, não proíbe integralmente o instituto ora mencionado conferida por norma. Nesse pensar, somente seria admitida a forma imposta de composição arbitral, caso se encontrasse vedado o acesso aos tribunais estaduais.

Como consequência, conforme o autor Pedro Gonçalves (2010, pp. 563, 565, 568 e 572-573), os tribunais arbitrais mesmo sendo reconhecidos como tribunais válidos legalmente e os seus operadores denominados árbitros atuem como um cargo jurisdicional, tais tribunais não são classificados como tribunais semelhantes aos do aparato estatal, de forma que não estão integrados no arranjo estadual, ou seja, ao Estado. O escritor considera que o Estado não se encontra obrigado a dar o funcionamento e que os árbitros não são juízes de carreira (...), além de não estarem designados pelo próprio Estado. Portanto, segundo esse posicionamento, a garantia do acesso aos tribunais atua exclusivamente na esfera das relações Estado e cidadão.

Em complementariedade com essa ideia, há o fundamento da rejeição constitucional da arbitragem necessária pelo princípio da igualdade, como dito alhures, e segundo Gomes Canotilho (2007, pp. 69-70), em que a arbitragem necessária em matéria de medicamentos genéricos e medicamentos de referência é classificada visivelmente como de uma violação ao princípio da igualdade. Há uma crítica nesse tocante, pois os indivíduos que utilizam a arbitragem necessária se encontram em desvantagem em face de todos os restantes que estão submetidos aos tribunais estaduais (ao Judiciário), uma vez que têm como alternativa a escolha entre dar entrada nos tribunais do Estado ou por meio da arbitragem, voluntária.

Já Otero (2010, p. 67) aduz que tendo uma vez o legislador criado a arbitragem necessária – cogente, obrigatória – retira o “direito de escolha do modo de acesso à justiça que todos os restantes particulares têm em áreas ou matérias suscetíveis de arbitragem.”

Nesse tocante de posicionamentos desfavoráveis, é de muita relevância, mencionar a crítica acerca da matéria de constitucionalidade em referência ao Tribunal Arbitral do Desporto em que Artur Flamínio da Silva (2013, p. 82 ss) assevera que “a criação de uma arbitragem no domínio do desportivo sem possibilidade de revisão de mérito consubstancia um retrocesso garantístico”, em contraponto com a regulamentação atual do processo administrativo português.

Otero (2010, p. 67) ainda declara que o:

“Mecanismo de arbitragem necessária cria um desequilíbrio no acesso à justiça, pois os custos do seu funcionamento são, por via regra, muito superiores aos custos processuais nos tribunais do Estado. Neste último entendimento, a imposição da arbitragem necessária conduz, imediata e inevitavelmente, a um privilégio a favor dos intervenientes particulares que possuem mais recursos financeiros, enquanto, em sentido contrário, uma solução envolvendo a intervenção dos tribunais do Estado garante, à partida, uma justiça economicamente mais acessível à todos”.

O Acórdão n.º 230/2013 que se refere ao pronunciamento “pela inconstitucionalidade da norma constante da 2.ª parte do n.º 1 do artigo 8.º, conjugada com as normas dos artigos 4.º e 5.º, todos do Anexo ao Decreto n.º 128/XII, na medida em que delas resulte a irrecorribilidade para os tribunais do Estado das decisões do Tribunal Arbitral do Desporto proferidas no âmbito da sua jurisdição arbitral necessária” e que versa sobre a violação das normas cominadas com a CRP, considerando que a impugnação ocorreu em razão de restrição desproporcional do direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efetiva; e, ainda, na violação do princípio da igualdade, pela discriminação dos cidadãos “cujos litígios se encontrem sujeitos à arbitragem necessária do Tribunal Arbitral do Desporto (TAD) em relação a cidadãos cujo litígio se encontrem também submetidos a outras formas de arbitragem necessária”.

Desta mesma forma, conforme Pedro Gonçalves (2010, p. 863) entendeu “em grande quantidade que, os comandos que conferiam a irrecorribilidade para tribunais estaduais das decisões proferidas no seio desta jurisdição arbitral desportiva necessária violavam o direito de acesso aos tribunais. O referido acórdão menciona também a respeito da obrigatoriedade da impugnação dos atos sem verdadeira natureza jurisdicional proferidos no âmbito da justiça endofederativa (ao nível interno e federativo).

4.3. Problemática: A arbitragem Necessária é uma flagrante lesão ao regime dos direitos fundamentais do princípio da igualdade e do acesso à justiça?

O princípio da igualdade encontra nexos de dependência com o direito de acesso

aos tribunais e também a uma tutela jurisdicional efetiva. Desta forma se entende devido o condão de obrigatoriedade da arbitragem necessária refletir em um acesso diferenciado por parte dos cidadãos à justiça estadual ou à submissão ao regime da arbitragem voluntária. Não há alternativa para as partes que veem o seu conflito sujeito à arbitragem por imposição legal.

Conforme ensina Canotilho (2003, p. 496), a prestação jurisdicional serve para garantir a tutela de direitos que “é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais”. Assim, considerando que a arbitragem necessária obriga que esse instituto ocorra em determinadas situações disposta na lei, de forma cogente, e, ainda, considerando que em uma determinada situação o indivíduo não tenha meios de ou acesso a se submeter ao instituto, segundo essa visão, pode-se verificar uma possibilidade de cerceamento do acesso à justiça e violação do Princípio da Igualdade.

Selma Lemes Ferreira (1992), destaca com muita importância um ponto que merece destaque, relevante em seu capítulo acerca de uma análise comparativa entre a Arbitragem e Jurisdição. A autora, faz menção ao autor Hamilton de Moraes e Barros, nos escritos intitulados “Comentários ao Código de Processo Civil”, da Editora Forense, Rio de Janeiro, 1980, vol. IX, p. 459, o qual explica acerca do juízo arbitral que vem atuar como um substituto da jurisdição, delimitado legalmente. Contudo, e essa é a polêmica desse trabalho, precisamos destacar novamente, que a posição ora colocada, não é pacífica na doutrina, e é preciso dizer que existe muita contravérsia sobre a consideração e a relevância do instituto da arbitragem como uma “atividade jurisdicional”, pois coloca-se o ponto referente à ausência do elemento de coercibilidade, em comparação ao Judiciário na questão referente ao laudo arbitral, segundo algumas legislações, precisa ser homologado, assim como no Brasil, e para ser executado, necessita dos auspícios do Judiciário, conforme ensina Selma Lemes Ferreira (1992, p. 9).

Na mesma linha de raciocínio, os autores Artur Flamínio da Silva, e Daniela Mirante, (2020, p. 89), asseveram que, além de existir a controvérsia, ela é presente, doutrinariamente e jurisprudencialmente, também. Entendem os autores que:

“A arbitragem necessária tem-se relevado, no nosso ordenamento jurídico, um instituto controverso, no que

concerce à sua compatibilidade com as normas jurídico-constitucionais vigentes. O debate tem-se desenvolvido em diversas frentes, quer na doutrina, quer no plano jurisprudencial.”

4.3.1. A Arbitragem Necessária no Direito do Consumo é constitucional?

Artur Flamínio e Daniela Mirante (2020), expõem seu entendimento acerca da constitucionalidade da arbitragem necessária e o caso da arbitragem no Direito do Consumo, na Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, ano 2020, Volume XIII.

Os doutores e investigadores supracitados trazem a concepção de que a arbitragem necessária no ordenamento jurídico português apresenta-se como um instituto polêmico, no tocante à compatibilidade com as normas jurídicas constitucionais em vigor. Ressaltam que há debates acerca do tema, tanto doutrinariamente, como jurisprudencialmente. Importa-nos, nesse sentido, evidenciar o já citado Acórdão n° 230/2013, que trata acerca da criação do Tribunal Arbitral do Desporto.

E também importante trazer à baila a entrada da Lei n° 63/2019, de 16 de Agosto que tem como sumário: “Sujeita os conflitos de consumo de reduzido valor económico, por opção do consumidor, à arbitragem necessária ou mediação, e obriga à notificação da possibilidade de representação por advogado ou solicitador nesses conflitos, procedendo à quinta alteração à Lei n° 24/96, de 31 de julho”.

Tal norma é um marco no assunto e regula que os conflitos de consumo de pequena monta de numerário, por escolha do próprio consumidor, sejam submetidos ao instituto da arbitragem necessária ou da mediação, e gera a obrigação à notificação da alternativa de serem representados por advogado ou solicitadores nesses conflitos.

O legislador faz uma alteração na arbitragem necessária, a qual submete a arbitragem necessária a todos os litígios de consumo até ao valor de 5.000 euros, de acordo com o que já foi dito mais acima. Nesse ponto, os autores apresentam que, ao ser recepcionada, a norma gerou polémica acerca das normas constitucionais e, em particular, “da interpretação destas efectuadas pela jurisprudência constitucional”, conforme pondera a autora Sofia Ribeiro Mendes, em sua obra, “A arbitragem necessária de consumo- uma

tensão recorrente do legislador nacional”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XII (2019), p. 240.

Ao adentrar, no tema e com especificidade, nas palavras dos doutor Artur Flamínio e da Mestre, Daniela Mirante (2020, p. 94) iremos especificar com profundidade, a problemática, em questão deste trabalho:

“É, assim, relevante revisitar, em geral, o tema da constitucionalidade da arbitragem necessária, e, em especial, analisar em que medida se registram essas mesmas dúvidas-aplicáveis especificamente a certos tipos de arbitragens necessárias, tais como as que respeitam a litígios desportivos- no domínio do Direito do Consumo”.

No entanto, e considerando a amplitude do tema que nos propomos tratar, devemos, por razões de clareza da exposição, enfatizar que o nosso objetivo pode ser delimitado por dois ângulos. Numa delimitação positiva, destacamos que o propósito do nosso texto passa por determinar em que medida a arbitragem necessária no domínio do Direito do Consumo pode (ou não) revelar as dificuldades de compatibilidade constitucional apontadas na doutrina a propósito de outros regimes jurídicos. Numa perspectiva de delimitação negativa, opta-se por não incluir no nosso texto qualquer análise ao conceito de meios de resolução alternativa de litígios de consumo ou mesmo sobre a noção de consumidor.

Portanto, aferimos que esse artigo possui como propósito verificar um problema que é existente: constatar acerca da conformidade constitucional da submissão da arbitragem necessária de conflitos de consumo de reduzido valor econômico, conforme consagra o Artigo 14º da Lei de Defesa do Consumidor.

A problemática de nosso trabalho, assume portante, duas vertentes: A arbitragem necessária é uma flagrante lesão à ao princípio da igualdade e ao acesso à justiça? E ainda colocamos, a análise, recentemente exposta pelos autores Artur Flamínio e Daniela Mirante (2020), a qual adentram no tema da constitucionalidade da arbitragem necessária no âmbito do Direito do Consumidor. Tais autores, ao discorrerem sobre o presente tema, fazem um questionamento acerca de parte da doutrina que compreende o instituto da arbitragem necessária como uma “manifestação de jurisdição equivalente à jurisdição estatal, não garantindo que as garantias processuais, sejam também indênticas”.

Para tanto, importante se faz trazer à baila o Acórdão n° 244/2018, o qual recentemente, segundo o seu sumário preconiza que:

“Não julga inconstitucional a norma que considera os pedidos de revisão oficiosa equivalentes às situações em que existiu «recurso à via administrativa nos termos dos artigos 131.º a 133.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário», para efeito da interpretação da alínea a) do artigo 2.º da Portaria n.º 112-A/2011, de 22 de março, encontrando-se tais situações, por isso, abrangidas pela jurisdição dos tribunais arbitrais que funcionam no CAAD (Centro de Arbitragem Administrativa)”.

Tal acórdão decidiu acerca de uma arbitragem tributária, que a arbitragem não violava a previsão constitucional do artigo 20.º da CRP, e afirmou, de forma constitucional que:

“[a]s entidades administrativas delimitadas (...) [vinculadas à arbitragem por Portaria] não podem recusar a concsuição de tribunais arbitrais, nas matérias aí previstas, se o administrado o solicitar. É, portanto, uma situação algo distinta da que ocorrer na arbitragem voluntária, uma vez que as entidades administrativas estão a priori vinculadas à opção que o administrado tomar neste domínio. A lógica subjacente a um pacto arbitral em que ambas as partes do litígio acordam a sua sujeição a um tribunal arbitral, que justifica certas dimensões do regime da arbitragem voluntária, não pode ser inteiramente tida como aplicável aos tribunais arbitrais necessários deverá ser considerado aplicável neste caso, em especial no que diz respeito às garantias de independência e imparcialidade dos tribunais e de processo arbitral equitativo.”

Na defesa da constitucionalidade da arbitragem necessária, nesse contexto, foram extraídos duas verentes para sustentar a arbitragem necessária de consumo. Os pesquisadores Artur Flamínio e Daniela Mirante, (2020, p. 102) pontuam dois argumentos:

a) Os objetivos da arbitragem em questão (reforço a tutela jurisdicional dos administrados; impressão de celeridade de resolução de litígios de natureza fiscal; redução de pendências nos tribunais de origem administrativa.

b) A constitucionalidade da legitimidade da arbitragem.

Podemos dizer que ao abordar acerca da escolha pela arbitragem na modalidade no Direito do Consumo é imprescindível alegar que a grande finalidade dos meios de resolução de litígios no universo do Direito do Consumidor, especificamente, na arbitragem, é a de

consagrar juridicamente mecanismos que possam fazer com que haja uma redução na desigualdade nítida e evidente que existe entre o consumidor (o hipossuficiente) e as empresas, ou a outra parte, da demanda. Convém ressaltar que Artur Flamínio e Daniela Mirante (2020, p. 103) versam que nessa criação de mecanismos de tutela jurisdicional, pode haver origem mecanismos céleres, eficazes, redução de custos ou nenhum custo, que possibilitem a resolução de conflitos, que por outra razão, não seriam resolvidos desta maneira nos tribunais estaduais.

Ponderam, importantemente, os autores citados no parágrafo anterior que acerca da constitucionalidade da arbitragem no Direito do Consumo (2020, p. 103), e problemática deste trabalho, que:

“(…) não se pode aceitar que, neste ramo de Direito muito particular, se entenda que a arbitragem necessária, pelas peculiaridades em que se encontra figurada, viola o artigo 20.º da CRP, encontrado-se devidamente legitimada sempre que cumpra os pressupostos garantísticos basilares do exercício da função jurisdicional estadual. A título de exemplo, terá sempre que ser assegurada a independência e a imparcialidade- em termos naturalmente mais exigentes do que se prevê a arbitragem voluntária- dos juízes-árbitros ou a publicidade das sentenças arbitrais.”

Por fim, ponderam os autores Antonio Pedro Pinto Monteiro, Artur Flamínio da Silva e Daniela Mirante (2017, pp. 391 e ss.), assim como, Antonio Sampaio Caramelo (2018), e ainda, Antonio Menezes Cordeiro (2015, pp. 424 e ss.), assim como, Mariana França Gouveia (2014, pp. 295 e ss.), que acerca da existência de recurso para a justiça estatal (tribunais estaduais), pode não ser obrigatória e que não se justificam intervenções acerca da constitucionalidade das sentenças arbitrais por parte da jurisdição estatal, no sentido de anulação de sentenças arbitrais.

Os autores Artur Flamínio Silva e Daniela Mirante (2020) concluem sua linha de pesquisa aferindo que existe muito a se discutir acerca da eventual inconstitucionalidade de implementar institutos jurídicos que inserem a arbitragem necessária no âmbito do Direito Consumerista. Porém, a arbitragem necessária nessa área do Direito abarca características a qual obrigam a uma resposta distinta, seja na no tocante à jurisprudência prolatada pelo Tribunal Constitucional, quanto ao regime que regulamenta o Tribunal Arbitral do Desporto

e no tocante a sua admissibilidade constitucional. Compreendem seu estudo no tema, que a natureza atípica da arbitragem necessária (obrigatória aos profissionais e voluntária aos consumidores), contudo, acerca de sua função: “a proteção no plano jurisdicional, da parte tencionalmente mais fraca da relação jurídica.”

Ao fim, acerca da constitucionalidade da arbitragem necessária, na realidade consumerista, a visão de Artur Flamínio Silva e Daniela Mirante (2020), na conclusão do artigo é no sentido de que à norma não é concedido o direito de se quedar indiferente à realidade e os autores concluem por não violar o artigo 20º da CRP acerca do acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, *in verbis*, (2020, p.104):

“(…) Neste sentido, não pode o ordenamento jurídico-constitucional ser indiferente a esta realidade e, portanto, não podemos concluir pela sua violação - pelo menos imediata - do artigo 20.º da CRP, nem pela necessidade de existência de um recurso ordinário da decisão para os tribunais estaduais de modo a garantir sua constitucionalidade.”

4. DIREITO COMPARADO: O caso da Arbitragem Brasileira

Importa-nos nesse capítulo do presente trabalho apresentar a ideia do Direito Comparado acerca do instituto da Arbitragem no caso brasileiro. Como já exposto um pouco da visão do instituto sob o olhar e compreensão de renomados autores portugueses, é de importante relevância evidenciar como a arbitragem tem se desenvolvido no Brasil, sob a perspectiva de algumas importantes visões na área do assunto.

A autora Selma Lemes (1992, p. 10) externaliza sua opinião acerca da natureza jurídica do instituto da Arbitragem pontuando que existem diversas vozes sobre o mesmo e que se dividem opiniões. Se de um lado parte atribui à arbitragem no seu sentido contratual; outros, porém, verificam que o instituto administrado por árbitros somente deve ser concebido se se puder fazer parte dele, nos seguintes termos:

“A natureza jurídica da arbitragem é, efetivamente, questão que suscita grandes discussões. “De um lado colocam-se, irredutíveis aqueles que vêem no instituto apenas seu lado contratual. A arbitragem origina-se de uma convenção, os poderes dos árbitros são apenas concedidos pelas partes, e o árbitro acaba sendo qualificado quase como um mandatário comum das partes, encarando-se o laudo como a manifestação comum da vontade destas. Para outros, que partem da ideia de que a administração dos árbitros só deve ser admitida se puder integrar-se a tal serviço; assim a decisão arbitral é um julgamento, no qual chega o árbitro através de um procedimento assinalado pelo contraditório e com a garantia maior da imparcialidade (ou seja, o processo) ”.

Importa destacar a análise da Arbitragem, sob a ótica do autor Francisco José Cahali, no Curso de Arbitragem - 3ª edição, revista, atualizada e ampliada - Revista dos Tribunais - de 31/01/2013. No capítulo referente à Lei que rege a Arbitragem no Brasil (lei nº 9.307/1996), destaca na página 88 que a referida legislação compreende sete capítulos e 44 artigos, e que regula as relações jurídicas possíveis de se submeter à arbitragem. Trata,

portanto, da forma, do requisito, do conteúdo, do efeito da sentença e além das atribuições, da atuação do árbitro, das causas de invalidação e da homologação de sentença estrangeira.

Selma Lemes (2017) alega que a lei brasileira nº 9.307/1996 merece destaque, pois em comparação com outras legislações, conforme a autora compara com a legislação espanhola e de outros países, a Lei Brasileira de Arbitragem, atende perfeitamente ao que se propõe. Sabe-se que tanto em Portugal, quanto no Brasil o instituto da Arbitragem é presente, e como aduz Luísa Fernandes *et. al.* (2012, p. 67) não somente pelo direito posto – as legislações em ambos os países – mas também pela “superação da inicial resistência da doutrina no emprego da arbitragem na resolução de controvérsias administrativas. A Arbitragem Administrativa responde atualmente a um Direito Administrativo globalizado”. A arbitragem, nesse sentido, apresenta-se de forma segura em termos jurídicos e madura nos dois países lusófonos, sendo uma maneira de solução de conflitos administrativos ágil, eficiente e de baixo custo.

Conforme assevera Fernandes *et. al.* (2012, pp. 67-68) a arbitragem “dinamiza o investimento privado, fomentando uma maior concorrência na contratação pública”. A autora declara que com o passar do tempo ela sofreu preconceito e hesitação, porém já superados, em razão das mudanças que ocorreram por conta da “Administração Pública inovadora, muito mais cooperante com o setor privado e focada em uma gestão mais eficiente, econômica e célere”. Os autores declaram que Portugal vem sendo reconhecido na comunidade arbitral internacional como referência em arbitragem administrativa e tributária, inspirando vários outros países, sendo uma das nações a aceitar que contendas “laborais (contra o Estado) e tributárias sejam dirimidas em tribunais arbitrais”.

Portugal possui o Centro de Arbitragem Administrativa, o CAAD, onde resolvem-se litígios de Direito Público nas esferas administrativa e tributária, e é, reconhecidamente, o país que possui o mais avançado arcabouço normativo sobre o tema, iniciado desde 2004, através da Reforma do Contencioso Administrativo e a inauguração do Centro de Arbitragem Administrativa, em 2009, até a introdução da arbitragem tributária, em 2011. Nesse centro (CAAD) podem ser resolvidos conflitos, portanto, de Direito público nas esferas administrativa e tributária.

Em pesquisa no próprio sítio da internet do CAAD (<https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>), este possui competência para:

“Na área administrativa, o CAAD é competente para constituir tribunais arbitrais para o julgamento de litígios que tenham por objeto quaisquer matérias jurídico-administrativas, envolvendo entidades pré-vinculadas, como é o caso dos Ministérios da Justiça, da Cultura, da Educação e de várias instituições do ensino superior, ou entidades que não estejam pré-vinculadas ao CAAD, mediante a outorga de compromisso arbitral.

Na área tributária, o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de janeiro, prevê a possibilidade de resolução, pela via arbitral, de litígios que importem a apreciação da legalidade de atos tributários. A Autoridade Tributária e Aduaneira pré vinculou-se à arbitragem tributária sob a égide do CAAD, o que significa a previsão de um verdadeiro direito de acesso à arbitragem por parte dos contribuintes em processos até aos dez milhões de euros”. Disponível na internet, no sítio: <https://www.caad.org.pt/caad/apresentacao>.

Ao CAAD é permitido a resolução de litígios relacionados a empregos e contratos públicos, bem como, conflitos fiscais. Portugal, dessa forma, foi pioneiro ao instituir em seu ordenamento jurídico no ano de 2002, segundo Fernandes *et. al.* (2012, pp. 69), a “arbitrabilidade de atos administrativos”, e na sequência, em 2015, por meio da Reforma do Código de Procedimento dos Tribunais Administrativos (CPTA), a admitir a “arbitrabilidade da validade dos atos administrativos, porém sendo vedada a possibilidade do Tribunal Arbitral apreciar a conveniência e a oportunidade dos mesmos”. Segundo os autores, ainda recentemente, em 2018, através do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, o qual preconizou alterações no Código dos Contratos Públicos – CPP – (nona alteração), ocorreram modificações no artigo 476º, do Código de Contratos Públicos português, que versa sobre a resolução alternativa de litígios, em que apregoa sobre a faculdade de uso de meios de resolução alternativa de conflitos. Assim, o instituto da arbitragem serve como forma de resolução de conflitos no contexto dos contratos públicos, nas fases fase de formação e de execução do contrato.

“1 - O recurso à arbitragem ou a outros meios de resolução alternativa de litígios é permitido, nos termos da lei, para a resolução de litígios emergentes de procedimentos ou contratos aos quais se aplique o presente Código”.

No que tange aos contratos públicos, incumbe ressaltar que há discricionariedade nessa escolha, que depende, portanto, da manifestação de vontade e da aceitação dos contratantes e da anuência do CAAD para que a contenda seja julgada na esfera arbitral, de acordo com a alínea b, do artigo 476º, do CPP:

“b) A necessidade de aceitação, por parte do cocontratante, da jurisdição do centro de arbitragem institucionalizado para a resolução de quaisquer conflitos relativos ao contrato de acordo com o modelo previsto no anexo xii, a incluir no caderno de encargos e no contrato”.

Ocorre, porém, uma particularidade que o indigitado artigo traz em seu bojo, descrito no item 5, em que declara que “Nos litígios de valor superior a (euro) 500 000, da decisão arbitral cabe recurso para o tribunal administrativo competente, nos termos da lei, com efeito meramente devolutivo”. Destarte, verifica-se uma exceção à regra da Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, que prevê que as decisões arbitrais são irrecorríveis.

Já no caso do Brasil, país que possui histórico de alta litigiosidade, tendo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tendo apurado que no ano de 2019, conforme dados do sítio na internet (<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>), apesar dos esforços crescentes acerca da busca da celeridade processual e das metas para julgar mais casos do que os que ingressam no Judiciário do país, cerca de 30,2 milhões de processos ingressaram na justiça brasileira no ano de 2019. Ocorre que a demanda, segundo o Conselho brasileiro é que o maior número de litígios é relacionada ao setor público, conforme também asseveram os autores Fernandes *et. al.* (2012). Diz-se isso para ressaltar que o Judiciário no país ainda enfrenta crises de falta de celeridade. E devido a esse abarrotamento do Judiciário brasileiro, há na arbitragem, para o que a toca, por certo, esperança de avanços contra a morosidade,

No Brasil, a arbitragem encontrou campo fértil e vem paulatinamente amadurecendo tanto na esfera privada, como na esfera pública. Embora tenha se ampliado no âmbito empresarial de forma mais tranquila, segundo os autores Fernandes *et. al.* (2012, p. 73), encontrou resistência quando da participação da Administração Pública, tendo sido ravados muitos “batalhas judiciais para determinar se o conflito envolvendo a administração poderia ou não ser submetido à arbitragem”.

Com a Lei brasileira nº 13.129, de 2015, que alterou a Lei nº 9.307, de 1996, e a Lei nº 6.404, de 1976, e dispôs sobre a aplicação da arbitragem, a escolha dos árbitros, e ainda, 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, alguns progressos foram sentidos sobre a temática, impondo certa musculatura à utilização da arbitragem para mediar conflitos no âmbito da Administração Pública, também. No artigo 1º, parágrafos 1º e 2º, a lei preconizou que:

“§ 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” (NR)

Esta norma, porém, que permite a Administração Pública como parte na arbitragem assevera que se deva observar o princípio da publicidade, disposto no parágrafo 3º, do artigo 2º da referida lei, em que declara que: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”, contudo, ainda pairam, conforme os autores Fernandes *et. al.* (2012) fundam seu convencimento algumas questões acerca da aplicação de tal princípio.

No Brasil, diferente de Portugal, o princípio da irrecorribilidade da decisão arbitral é o que está em vigor. E para tanto, as decisões arbitrais de nenhuma forma estarão sujeitas ao controle jurisdicional estadual, no que tange ao mérito da causa, de acordo com Fernandes *et. al.* (2012). Desta forma, a sentença arbitral gera os mesmos efeitos da sentença judicial entre as partes. No caso brasileiro, portanto, em consonância com o artigo 33, da lei brasileira nº 9.307/1996, somente poderá impugnar a sentença arbitral através de ação de nulidade.

CONCLUSÃO

Chega-se ao fim deste trabalho com o seguinte entendimento acerca da arbitragem necessária. Primeiramente é necessário que se volte a um contexto de autotutela, no qual se evidenciou uma evolução e conseqüente sofisticação das sociedades, ocasionando um aumento dos conflitos sociais e uma significativa sobrecarga do Judiciário. Nesse sentido, seguindo a linha do *Due Process of law* surge a arbitragem como solução alternativa.

No tocante à discussão da problemática desta dissertação, importa destacar que é existente a chamada crise da administração da justiça e que isso afeta conseqüências sociais, causando uma sobrecarga no juiz e conseqüente queda de qualidade da produtividade judicial. Nessa toada, surgem os meios alternativos de resolução de conflitos, como forma de desabarrotar o crescente número de processos no Poder Judiciário (Estatal). A arbitragem, por sua vez, detém aceitação e eficácia necessárias, além de se constituir em um mecanismo preponderante entre os meios de resolução de conflitos.

Importa mencionar que as virtudes da arbitragem são a informalidade, o sigilo, a celeridade, a possibilidade de julgamento por equidade e a especialização dos árbitros. Faz-se necessária uma divulgação pelas pessoas que conhecem o instituto, apresentando as suas vantagens.

Os operadores do direito devem se inteirar dos novos princípios e conceitos da arbitragem. Portanto, o perfil do advogado do século XXI, exige que este seja negociador, gerenciador de conflitos e recomenda que o advogado tenha o dever ético de aconselhar seus clientes sobre as amplas possibilidades de resoluções apropriadas de disputas. Deve ser existente no ordenamento jurídico uma mente aberta para as novas mudanças, uma superação de ideais conservadores desnecessários e formalidades excessivas.

O profissional do direito deve estar consciente de que a arbitragem visa celeridade;

objetiva a garantia de um procedimento reduzido, porém com a formalidade do devido processo legal. Hoje já se faz incluída nas grades curriculares, a disciplina arbitral de cursos de especialização nesse sentido.

Conclui-se, portanto, por entender o instituto da arbitragem uma alternativa possível, tão apta quando o Poder Judiciário no afã de atender as partes que desejam ter suas demandas pacificadas e satisfeitas, longe dos trâmites demasiado burocráticos do sistema estatal, já tão sobrecarregado, além de predispor aos indivíduos essa escolha, em que delega a um terceiro imparcial – árbitro – as formas céleres e eficazes para resolver uma lide.

Entende-se que o instituto a Arbitragem, embora já tendo sido difundido e ser um tanto presente desde tempos idos, na comparação que foi efetuada no presente trabalho com a peça de Shakespeare “Mercador de Veneza”, é visto por alguns autores constitucionalistas por ferir a noção do acesso à justiça e o princípio da igualdade. Entretanto, ainda que persistam posicionamentos em sentido contrário ou mesmo radicais, compreende-se ser uma forma ideal de solução de conflitos e que vai ao encontro dos objetivos de um estado democrático de direito garantidor da igualdade, da liberdade de escolha dos indivíduos e do acesso à justiça, ao aceder à uma justiça especializada habilitada para solucionar contendas, de maneira ágil e eficaz.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, FRANCISCO DOS SANTOS. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional”, Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun, 1989.
- BACELLAR, ROBERTO PORTUGAL. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012 – (Coleção saberes do direito; 53).
- BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In. *Código de Processo civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (Coord.), 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BEZERRA, PAULO CÉSAR SANTOS. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BEZERRA, PAULO CÉSAR SANTOS. O acesso aos direitos e à justiça: um direito fundamental. In *Temas atuais de direitos fundamentais*. 2. ed., rev. e ampl., Ilhéus: Editus, 2007.
- BOBBIO, NOBERTO, *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, Cone, São Paulo, 1996, p. 25.
- BORGES, CARLA GONÇALVES. “Pluraridade de Partes e Intervenção de Terceiros na Arbitragem”, in Themis FDUNL, ano VII, nº 13, 2006, Almedina, Coimbra, 2007, p. 109.
- BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 05/10/1988, disponível na internet no sítio: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/constituicao-federal/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil><https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/constituicao-federal/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil>
- BRASIL, Lei da arbitragem brasileira nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, disponível na internet no sítio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

leis/19307.htm

BRITO, MIGUEL NOGUEIRA DE. *O Princípio do Juiz Natural e a Nova Organização Judiciária*, 2013. Disponível na internet no sítio: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/05/019-037-Princ%C3%ADpio-do-juiz-natural.pdf>

CAHALI, FRANCISCO JOSÉ, *Curso de Arbitragem*, 2ª edição, RT, São Paulo, 2012, p. 38.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. GOMES; MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.551.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro Campos. Revista de processo, nº 5, a. 2, jan. /mar., 1977, pp. 128-159.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, BRYANT, *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998, pp. 31-73.

CARAMELO, ANTONIO SAMPAIO. “*A impugnação da sentença arbitral*”, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018.

CARDOSO, ANTONIO DE MAGALHÃES CARDOSO; NAZARÉ, SARA, “*A arbitragem Necessária - Natureza e Regime: breves contributos para o desbravar de uma (também ela) necessária discussão*”, in Estudos em homenagem a Mário Raposo, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pág. 40.

CARMONA, CARLOS ALBERTO. “*Arbitragem e Jurisdição*”, in Participação e Processo, coordenação de Ada P. GRINOVER, Candido R. DINAMARCO e Kazuo Watanabe, “Revista dos Tribunais”, São Paulo, 1988, p. 304.

CINTRA, ANTONIO CARLOS ARAÚJO. “*Teoria Geral do Processo*”, coordenação de GRINOVER, ADA P.; DINAMARCO, CANDIDO R. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, São Paulo, 1974, p. 24/25.

CINTRA, ANTONIO CARLOS ARAÚJO; GRINOVER, ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 176-177.

CÓDIGO DE HAMURÁBI, disponível na internet no sítio: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>.

CORDEIRO, ANTONIO MENEZES. “*Tratado de Arbitragem*”, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 424 e ss.

DALLARI, DALMO DE ABREU. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1976.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, Saiba o que é Estado Social de Direito. Jun, 2019, disponível na internet no sítio: <http://genjuridico.com.br/2019/06/19/estado-social-de-direito/http://genjuridico.com.br/2019/06/19/estado-social-de-direito/>

ESPAÑA, Constitución Española, 1978.

EL ARBITRAJE COMERCIAL COMO FORMA DE DIRIMIR CONFLICTOS EXTRAJUDICIALES. Revista nº 83, Direito Processual, disponível na internet no sítio: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/el-arbitraje-comercial-como-forma-de-dirimir-conflictos-extrajudiciales/https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/el-arbitraje-comercial-como-forma-de-dirimir-conflictos-extrajudiciales/>

FERNANDES, LUÍSA. LEMES, SELMA. FORBES, CARLOS. MARANGON, RAQUEL. TALAMINI, EDUARDO. ANDRÉ PEREIRA, NUNO. *Novas Fronteiras da Arbitragem em Direito Administrativo em Portugal e no Brasil*. In: *Arbitragem em Direito Público*. FGV Conhecimento, disponível para download no site: www.fgv.br/fgvprojetos. ISBN 978-85-64878-62-4.

FERREIRA, MARIANA DE ATHAYDE. “*O Mercador de Veneza e a Força obrigatória dos contratos*”, 2017, Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito. Disponível na internet no sítio <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33224/33224.PDFhttps://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33224/33224.PDF>.

GILISSEN, JOHN, *Introdução histórica ao direito*, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1995, pp. 138-142.

GONÇALVES, PEDRO ANTÓNIO PIMENTA DA COSTA, *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, Coimbra, 2004.

GOUVEIA, MARIANA FRANÇA. “*Curso de Resolução Alternativa de Litígios*”, in Manuel Pereira Barrocas, *Manual de Arbitragem*, cit. pp. 295-299 (2019), 3ª edição.

GUANTER, SALVADOR DEL REY, “*Reflexiones sobre la solución extrajudicial de los conflictos em España y America Latina*”, in *La negociación colectiva em America Latina*, ANTONIO OJEDA, OSCAR ERMIDA URINANTE (org.), IERJ, Madri, 1993, p. 177.

ITALIA, *Costituzione dela Repubblica Italiana*, 1947.

JÉSUM, PIETRO A., *Patrimônio Genético Humano: e Sua Proteção na Constituição Federal de 1988*, Método, São Paulo, 2004, p. 244.

JÚDICE, JOSÉ MIGUEL, “*A constituição do tribunal arbitral: características, perfis e poderes dos árbitros*”, cit., p. 110, e “*Fixação dos honorários dos árbitros*”, in RIAC, APA, nº 6 (2013), Almedina, Coimbra, 2013, p. 141.

KAFKA, FRANS, *O Processo*, Ediouro, Rio de Janeiro, s/d, p. 196-198.

KANT, IMMANUEL, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Edições 70, Lisboa, 2007.

LALIVE, PIERRE, “*Le choix de l’Arbitre*”, in *Mélanges Jacques Robert Libertés*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 354, *International Court of Arbitration*”, in *Northwestern Journal Of International Law & Business*, vol. 12, nº 1, Chicago, 1991, p.1.

LASCOUX, Jean-Louis, *Pratique de la médiation: Une méthode alternative à la résolution des conflits* (Formation permanente t. 144), 2020.

LEMES, SELMA FERREIRA, “*A independência e a imparcialidade do árbitro e o dever de revelação*”, 2017, cit. p. 41, disponível na internet no sítio: <http://genjuridico.com.br/2017/11/06/independencia-imparcialidade-arbitro/#:~:text=A%20Independ%C3%Aancia%20e%20a%20Imparcialidade%20do%20%C3%81rbitro%20e%20o%20Dever%20de%20Revela%C3%A7%C3%A3o,-por%20Selma%20Maria&text=Para%20poder%20atuar%20como%20%C3%A1rbitro,baluarde%20uma%20justi%C3%A7a%20honest>

LEMES, SELMA FERREIRA, “*Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*”, in Arnold Wald (organizador), *Arbitragem e Mediação*, vol. I (A Arbitragem. Introdução e Histórico, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pp. 225 e ss.

LEMES, SELMA FERREIRA. “*Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado*. In *Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje*, vol. VII, 1991, p. 31 a 57, na *Revista dos Tribunais* vol. 686, p. 73/89, Dezembro de 1992 e na *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal vol. 115, p. 441/468, Julho/Setembro, 1992.

Disponível na internet no sítio: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri20.pdf

LORENCINI, MARCO ANTÔNIO GARCIA LOPES, “*Sistema Multiportas*”: *Opções para tratamento de conflitos de forma adequada*, in *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: Curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

LOUSA, NUNO FERREIRA, “*A escolha de árbitros: a mais importante decisão das partes numa arbitragem?*”, in *V Congresso do CAC- Intervenções*, Almedina, Coimbra, 2012, pp.15 e ss.

MAGALHÃES, JOÃO CARLOS DE. BAPTISTA, LUIZ OLAVO. “*Arbitragem Comercial*”, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1986, p.20/21.

MARTINS, Pedro Batista. *Acesso à justiça. Aspectos fundamentais da lei da arbitragem*. Pedro Batista Martins, Selma Lemes, e Carlos Alberto Carmona. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDEIROS, RUI, “*Arbitragem Necessária e Constituição*”, in *Estudos em memória do Conselheiro, ARTUR MAURÍCIO (org.)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

MENDES, SOFIA RIBEIRO. “*A arbitragem necessária de consumo- uma tensão recorrente do legislador nacional*”, in *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, Vol. XII (2019), p. 240.

MIRANDA, AGOSTINHO PEREIRA DE. “*Dever de Revelação e Direito de Recusa do Árbitro – Considerações a Propósito dos Artigos 13º e 14º da Lei da Arbitragem Voluntária*”, *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses (Out-Dez 2013)*.

MONCADA, LUÍS CABRAL DE, “*A arbitragem no Direito Administrativo: uma justiça alternativa*”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, Porto, 2010, p. 183)

MONTEIRO, ANTÓNIO PERDO PINTO. *O Princípio da Igualdade das Partes e a Constituição do Tribunal Arbitral em caso de Pluralidade de Partes*. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Direito Processual, Universidade Nova de Lisboa, 2015. Disponível na internet no sítio: https://run.unl.pt/bitstream/10362/20761/1/Monteiro_2017.pdfhttps://run.unl.pt/bitstream/10362/20761/1/Monteiro_2017.pdf

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO. “*Resolução alternativa de litígios de consumo*”, no Colóquio organizado pelo Grupo de Investigação “Contrato e desenvolvimento social”, do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 21 de maio de 2016, disponível na internet no sítio: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_11_completo.pdf

MONTEIRO, ANTONIO PEDRO PINTO. SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA. MIRANTE, DANIELA. “*Manual de Arbitragem*”, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 391.

NERY JUNIOR, NELSON, ANDRADE NERY, ROSA MARIA DE. Código e Processo Civil Comentado, ed. RT, 16ª ed., SP, 2016, p. 1078.

NUNES, RIZZATTO, *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 48.

ONU, DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO CIDADÃO, disponível na internet no sítio: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>.

OTERO, PAULO. *Direito Constitucional Português*, vol. II (organização do poder político), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 419 e 420.

PIETRO, JÉSUS A., *Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*, Método, São Paulo, 2004, p. 244.

PIRES, ANTONIO CARLOS DE SOUSA SOROMENHO, *Acesso à justiça: A vantagem da arbitragem na busca de um ideal de justiça*, Coimbra, 2006.

PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa, 1976.

PORTUGAL, Lei nº 63, de 14 de dezembro de 2011 – lei da Arbitragem Voluntária. Disponível na internet no sítio: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leishttp://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis

REGO, CARLOS LOPES DO. “*Garantia da via Judiciária, Arbitragem Necessária, Direito ao Recurso e Patrocínio Judiciário: questões recentes na jurisprudência constitucional*”. Julgar nº 29. Almedina, 2016. Disponível na internet no sítio: <file:///C:/Users/patriciaboya/Downloads/JULGAR-36-05-CLR.pdf>

RUTHERFORD, MARGARET, “*The Need for a New Drive: Rethinking Arbitration as a Service to the Public. The Need to Shorten the Duration of Domestic and International Arbitral Proceedings*”, in: *Arbitration*, 61, Fevereiro, 1995, p.6.

SANTOS, MOACYR AMARAL. “*Primeiras linhas de Direito Processual Civil*”. Ed. Saraiva: São Paulo, 1990, volume 02, p. 364.

SANTOS, RUIBOTICA, “*Arbitragem no Direito do Desporto*”, in V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 107 ss.

SARLET, INGO WOLFGANG, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 29-37.

SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA, “*A arbitragem desportiva em Portugal: uma realidade sem futuro? Anotação ao Acórdão n.º 230/2013 do Tribunal Constitucional*”, in *Desporto & Direito*, ano X, nº 28, 2012, pp. 64-73.

SILVA, ARTUR FLAMÍNIO DA SILVA. MIRANTE, DANIELA. “*Da constitucionalidade da arbitragem necessária: o caso da arbitragem no Direito do Consumo*”. na *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, ano 2020, volume XIII, p. 94.

SOUZA, BOAVENTURA, *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, Afrontamento, Porto, 1996, pp. 23-24.

TARTUCE, FERNANDA. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. *Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Volume 1. Tomo I.

TISSOT, RODRIGO. “*Aspectos da teoria geral dos contratos, princípios e requisitos*”. Portal Aurum, 16 de junho de 2020. disponível na internet no sítio: <https://www.aurum.com.br/blog/teoria-geral-dos-contratos/https://www.aurum.com.br/blog/teoria-geral-dos-contratos/>

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, “*Il nostro mondo è sempre più ricco di consulenti e sempre meno di intellettuali*”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, I costituzionalisti, 2011, pp. 3800 ss.

