

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MIGUEL ANGELO DE BARROS MOUTINHO NETO

**DO LIMITE CONSTITUCIONAL DA  
ABRANGÊNCIA OBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

CURITIBA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MIGUEL ANGELO DE BARROS MOUTINHO NETO

**DO LIMITE CONSTITUCIONAL DA  
ABRANGÊNCIA OBJETIVA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

CURITIBA

2017

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>1 A Jurisdição</b> .....	<b>10</b>
1.1 Direito Constitucional como elemento integrador .....	13
1.2 Princípios gerais do direito e princípios da jurisdição .....	18
1.3 A inafastabilidade do controle jurisdicional .....	23
<b>2 A Arbitragem</b> .....	<b>26</b>
2.1 Arbitrabilidade e princípios .....	36
2.2 Cláusulas compromissórias .....	42
2.3 Abrangência das cláusulas compromissórias .....	43
<b>3 Pela Harmonia do Ordenamento Jurídico</b> .....	<b>53</b>
3.1 Princípios e celeridade .....	54
3.2 A <u>extensão</u> objetiva viola princípios constitucionais .....	56
3.3 A abrangência objetiva não viola princípios constitucionais .....	62
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>66</b>
4.1 Princípios e lacunas .....	66
4.2 Celeridade como prestação jurisdicional .....	67
4.3 Da violação dos princípios constitucionais.....	67
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>69</b>

## RESUMO

Vencendo o ceticismo e até o preconceito sobre os benefícios da solução arbitral dos conflitos e diante de mais de 20 anos de sua vigência, a lei n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem) foi importante em transformar o país em um eixo mundial de realização de arbitragens empresariais utilizando-se o que já está consagrado em tantos outros países.

Breve retrospectiva de 1970 para o presente, muito mudou-se com vantagens para a sociedade, especialmente para grandes empresas e para o Estado, pois agora é dado às partes livremente se comprometer para deixar suas controvérsias a cargo de um agente não estatal, de forma privativa, em questões relativas à bens disponíveis.

Linhas gerais, a arbitragem pode ser acordada pelas partes de forma prévia ou posterior a uma controvérsia. Quando o acordo é prévio, diz-se que no contrato deve haver uma *cláusula compromissória* prevendo a remessa das eventuais controvérsias para o juízo arbitral obrigando as partes. Por outro lado acaso o contrato não preveja, mas as partes concordem, diante de um conflito já instaurado é possível pactuar um *compromisso arbitral* com igual efeito.

Ambas as abordagens são constitucionais ao que este estudo pretende dar ênfase no debate dos limites constitucionais da *abrangência objetiva* das cláusulas compromissórias à luz do princípio da inafastabilidade do controle judicial e do direito de ação assim como pontuar inovações como o instituto do comitê de resolução de disputa, recentemente evidenciado pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, na vanguarda da resolução de disputas e que tem toda relação direta com o tema.

**Palavras-chave:** arbitragem, cláusula compromissória, abrangência objetiva, direito de ação, inafastabilidade do controle do poder judiciário, princípios da jurisdição.

---

<sup>1</sup> Trata-se do REsp nº 1.569.422/RJ, julgado em 26/04/2016, Publicação DJe 20/05/2016, que procurou debater a validade de uma cláusula compromissória e no percurso da discussão entendeu que a cláusula compromissória referenciou o comitê de resolução de disputa, pg. 22 “painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato (...) concebido originariamente em meio à contratação de grandes obras de construção, em que as pontuais divergências ensejavam imediata solução (...) obtendo, inclusive, regulamentação da CCI (Câmara Internacional de Comércio).”

## ABSTRACT

Hence the scepticism and even the prejudice surrounding the benefits of the institute of arbitration and given more than 20 years of great results, the lay no. 9.307/96, also known as the Arbitration Law played an important role transforming this great country into a worldwide host to the finest and technically accurate enterprise arbitration.

Tought back to the 70's, a lot has changed since then so that parties were specifically enabled to circumvent State Jurisdiction and solve controversy in a particular fashion regarded solely to transactable rights being or not being this controversy related to contract specificities solely regarding dispensable rights.

The arbitration can be accepted by the parties in two ways: previous or after some controversy was reached. When the agreement is previous of a controversy it's said that an *arbitration clause* has been agreed whereas an *arbitration agreement* is the name of the agreement made by the parties when they are already in front of a given controversy.

Both approaches have constitutional grounds so that this study targets specifics of arbitration clause, said, discussing the constitutional boundaries of the *material coverage*<sup>2</sup> of an arbitral interpretation. The debate should also relate to the principle of non-obviation of jurisdiction as well as the institute of DRB indicated by Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup> which suggests cutting edge techniques dispute boards recognised by most of the mainstream countries and it's fully related to this study.

**Keywords:** arbitration, arbitration clause, coverage of arbitral interpretation, claim of right, principle of non-obviation (of jurisdiction), jurisdiction principles

---

<sup>2</sup> Eventually this study suggests the substitution of the word extension for the word coverage.

<sup>3</sup> In portuguese, the decision REsp N° 1.569.422/RJ, dated 26/04/2016, published 20/05/2016, where the discussion that took place was related to the validity of the arbitration clause and during the debate the Court stated that the extent of arbitration interpretation clause should be related to the DRB - Dispute Board Resolution, page 22.

## INTRODUÇÃO

Muitas controvérsias que surgem dos fatos da vida deveriam ser resolvidas pela autocomposição. Infelizmente o país tem o litígio em seu DNA e o judiciário é chamado a intervir, compondo a lide, pela imposição de sua decisão às partes.

Este reflexo é percebido tomando-se, por exemplo, o padrão da numeração processual determinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). É um modelo numérico composto por exatamente vinte dígitos. À guisa de comparação, o CPF tem onze dígitos e consegue dar conta de toda a população ao passo que os quatorze dígitos do CNPJ também supre a demanda empresarial. Torturando-se um pouco os números, chega-se a conclusão de que a numeração processual poderia atender até um milhão de processos para cada CNPJ ou um bilhão de processos para cada CPF.

O resultado é um judiciário muito sobrecarregado, motivo pelo qual as soluções para tentar reduzir este cenário intensificam a discussão no meio intelectual. O CNJ, por exemplo, estabeleceu metas de solução de conflitos com destaque para a *meta 1*<sup>4</sup>, esforço conjunto para reduzir a taxa de congestionamento de processos nos Tribunais.

Já o legislador estabeleceu com Código de Processo Civil a conciliação e a mediação, estimulando soluções alternativas de heterocomposição sem prejudicar o livre exercício de ação nem o acesso das partes a uma decisão judicial adequada e observando os princípios constitucionais.

Assim, ao final do século XX, o país consegue se insurgir no cenário mundial introduzindo um instituto internacionalmente reconhecido e no ramo empresarial aceito por sua eficácia. Instituto eficaz, conhecido pelo nome de arbitragem que vinha-se desde a década de 80 na tentativa de efetivá-lo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Meta 1. Julgar mais processos que os distribuídos (Todos os segmentos). Referência: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2016> Acessado 28 de outubro de 2016.

<sup>5</sup> CARMONA assim coloca: “em 1981, aparecia o primeiro anteprojeto de lei sobre arbitragem, solicitação do extinto Ministério da Desburocratização (,,,)” CARMONA, Alberto, C. **Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009., pg. 5

Amplamente debatida entre os arbitralistas, a lei 9.307/96 foi promulgada e entrou em vigência 60 dias após sua publicação no dia 24 de Setembro de 1996 no Diário Oficial<sup>6</sup>.

O instituto além de representar uma alternativa para a solução de conflitos tem também o condão de transformar o país em um verdadeiro centro internacional de solução de controvérsias porque já conta com câmaras privadas reconhecidas por sua credibilidade, neutralidade e qualidade técnica. A arbitragem só foi possível porque a lei dissolveu duas grandes barreiras que outrora tornavam a arbitragem pouco eficaz.

É certo porém que nem todas as controvérsias podem ser solucionadas pela via arbitral. Para tanto, “os interessados precisam ser civilmente capazes e o litígio somente sobre direitos patrimoniais disponíveis (...) não pode envolver questões de estado, direito pessoal de família e características que não sejam estritamente patrimonial<sup>7</sup>”.

Pode-se dizer que o instituto conta com muitas vantagens e, certamente, algumas desvantagens e seus elementos serão oportunamente analisados neste estudo com enfoque constitucional.

Dentre as vantagens destaca-se a possibilidade de estabelecer confidencialidade nas informações, restringindo-as a um pequeno número de envolvidos, à exceção do poder público em que a ampla possibilidade de redução de publicidade não é viável por simples acordo de vontade<sup>8</sup>. Podem os atores utilizarem-se de um instituto de cuja decisão tem caráter de cognição exauriente e coercitiva como uma decisão estatal com menor exposição pública das partes e de informações comerciais.

Dentre os obstáculos derrubados com a lei de 1996, cuja desconfiança persiste, vem a ser o receio de após tempo e dinheiro gastos na via arbitral corria-se

---

<sup>6</sup> Ibidem, pg. 14

<sup>7</sup> Ibidem, pg. 15

<sup>8</sup> TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e parceria público-privada (PPP)** In Parcerias Público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

o risco de ser anulada na esfera estatal até a ratificação da constitucionalidade da lei perante o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>9</sup>.

Dentre as desvantagens aparentemente parece ser o custo elevado. Por este motivo a arbitragem ainda tem maior aceitação em litígios vultosos de onde é possível aferir-se que os custos são assemelhados ou por onde se espera que a solução poderia levar anos. São demandas em que o custo justifica em face da agilidade, pois o prazo para a solução pode ser convencionado, bem como já dito da confidencialidade.

Este estudo pretende destacar a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, debatendo abrangência objetiva<sup>10</sup> da cláusula compromissória à luz do princípio constitucional do direito de ação, cláusula pétrea do artigo 5º,XXXV da Constituição da República.

O diálogo dos institutos privados com a Constituição tornou-se matéria obrigatória sobretudo após o reconhecimento da era dos direitos sociais reforçados pela introdução da Constituição em 1988. Por esse motivo, o primeiro capítulo visa trazer o conceito contemporâneo de jurisdição junto de seus princípios constitucionais com especial destaque para o princípio do direito de ação.

O segundo capítulo é dedicado à arbitragem em si. Para que uma disputa possa afastar o controle estatal, é necessário certificar-se do livre consentimento das partes. As partes reconhecem os benefícios da arbitragem, ao que não faria sentido trilhar essa via, mas devem ter garantia da idoneidade nestas decisões e também que subsistirão tais decisões sem chance de ser posteriormente anuladas na via estatal, perdendo-se o sentido, a agilidade, a confidencialidade e dinheiro.

Para garantir a devida instauração da arbitragem, será visto, há detalhes obrigatórios e outros acessórios que cercam as cláusulas como a verificação da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, obrigando-se uma parte reticente a acatar a via arbitral porque previamente combinado, sem que isso implique violação de direito fundamental.

---

<sup>9</sup> Conforme CARMONA, nota 3, "A constitucionalidade da Lei 9.307/96 foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e incidental no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira no 5.206-7" CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, pg. 2

<sup>10</sup> Conforme será visto, prefere-se utilizar o termo *abrangência* em oposição à *extensão*.

MARTINS-COSTA que as partes devem demonstrar boa-fé “explicitando os deveres de cooperação que, na relação obrigacional, decorrem de sua incidência<sup>11</sup>” um comportamento honesto visando vontade e real intenção das partes na busca pela melhor composição de seus conflitos.

A questão da boa-fé é particularmente importante no meio empresarial, por conta da agilidade nas trocas comerciais, garantindo-se a vitalidade do mercado. Agilidade, efetividade, confiança garante maior lucratividade. Contratempos são situações esperadas o tempo todo com os quais as empresas precisam lidar. Em episódios assim, imprescindível que as partes resolvam rapidamente seus problemas, buscando mitigar os danos.

Numa forma amigável, as partes podem não só ajudar uma a outra sem decréscimo de credibilidade. Na via judicial custa tempo por conta do congestionamento dos processos e ainda pode comprometer as parcerias comerciais. No mais, a própria existência de um tribunal arbitral não deixa de ser um empreendimento comercial.

O capítulo tem esse intuito de identificar os elementos da arbitragem como a cláusula compromissória, o compromisso arbitral, as cláusulas cheias e vazias e a objetiva das cláusulas arbitrais.

A jornada do segundo capítulo também contará com os princípios da arbitragem, dentre eles o *Kompetenz-Kompetenz*, que servirá de ponte para a abrangência objetiva.

Para além do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da lei arbitral, recentemente o Superior Tribunal de Justiça demonstrou-se favorável à abrangência objetiva ao reconhecer a legalidade dos chamados Comitês de Solução de Conflitos, instituto que aproveita a propagação dos efeitos. Estes reconhecimento é argumento importante para o terceiro capítulo que discutirá opiniões favoráveis e contrárias acerca da abrangência objetiva frente aos elementos da arbitragem e aos princípios.

Chega-se para a conclusão, no quarto capítulo, para validar se a instituição de um juízo arbitral tem o condão de afastar do controle estatal judicial se pode

---

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 195.

haver abrangência objetiva na instituição do juízo arbitral e se esta ampliação poderia ferir direitos fundamentais.

Para esta conclusão resgatar-se-á o escopo da arbitrabilidade objetiva ao que também será interessante verificar como pensam os doutrinadores sobre este poder jurisdicional da arbitragem. Processualistas como MARINONI<sup>12</sup> pensam a jurisdição de forma diversa de TALAMINI<sup>13</sup> ao que também têm visão interessante em relação aos arbitralistas como CARMONA<sup>14</sup> e MARTINS-COSTA<sup>15</sup>.

## 1 A JURISDIÇÃO

As partes pactuam para retirar do estado, naquela lide, sua jurisdição. Primeiro passo é, portanto, identificar o que se entende por jurisdição. O conceito não é estático, conforme NERY JÚNIOR porque não se pode relevar o contexto social e histórico. Para o autor a doutrina peca ao considerar “a influência estática da noção *chiovendiana* de jurisdição, de atuação da lei no caso concreto e função estatal substitutiva da vontade das partes<sup>16</sup>”.

quando entre as partes existe um contraste, não é objetivo imediato do processo compô-lo, mas dizer e atuar a vontade da lei; se com a coisa julgada, se com atos executivos úteis o contraste pode cessar, isto é consequência e resultado da atuação da lei. Na realidade, o contraste pode não cessar efetivamente; mesmo, porém, quando cessa, tal não depende do fato de que se compôs o contraste<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> “a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado (...) como jurisdicional” MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Volume 1. 5ª ed rev atlz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 153

<sup>13</sup> “(...) desde que expressamente autorizada por lei e, sempre, em decorrência do interesse das partes — manifestado de forma expresa — a solução do conflito pelo(s) árbitro(s) é, por assim dizer, um exato *equivalente jurisdicional* (...) mediante decisão final que se equipara à sentença judicial” WAMBIER, Luiz Rogrigues. TALAMINI, Eduardo. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento** (Curso avançado de processo civil; v.1) 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pg. 94

<sup>14</sup> “É certo que o compromisso produza efeitos processuais marcantes, o que autoriza a conclusão de ser ele um negócio processual, afastando o juiz natural e investindo os árbitros de poderes para dirimir, com força vinculante para as partes, uma dada controvérsia.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, pg. 189

<sup>15</sup> “Assim a lei brasileira (...), tendo deixado assentada - sem prejuízo do nascedouro contratual - a vertente jurisdicional ao equiparar o árbitro ao juiz e o laudo à sentença” NITSCHKE, Guilherme. **Contratos duradouros...** pg. 1271.

<sup>16</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg. 109

<sup>17</sup> Ibidem, pg. 66-67

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO também defendem que o conceito de jurisdição deve ser visto com os olhos contemporâneos, pois eles indicam que a busca da realização do direito material hoje deve se coadunar “com a ideia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais.<sup>18</sup>”

Forjada através dos tempos, indica CARNEIRO, a jurisdição é “produto da experiência da humanidade<sup>19</sup>”. Ela inicia-se com os

antigos reis de direito absoluto, por si ou por intermédio de delegados. Entre certos povos primitivos, cabia à assembleia da tribo ou do clã. (...) Na Idade Média, a fragmentação do poder público entre os senhores feudais implicou a multiplicação das jurisdições baroniais e eclesiásticas, que se foram extinguindo na medida em que os reis logravam consolidar seu poderio e unificavam seus povos, criando os Estados. **Nos Estados nacionais modernos, a jurisdição é uma das expressões da soberania do Estado, e é exercida em nome do povo (CF, art. 1º, parágrafo único).**

Conforme Cândido Dinamarco, “modernamente sabe-se que a jurisdição não é um poder, no quadro de uma suposta pluralidade de poderes exercidos pelo Estado; é somente uma expressão do poder estatal, que por sua vez é uno e indivisível, definindo-se como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões” (Litisconsórcio, 5. ed., Malheiros Ed., 1997, p. 41, nota n. 3)<sup>20</sup>.

As decisões do juiz, a quem a sociedade investiu o monopólio na solução dos conflitos, são dotadas portanto de “eficácia vinculativa plena, porquanto a sentença de mérito faz “coisa julgada” entre as partes (...) reveste-se do caráter de definitividade, vinculando as partes (e seus sucessores) para sempre<sup>21</sup>”.

Assim entende HESPANHA,

tendo em vista a sua própria garantia, o Estado e o direito podem comprimir um tanto os direitos de cada um, na medida em que isso seja exigido pela salvaguarda dos direitos dos outros. O direito objectivo aparece, então, como um semáforo, dando luz verde ou vermelha aos “poderes da vontade” (que se movem por si), conforme as necessidades do tráfego jurídico.<sup>22</sup>

Pois, retirando este poder das mãos dos particulares reduz-se o risco de uma desavença transformar-se em violência, atitude contrária à pacificação social buscada por intermédio do poder simbolicamente atribuído ao Estado.

---

<sup>18</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 30ª ed., São Paulo: Ed Malheiros, 2014, pg. 152

<sup>19</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência** 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 26

<sup>20</sup> *Idem*

<sup>21</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência** 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 28

<sup>22</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. pg. 308

## 1.1 Direito Constitucional como elemento integrador

HESPANHA observa que a jurisdição deve estar inserida em um contexto maior. Sensação semelhante se verifica em HEGEL no final do século XIX, época de ausência de um elemento político de Estado. Para o filósofo deveria haver um elemento que pudesse integrar e disciplinar os vários direitos dos estados alemães e suas legislações plurais. Este elemento seria justamente a Constituição que segundo HESPANHA:

uma e outro não podem ser o produto de contratos entre particulares, tendentes a uma melhor garantia dos seus privados interesses. Mas, pelo contrário, deviam ser os portadores da ideia global de Estado, como personificação de toda a Nação, e os defensores dos correspondentes interesses públicos. O Estado, com sua burocracia, a sua administração, a sua estrutura financeira, o seu exército, era a corporização dessa Nação transindividual; a constituição era o conjunto de princípios políticos que exprimiam as condições da sua existência dessa mesma Nação e que, por isso mesmo, deviam estar acima dos interesses individuais (mas, nas situações limite) abaixo do interesse do Estado; o direito era a concretização nos vários domínios sociais, dos direitos do Estado-Nação e dos sacrifícios e condicionamentos que ele podia exigir aos interesses dos particulares.<sup>23</sup>

HESPANHA percebeu o quanto as idéias de Hegel se difundiram à época motivada sobretudo pela necessidade de se conceder maior força ao Estado. Esse é o espírito da época que permeia os elementos essenciais e acabam por desencadear o movimento legalista e conseqüentemente as grandes codificações que muito beneficiaram os interesses de uma ordem social burguesa liberal. Foi para o autor “tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e mais controlável pelo novo centro do poder — o Estado.”<sup>24</sup>

Hegel rompe definitivamente com a legitimação contratualista do direito, estabelecendo a ideia de que lei há de valer, não por ser o produto da vontade geral, mas por traduzir a “vontade” do Estado, como portador da totalidade do interesse público<sup>25</sup>.

E que também chama a atenção de MARTINS-COSTA e BRANCO que reconhecem o impermeável *Code* francês, “impermeáveis à intervenção da realidade

---

<sup>23</sup> Hespanha, António Manuel. **Cultura...**, pg. 367

<sup>24</sup> *Ibidem*, pg. 341

<sup>25</sup> *Ibidem*, pg. 368

e do poder criador da jurisprudência”<sup>26</sup> de cuja “perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total apreensão da realidade nos lindes do *corpus* codificado.”<sup>27</sup>

É correto, pois, discernir entre o significado histórico da Codificação oitocentista - como fenômeno de ruptura que foi, como manifestação de uma determinada operação política, como instrumento de uma nova racionalidade, a do capitalismo, construído sobre a hegemonia de uma única classe social, a burguesia - e o significado que podem adquirir, na aurora do século XXI, os novos Códigos civis concretamente considerados, pois, de modo geral, nestes é diverso o relacionamento com as demais instâncias do todo social e com os diversos *loci* nos quais se manifesta o fenômeno jurídico, sendo, em consequência, também diverso o modelo de sistema que espelham<sup>28</sup>

MARINONI também vê o Estado Liberal como força motriz com claro objetivo de frear os desmandos do regime antecedente. E a codificação, pautada pelo princípio da legalidade, eliminava as tradições jurídicas do absolutismo, impossibilitando à administração e aos juízes o uso de “qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei”<sup>29</sup>.

Para HESPANHA,

a ideia de reunir as leis em códigos sistemáticos e duradouros, correspondia também a essa ideia de aquele "casco do direito" que agora se codificava constituía o núcleo normativo, perene e consensual, da vida em sociedade. Estadualismo (i.e, identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza e previsibilidade do direito (i.e., legislação abstracta) e, finalmente, a fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (i.e., codificação), vão assim, de braço dado, permitir a efectivação e estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos.<sup>30</sup>

Tal era de movimentos codificadores que visavam à impermeabilização do direito, conhecida como positivismo jurídico, caracteriza-se sobremaneira por um direito criado exclusivamente nas casas legislativas, limitador da atividade do jurista o qual restringe-se em descrevê-la a buscar a vontade original do legislador<sup>31</sup>.

MARINONI acrescenta que o “próprio legislador está vinculado às leis que edita<sup>32</sup>” e cuja esfera de influência implica ainda submeter-se aos valores da

---

<sup>26</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, pgs. 115-116

<sup>27</sup> Idem

<sup>28</sup> Idem

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Volume 1. 5ª ed rev atlz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 25

<sup>30</sup> Hespanha, António Manuel. **Cultura...**, pg. 341

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria...**, pg. 31

<sup>32</sup> Ibidem, pg. 29

igualdade formal, da liberdade individual, da não intervenção do Estado nas relações privadas e da observação do princípio da separação dos poderes como forma de garantir que a administração e o judiciário sejam controlados pela lei<sup>33</sup>.

Hegel, indica HESPAÑA, propagou as ideias que colocariam a constituição como “estatuto jurídico do Estado, compreendendo o elenco dos seus órgãos (...), suas relações mútuas e os direitos e garantias que o Estado concede.”<sup>34</sup>

Nesse sentido, se não há constituição sem Estado, também não pode haver Estado sem constituição. Só que, nestes termos, a inconstitucionalidade dos actos do Estado (nomeadamente, das leis) deixa de poder dizer respeito ao seu conteúdo (inconstitucionalidade material), mas apenas ao órgão que o praticou (inconstitucionalidade orgânica) ou à forma adoptada (inconstitucionalidade formal)<sup>35</sup>

E, para HESPAÑA, é fato da lei que “se autonomiza da política (...), ganha a natureza de instrumento de estabilização do direito”<sup>36</sup> o que outrora foi papel da jurisprudência.

a constituição não é já a emanção de qualquer soberania popular constituinte, mas apenas o estatuto jurídico do Estado, compreendendo o elenco dos seus órgãos supremos, a constituição destes, as suas relações mútuas e os direitos e garantias que o Estado concede.<sup>37</sup>

Com a supremacia da lei, o aparato de poder estatal institucionaliza-se e aos poucos fecha-se na era das codificações. O reger-se em sociedade, imune a valores morais, viu este objetivo alcançado na purificação do Direito como defendeu Kelsen.

Tem início o século XX que, especialmente no período entre guerras, novas demandas surgem por conta da devastação geral das terras europeias o que levou da necessidade de reconstrução total das terras europeias e de novos vínculos sociais.

Ficou claro, em um contexto global, que determinadas parcelas da sociedade, por conta de menor influência, sofreriam maiores impactos em relação aos demais. A igualdade meramente formal, neste momento, teria efeito devastador em gerar ainda mais disparidade social. Sintomático, o mundo observa o surgimento de

---

<sup>33</sup> Ibidem, pg. 33

<sup>34</sup> Hespanha, António Manuel. **Cultura...**, pg. 369

<sup>35</sup> Ibidem, pg. 369

<sup>36</sup> Hespanha, António Manuel. **Cultura...**, pg. 370

<sup>37</sup> Ibidem, pg. 369

governos totalitaristas que, chancelados pelo povo e pelo formalismo legal, oportunizaram-se o aparecimento dos mais marcantes horrores do século.

O nacional-socialismo subiu ao poder respeitando basicamente essa forma e, uma vez no poder, instaurou uma nova forma que, por sua vez, legitimava a sua acção política. Mesmo descontando os que activamente colaboraram com o nazismo e, nomeadamente, com a sua política antisenmita, manietados pelo formalismo, raros foram, por isso, os juristas alemães que recusaram a legitimidade de um direito que, progressivamente, se foi afastando, no plano internacional e no plano interno, das aquisições mais fundamentais da cultura jurídica e política europeia.<sup>38 39</sup>

Por conta deste desdobramento, continua Hespanha, percebeu-se que certas questões não poderiam ficar adstritas ao legislativo. Era necessário que o direito se refundasse em valores suprapositivos retirando-lhe certas questões<sup>40</sup>.

Estas questões, conceito aberto, devem ser preenchidas no caso concreto. Isto significa que não se poderia previamente determinar todas situações. Descobre-se, no entanto, que a lei formal, na intenção de promover direitos, provocaria exatamente o efeito contrário.

Esta passagem do império da lei para a imprescindível percepção do caso concreto marca a segunda geração de direitos fundamentais. Geração de direitos em que ao Estado não cabe o mero papel da abstenção.

A segunda geração é marcada pelo Estado promotor de políticas sociais. O Estado Social passou a considerar também direitos coletivos, conferindo também a um grupo minoritário e sem voz o poder de buscar seus direitos com paridade de armas, por exemplo.

O Estado passa a promover a igualdade material<sup>41</sup> e tem para o Estado Democrático de Direito a remodelação na autonomia privada.

No âmbito contratual, conforme MELO, a autonomia da vontade teria “uma concepção tipicamente voluntarista e individualista”, porque entre as relações dos

---

<sup>38</sup> Ibidem, pg. 470-1

<sup>39</sup> Essa é a discussão do filme alemão *Die Welle* dirigido por Dennis Gansel e estrelado por Jürgen Vogel, Frederick Lau, Jennifer Ulrich e Max Riemelt que estreou no Brasil em 2009. No enredo o professor pergunta "Seria possível vivermos na Alemanha um novo fascismo?" Pois o filme demonstra justamente que essa provocação é válida e que todos os ingredientes continuam à disposição ainda hoje.

<sup>40</sup> Ibidem, pg. 471

<sup>41</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso...**, pg. 995

particulares imperava uma igualdade formal equidistante da realidade na qual se verificava uma flagrante desigualdade.

Essa concepção foi superada na medida em que os valores constitucionais e as normas de ordem pública passaram a limitá-la (...) concedendo aos particulares uma esfera: a da autonomia privada. Assim, a autonomia da vontade passa a ser exercida dentro do âmbito da autonomia privada. A vontade continua a ser de extrema importância, mas não mais numa concepção liberal exacerbada<sup>42</sup>.

CARVALHO, na mesma linha,

a máxima posso fazer o que quiser, desde que não prejudique terceiros sofre uma remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique<sup>43</sup>

A esta revolução do novo Estado Democrático de Direito reconhece-se preponderância da interpretação conforme e o foco passa a ser o cuidado com a correta interpretação da lei à luz de princípios constitucionais.

EROS GRAU afirma que texto é fato gráfico e que desde o tempo da promulgação da lei até a sua aplicação, seu texto já pode estar desatualizado. Um texto que isolado não presta contas para a realidade, uma “frustração material da finalidade (...) e (...) obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais”<sup>44</sup>.

Não significa, reforça o autor, permitir-se que a jurisdição possa expandir o âmbito utilizando-se da interpretação que isso implicaria, por exemplo, a eficácia geral das decisões judiciais: elas ainda são normas individuais “criadas” pelo intérprete autêntico para o caso concreto. Nada impede, entretanto, servir de justificação à outras decisões<sup>45</sup>.

os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes — isto é, por serem destituídos de clareza —, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios [Müller]<sup>46</sup>.

Por isso o autor reputa grande relevância à função do Estado para que possa, pela interpretação das leis, encontrar soluções ideais para cada caso concreto “não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que bastaria ao

---

<sup>42</sup> *Idem*

<sup>43</sup> CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso...**, pg. 997

<sup>44</sup> *Idem*

<sup>45</sup> *Ibidem*, pg. 64.

<sup>46</sup> *Ibidem*, pg. 29.

intérprete ser alfabetizado”<sup>47</sup>, mas como produtor e criador da norma a partir do texto.

Superada a era de um juiz adstrito a *descrever* a lei, diz PAULO NALIN, é chegada a era de um juiz que deve *interpretá-la* e isso remonta ao surgimento, no século passado, de escolas que visam patrocinar métodos e meios adequados para se realizar esta interpretação. Na Europa

havia a rígida divisão dos Poderes do Estado, conforme apregoado por Charles Montesquieu, figurando o juiz como a “boca do legislador”, situação que perdurou até meados do século XIX. Na seqüência, a partir do início do séc. XX, e apesar da retrógrada posição codicista, o magistrado passou a ser o intérprete da lei. Ainda no início do século passado, surgiram duas escolas fundamentais na Alemanha, com base na Teoria Geral do Direito e da Metodologia Jurídica Geral. Da primeira (Teoria Geral do Direito) emergiu a assim chamada Escola do Direito Livre (R. Stammler), postulando pela existência de um “juiz régio”, o qual poderia mesmo ignorar a lei, em alguns casos, quando esta correspondesse às novas idéias sociais. A segunda, encabeçada por Gustav Radbruch, pregava o “método de interpretação objetiva”: o “teor da literal, a gênese, a sistemática e, sobretudo, a telos, a ratio, a finalidade da lei, deveria (sic) ser os critérios por meio dos quais o sentido da lei precisava ser identificado.” (STERN, 2003, p.513)<sup>48</sup>

E assim, a exclusividade do legislador como intérprete e a lei como imperativa, aos poucos cedeu lugar para a jurisdição. MARINONI, remetendo os estudos do norte-americano FISS, preocupa-se em acrescentar que a promoção efetiva para todos é garantida pelo empoderamento dos grupos sociais vulneráveis. Para FISS, a *adjudication* para dar sentido concreto aos valores constitucionais deve considerar que nenhum regime constitucional obedece apenas a regra posta pela maioria e pela primazia das instituições políticas em detrimento dos órgãos jurisdicionais<sup>49</sup>.

MARINONI afirma também ser direito fundamental não apenas a tutela, mas a tutela jurisdicional efetiva<sup>50</sup> que demanda ao legislador prescrever leis que explicitem isso e permitam realizar as tutelas prometidas pelo direito material e pelos direitos fundamentais. Para ele é através da jurisdição que tem o juiz a oportunidade e “o

---

<sup>47</sup> Ibidem, pg. 36

<sup>48</sup> NALIN, Paulo. **Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.41, n.0, 2004, pg. 96

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria...**, pg. 110

<sup>50</sup> Ibidem, pg. 119

poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material<sup>51</sup>.

## 1.2 Princípios gerais do direito e princípios da jurisdição

Os princípios na ordem jurídica desempenham duas funções: uma delas vem a ser a segurança, a previsibilidade e a estabilidade das relações ao passo que a outra vem a ser a justiça. As duas contribuem para o bem-estar humano e promovem a dignidade, possibilitando o desenvolvimento pleno individual.<sup>52</sup>

Esta tensão estará presente no ordenamento jurídico. Da mesma forma ao intérprete da norma positivada caberá a tarefa de caminhar entre extremos. Maior liberdade ao intérprete representará maior risco de arbítrio e impacto à isonomia, porque pode-se chegar a soluções desiguais para casos idênticos. Mas se o intérprete não tiver um espaço de interpretação estará impossibilitado de atuar por conta de "realidades intensamente mutáveis"<sup>53</sup> como as atuais são.

Para BARCELLOS enquanto as regras remetem ao vértice da segurança, da estabilidade e da previsibilidade os princípios, mais flexíveis, permitem uma adaptação mais livre para as "infinitas possibilidades do caso concreto"<sup>54</sup>.

E para que a interpretação diante do caso concreto seja possível, é preciso observar os princípios que informam a necessidade de cada instituto. Princípios não são construídos pela jurisprudência: eles sempre existiram no ordenamento e a autoridade judicial precisa tê-los em consideração para encontrar uma solução mais justa para a lide. A autoridade judicial tomará os princípios simplesmente comprovando sua existência no ordenamento e ao aplicar estará evidenciando-o.<sup>55</sup>

Pode ser, no entanto, que haja para o caso concreto ora confronto de princípios entre si ora confronto entre princípios e regras ora confronto de regras entre si de onde um deve prevalecer. Seguindo este raciocínio, EROS GRAU, em apertada síntese, conclui que na verdade as regras que concretizam determinado princípio é que deixam de utilizadas para afastar o princípio naquele caso concreto.

---

<sup>51</sup> Ibidem, pg. 120

<sup>52</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, pg. 185

<sup>53</sup> Ibidem, pg. 186

<sup>54</sup> Idem

<sup>55</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**, pg. 46.

As regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de validade, perdem eficácia - isto é, efetividade - em relação a situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se.<sup>56</sup>

No caso brasileiro, BARCELLOS indica serem frequentes as referências legislativas a elementos valorativos de conteúdo vago como 'justiça social' e 'dignidade humana' para que o detalhamento seja feito pelo intérprete em função do tempo e das circunstâncias do caso concreto<sup>57</sup>, conformar a regra geral à particularidade do caso concreto ou inserir as leis (o mundo do *dever-ser*) na realidade da vida (o mundo do *ser*)<sup>58</sup>.

Se a interpretação é o caminho que liga o texto à norma consignada para o caso real a jurisdição é quem tem legitimidade para produzir as normas que serão ponderadas para a solução do caso concreto.<sup>59</sup>

Interpretar é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido: a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular em outros termos ainda: opera a sua inserção na vida<sup>60</sup>.

Já BARROSO, em linha com EROS GRAU, sinaliza que a interpretação é uma construção e acrescenta que a interpretação é resultado de conclusões retiradas

a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas<sup>61</sup>.

Para o autor a interpretação constitucional é a forma essencial do processo.

A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido<sup>62</sup>.

---

<sup>56</sup> Ibidem, pg. 51.

<sup>57</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, pg. 10

<sup>58</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio...**, pg. 59-60

<sup>59</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio...**, pg. 26.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio...**, pg. 38.

<sup>61</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. pg. 98

<sup>62</sup> Ibidem, pg. 101.

HESPANHA identifica a expansão democrática iniciada em meados do século XX carregando a sociedade com características de soberania popular e de um “direito vinculado à vontade do povo<sup>63</sup>”.

Não obstante, o mundo mudou, também no domínio da política e do direito; por razões que se ligam à evolução científica e tecnológica, mas também em virtude de uma nova valorização da diversidade e do pluralismo das sociedades.<sup>64</sup>

No plano constitucional, uma das formas mais claras de reconhecimento do pluralismo é o art. 231 §1º da CRFB relativo aos usos e costumes indígenas sobre o uso e transmissão das terras tradicionais da comunidade.<sup>65</sup>

Sem deixar de lado a lição que PAULO NALIN lembra ao trazer de STERN a certeza de que a “atuação do juiz, num plano de construção do sistema, decorre da constatação de serem imperfeitas as leis, impondo uma interpretação inclinada ao aperfeiçoamento do Direito<sup>66</sup>”. Reforça PAULO NALIN que a passagem da segurança da lei para a segurança no juiz é “mais coerente com os anseios de uma sociedade que não é geral e, muito menos, abstrata<sup>67</sup>”, haja vista que a lei não é neutra e que a decisão judicial seria alinhada com a sociedade de carne e osso.

Para além da abstração e da neutralidade, continua PAULO NALIN, “a crise desse modelo jurídico decorre, sobretudo, da força do engessamento da estrutura normativa em torno da regra jurídica, em contraposição à contínua e inevitável evolução social<sup>68</sup>”.

Neste momento percebe-se como DWORKIN e ALEXY tratam a força dos princípios. DWORKIN defende que enquanto as regras precisam ser aplicadas segundo o critério do tudo ou nada, de forma disjuntiva<sup>69</sup>, os princípios possuem dimensão de peso. Diante de um conflito de regras, procede-se ao clássico raciocínio de solução das antinomias — hierárquico, de especialidade ou cronológico<sup>70</sup> —, enquanto que um conflito de princípios, porque não se enquadra em critérios

---

<sup>63</sup> HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, pg. 62

<sup>64</sup> HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo...**, pg. 63.

<sup>65</sup> HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo...**, pg. 66

<sup>66</sup> NALIN, Paulo. **Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.41, n.0, 2004, pg. 96

<sup>67</sup> NALIN, Paulo. **Cláusula geral...**, pg. 97

<sup>68</sup> NALIN, Paulo. **Introdução...**, pg. 12

<sup>69</sup> MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016 pg. 73.

<sup>70</sup> *Idem*

hierárquicos de especialidade ou temporais até porque podem ser implícitos, o conflito deve ser resolvido segundo a importância numa dada situação<sup>71</sup>.

Já ALEXY posiciona regra e princípio como espécies do gênero norma. Onde, “la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado”<sup>72</sup>. Enquanto os princípios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*”<sup>73</sup>, uma regra só é válida “de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos”<sup>74</sup>.

PAULO NALIN indica que a força dos princípios abrange tanto o direito material quanto o processual e que essa abertura principiológica para novos saberes e fontes, iniciada no código Beviláqua, possibilitaram a entrada de princípios fundamentais e inspiraram o Direito Civil, “caso notório da boa-fé, que, hoje, se insere em todos os quadrantes da vigente codificação, mormente no plano do direito negocial”<sup>75</sup>.

EROS GRAU também reforça a importância dos princípios gerais. A interpretação não cria princípios e os princípios não são alheios ao ordenamento. São, ao revés, comprovados “a sua existência no bojo do ordenamento jurídico, do direito que aplica, declarando-os. Eles são, destarte, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento”<sup>76</sup>.

Os princípios têm outros papéis relevantes, lembrados por PAULO NALIN, que são o indispensável papel de gestão ordenada do sistema, realizando integração sistêmica entre os Códigos, como o Civil, e destes com as leis esparsas, estabilizando inúmeros princípios do Direito dentre os quais o da boa-fé<sup>77</sup> que tornam “maior a possibilidade de compreensão do sistema jurídico, servindo, (...) para (...) preenchimento das lacunas do sistema positivado”<sup>78</sup>.

---

<sup>71</sup> *Idem*

<sup>72</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pg. 87

<sup>73</sup> *Ibidem*, pg. 86

<sup>74</sup> *Ibidem*, pg. 87

<sup>75</sup> NALIN, Paulo R. R. **Princípios...**, p. 98

<sup>76</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio...**, pg. 46

<sup>77</sup> NALIN, Paulo. **Introdução...**, pg. 17.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pgs. 19-20.

E reconhecer que os princípios agora possuem múltiplas funções quais sejam a de servir como “mandamentos de otimização, fonte de condutas contratuais, causa de preservação e de resolução de negócios jurídicos e de contratos”<sup>79</sup>

a qual transitou da doutrina para a lei e, agora, para a jurisprudência. Habitados, os juristas, a lançar um olhar sobre os princípios, tão somente como fonte de interpretação dos contratos, deparam-se, atualmente, com múltiplas funções que, por vezes, emergem de um único princípio, sendo este o caso emblemático da boa-fé<sup>80</sup>.

Um desafio, segundo PAULO NALIN, vem a ser o juízo de oportunidade que se deve realizar na eleição do princípio ideal para cada caso. “É reconhecida a dificuldade de conceituação dos princípios gerais do direito, uma vez serem revestidos de alto grau de indeterminação conceitual<sup>81</sup>”.

O processo de constitucionalização do direito, continua PAULO NALIN, é feito de forma gradual e expansiva porque está formando uma mentalidade constitucionalizante, alicerçado na realidade nacional e identificado “pela inclusão de princípios essencialmente civis no texto constitucional<sup>82</sup>”

A principiologia, ao seu turno, compartilha espaços de interlocução com o direito codificado, na busca por melhor solução do caso concreto (...) em que este se funda nas diretrizes da socialidade, eticidade e concretude, alça o intérprete, sobretudo o juiz, à profunda análise do caso concreto<sup>83</sup>.

Assim a jurisdição nacional tem consigo, à luz da Constituição da República, uma série de princípios dentre os quais o do devido processo legal<sup>84</sup>, da isonomia<sup>85</sup>, do juiz e promotor natural<sup>86</sup>, do contraditório<sup>87</sup>, da proibição da prova ilícita<sup>88</sup>, da publicidade dos atos processuais<sup>89</sup>, do duplo grau de jurisdição<sup>90</sup>, da motivação das decisões judiciais<sup>91</sup> e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional também chamado de princípio do direito de ação<sup>92</sup> conforme apontado por NERY JÚNIOR.

---

<sup>79</sup> NALIN, Paulo R. R. **Princípios...**, p. 98

<sup>80</sup> *Idem*

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>84</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios...**, pg. 60.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pg. 71.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pg. 97.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pg. 169.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pg. 193.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pg. 209.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pg. 211.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pg. 215.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pg. 130.

Dada a força e a importância dos princípios constitucionais dedicar-se-á ao estudo do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como chave para a compreensão para o tema que é a constitucionalidade da abrangência objetiva das cláusulas arbitrais.

### 1.3 A inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está positivado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República com o seguinte texto: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É um princípio voltado primeiro para orientar o legislador, mas que deve ser observado por todos que atuam no direito<sup>93</sup>.

Nesse aspecto, NERY JÚNIOR lembra difíceis episódios da história brasileira na qual atos arbitrários da administração procuraram restringir o acesso à justiça. É o caso do famigerado Ato Institucional nº 5 responsável por graves episódios de negação de direitos ao povo. Um ato ilegítimo porque “outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Constituição<sup>94</sup>”.

DIDIER esclarece que o princípio do direito fundamental de ação, como todo princípio, não é absoluto. Leis podem estabelecer condicionantes para o acesso à justiça como requerer primeiro o esgotamento na esfera administrativa o que não implica inconstitucionalidade. Abusivo seria a provocação desnecessária da jurisdição. Entretanto, havendo urgência no caso, nada impede que o litigante demonstre o fato em juízo ao que a possibilidade estará condicionada à avaliação judicial<sup>95</sup>.

NERY JÚNIOR aduz que a prestação jurisdicional deve ser adequada no sentido de que o juiz precisa observar os requisitos legais e conceder uma tutela eficaz mesmo que não haja lei autorizando, ou, ainda se houver lei proibindo a tutela urgente. Segundo a visão do autor, a lei que impede a concessão de tutela será ofensiva ao princípio constitucional de ação.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Ibidem, pg. 130

<sup>94</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios.....**, pg. 131

<sup>95</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil (v. 1)**. 17ª edição rev ampl atz. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015., pgs. 179-180

<sup>96</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios.....**, pgs. 132-133

Como as garantias fundamentais e os direitos sociais (arts. 5º a 8.º da Constituição Federal) devem ser interpretados *ad amplianda* — contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam *ad restringenda* —, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação<sup>97</sup>.

### Para MARINONI a jurisdição contemporânea

para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto (...) <sup>98</sup>.

E quando necessário deve chegar a uma prestação jurisdicional que extrapole a literalidade da lei face a necessidade de compreensão e adequação dos casos concretos pela necessidade que tem de ser suprida pelo juiz na atribuição de sentido ao caso analisado<sup>99</sup>.

Este juiz terá o ônus de “justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito<sup>100</sup>”.

MARINONI reúne os papéis da jurisdição a contar com a observação do pluralismo, com a necessidade de compreensão dos casos concretos<sup>101</sup>, conformando as leis<sup>102</sup> a qual o juiz criará a norma com sua interpretação<sup>103</sup>, concretizando valores públicos vigentes<sup>104</sup>, a pacificação social<sup>105</sup>, o atendimento das necessidades do direito material<sup>106</sup>, dos direitos transindividuais<sup>107</sup>, a tutela efetiva<sup>108</sup>, dentre outras.

Sobre a inafastabilidade do controle judicial para que se possa garantir tutela efetiva, MARINONI também observa a importância da arbitragem. Segundo o autor,

---

<sup>97</sup> Ibidem, pgs. 133-134.

<sup>98</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed rev atlz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 107.

<sup>99</sup> Idem

<sup>100</sup> Ibidem, pg. 109.

<sup>101</sup> Ibidem, pg. 97.

<sup>102</sup> Ibidem, pg. 98.

<sup>103</sup> Ibidem, pgs. 101-102.

<sup>104</sup> Ibidem, pg. 110.

<sup>105</sup> Ibidem, pg. 113.

<sup>106</sup> Ibidem, pg. 114.

<sup>107</sup> Ibidem, pg. 115.

<sup>108</sup> Ibidem, pg. 119.

o instituto vem para suprir “a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos<sup>109</sup>”. É uma solução que não ressurgiu sem muita discussão, mas de cujo entendimento prévio à promulgação da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96) vinha a ser cara, lenta e pouco eficaz, pois ao seu final ainda caberia aguardar a palavra do Poder Judiciário.

A outorga, atividade que será explorada à frente, tem para MARINONI a distinção entre juiz de fato e de direito “a um árbitro e o afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado — como o tribunal arbitral — como jurisdicional<sup>110</sup>”.

Por sua vez, a discussão instaurada sobre a constitucionalidade da arbitragem foi desvirtuada, pois a arbitragem diz respeito tão somente a questões da autonomia da vontade<sup>111</sup> e, face a isso, é preciso considerar-se que a discussão recai na possibilidade das partes em livremente excluir do Poder Judiciário a apreciação de direitos disponíveis em favor de uma tutela mais efetiva e tendente a ser mais justa.

Este capítulo fica, portanto, marcado pela dúvida a saber se a mitigação do princípio em questão seria uma afronta à constituição ou se a discussão, conforme trazida por MARINONI, está deslocada.

Deste resta igualmente marcada, em linhas gerais, a importância da interpretação como forma de pacificação social tendo-se os princípios gerais e os da jurisdição como norteadores da interpretação a cada caso concreto.

Propõe-se que o princípio da inafastabilidade do controle judicial é um princípio que pode ser mitigado no caso concreto, mediante fundamentação e comprovação do que virá em sua substituição. Para este intuito é que dentre as alternativas à jurisdição estatal, o estudo da arbitragem ganha destaque e seu desenvolvimento é objeto do próximo capítulo.

---

<sup>109</sup> Ibidem, pg. 153.

<sup>110</sup> Idem

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria...**, pg. 154.

## 2 A ARBITRAGEM

Instituto heterocompositivo de solução de conflitos<sup>112</sup> que sempre esteve presente na sociedade com mais ou menos força. Método alternativo que pode ser entendido mais próximo da via da autocomposição<sup>113</sup> do que a jurisdição estatal tradicional.

Nesta modalidade de composição privada um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, decidirão sobre os assuntos em litígio e a decisão tem o mesmo teor coercitivo e a mesma eficácia prática do que uma sentença judicial.

A arbitragem possui ao menos quatro vantagens com esta forma de resolução de conflitos. Primeiro as partes têm a liberdade de escolher seu próprio e especializado órgão julgador que pode ser composto por profissionais com específica habilidade na matéria litigiosa como engenheiros e estatísticos o que pode representar maior agilidade e tecnicidade na decisão. Decisão que normalmente envolve matérias não muito comuns para os Tribunais<sup>114</sup>.

Segundo, da decisão arbitral não cabe recurso<sup>115</sup>, pois tendo-se um procedimento personalizado para o caso concreto chega-se a uma solução mais especializada. Não é por acaso que as partes tendem mais espontaneamente a cumprir as decisões.<sup>116</sup>

Terceiro, por decorrência dos demais pontos, esta espécie de solução de conflitos produz um ambiente de cooperação e as partes sentem-se mais confortáveis em manter suas parcerias comerciais se comparado com a via estatal.

as partes, mesmo diante de alguma controvérsia surgida no curso da execução do contrato, ainda terão um período prolongado de convivência, sendo de todo recomendável, assim, buscar soluções consensuais<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 : mediação e conciliação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, pg. 85

<sup>113</sup> Autocomposição para CARMONA seria a mediação e a conciliação de cujo resultado é mera sugestão. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 33

<sup>114</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 85-86

<sup>115</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: lei nº 9.307/96**. 5ª ed rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2009. pg. 3

<sup>116</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 86-87

<sup>117</sup> Ibidem pg. 137

Quanto aos custos operacionais, à primeira vista pode parecer uma desvantagem, pois os custos são maiores. A compensação vem na efetividade e na agilidade das soluções litigiosas, tanto é que cada vez mais a atenção se volta para a arbitragem.

Com efeito, pela sua abrangência a toda e qualquer situação, as regras estabelecidas no Código de Processo Civil, e procedimentos cartorários no Judiciário, geram a necessidade da prática de uma série de atos, protocolos, providências, cumprindo inúmeras formalidades, até para a segurança do jurisdicionado. Já na arbitragem, o foco maior é a solução da matéria de fundo, e, assim, há maior informalidade nas providências para se alcançar o objetivo: solucionar a controvérsia<sup>118</sup>.

CÂMARA aduz um benefício indireto para a sociedade que se traduz na diminuição do número de processos judiciais estatais quando se opta pela arbitragem e isto permite proporcionar aos demais jurisdicionados um judiciário menos sobrecarregado<sup>119</sup>.

LEVY reconhece que o aumento na litigiosidade das relações jurídicas em sociedade acaba exigindo soluções inteligentes e neste ponto a arbitragem surge como uma técnica positiva.

não estávamos preparados para a gestão adequada de tantos conflitos, o que nos levou a repensar como deveríamos dar uma resposta efetiva a tantas questões que permaneciam e permanecem sem pronta resposta estatal ou mesmo pessoal<sup>120</sup>.

DIAS também verifica relação entre o aumento da litigiosidade proporcional ao aumento na complexidade das relações. Um tecido social que ele chamou de aldeia geopolítica<sup>121</sup>

Para a solução desses conflitos, a jurisdição estatal já se mostrou historicamente inadequada, sobretudo porque envolve a delicada e não menos problemática questão da soberania entre os Estados e de suas respectivas jurisdições.

Litigiosidade que também preocupa CAHALI que comenta a perda da capacidade das pessoas em superar suas desavenças, procurando terceiros para

---

<sup>118</sup> Ibidem, pg. 86

<sup>119</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas . **Lições de direito processual civil, (V. 1)**, 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, pg. 48

<sup>120</sup> LEVY, Lourenço, Fernanda Rocha. **Cláusulas escalonadas : a mediação comercial no contexto da arbitragem**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pg. 24

<sup>121</sup> FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1999, pg. 36

resolver seus problemas. A cultura do litígio está bem presente na sociedade contemporânea<sup>122</sup>.

CRETELLA NETO resgata o contexto econômico pelo qual o país se encontrava na ocasião da promulgação da Lei de Arbitragem. A década de 90 foi marcada pela necessidade de inovações visando estabilidade econômica<sup>123</sup>.

Dentre as mudanças, compreende-se: novas demandas no mercado brasileiro, produtos com maior qualidade, mais incentivos para exportação, exportação de produtos com maior valor agregado, com maior tecnologia e por mais empresas, e especialmente por sistema contratual mais célere.

MARTINS identificou dois fatores que estavam presentes e favoreceram muito o influxo de capital externo, “a qualidade do nosso sistema jurídico” e “a reconhecida reputação, competência e independência do nosso Poder Judiciário”<sup>124</sup>.

com o envolvimento cada vez maior do país em transações internacionais, em especial a partir dos contratos de empréstimo da década de 70, das privatizações e concessões de serviços públicos na década de 90, também cresceu a pressão para a adoção de um sistema célere e neutro de resolução de conflitos.<sup>125</sup>

Nesse *interregno*, por “solicitação do extinto Ministério da Desburocratização, publicado no Diário Oficial da União, de 27.5.81, para a apresentação de críticas e sugestões<sup>126</sup>”, começa-se a tentar estabelecer um sistema célere e neutro. Esta publicação representa o primeiro anteprojeto de lei de arbitragem, de uma série de três tentativas, mas que infelizmente fracassam em Brasília.

Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...**, pg. 24

<sup>123</sup> CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, pg. 156

<sup>124</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem e atração de investimentos no Brasil** /n Revista de Arbitragem e Mediação vol 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pgs. 101-108

<sup>125</sup> Idem

<sup>126</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...**, pg. 6

<sup>127</sup> Ibidem, pg. 4

Os infortúnios pelos quais esse anteprojetos passaram acabaram gerando uma sensação de desânimo sobre os estudiosos da arbitragem e o país, atrasado no assunto, acabou perdendo mais uma década.

A pressão não cessou e, por iniciativa privada denominada de *Operação Arbiter* do Instituto Liberal de Pernambuco em 1991, tem-se a retomada dessas discussões e contou com apoio político de importantes setores da economia brasileira e culminou em um projeto histórico apresentado no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, em Curitiba, PR, no dia 27 de abril de 1992<sup>128</sup>.

Segundo CARMONA<sup>129</sup>,

A comissão foi buscar subsídio especialmente na legislação espanhola então vigente (de 1988) e na Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial da Uncitral, sem esquecer as disposições das Convenções de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975).

Projeto finalizado em 1992 com o início do processo legislativo no Senado que, pela relatoria do Senador Marco Maciel, é aprovado na Alta Câmara e enviado para a Câmara dos Deputados em abril de 1995. Agora é pela voz do deputado Celso Russomano que vem a aprovação, com emendas, na casa dos Deputados e reenviado ao Senado para nova deliberação. O sancionamento presidencial se dá na sessão solene do dia 23 de setembro de 1996, publicado no dia seguinte com *vacatio legis* de 60 dias<sup>130</sup>.

Seja a arbitragem um novo paradigma<sup>131</sup> seja um oportuno resgate de modalidades bem sucedidas de solução de conflitos, é preciso reconhecer que a cultura jurídica deve superar a cultura da sentença estatal como única via e reconhecer os benefícios da cultura da pacificação. As práticas consensuais privadas favorecem a cidadania e o justo acesso à ordem jurídica célere e com técnica<sup>132</sup>.

A própria natureza da jurisdição civil, inclusive, se comparada com a penal demonstra que a civil deveria ser muito mais contingente. Segundo DINAMARCO

---

<sup>128</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...**, pg. 10

<sup>129</sup> Ibidem, pg. 11

<sup>130</sup> Ibidem, pgs. 12-14.

<sup>131</sup> Assim defende MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed rev atlz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pg. 153: "Surgiu há poucos anos, frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos"

<sup>132</sup> LEVY, Lourenço, Fernanda Rocha. **Cláusulas escalonadas : a mediação comercial no contexto da arbitragem**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pg. 25

enquanto a regra no sistema processual penal é a da indisponibilidade, a maioria dos modelos de ordenamentos processuais civis é a disponibilidade<sup>133</sup>. O processo penal tem sua jurisdição como indefectível, comparável a uma necessidade fisiológica, de onde se extrai o princípio de que não há pena sem jurisdição e tem o processo como único meio de acerto do caso penal e a aplicação de uma sanção penal se faz obrigatoriamente por este processo<sup>134</sup>.

Situação da qual a esfera cível não há equiparação. Diz-se que esta quando atua, faz para solucionar uma patologia. A jurisdição é provocada porque as partes não conseguiram compor seu litígio amigavelmente e recorreram a uma solução heterocompositiva. Patologia que é a dúvida sobre existência de uma pretensão insatisfeita fundada em preceito concreto. O Estado será instado por quem tem poder para levantar a dúvida através de uma ação e exercerá a jurisdição<sup>135</sup>.

A Lei da Arbitragem, lei nº 9.307/06, entra em vigor em 23.11.1996, revogando expressamente o que se dispunha sobre compromisso e juízo arbitrais, artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916 e 101, 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil de 1973, passando a ser regulado “integral e completamente, pela Lei da Arbitragem (LArb)”<sup>136</sup>.

BERALDO destaca as novidades que a lei trouxe para o ordenamento brasileiro,

O primeiro é o fato de se ter outorgado, à jurisdição arbitral, a independência da qual precisa, merecia e não tinha, na medida em que suas decisões dependiam de homologação pelo juiz de direito e, no caso de sentenças estrangeiras, não mais carece de homologação pelo Judiciário do país onde foi proferida a sentença arbitral. O segundo é o caráter vinculante da cláusula compromissória. Assim, se uma das partes não quiser submeter o problema surgido ao juízo arbitral, desrespeitando-se convenção arbitral previamente entabulada no contrato (...) pode a outra parte exigir judicialmente o cumprimento da cláusula compromissória, e (...) a lide será julgada nas vias de arbitragem<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> DINAMARCO, Cândido. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Ed Malheiros, 2007, pg. 70

<sup>134</sup> SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. 2ª edição. Florianópolis: Ed Empório do Direito, 2015., pg. 136

<sup>135</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 30ª ed., São Paulo: Ed Malheiros, 2014., pg. 58

<sup>136</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pg. 105

<sup>137</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da lei nº 9.307/96**. Editora Atlas, São Paulo, 2014, pg. 3

Segundo dados da Câmara de Comércio Internacional, o país lidera na América Latina em composição de litígios pela via arbitral e quarto lugar no *ranking* mundial<sup>138</sup>.

O volume de negociações também impressiona. O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, instituição que atua há mais de 30 anos, atingiu em março de 2010 a marca de 6,8 bilhões de Reais<sup>139</sup> em valor da causa.

O entusiasmo pela instituição arbitral brasileira é também percebido por LEMES que desde 2005 vem acompanhando cinco das maiores câmaras de arbitragem no Brasil para computar os casos julgados e valores envolvidos em processos arbitrais: Amcham, CCBC, Fiesp/Ciesp, Camarb e FGV.

Em 2005, 21 causas tramitavam nas câmaras privadas a uma monta de R\$ 247 milhões. Seis anos depois, as câmaras já contabilizavam 122 processos a R\$ 3 bilhões, o que representa aumento de 1.000%. O estudo ainda concluiu que em 2011, oito em cada dez arbitragens<sup>140</sup> foram realizadas no Estado de São Paulo, demonstrando que o país ainda tem muito espaço para crescer nesta área.

Já o CAM-CCBC divulgou no seu sítio da Internet que a opção pela adoção de padrões internacionalmente reconhecidos foi o que possibilitou à câmara em menos de 10 anos superar sua própria meta de crescimento, chegando em 2015 com 520 processos administrados. Tanto que em 2013 somente nesta câmara o volume julgado superou a quantia de R\$ 2,4 bilhões<sup>141</sup>.

Para entender a arbitragem é preciso conhecer dois elementos-chave: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. São as espécies do gênero convenção de arbitragem e vêm positivados no artigo 3º da lei especial.

Conforme GUERRERO, a Lei de Arbitragem em 1996 aproximou suas espécies, abolindo suas diferenças teleológicas<sup>142</sup>, considerando-as negócio jurídico processual misto. No mais, negócio processual típico porque presente no Código de Processo Civil, artigos 260,§3º, 337,X, 485,VII e 1.015 vigente a partir de 2016.

---

<sup>138</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 26

<sup>139</sup> LEVY, Lourenço, Fernanda Rocha. **Cláusulas escalonadas...**

<sup>140</sup> Idem

<sup>141</sup> <http://www.ccbc.org.br/Materia/1056/arbitragem-e-adr> Acesso em 2 de Agosto de 2016

<sup>142</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral.** São Paulo: Atlas, 2009, pg. 10-2009

O compromisso arbitral tem mais característica de direito material sendo, nas palavras de PONTES DE MIRANDA um contrato processual<sup>143</sup>, negócio processual jurídico por meio do qual as partes, face a uma controvérsia instaurada, estabelecem um pacto<sup>144</sup> com “vistas à produção de efeitos processuais específicos, no caso, a utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos<sup>145</sup>”.

A cláusula compromissória, por sua vez, tem mais característica de negócio processual jurídico pelo qual as partes estabelecem que havendo-se algum litígio, sua solução não se dará pelo juízo estatal. Pacto prévio à existência da lide.

Nos dois casos, reforça GUERRERO, não apenas para excluir a jurisdição estatal outro efeito importante da convenção da arbitragem é permitir que o acordo produza efeitos imediatos sendo necessário que a convenção contenha os elementos para se iniciar a arbitragem sem que se tenha que recorrer a novo acordo

<sup>146</sup> <sup>147</sup>

Por isso, considera-se que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual que pode possuir eficácia plena ou limitada de acordo com a sua forma, possuindo, na primeira hipótese (cheia) um contrato de organização. A cláusula compromissória vazia é convenção de arbitragem, mas com eficácia limitada<sup>148</sup>.

Reforça NERY JÚNIOR que o compromisso arbitral não representa a criação, modificação ou conservação de direitos. Tem o condão de funcionar como “causa extintiva da obrigação tão logo seja prolatada a sentença arbitral<sup>149</sup>”.

CAHALI adverte que em questões de menor custo é importante que se tenha atenção redobrada a “se evitar desvios na utilização do instituto e, por conseguinte, sua desvalorização<sup>150</sup>”. Sugere a adoção da *lei modelo* da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional que tem os objetivos de oferecer uma boa referência aos Estados, estimular e orientar a modernização de suas normas internas especialmente quando visarem a arbitragem comercial, com regras

<sup>143</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção...**, pg. 12.

<sup>144</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 106-7

<sup>145</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção...**, pg. 12.

<sup>146</sup> Ibidem, pg. 13

<sup>147</sup> Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios **que possam vir a surgir**, relativamente a tal contrato” (grifos meus)

<sup>148</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção...**, pg. 14

<sup>149</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 106-7

<sup>150</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 26.

que já funcionam no mundo todo e sugerir os pontos mais importantes e polêmicos da disciplina arbitral. Esta é a chamada Lei Modelo Uncitral<sup>151</sup>.

No que diz respeito à *natureza jurídica* da arbitragem não há consenso da doutrina. São várias as teorias, sendo que quatro delas são as mais citadas: a teoria *privatista* e a *publicista*<sup>152</sup> apontadas por BERALDO e outras duas acrescentadas por CAHALI: a teoria intermediária e a autônoma<sup>153</sup>.

A teoria *contratualista* ou *privatista* é seguida pelos doutrinadores que vêem a arbitragem tão somente como um negócio jurídico. O árbitro seria apenas alguém contratado para dirigir um processo como negócio e sentenciá-lo ao final. Não vê possibilidade para o árbitro ter o poder para forçar o cumprimento das decisões<sup>154</sup>. Ainda que seja a decisão arbitral um título executivo judicial é preciso iniciar a fase de execução de sentença na instância estatal para que se possa levar a cabo a questão litigiosa.

CAHALI sinaliza que esta teoria costumava ter mais adeptos antes do advento da lei de arbitragem, época em que ainda era indispensável a homologação da sentença arbitral por meio de um processo de conhecimento. A lei protagonizou esta revolução, dispensando a posterior homologação<sup>155</sup> e esvaziando a teoria privatista-contratualista na doutrina.

A segunda teoria, *publicista* ou *jurisdicionalista*, vê a arbitragem como verdadeira atividade jurisdicional na pacificação de conflitos, e, prova disso, vem a ser a outorga legal de poderes ao árbitro para solucionar os conflitos pactuados pelas partes para julgamento pela via arbitral<sup>156</sup>. Os árbitros são, segundo este entendimento, verdadeiros juízes, pois a lei lhes atribui tal autoridade para solucionar conflitos por meio de “uma jurisdição extraordinária e de caráter público<sup>157</sup>”

Já a teoria *intermediária* ou *mista* procura conciliar aspectos tanto contratualistas quanto jurisdicionais<sup>158</sup>. Entende que o negócio jurídico é antes de

---

<sup>151</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 32

<sup>152</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem...**, pg. 3

<sup>153</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 92

<sup>154</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem...** pg. 3-4

<sup>155</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 93

<sup>156</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem...**pg. 4

<sup>157</sup> BASÍLIO, Ana Tereza Palhares **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem** *apud* CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 94

<sup>158</sup> José Cretella Neto. **Curso de arbitragem.** pg. 15 *apud* CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 94

tudo firmado por acordo de vontades, mas que não pode estar à margem do sistema jurídico, visto que o resultado da arbitragem afetará a esfera legal das partes “embora não controlada inteiramente por este sistema<sup>159</sup>”.

Por fim a corrente da *teoria autônoma* compreende que a arbitragem é um sistema de solução de conflitos “totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico<sup>160</sup>” reforçado pela independência característica da arbitragem internacional. As partes podem, inclusive, decidir por se submeter à julgamento arbitral utilizando-se legislações de outros ordenamentos jurídicos, conferindo-se à arbitragem uma jurisdição própria e *soberana*<sup>161</sup>.

CÂMARA não se adequa a nenhuma das teorias clássicas. O autor entende que o monopólio estatal da jurisdição continua existindo mesmo com a lei de arbitragem, mas que monopólio da jurisdição não significa monopólio da justiça e a justiça pode ser alcançada de várias formas de onde a jurisdição é uma delas<sup>162</sup>. O autor não chega a tratar das demais teorias, mas está mais para uma “posição publicista frente à arbitragem, negando a tese de quem vê neste instituto uma figura exclusivamente regulada pelo direito privado”<sup>163</sup>

NERY JÚNIOR de certa forma coaduna-se com a defesa de CÂMARA de que a jurisdição não é exclusiva do Poder Judiciário. Para o autor, outros órgãos do Estado exercem o poder jurisdicional, como ocorre “quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, n. I, CF)<sup>164</sup>”.

No entanto NERY JÚNIOR diverge de Alexandre Freitas e afirma que, sem dúvida alguma, o árbitro é juiz de fato e de direito<sup>165</sup> ao que o árbitro também função de aplicar o direito ao caso concreto<sup>166</sup>. Para NERY JÚNIOR, o processo arbitral não é ramo do direito privado, é processual e, pois, de direito público. Daí vem a afirmação de que o processo arbitral é de ordem pública e não poderia ser

---

<sup>159</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 94

<sup>160</sup> Idem

<sup>161</sup> Idem

<sup>162</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...** pgs. 3-4

<sup>163</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem...** pg. 4

<sup>164</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 109

<sup>165</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 115

<sup>166</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 109

modificado por convenção das partes, salvo se for relativa ao procedimento por força do art. 21 da própria lei<sup>167</sup>.

razão por que alguns entendem ter o compromisso arbitral natureza mista, de direito material e processual. Como o objetivo do compromisso arbitral é excluir da cognição judicial a lide entre as partes, ou, por outras palavras, excluir, fechar as portas a jurisdição estatal, tendo relevância publicística negativa, tem prevalecido na doutrina seu caráter de negócio jurídico processual (*Prozeßvertrag*)<sup>168</sup>.

Exceção que, diga-se, o *novel* Código de Processo Civil concedeu maior autonomia<sup>169</sup> pelos negócios processuais atípicos<sup>170</sup>.

Para DIAS, o enfrentamento do tema passa pela dualidade privatização e jurisdicionalização<sup>171</sup> e

Alcança a arbitragem, com facilidade, segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia, os objetivos perseguidos pelos contratantes que, no plano nacional ou internacional, fizeram a opção pela jurisdição privada, através de cláusula expressa, para dirimirem os litígios decorrentes do mesmo contrato<sup>172</sup>.

Lembrando-se que mesmo havendo sido contratado o compromisso arbitral nada impede que as partes socorram-se na via estatal, se ambas estiverem de acordo. A existência da cláusula compromissória não obriga a instância arbitral e dela o juiz não pode conhecer de ofício<sup>173 174</sup>.

DINAMARCO, por sua vez, buscou refletir melhor acerca da natureza jurisdicional. Em um primeiro momento, defendia que se o objetivo era o de “pacificar pessoas e eliminar conflitos (...) boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem<sup>175</sup>”.

<sup>167</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem...** pg. 4-5

<sup>168</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 108-109

<sup>169</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

<sup>170</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. Art. 190. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. pgs. 295-296.

<sup>171</sup> FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1999, pg. 17

<sup>172</sup> Ibidem, pg. 19

<sup>173</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 121

<sup>174</sup> Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar

§ 5o Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

§ 6o A ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem, na forma prevista neste Capítulo, implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral.

<sup>175</sup> DINAMARCO, Cândido. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Ed Malheiros, 2007, pg. 38

No entanto mais recentemente o fez reconsiderar e conferir uma natureza *parajurisdicional* das funções do árbitro entendendo que “embora ele não as exerça com o escopo *jurídico* de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal.<sup>176</sup>”

Ressalvadas as controvérsias doutrinárias acerca da natureza jurídica da arbitragem, importa confrontar dois benefícios deste instituto que são a inexistência de recursos e a celeridade, porque, juntas pode-se levantar suspeitas sobre eventuais ofensas aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa o que, parece, gerar resistência na procura por arbitragem.

Por conta desse temor deve-se levar em consideração primeiramente que nem toda controvérsia é arbitrável, razão pela qual a passa-se a investigar quais são os assuntos que podem ser levados para arbitragem para posteriormente se chegar ao núcleo deste estudo que é a abrangência dos efeitos das cláusulas compromissórias.

## 2.1 Arbitrabilidade e princípios

O primeiro artigo da lei de arbitragem preocupa-se em expor quais são os dois elementos que devem estar presentes para que a mesma possa ser exercida. Trata-se da arbitrabilidade objetiva e da arbitrabilidade subjetiva. Trata-se da arbitrabilidade objetiva e da arbitrabilidade subjetiva. Significa dizer que um consenso válido entre as partes precisa observar (i) se as matérias podem ser levadas para a via arbitral e (ii) se as pessoas que estão pactuando podem demandar ou ser demandadas pela via arbitral sem prejuízo para si.

Art 1.º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis<sup>177</sup>.

Sobre as matérias arbitráveis, NERY JÚNIOR afirma que porque se verifica na arbitragem eficácia equiparável à transação, questões de direito indisponíveis, questões de falência, questões não patrimoniais de família, que envolvam incapazes ou que sejam de interesse do Ministério Público “não podem ser remetidos à

---

<sup>176</sup> DINAMARCO, Cândido. **Nova Era...** pg. 39

<sup>177</sup> Lei número 9.307 de 23 de setembro de 1996.

jurisdição voluntária, dada a natureza de ordem pública que existe em todos esses procedimentos.”

CAHALI também indica não serem arbitráveis os direitos não patrimoniais como “direitos da personalidade (direito à vida, à honra, à imagem e ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar como guarda e regulamentação de visitas)”.

No entanto, entende o autor em que há situações que em primeira análise possam parecer indisponíveis, mas não são. Falência em si não é autorizada pela via arbitral, mas não invalida procedimentos que se iniciaram previamente à decretação de falência por ser momento anterior à indisponibilidade dos bens da massa falida. Neste caso, prosseguir-se-á até o momento da sentença, habilitando-se o crédito no juízo universal onde o processo se encontrar.

Da mesma forma a partilha de bens decorrentes da dissolução do casamento ou da união estável, porque são conflitos patrimoniais, são matérias relacionadas a Direito de Família e podem ser reservados à arbitragem.

CAHALI ressalta que a disponibilidade diz respeito à “possibilidade de seu titular ceder, de forma gratuita ou onerosa, estes direitos sem qualquer restrição (...) são, pois, interesses individuais passíveis de negociação”.

Sobre a arbitrabilidade subjetiva, introduz NERY JÚNIOR que o compromisso arbitral como negócio jurídico celebrado entre partes capazes, deve traduzir-se na escolha consciente. A opção pela via arbitral implica as partes em obrigarem-se a aceitar a sentença de um juiz privado, por elas escolhido<sup>178</sup>.

Para confirmar a escolha consciente é preciso avaliar sua posição na relação material e sua liberdade para realizar esta escolha. A liberdade, ou liberdade(s) como diz PIANOVSKI RUZYK, implica fazer-se o que se valoriza, aquilo que para o indivíduo importa, efetivamente, diante de um conjunto mínimo de capacidades<sup>179</sup>

---

<sup>178</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 107-108

<sup>179</sup> SEN, Amarthya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32, *apud* PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro, Ano de obtenção: 2009. 395 páginas. Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143683.pdf> Acessado dia 2 de Setembro de 2017. pg. 60

para que seu exercício não seja “a aniquilação da liberdade e da dignidade do outro”<sup>180</sup> considerando sempre que podem haver restrições materiais que retiram a possibilidade de escolha, que em abstrato seriam disponíveis, mas que na prática retiram a liberdade efetiva<sup>181</sup>. Exemplifica PIANOVSKI RUZYK:

Alguém que formalmente pode escolher entre alimentar-se ou não é livre se não conseguir realizar o funcionamento pertinente a alimentar-se. Tem opções formais, mas não as tem no âmbito material, efetivo<sup>182</sup>.

A consciência na escolha é também preocupação de GUERRERO que, por sua vez, ressalta que há especificidades em leis especiais como o Código de Defesa do Consumidor<sup>183</sup>.

Para a pessoa jurídica haverá dependência da regra geral e do tipo societário inseridas ora nos artigos 40 a 69 e 966 a 1.195 do Código Civil ora em leis especiais como a Lei das SAs<sup>184</sup> ora por limitação da capacidade como efeito da falência<sup>185</sup>.

No direito público, a Lei de Arbitragem foi modificada em 2015 para prever expressamente que a administração pública poderá utilizar a arbitragem para contratos realizados tanto para pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias) quanto de direito privado (sociedade de economia mista e empresa pública).

Na mesma linha CAHALI apontava uma série de exemplos de autorizações legais à arbitragem identificadas na legislação infraconstitucional antes mesmo da atualização legal. São os casos da Lei do Petróleo (artigo 43,X, lei n.º 9.478/1997) e da Lei do mercado atacadista de energia elétrica (art 4º, §6º, lei n.º 10.848/2004) autorizando instituir a via arbitral para lidar com questões de direitos patrimoniais disponíveis, excluindo-se os atos de império da administração por refletirem o interesse público primário da sociedade<sup>186</sup>.

---

<sup>180</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**, Ano de obtenção: 2009. 395 páginas. Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143683.pdf> Acessado dia 2 de Setembro de 2017, pg. 359.

<sup>181</sup> Ibidem, pg. 60.

<sup>182</sup> Ibidem, pg. 62.

<sup>183</sup> Guerrero, Luis Fernando. **Convenção...**, pg. 50

<sup>184</sup> Idem

<sup>185</sup> BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4ª edição, rev. atlz ampl. São Paulo: RT, 2008. pg, 612.

<sup>186</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem...**, pg. 369.

Por interesse público primário, conforme TALAMINI, este é indisponível, mas não deve ser entendido de forma generalizante<sup>187</sup>. Decorre do princípio republicano em que os bens públicos pertencem a todos e a cada um e, portanto, não pode ser por um deles disposto a seu bel-prazer como se particular fosse<sup>188</sup>. Implica a impossibilidade de renúncia, abdicação, a uma posição jurídica<sup>189</sup> e que pode estar tanto no campo do direito material quanto no campo do direito processual.

Do ponto de vista material, por um lado a Administração pública *nem sequer* por meio de lei, nem mesmo com expressa autorização legislativa pode renunciar (i) seu poder de legislar (ii) o poder de polícia (iii) parte do território nacional<sup>190</sup>. Mas pode, no entanto, autorizar remissão ou até mesmo anistia do crédito fiscal, sempre mediante lei.

Do ponto de vista processual, por sua vez, a indisponibilidade diz respeito à vedação dos agentes da Administração de realizar procedimentos e processos judiciais onde reconhece não haver direitos. Constatado que o poder público não tem razão, sempre com procedimento administrativo interno, a Administração “tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade”<sup>191</sup>, pautando suas condutas nos princípios da boa-fé e da moralidade.

E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que falar em interesse público. (...) Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público.<sup>192</sup>

São também indisponíveis os, assim chamados por TALAMINI, *mecanismos de indisponibilidade estritamente processual* que são “cautelas, expedientes, que indisponibilizam determinadas posições jurídico-processuais independentemente de o direito material ser, em si mesmo, indisponível<sup>193</sup>” e vêm previstos em lei, como o afastamento do efeito principal da revelia, o ônus da impugnação específica

---

<sup>187</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS (COMPOSIÇÕES EM JUÍZO, PRERROGATIVAS PROCESSUAIS, ARBITRAGEM, NEGÓCIOS PROCESSUAIS E AÇÃO MONITÓRIA) – VERSÃO ATUALIZADA PARA O CPC/2015** in Revista de Processo vol 264, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 83-107

<sup>188</sup> Idem

<sup>189</sup> Idem

<sup>190</sup> Idem

<sup>191</sup> Idem

<sup>192</sup> Idem

<sup>193</sup> Idem

(respectivamente, artigos 72,II e 341,p.único do CPC), o reexame necessário (art. 496,I e II, CPC), a impossibilidade de confissão do Poder Público (art. 392,CPC), dentre outros casos<sup>194</sup>.

Já o pacto para instaurar um processo judicial pode ser prévio ou até mesmo posterior à sua judicialização sem que isso afronte a indisponibilidade processual. Sempre terá chance a Administração Pública de reconhecer sua falta de razão e espontaneamente resolvê-la, compondo o litígio.

Sustentar o contrário – sustentar que, uma vez instaurado o processo, o Estado não teria mais o dever de reconhecer que está errado – significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior, de submeter-se à legalidade.<sup>195</sup>

Deduz-se que se há meios de a Administração pública compor litígios mediante acordos em questões patrimoniais, há possibilidade de a matéria pode ser solucionada no juízo arbitral. “Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo”<sup>196</sup>.

Pode-se estimular pelo “uso da arbitragem para a solução de disputas acerca do reequilíbrio da equação econômico-financeira nos contratos administrativos”<sup>197</sup>

O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico<sup>198</sup>.

Há ainda questões a considerar quando trata da possibilidade de entes despersonalizados como os condomínios em edifício e o Estado. São questões avaliadas no plano concreto que considera a posição jurídica do sujeito<sup>199</sup>.

Em relação ao procedimento arbitral, esta pode se dar de duas formas: institucionalizada ou avulsa<sup>200</sup>. Será institucionalizada na forma de órgãos arbitrais pré-constituídos e normalmente com regras definidas pela organização privada para eleição e remuneração de árbitros. Será Avulsa ou *ad hoc* quando a constituição de

---

<sup>194</sup> TALAMINI, Eduardo. **A (IN)DISPONIBILIDADE...**

<sup>195</sup> Idem

<sup>196</sup> Idem

<sup>197</sup> Idem

<sup>198</sup> Idem

<sup>199</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem...** pg. 13

<sup>200</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 111

um órgão arbitral for feita especificamente para atender a uma oportunidade peculiar<sup>201</sup>.

O instituto da arbitragem é regido por princípios próprios dentre os quais merecem destaque: a) o princípio da autonomia da cláusula compromissória, b) a autonomia da vontade<sup>202</sup>, c) *Kompetenz-Kompetenz*<sup>203</sup> e d) o devido processo legal<sup>204</sup>.

O princípio da autonomia da cláusula compromissória indica que a cláusula que estabelece o consenso de levar para arbitragem uma determinada lide não é mais acessório ao contrato, mas vinculante ao compromisso arbitral, seja um compromisso em via de formação seja um contrato preliminar ao compromisso<sup>205</sup>. Reconhecida a autonomia evita-se o dilema que impedia os árbitros em declarar nulo um contrato excluindo sua própria competência<sup>206</sup>.

Consequência deste princípio, comenta CARMONA, é o poder ao árbitro para decidir sobre qualquer controvérsia relacionada à convenção. O artigo 8º *caput* menciona esta autonomia e no parágrafo único introduz o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* que diz respeito à “competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência (...) avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral<sup>207</sup>”.

Por fim, o devido processo legal, pois o instituto para ser aceito no ordenamento pátrio deve adequar-se aos princípios constitucionais resguardando “contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento<sup>208</sup>”. Estes princípios vêm estabelecidos no artigo 21 §2º da Lei de Arbitragem.

Por fim, uma das maneiras de se prever a instauração da arbitragem para resolver litígios será por meio da assinatura da cláusula compromissória que por conta da importância poderá levantar dúvidas e será discutido na próxima sessão.

---

<sup>201</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** pg. 33

<sup>202</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 104

<sup>203</sup> *Ibidem*, pg. 107

<sup>204</sup> *Ibidem*,pg. 111

<sup>205</sup> SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pg. 123

<sup>206</sup> *Ibidem*, pg. 124

<sup>207</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo...** pg. 175

<sup>208</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 111

## 2.2 Cláusulas compromissórias

Conforme indica a Lei de Arbitragem “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” devendo ser (§1º) “estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira”

SILVA DA SILVA explica que são estruturas responsáveis por investir de poder um indivíduo ou grupo de indivíduos para resolver controvérsias visando baixa litigiosidade e pacificação entre as partes. Conforme visto, por conta da baixa litigiosidade as partes vêm buscando estabelecer cláusulas antecipando-se às controvérsias especialmente quando os parceiros comerciais têm intenção de manter relações continuadas<sup>209</sup>.

NERY JÚNIOR comenta que a cláusula compromissória ganhou reforço com a lei especial, pois a partir de sua promulgação uma parte pode exigir da outra a sua instituição e até pedir por tal provimento na via estatal. Antes da lei, tal cláusula não tinha essa eficácia, e a instituição da arbitragem exigia-se a concordância de ambas as partes que diante do conflito já instaurado assinavam o compromisso arbitral<sup>210</sup>.

ALVIM indica ainda que a cláusula compromissória, ainda que pelo nome venha a falsa impressão de que ela se faz dentro de um contrato é, ela própria, um outro contrato. Serve de norte para os pactuantes e relativo a litígios futuros nascidos ou não de um contrato e apontam para o caminho ao juízo arbitral<sup>211</sup>.

A doutrina procura dividir a cláusula arbitral classificando seu conteúdo entre *cheio* e *vazio*. Idênticos são os efeitos positivo-negativo que demonstram a intenção de resolver o conflito por caminhos distintos<sup>212</sup>.

Enquanto a cláusula *cheia* permite que o procedimento arbitral seja instaurado imediatamente porque contém suficientes para eleição dos árbitros, declaração das leis aplicáveis e da forma de julgamento, a cláusula vazia exige prévia participação das partes ou do Poder Judiciário para estabelecer o que ficara

---

<sup>209</sup> SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem...** pg. 42

<sup>210</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 106

<sup>211</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000. pg. 217 apud Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422/RJ pg. 22, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, J. 26/04/2016

<sup>212</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 122

em branco, obedecendo-se o rito indicado nos artigos 6º e 7º e terá a assinatura de um compromisso arbitral<sup>213</sup>.

Portanto a “cláusula compromissória cheia não precisa sequer da participação do Judiciário, podendo a parte interessada iniciar o processo arbitral assim que desejar”<sup>214</sup>.

Sendo cheia ou vazia, a existência de uma cláusula compromissória exprime a possibilidade de uma parte impedir a outra de recorrer ao juízo estatal, mas que, reforça CÂMARA, não significa dizer que as partes estejam renunciando ao direito de ação, tampouco ao juiz natural. Há apenas um deslocamento de jurisdição exercida por órgão estatal, para um destinatário privado<sup>215</sup>.

Relevante para a discussão deste estudo vem a ser o princípio do direito de ação, pois é princípio constitucional e objeto de discussão do próximo capítulo. Resta tratar agora o último assunto relacionado à arbitragem de um modo geral e especificamente à cláusula compromissória que diz respeito à possibilidade de extensão (ou abrangência) de seus efeitos para situações decorrentes ou relacionadas aos contratos principais, a extensão objetiva, ou para outros sujeitos contratuais interessados, a extensão subjetiva.

### 2.3 Abrangência das cláusulas compromissórias

As cláusulas compromissórias, conforme visto, devem ser formalizadas por escrito. Por conta do consentimento, as partes precisam identificar em linhas gerais as matérias que seriam encaminhadas na via arbitral expressando-as na cláusula. E uma vez estabelecida, a parte interessada pode obrigar a instauração do juízo arbitral.

À respeito da assinatura do pacto, a doutrina verifica que a lei brasileira não a tornou elemento obrigatório, salvo o formalismo aplicável aos contratos de adesão<sup>216</sup>. WALD defende a formulação da cláusula por escrito porém sem formalismos, em linha com a Convenção de Nova Iorque de 1958.

---

<sup>213</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...** pg. 122

<sup>214</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem...** pg. 3

<sup>215</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...** pg. 119-120

<sup>216</sup> WALD, Arnoldo. **Os Aspectos Formais da Convenção de Arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2) da Convenção de Nova Iorque, e sua Aplicação no Direito Brasileiro.** In Arbitragem comercial Internacional – A convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 101

Sobre a Convenção, conforme GASPAR, por conta do duplo efeito do princípio *Kompetenz-Kompetenz* mister identificar inequívoco consentimento das partes para instituir o juízo arbitral sem problemas no futuro. Para além de um debate conservador ou progressista, GASPAR entende que a lei brasileira tem uma postura garantista<sup>217</sup>.

A jurisprudência nacional, aduz o autor, não conta ainda com um número suficiente de decisões para que seja possível reconhecer se o país tem postura conservadora ou progressista.

No caso “Plexus”, SEC n.º 6.753, o STF julgou pela ausência de manifestação expressa da parte requerida em situação que o “demandante buscava o reconhecimento de um pacto arbitral verbal<sup>218</sup>” vedado no ordenamento pátrio.

No caso da *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima vs. Moinho Paulista* em que os contatos iniciais se deram por telefone, posteriormente reduzido a termo e enviado por telex, com cláusula compromissória, não teve sua sentença arbitral homologada porque a parte requerida havia impugnado a aceitação tácita da arbitragem ainda no âmbito da arbitragem<sup>219</sup>.

Já na SEC n.º 856, o STJ homologou a sentença reconhecendo que houve inequívoca aceitação dos interessados porque a parte demandada apresentou defesa no juízo arbitral, “sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória<sup>220</sup>”.

No caso *L’Aiglon S.A. vs. Têxtil União*, julgado em 18 de maio de 2005, embora não constasse nos autos prova de correspondências trocadas entre as partes, a parte requerida participou do procedimento arbitral e em nenhum momento insurgiu-se contra a cláusula compromissória, reconhecendo-a tacitamente tendo o STJ homologado da sentença<sup>221</sup>.

São decisões acertadas, conclui WALD, porque se a interpretação dos incisos 1 e 2 do artigo II da Convenção de Nova Iorque fosse no sentido de exigir sempre escrita e *assinada* a convenção de arbitragem seria interpretação que “não se

---

<sup>217</sup> GASPAR, Renata Alvares. **Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009, pg. 160.

<sup>218</sup> Ibidem, pg. 158

<sup>219</sup> WALD, Arnaldo. **Os aspectos...**, pg. 113

<sup>220</sup> STJ SEC 856, publicado dia 27 de junho de 2005 *apud* GASPAR, pg. 159

<sup>221</sup> WALD, Arnaldo. **Os aspectos...**, pgs. 112-113

coaduna com a evolução dos negócios internacionais, nem com as práticas vigentes no mundo globalizado<sup>222</sup>”.

O autor encontra amparo no direito comparado. Assim tanto a lei inglesa, quanto a holandesa e a espanhola têm espaço para acordos não assinados, inclusive com aceitação verbal e procuram interpretar em favor das instituições arbitrais, não se exigindo “forma escrita para a convenção arbitral, sendo suficiente a apresentação de uma prova escrita mínima de sua existência, não bastando, todavia, simples alegação da parte<sup>223</sup>”

A Corte (CCI) também se depara frequentemente com pedidos de extensão da cláusula compromissória (...) a uma parte que não é signatária. (...) Para decidir tais casos, geralmente leva em consideração o papel desempenhado pela mencionada parte na negociação, execução ou rescisão do contrato (...) e entre comportamentos das diversas partes<sup>224</sup>.

Alinhada com o posicionamento acima também vem a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), tanto que em julho de 2006 aprova a Recomendação sobre a interpretação do artigo II(2) da Convenção de Nova Iorque, indicando “que as circunstâncias ali descritas não são exaustivas<sup>225</sup>”

As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários, nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada<sup>226</sup>.

A lei brasileira, reforça WALD, deve ser interpretada sistematicamente observando-se os princípios da boa-fé e da confiança que deve existir entre os contratantes, da proibição de comportamento contraditório e da manutenção do equilíbrio contratual<sup>227</sup>.

Tanto que a lei ainda possibilitou que as partes pudessem optar por outra legislação material além da nacional ou até mesmo optar para que o julgamento seja feito sem uma legislação específica<sup>228</sup>, julgamento por equidade, desde que não

---

<sup>222</sup> WALD, Arnaldo. **Os aspectos...**, pg. 85

<sup>223</sup> Ibidem, pg. 96

<sup>224</sup> Idem

<sup>225</sup> Ibidem, pg. 99

<sup>226</sup> Ibidem, pg. 98

<sup>227</sup> Ibidem, pg. 104

<sup>228</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...** pg. 66

viole princípios de direito, usos e costumes nacionais ou regras internacionais do comércio<sup>229</sup>.

A cláusula por escrito, portanto, será mais segura para reconhecer quais assuntos as partes combinaram de encaminhar para o juízo arbitral. Isso não significa, no entanto, que novas dúvidas possam surgir.

Podem haver situações em que se torna complexo definir exhaustivamente os assuntos encaminhados para a esfera arbitral por ser difícil sua identificação antes de um litígio instaurado.

Em outros casos a própria interpretação do contrato ganhou novos tons por conta da vivacidade dos relacionamentos entre as partes e também por conta dos acordos comerciais ágeis e informais, conforme já demonstrado. Em outras palavras, considerando-se o momento M0 as partes pactuaram a instância arbitral para dirimir todos os assuntos, mas no momento M1 para aquela situação elegem um foro estatal, para quem vê de fora o relacionamento comercial, com os olhos de um juiz estatal, que tipo de decisão deveria ele tomar? Em prol da arbitragem seguindo-se o momento M0 ou acatando-se que as partes naquele contrato específico optaram pela via estatal?

GAGO e FERNANDES estudaram os Tribunais de Minas Gerais e São Paulo e identificaram diferentes posicionamentos. Em um julgamento, no sentido de que apesar da cláusula arbitral abranger toda a relação jurídica de sociedade, ficaria de fora da esfera arbitral disputa envolvendo a retirada de sócio<sup>230 231</sup>.

Em outra ocasião, a respeito a contratos de “swap” interligados a um contrato principal de empréstimo bancário, tem-se que o contrato principal remetia à solução arbitral ao passo que os contratos de “swap” indicavam um foro estatal. Apesar da aparente intenção das partes em fatiar a lide, o Tribunal entendeu que o contrato principal só existia para dar suporte aos contratos de swap e que, por mais que os contratos de swap estivessem indicando um foro público, valeria a intenção do principal<sup>232 233</sup>.

---

<sup>229</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...** pg. 64

<sup>230</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão Objetiva da Cláusula Arbitral.** Revista Brasileira de Arbitragem nº 43, v. 11, pgs. 33-58, 2014, pg. 45

<sup>231</sup> APCível nº 0280519-2, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 4ª Câmara Cível, J. 01.09.1999; e ApCível nº 0361731-8, 3ª Câmara Cível, J. 15.05.2002.

<sup>232</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 49

Verifica-se que são problemas relacionados à possibilidade de abrangência dos efeitos das cláusulas para assuntos que não estavam explicitamente escritos. Um problema de *abrangência objetiva*.

Conforme noções de paradigma em LUDWIG, o Direito Comercial demanda por uma nova forma de interpretar o mundo que vai além do que está escrito ou das intenções primeiras das partes. É a ruína do simplismo, do *dito pelo não dito*, a passagem do entendimento do mundo que foge à consciência individualista para o entendimento do mundo por meio da linguagem. É a busca de algo além do *cogito* cartesiano para o consenso buscado em grupo utilizando-se a linguagem no que diz respeito à validação da verdade.<sup>234</sup>

O ser filosófico está buscando reconhecer o papel fundamental na linguagem bem como a importância de entender os limites de cada interlocutor visando entender para além desses limites para que haja tal acordo honesto. A linguagem pode carregar inúmeros significantes, como disse APEL, que não estão no plano de uma consciência geral, mas sim, baseados em acordos mútuos causais.

a própria validação da verdade não pode mais ser visto como um problema da evidência ou da certeza (“certitudo”) para uma consciência isolada em sentido cartesiano, nem tampouco como um problema de validação objetiva (e portanto intersubjetiva) para uma “consciência em geral” em sentido kantiano, mas sim, em primeiro lugar, como um problema da formação intersubjetiva de consensos com base em um acordo mútuo linguístico (argumentativo)<sup>235</sup>

Tendo-se consciência da complexidade que pode carregar cada termo contratual, cada texto legal e cada relação social, a proteção dos sujeitos da contratualidade e de seus instrumentos contratuais precisa passar pela interpretação. Desafio ainda maior tem a arbitragem porque se almeja produzir resultados voltados à pacificação destes sujeitos ao invés ser ela mesma um ponto de tensão.

---

<sup>233</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0002163-90.2013.8.26.0100, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, J. 03.07.2014. *apud* GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...**, pg. 49

<sup>234</sup> LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis, Ed. Conceito Editorial, 2006, pg. 94

<sup>235</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia: O a priori da comunidade de comunicação**, Volume 2. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Ed. Loyola, 2000, pg. 354

É de se esperar, por exemplo, que quando duas partes preocupadas com a continuidade da parceria comercial e dotadas de boa-fé estejam conscientemente sinalizando que todas as discussões dali decorrentes devam ser vistas pela instância arbitral, a solução deve sair pela via arbitral ainda que esta intenção não esteja expressa.

Isto porque normalmente é impossível prever todas as situações decorrentes de um contrato, motivo pelo qual a doutrina busca esclarecer as possibilidades em que uma cláusula possa abarcar assuntos conexos.

Isto posto, os efeitos das cláusulas compromissórias em um determinado instrumento contratual normalmente têm vida para além daquele contrato e por isso se diz que seus efeitos podem tocar outros assuntos e outras pessoas.

A abrangência *subjetiva* da cláusula compromissória caracteriza-se pela plausibilidade da expansão da eficácia de uma convenção assinada por uma empresa que integra um grupo maior de empresas. Abrangem-se os efeitos na esfera de todo o grupo sem que este tenha participado de sua elaboração. No âmbito internacional, explica CARMONA, isso já é realidade.

A Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI) tem precedente positivo, reconhecendo que se uma sociedade do grupo aceita a convenção de arbitragem, existe a possibilidade de envolver outras companhias que tenham tido papel relevante na performance do contrato<sup>236</sup>.

No âmbito do direito brasileiro, no entanto, esta questão ainda é incipiente. CARMONA esclarece que é necessário demonstrar “cabal, clara e inequívoca vontade dos contratantes (...) O efeito severo de afastar a jurisdição do Estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial”<sup>237</sup>.

A importância do consentimento remonta os limites da autonomia. PAULO NALIN ensina que a autonomia é um querer, juridicamente qualificado, preenchido por interesse. Não é um querer vazio, mas alinhado à causa e motivos do negócio para o qual se pretende deduzir efeitos jurídicos. Esta visão, no entanto, não pode ser meramente individualista, pois a tutela efetiva deve passar pela investigação dos aspectos subjetivos que levaram as partes à contratar, aferindo-se se houve, por

---

<sup>236</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...** pgs. 82-83

<sup>237</sup> Ibidem, pg. 83

exemplo, necessidade premente ou inexperiência contratual que são características subjetivas e metajurídicas que representam lesão contratual (CC, artigo 157)<sup>238</sup>

Quanto aos efeitos da abrangência *objetiva* das cláusulas compromissórias a discussão é semelhante. Conforme estudo de GAGO e FERNANDES, caracterizada pela existência de cláusulas expressas em um determinado instrumento contratual que integra uma gama de instrumentos contratuais e *juntos* formam entre as partes um corpo uniforme e porque pertencem a uma unidade de operação econômica não devem ser entendidos como células isoladas<sup>239</sup>.

a pluralidade de negócios jurídicos (que são encerrados em diversos instrumentos contratuais completos, o que diferencia os contratos coligados dos contratos mistos) e a unidade de operação econômica, que pode ser entendida como uma causa sistemática ou supracontratual<sup>240</sup>.

Projetos como de infraestrutura viária há uma complexa rede de agentes públicos e privados estabelecendo relações jurídico-econômicas que interconectam indústrias e serviços, favorecem o surgimento de tecnologias. Provocam novas divisões do trabalho e forçam o estabelecimento de relação de confiança entre parceiros comerciais<sup>241</sup>.

parte-se da premissa de que há a coligação de contratos sempre que, existindo uma pluralidade de contratos que poderiam ser analisados e interpretados cada qual individualmente, houver liame de caráter econômico entre eles, tal que permita identificar uma operação econômica única<sup>242</sup>.

A cláusula compromissória que enseja a instauração da via arbitral, nesta rede contratual, normalmente vem inserida em um instrumento global, que justifica toda a relação econômica principal.

O foco não é a convenção de arbitragem em si, mas pelo fato de ali estar demonstra a intenção das partes em resolver o litígio por meio da arbitragem e portanto prevê que a eventual solução de conflitos pode vir a ser mais abrangente do que o escopo do contrato gerando duas eficácias: positiva e negativa<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> NALIN, Paulo R. R. (coord). **Contrato e sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, v. II, 2006, pgs. 32-33

<sup>239</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 34

<sup>240</sup> Ibidem, pg. 37

<sup>241</sup> Ibidem, pgs. 35-36

<sup>242</sup> Ibidem, pg. 38

<sup>243</sup> Ibidem, pg. 42

A eficácia positiva confere à parte o direito de exigir seu cumprimento, pleiteando inclusive no Poder Judiciário para que se cumpra a convenção de arbitragem violada por uma parte recalcitrante. A negativa diz respeito ao poder de afastar especificamente a jurisdição estatal na solução dos conflitos, substituída pela jurisdição privada ou convencional com os mesmos poderes<sup>244</sup>. Para saber se os efeitos devem ser estendidos ou não é preciso identificar

- (i) ao entendimento da abrangência da cláusula em relação aos conflitos decorrentes ou relacionados, de qualquer modo, ao objeto do contrato; ou (ii) referir-se à extensão da cláusula para além do próprio contrato, passando a gerar efeitos mesmo sobre outros instrumentos contratuais.<sup>245</sup>

No primeiro caso, tem-se a redação de cláusulas genéricas como “proceder à arbitragem na solução de litígios “decorrentes” ou “relacionados” a uma relação contratual”. Os autores exemplificam com a redação de um contrato que constitui uma sociedade e que, em tese, abrangeria também disputas envolvendo a retirada de sócio. Segundo informam os autores, a jurisprudência pátria “não tem prestigiado esse entendimento. Foram analisados julgados dos Tribunais de Minas Gerais e de São Paulo (...) e o entendimento dessas Cortes foi o de que (...) essa cláusula não abrangeria disputas envolvendo a retirada de sócio”<sup>246 247</sup>

Os autores lamentam, pois diante de uma controvérsia como esta dever-se-ia utilizar interpretação extensiva da cláusula arbitral para afastar o juiz estatal em prol da arbitragem, ao invés de realizar a interpretação restritiva<sup>248</sup>.

Já a segunda situação diz respeito aos efeitos estendidos vinculantes de outros instrumentos contratuais coligados ao primeiro. Esta situação desdobra-se em outra questão importante e diz respeito ao princípio da autonomia da vontade e do consentimento<sup>249</sup>.

A situação-problema aqui diz respeito a uma escolha conflitante de oportunidades, são dispositivos que possuem efeitos opostos. Na dúvida, diz

---

<sup>244</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 42

<sup>245</sup> Ibidem, pgs. 43-44

<sup>246</sup> Ibidem, pg. 45

<sup>247</sup> ApCível nº 0280519-2, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 4ª Câmara Cível, J. 01.09.1999; e ApCível nº 0361731-8, 3ª Câmara Cível, J. 15.05.2002.

<sup>248</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 45

<sup>249</sup> Ibidem, pg. 47

MARTINS, favorece-se a arbitragem. E a arbitragem naturalmente excluirá a jurisdição estatal<sup>250</sup>.

Este foi o entendimento do Tribunal Estadual de São Paulo para o julgamento dos contratos de “swap” interligados a um contrato principal. A redação do contrato principal remetia a solução para a via arbitral ao passo que os contratos de “swap” indicavam um foro estatal. Entendeu o Tribunal que

se o contrato principal de empréstimo reflete verdadeira condição *sine qua non* da existência daqueles de 'swap', que lhe são meros anexos ou acessórios, a cláusula compromissória do contrato principal se estende ao acessório coligado (...) pouco importando que ditos contratos envolvam valores mobiliários, porque não é só isso que está em jogo, mas sim o tratamento do negócio como um todo.<sup>251 252</sup>

À mesma conclusão chegou a relatora Desembargadora Rosa Maria de Andrade Nery, que apreciou um contrato-quadro principal e concluiu que o contrato a ele relacionado, tido como meramente acessório, receberia os efeitos estendidos para levar para a via arbitral também o acessório<sup>253</sup>.

É o mesmo entendimento que tem WALD para quem os contratos-quadro ou contratos guarda-chuva e contratos normativos “definem normas gerais entre as partes e as condições aplicáveis aos contratos deles decorrentes, matéria que também tem sido objeto de discussão e decisões em arbitragens<sup>254</sup>”. E a chamada “cláusula por referência”, vigentes de determinado mercado é muito importante no mercado globalizado<sup>255</sup>.

Os Tribunais brasileiros estão sintonizando-se com os julgados internacionais com intuito de fazer prevalecer o princípio “na dúvida, pró-arbitragem”<sup>256</sup>, a possibilidade para submeter os litígios à via arbitral nos casos de “zonas cinzentas”<sup>257</sup>

---

<sup>250</sup> MARTINS, Pedro Antônio. **O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (2ª parte)**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 10, out-dez 2000. pgs. 323-347

<sup>251</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 49

<sup>252</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº 0002163-90.2013.8.26.0100, 11ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, J. 03.07.2014. *apud* GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 49

<sup>253</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 50

<sup>254</sup> WALD, Arnoldo. **Os aspectos...**, pg. 106.

<sup>255</sup> VON WOBESSER, Claus. **La incorporación por referencia** in GUIDO S. TAWIL; ZULETA, Eduardo. *El arbitraje comercial internacional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pg. 260 *apud* WALD, Arnoldo. **Os aspectos...**, pg. 116.

<sup>256</sup> MARTINS, Pedro Antônio. **O Poder Judiciário...**

<sup>257</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 50

”. No mais o comportamento das partes deve se dar em prol da boa-fé objetiva que também tem consigo a proibição do comportamento contraditório — *venire contra factum proprium*<sup>258</sup>, o que mitiga o absolutismo do princípio do consentimento.

A boa-fé objetiva para MARTINS-COSTA pode ser vista como

modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’<sup>259</sup>

GUERRERO fala sobre responsabilidade na liberdade contratual e aduz que a liberdade de escolher a arbitragem como método de solucionar conflitos carrega a responsabilidade pela escolha e a obrigação de ver solucionado na via arbitral todo o litígio<sup>260</sup>.

No âmbito do direito comparado, os Tribunais procuram analisar a natureza da conexão entre os contratos, usando uma abordagem pragmática<sup>261</sup>. Verificada que há uma conexão “como operação econômica única, a extensão da cláusula arbitral é amplamente admitida<sup>262</sup>”.

No Brasil, conforme visto, os Tribunais estão julgando os casos concretos com certo pragmatismo, não obrigatoriamente atado ao explícito consentimento das partes. Assim observou-se a atitude do Tribunal paulista que tentou captar o comportamento das partes para além das suas manifestações por escrito<sup>263</sup>.

Vale destacar neste plano que recentemente o Superior Tribunal de Justiça admitiu a utilização de Comitês de Resolução de Disputas (CRD) como um mecanismo de solução extrajudicial de disputas. É um método de solução em que as partes concordam em indicar um representante comum ou cada um indica o seu representante e estes elegerão um terceiro membro que será o presidente do comitê técnico.

O CRD assim descrito é muito semelhante ao procedimento de escolha de árbitros e, por este motivo, é bem visto pelos arbitralistas como um reforço para a Arbitragem de uma forma específica e para a solução heterônoma extrajudicial de

---

<sup>258</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...** pg. 50

<sup>259</sup> MARTINS-Costa, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999, pg. 411.

<sup>260</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem...**, pg. 31

<sup>261</sup> GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão...**, pg. 56

<sup>262</sup> Ibidem, pg. 52

<sup>263</sup> Ibidem, pg. 57

conflitos de uma forma geral<sup>264</sup>. O destaque do Tribunal foi no sentido de ver primeiramente que se chegou a uma solução rápida para uma pontual divergência e segundo que se re-aplicou esta solução para outros contratos, notadamente relacionados e que eram de interesse das operações societárias e dos acionistas, obtendo-se inclusive, respaldo da CCI (Câmara Internacional de Comércio).<sup>265</sup>

Agora que já foi possível tratar de jurisdição, de seus princípios e dos elementos da arbitragem, reconhecida a cláusula compromissória e seus efeitos, o próximo passo será harmonizá-la com o ordenamento jurídico constitucional e verificar a situação da abrangência objetiva.

### 3 PELA HARMONIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O propósito da jurisdição, conforme FISS, é a aplicação correta de soluções eficazes visando combater “condição social que ameaça importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição<sup>266</sup>”. O autor defende a transformação do processo judicial e critica a pressuposição de uma sociedade pacífica e harmoniosa que pode ter a paz perturbada por incidentes e que, pela impossibilidade de reestabelecê-la, as côrtes serão chamadas para fazê-la em substituição às partes.

Tal seria dar foco para o incidente<sup>267</sup> e FISS prefere ver o Poder Judiciário ciente de que as relações humanas são complexas e se interligam numa rede<sup>268</sup> e se propagam para além dos indivíduos que buscam a solução para um incidente supostamente isolado.

O autor também está atento para o papel e a influência que organizações de grande porte desempenham na sociedade e alerta que esta sociedade carece de

---

<sup>264</sup> MAIA, Neto Francisco; TRINDADE, Bernardo Ramos; VAZ, Alyne; MORAIS, Vinicius; VASCONCELOS Roberto. **Nota Técnica da Comissão de Arbitragem da OAB/MG sobre decisão do STJ (REsp nº 1.569.422/RJ)** disponível em <https://goo.gl/JPDz7r> Acessado dia 27 de dezembro de 2016.

<sup>265</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422/RJ pg. 22, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, J. 26/04/2016

<sup>266</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pg. 50

<sup>267</sup> Ibidem, pg. 49

<sup>268</sup> Ibidem, pg. 79

proteção do ordenamento jurídico, mas lamenta que o foco esteja na solução de controvérsias individuais e não nos ataques a valores constitucionais<sup>269</sup>.

Utilizando-se da crítica de FISS, este capítulo procurará debater com outras opiniões para aferir se há harmonia entre o ordenamento jurídico e a arbitragem ou se esta viria mais a causar transtornos do que somar. Para alcançar este debate, discutir-se-á a visão constitucional da abrangência objetiva da cláusula compromissória.

### 3.1 Princípios e celeridade

Talvez a condição mais essencial o princípio fundamental da arbitragem venha a ser a arbitrabilidade e diz respeito tanto à capacidade de um determinado conflito ser submetido à arbitragem do ponto de vista das pessoas e dos assuntos discutíveis.

Este princípio, como visto, é tratado logo no 1º artigo da lei e carrega consigo o princípio da autonomia da vontade<sup>270</sup>, o da *kompetenz-kompetenz*<sup>271</sup> e o devido processo legal<sup>272</sup>.

Já o devido processo legal desdobra-se no princípio do contraditório, da igualdade material, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento<sup>273</sup>. Por conta disso, por mais que a arbitragem tenha procedimento distinto da jurisdição tradicional visando um processo mais célere, excessos são passíveis de controle estatal<sup>274</sup>, constituindo causa de nulidade<sup>275</sup>.

Esta é também a visão de DINAMARCO e indica que como o processo arbitral foi abarcado pelo direito processual constitucional contemporâneo significa

---

<sup>269</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 50

<sup>270</sup> CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem...**, pg. 104

<sup>271</sup> Ibidem, pg. 107

<sup>272</sup> Ibidem, pg. 111

<sup>273</sup> Art. 21. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

<sup>274</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, pg. 295

<sup>275</sup> São as causas de invalidação da sentença arbitral contidas no artigo 32 da Lei.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - (revogado); VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

que os princípios arbitrais devem observar os princípios e garantias endereçados pela Constituição da República.<sup>276</sup>

Vencido o reconhecimento dos benefícios da arbitragem, a discussão será a possibilidade de se abranger os efeitos de um pacto para outros fatos jurídicos entre os mesmos sujeitos da contratualidade.

A primeira corrida deve ser para o texto legal, afinal, a lei é o resultado de um procedimento republicano e democrático do qual se pressupõe que houve igualdade de voz na construção de uma normatização com respaldo majoritário<sup>277</sup> bem como cuidado com os princípios constitucionais.

Assim a lei definiu que ficará à critério das partes definir a disciplina procedimental da arbitragem, a legislação pertinente e os assuntos que elas desejarão discutir, respeitando-se os princípios, a imparcialidade do árbitro e o seu convencimento racional<sup>278</sup>. Havendo-se necessidade de medidas coercitivas, estas ainda ficarão a cargo do Poder Judiciário que executará as ordens cautelares, instrutórias ou antecipatórias proferidas pelo árbitro<sup>279</sup>.

Seja o entendimento de que a natureza jurídica da arbitragem é privada seja pública seja mista, fato é que a lei especial da arbitragem veda recurso. Entende-se que os atos são personalizados para o litígio levantado, as partes elegeram o direito aplicável e querem garantir a celeridade do processo.

CARMONA entende que os recursos em procedimento arbitral são inconvenientes e que sua adoção não é “corriqueira em países onde a arbitragem vem florescendo”<sup>280</sup>. O autor defende que a arbitragem tem origem contratual, mas se desenvolve com obediência ao devido processo e encerra-se com uma decisão que tem a mesma função da sentença judicial<sup>281</sup>.

Sobre este aspecto, merece breve relato, nos últimos anos o Tribunal Arbitral de Londres vem sofrendo constantes críticas da comunidade inglesa acerca da irrecorribilidade das decisões arbitrais. Segundo ROWLEY, o Ministro da Justiça na

---

<sup>276</sup> DINAMARCO, Cândido. **Nova Era...**, pg. 39

<sup>277</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, pg. 43.

<sup>278</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, pg. 23

<sup>279</sup> *Ibidem*, pg. 24

<sup>280</sup> *Ibidem*, pg. 25

<sup>281</sup> *Ibidem*, pg. 27

Inglaterra e País de Gales, senhor Thomar of Cwmgiedd publicou o *3rd Annual BAILII Report* e opina que deve o país reequilibrar os processos entre Côrtes e árbitros, defendendo mudança no Arbitration Act a fim de ampliar situações de recurso de sentenças arbitrais nas côrtes inglesas. O Ministro pauta sua opinião denunciando o ocaso do costume inglês nestas decisões<sup>282</sup>.

Para além dos elementos essenciais da arbitragem, da discussão sobre possibilidade ou não de recursos, a discussão a seguir se dá em torno da possibilidade ou não da abrangência objetiva da cláusula compromissória. Aproveita-se para sugerir a substituição do conceito de extensão objetiva pelo de abrangência objetiva o que será oportunamente justificado.

### 3.2 A extensão objetiva viola princípios constitucionais

FISS reforça a importância do consentimento. Para ele há teorias que tentam justificar o consentimento como se fossem a base para a busca de justiça. Mas, por consentimento, alerta o autor que se fique atento, pois acaba-se por aceitar o que a maioria da população acredita ser *normal*, aceita-se a manutenção do *status quo*. O autor provoca e vê a importância em diferenciar o consentimento real do consentimento presumido<sup>283</sup>.

No que tange a preocupação com os princípios constitucionais vilipendiados pela extensão dos efeitos das cláusulas compromissórias, vislumbra-se aqui o paralelo com este consentimento presumido. Se normalmente as partes decidiram levar para arbitragem as controvérsias decorrentes de uma determinada situação, então, *presumidamente* estariam aceitando levar para arbitragem as situações não pactuadas porém decorrentes, sobressalta-se o consentimento presumido e o autor se questiona: afinal “o que é consentido quando alguém ‘aceita’ o *status quo* na adjudicação?”<sup>284</sup>

---

<sup>282</sup> Suas palavras exatas são: “to correct errors of law and hence to foster the law’s development”. Conforme ROWLEY, J. William. **Rowley: London arbitration under attack**. *International Dispute Resolution Centre Limited*, IDRC, Londres. 16 de Maio de 2016. Disponível em [https://www.idrc.co.uk/media/26078/rowley\\_-\\_london\\_arbitration\\_under\\_attack.pdf](https://www.idrc.co.uk/media/26078/rowley_-_london_arbitration_under_attack.pdf) Acessado dia 03 de setembro de 2017.

<sup>283</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 75

<sup>284</sup> Ibidem, pg. 76-77

PAULO NALIN informa que a natureza da autonomia privada é relativa, eis que ela representa um envoltório de valores ideológicos predominantes. O sistema jurídico privado “pode ser constituído ou modificado pela simples alteração do conteúdo orientador da autonomia privada”, mas quem definirá os limites do poder de vontade dos indivíduos será o giro em torno do eixo ideológico do Estado<sup>285</sup>.

No fundo também é uma questão de boa-fé e exige do juiz que identifique as reais intenções das partes<sup>286</sup>, sendo que tal reconhecimento como aduziu FISS não deixa de ser a tentativa de enquadrar com o socialmente observado. Arremata o autor que um sistema político democrático é “dependente do consentimento da população, porém, cada e toda instituição não precisa ser fundamentada no consentimento<sup>287</sup>”, e, para tal é que as cortes — e não a arbitragem privada — existem para “dar significado aos valores públicos, não para solucionar controvérsias”.<sup>288</sup>

Eis porque é tão caro o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Também conhecido como princípio do direito de ação, positivado no artigo 5º da CR inciso XXXV indica que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e representa um esforço do legislador constitucional para proteger os valores públicos da sociedade.

O árbitro particular está preocupado com a controvérsia pelo qual foi pago e deve fazê-lo com resposta rápida e precisa enquanto que o juiz tem um plano mais abrangente para se preocupar. Ele é um funcionário público com poder investido pela sociedade para assegurar normas sociais gerais e orientar valores públicos protegidos constitucionalmente promovendo a reestruturação de instituições como forma de dar significado a estes valores,

consequentemente protegendo sua completude ou formando novas normas.  
(...) No processo judicial estrutural, o juiz reorganiza instituições como uma forma de desempenhar essa mesma função<sup>289</sup>

---

<sup>285</sup> NALIN, Paulo R. R. (coord). **Contrato e sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, v. II, 2006., pg. 30

<sup>286</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-07062013-135315/pt-br.php>. Acesso em 02 de janeiro de 2017, pg. 60

<sup>287</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 77

<sup>288</sup> Ibidem, pg. 65

<sup>289</sup> Ibidem, pg. 67-68

A impossibilidade de o Poder Judiciário esquivar-se de apreciar uma lesão ou ameaça a direito é comando que serve para proteger a todos indistintamente. NERY JÚNIOR relembra a vergonha que foi o passado brasileiro na ocasião em que se tentou retirar do Judiciário a apreciação de algumas matérias. O ato institucional nº 5 (AI5) de 1968 excluiu da apreciação judicial aquilo que fosse praticado pelos governantes militares<sup>290</sup>.

O AI5 violou a constituição vigente da época no seu artigo 150 §4º, repetido na constituição de 1969, porque outorgadas por quem não tinha competência para modificar a Constituição e porque entrava em contradição com normas constitucionais de grau superior<sup>291</sup>.

Situação que o constituinte de 1988 tratou de desfazer, sinalizando que para todos deve existir um pleno direito de se pleitear no Poder Judiciário por uma tutela jurisdicional *adequada*.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO colocam o reconhecimento do direito de acesso à justiça como defesa de direitos individuais violados. E o constituinte originário em 1988 ampliou “à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o atual texto suprimido a referência a direitos individuais.”<sup>292</sup>

E por adequada cabe aqui a questão de medidas urgentes sob o qual o juiz terá de concedê-la ainda que não se tenha lei autorizando ou mesmo que haja lei proibindo<sup>293</sup> caso este, exemplificado por NERY JÚNIOR, a edição de medidas provisórias e outras leis que tentem restringir a concessão de liminares.

Por exemplo, representa ofensa ao princípio constitucional condicionar o direito de ação declaratória ou anulatória de débito fiscal ao depósito do valor débito conforme tenta dispor o artigo 38 da LEF<sup>294</sup>.

São normas que não prosperam se interpretadas à luz da Constituição<sup>295</sup> o que habilita o juiz a ignorá-las quando desconformes<sup>296</sup>.

---

<sup>290</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios.....**, pg. 130-131

<sup>291</sup> Ibidem, pg. 131

<sup>292</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria...**, pg. 100

<sup>293</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios.....**, pg. 131

<sup>294</sup> Ibidem, pg. 140

<sup>295</sup> Ibidem, pg. 131

<sup>296</sup> Idem

Isto não significa que o Estado-juiz esteja obrigado a decidir em favor do autor, mas sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido.

O direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação<sup>297</sup>.

Sabe-se, no entanto, que o direito de ação não é garantia absoluta. As condições da ação e os pressupostos processuais devem ser preenchidos para que se possa ter este direito. São limitações legítimas ao exercício do direito de ação<sup>298</sup>.

Sobre estas condições cumpre observar a importância da manifestação de vontade das partes, na forma escrita conforme exigência da Lei, mas que não necessita ser assinado. Instituição que tem o duplo efeito positivo-negativo e que conforme o princípio *Kompetenz-Kompetenz* delega a avaliação ao árbitro. São questões sensíveis que justificam o posicionamento desfavorável para a extensão objetiva.

PAULO NALIN coloca que a autonomia privada é uma questão de ordem pública aferível em qualquer nível hierárquico das fontes incluindo-se a Constituição. É possível se falar em limitação da autonomia privada através da ponderação de valores<sup>299</sup> e na prática se manifesta, por exemplo, pela proteção do mercado consumidor preservando-se a livre concorrência com regulações para a concorrência e nada disso se traduz em ofensa ao princípio da autonomia privada — ela é de fato limitada e limitável<sup>300</sup>.

A expressão refere-se à liberdade nas relações interprivadas e para PIANOVSKI RUZYK, “encara o indivíduo como sujeito de direito abstrato e atomizado, como se ele antecederse os vínculos sociais<sup>301</sup>”. É perfil que “se modifica em parte ao longo do século XX, por meio, entre outras transformações, da denominada “funcionalização social” do Direito Civil, sobretudo da propriedade<sup>302</sup>”.

---

<sup>297</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios**..., pg. 136

<sup>298</sup> *Ibidem*, pg. 137

<sup>299</sup> NALIN, Paulo R. R. (coord). **Contrato e sociedade**..., pg. 34

<sup>300</sup> *Ibidem*, pg. 35

<sup>301</sup> PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função**..., pg. 1.

<sup>302</sup> *Idem*

A caracterização da ordem pública interna foi feita por VIDAL como um complexo de normas e princípios definidos pelo legislador de onde se ampara o edifício jurídico, mas que cabe “ao julgador a interpretação de seu conteúdo”<sup>303</sup>.

Ainda que a última palavra seja a do julgador que estará mais próximo do caso concreto, segurança e previsibilidade também são importantes para o ordenamento<sup>304</sup>.

Nessa linha, interessante é o entendimento de JABARDO que também se mostra contrária à extensão objetiva dos efeitos das cláusulas arbitrais, mas reconhece que certas matérias *abrangem* outras.

O recurso à expressão “extensão” é usual, em especial, na doutrina e na jurisprudência francesas, de onde se irradiou para outros países, como, por exemplo, o Brasil. (...) A expressão “extensão” é inadequada. A questão estudada nesta dissertação (...) não tem que ver com tornar mais amplo o perímetro da cláusula arbitral, atingindo terceiros, mas sim com definir quem é, verdadeiramente, parte e, em consequência, quem pode se valer da cláusula compromissória ou se ver afetado por seus efeitos. (...) De acordo com o dicionário da língua portuguesa, “abrangência” é “a capacidade ou qualidade de abranger, abarcar, cingir”. Abranger, por sua vez, é: “2. compreender(-se), encerrar(-se), incluir(-se)”; 3. Abarcar.; 6. Conter em sua área”. O termo traduz, adequadamente, o problema a que nos referimos neste estudo. Com efeito, o que se busca não é a extensão da cláusula compromissória, mas a definição das partes que ela abarca, compreende, inclui. Por isso, propomos a adoção desse termo, mais adequado, para invocar a questão de que nos ocupamos nesta dissertação: em verdade, tratamos da “abrangência” da convenção arbitral e não de sua extensão (que, aliás, tendo em conta a natureza da arbitragem, é questionável)<sup>305</sup>

Concorda-se com a autora, pois em face de princípios constitucionais não há como se defender a propagação de efeitos para além do que foi combinado por conta da natureza da arbitragem mas que, entretanto, há certas matérias que abrangem outras e para estas a abrangência indica que a solução deve sair pela via arbitral. Passa-se a acompanhar JABARDO na proposta do uso do termo “abrangência objetiva”<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> VIDAL, Rodrigo Cesar Nasser. **Princípios fundamentais dos contratos internacionais**. In NALIN, Paulo (org). **Introdução à problemática...**, pg. 146.

<sup>304</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação...**, pg. 186

<sup>305</sup> JABARDO, Cristina Saiz. **"Extensão" da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional: o Caso dos Grupos Societários**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102010-130941/pt-br.php> acessado 02 de janeiro de 2017, pgs. 69 a 71

<sup>306</sup> Ibidem, pg. 71

MARINONI posiciona-se contrário também à extensão na mesma linha de FISS. Primeiramente, trata de reforçar sua posição contrária aos autores que buscam justificar a função primordial da jurisdição como pacificação social<sup>307</sup> e que o dever do Estado é proteger a esfera de direitos fundamentais e implementar direitos fundamentais sociais<sup>308</sup>. O autor critica a arbitragem como jurisdição<sup>309</sup>

inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social e ninguém jamais ousou qualificá-las como jurisdicionais somente por esse motivo.

A jurisdição, no Estado contemporâneo, além de ter uma dignidade que advém do fato de ter o dever de proteger os direitos, especialmente os direitos fundamentais materiais — seja na sua proteção propriamente dita, como preservação da sua integridade, seja na implementação dos direitos fundamentais sociais —, não mais se resume a um poder de mera afirmação das leis, haja vista que, depois de compreender os casos concretos a partir dos valores da sociedade, deve dimensionar a lei com base nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais, fazendo valer os nortes da organização do Estado e da sociedade proclamados pela Constituição.

A arbitragem, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, idealizada para direitos pertencentes a uma classe bastante restrita da população — que pode pagar pelos seus custos —, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados por peculiaridades próprias, geralmente desconhecidos pelo juiz estatal, mas plenamente conhecidas por profissionais particulares a elas acostumados. De modo que a arbitragem não é apenas preocupada com direitos patrimoniais disponíveis relativos aos negócios dos grandes empresários, como também trata de conflitos que dependem, para sua solução, do simples manejo de conhecimentos técnicos específicos.

Ora, não é preciso dizer que a solução de conflitos desse porte, preocupada especialmente com a afirmação de regras técnicas relativas as atividades empresariais, está muito longe de poder ser comparada com a substância do que dá forma a jurisdição do Estado constitucional.

A mistura da atividade do árbitro com atividade da jurisdição, ou o superdimensionamento do conceito de jurisdição, além de desqualificar a essência da jurisdição no quadro do Estado constitucional, coloca no mesmo patamar objetivos que nada têm em comum, pois não há como relacionar o dever estatal de proteção dos direitos com a necessidade de se conferir a determinados conflitos julgadores dotados de conhecimentos técnicos particulares. (...)

De modo que não há qualquer motivo para equiparar a jurisdição com atividade do árbitro. Na verdade, tal equiparação somente é forçada para permitir a conclusão de que a lei de arbitragem é constitucional. (...)

Além do mais, de excluir da jurisdição parcela dos direitos não está apenas em negar a devida atenção à justiça estatal, mas também permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua

---

<sup>307</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, pg. 157.

<sup>308</sup> Idem

<sup>309</sup> Ibidem, pgs. 157-159

acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado.

A visão de FISS vem no sentido da preservação das instituições públicas, pois para ele a realidade é verticalizada e exige maior equilíbrio de forças entre as pessoas que não detêm paridade de armas<sup>310</sup>

São visões profundas e bem estruturadas que reforçam a objeção à extensão dos efeitos. A preocupação individual retira a função primordial da jurisdição estatal que é de lidar com os valores constitucionais e acomoda forte pressão da sociedade individualizante. São visões contundentes estas dos autores desfavoráveis, mas que encontra um coro dissonante os quais merece-se destacar.

### 3.3 A abrangência objetiva não viola princípios constitucionais

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO reforçam que de um modo geral a garantia de acesso à justiça não é violada pela Lei de Arbitragem, tampouco a mudança que a lei proporcionou retirando-se a exigência de homologação do laudo arbitral. O próprio termo “laudo arbitral” foi rebatizado e os efeitos da sentença passam a produzir os mesmos efeitos da judicial (artigos 18 e 31) e sua eficácia tem legitimidade baseada na vontade das partes

manifestada ao optarem por esse modo de solução de seus conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial; e, se uma delas não quiser cumprir a cláusula compromissória, a outra deverá recorrer ao Judiciário para o suprimento da vontade de quem se recusa (LA, art., 7)<sup>311</sup>

No mais, lembram os autores, o Poder Judiciário não estará totalmente inerte, pois poderá decretar a nulidade da sentença arbitral se alguma das situações previstas nos artigos 32 e 33 ocorrerem.

Para CHASIN a arbitragem é a “convergência entre duas tradições intelectuais: francesa e norte-americana.<sup>312</sup>”, conferindo pluralidade de meios de

<sup>310</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 86

<sup>311</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral...**, pg. 100

<sup>312</sup> CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal.** Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16062015-133720/>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017, pg. 42

solução de conflitos para o ordenamento jurídico contemporâneo, conforme aponta FARIA<sup>313</sup>, marcado pela sobreposição e pela articulação de vários espaços jurídicos<sup>314</sup>.

Para FARIA essa intensificação é necessária para o mercado, mas, certamente o ordenamento jurídico precisa estar atento para as pessoas enquanto grupo social e também como pluralidade de culturas e diferenças materiais e de oportunidade. Assim, contato que possa ser controlável pelo ordenamento pátrio, ressalva ROCHA, a arbitragem é fundada no livre consenso, por escrito e, como visto, de preferência acrescida da assinatura das partes, salvo se resultante de coação ou fraude, demonstra que essencial não é a forma, mas o acordo de vontades por ela expressado<sup>315</sup>.

A intenção legítima representa que a convenção foi estabelecida de acordo com o que as partes esperavam. Não estaria o processo arbitral levando à indevida negação de acesso à justiça ainda que elas não tenham explicitamente colocado todas as questões possíveis e traduz-se no reconhecimento de seus benefícios, dentro das possibilidades de cada parte entender o instituto assim como indicou FISS<sup>316</sup>.

A liberdade de iniciativa das partes, explica PAULO NALIN, diz respeito à liberdade de constituir e regular relações econômicas e sociais intersubjetivas por meio de contrato. Ao mesmo tempo em que essa liberdade é conquista fundamental da pessoa, impulsionada pela Constituição para a sociedade, é imprescindível a existência de auto-regulamentação destes interesses, pois trata-se de um verdadeiro instrumento para o pleno desenvolvimento da personalidade humana<sup>317</sup>.

Sobre a questão da abrangência objetiva, CARMONA exemplifica,

se as partes incluírem num contrato social cláusula compromissória que submete ao árbitro “as desavenças decorrentes do contrato”, sustento que tal cláusula deve abranger os litígios entre os sócios, a exclusão de qualquer deles e a própria liquidação da sociedade, não sendo de se esperar cláusula

<sup>313</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. apud CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação...**, pg. 42

<sup>314</sup> Idem

<sup>315</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-07062013-135315/pt-br.php>. Acesso em 02 de janeiro de 2017, pgs 221-222

<sup>316</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 86

<sup>317</sup> NALIN, Paulo R. R. (coord). **Contrato...**, pg. 39

longuíssima que relacione todo o tipo de desavença que a imaginação possa engendrar<sup>318</sup>.

É o princípio do *favor arbitrandum*, que indica que a interpretação deve buscar remover empecilhos à instituição da arbitragem desde que a adoção da arbitragem seja “fruto de consentimento expresso, já que toda renúncia a direito deve ser interpretada restritivamente”<sup>319</sup> a “conciliar a arbitragem com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inc. XXXV), que garante o acesso de todos ao Judiciário”<sup>320</sup>.

Outra questão favorável à possibilidade de abrangência de assuntos correlatos vem a ser a arbitrabilidade, que exige que apenas os bens disponíveis possam ser julgados. FISS aduz que certas situações são melhor resolvidas pela esfera privada quando dizem respeito a questões com termos dúbios de um contrato ou problemas com o pára-choque do veículo<sup>321</sup>.

É importante pontuar que uma convenção arbitral não conterà renúncia total ao apoio estatal, pois há limitação na disponibilidade dos próprios direitos<sup>322</sup>. Observar os limites da arbitrabilidade e atentar-se para o cumprimento dos princípios processuais e da jurisdição é tarefa que exigida pela lei.

A adoção do instituto da arbitragem no Brasil, por si, já indica a aferição, pelo legislador, dos seus benefícios para o desenvolvimento das relações sociais, e mesmo da prestação jurisdicional em sentido amplo<sup>323</sup>.

Insiste-se no ponto de que para resguardar a observação dos princípios constitucionais, a jurisdição estatal presta assistência assegurando a instauração do processo de arbitragem quando a cláusula é vazia, o cumprimento das medidas urgentes, o controle prévio e posterior e na garantia do respeito ao devido processo legal<sup>324</sup>.

Questões constitucionais devem sempre chamar atenção da jurisdição estatal, tanto quanto questões que afetem terceiros que não consentiram com o compromisso, pois o resultado seria inócuo.

---

<sup>318</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, pg. 84-85

<sup>319</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites...**, pg. 61

<sup>320</sup> Idem

<sup>321</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 67

<sup>322</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites...**, pg. 65

<sup>323</sup> Ibidem, pg. 66

<sup>324</sup> Ibidem, pg. 67

A agilidade esfacelar-se-ia assim como os custos, pois um processo arbitral tem decisão final irrecorrível, mas deve-se respeitar o devido processo legal e garantir a observância da ampla defesa<sup>325</sup>.

na Bélgica, (...) durante algum tempo, a partir de 1985, um sistema que impedia qualquer tipo de controle judicial estatal sobre as arbitragens desenvolvidas em seu território. Talvez por acreditar que mais liberdade resultasse num aumento da quantidade de arbitragens e consequente atração de negócios de outros países, o legislador belga criou um sistema em que as sentenças arbitrais não poderiam ser objeto de qualquer tipo de revisão ou controle judicial. Ao contrário do que se imaginou, a arbitragem caiu em desuso, e esse modelo foi revisto em 1998, com o advento de lei em que são asseguradas medidas de controle judicial a fim de garantir uma proteção satisfatória ao regular desenvolvimento do processo arbitral<sup>326</sup>

Para dirimir outro ponto que poderia ser inconstitucional diz respeito à escolha de legislação distinta e o julgamento baseado em equidade. Para CARMONA o juiz terá oportunidade de, provocado, controlar esse processo manifestando-se para colaborar com o árbitro ao bom andamento das providências instrutórias, executivas ou coativas e para analisar se as decisões não violam a ordem pública do local da sentença sem interferência na validade do compromisso arbitral<sup>327</sup> ou da confidencialidade.

Já FERRAZ<sup>328</sup> aduz que o direito alemão não entende como essencial a disponibilidade do direito. O *Zivilprozessordnung* no artigo 1.030 assim aduz “qualquer direito de caráter patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem”. O autor acrescenta que “se a decisão arbitral não fosse equivalente a decisão judicial quanto aos seus efeitos (...) de fato a referida disponibilidade seria imprescindível<sup>329</sup>”

Para o autor, se a decisão arbitral fosse um simples acordo contratual, o árbitro seria o mandatário das partes a compor, juntos, uma solução mediante acordo e que o sistema arbitral normatizado no país reconheceu a sentença arbitral como equivalente de decisão judicial.<sup>330</sup>

---

<sup>325</sup> ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites...**, pg. 71

<sup>326</sup> Idem

<sup>327</sup> CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem...**, pgs. 70 a 71

<sup>328</sup> FERRAZ, Renato de Toledo Piza. **Reflexões sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva.** Revista de Direito Empresarial, vol. 8/2015. Mar-Abr/2015., pg. 25

<sup>329</sup> Idem

<sup>330</sup> Ibidem, pg. 26

Quanto à abrangência objetiva, FERRAZ posiciona-se no sentido de que as cláusulas arbitrais precisam ser interpretadas a favorecer a arbitragem<sup>331</sup>. Reconhece também que se as partes estão cientes do que estão fazendo e se reconhecem os benefícios da arbitragem, em se tratando de direito disponível não seria razoável entender que elas desejariam ter soluções distribuídas entre esferas de julgamento distinta, salvo se expressamente indicado. O autor, portanto, concorda com o entendimento de NERY JÚNIOR para quem

flagrante inconstitucionalidade é a exclusão, pela lei, da apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se pode ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional<sup>332</sup>.

FERRAZ ainda estudou no ordenamento italiano a disposição do Decreto Legislativo 40 de 02.02.2006 pelo qual

a convenção de arbitragem se interpreta no sentido de que a competência arbitral se estende a todas as matérias que derivem do contrato ou da relação a que a convenção se refere<sup>333</sup>

Daí decorre que se as partes decidem levar para a arbitragem o todo, as partes estão gerando uma espécie de inversão. Pressupõe os autores que pactuado para que todos os assuntos decorrentes do contrato serão decididos pelo juízo arbitral, a partir da celebração do contrato, as partes devem destacar pormenorizadamente o que desejariam retirar da arbitragem, respeitando-se sua intenção primeira.

## 4 CONCLUSÃO

### 4.1 Princípios e lacunas

A arbitragem ganha força no ordenamento jurídico pátrio com a introdução da lei especial. Essa lei obedece princípios da Constituição que irão moldar as arbitragem e representam um norte em caso de dúvidas.

---

<sup>331</sup> FERRAZ, Renato de Toledo Piza. **Reflexões...**, pg. 27

<sup>332</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios...**, pg. 27.

<sup>333</sup> FERRAZ, Renato de Toledo Piza. **Reflexões...**, pg. 28

Observando-se os princípios arbitrais e constitucionais defende-se a abrangência dos efeitos de uma cláusula arbitral para assuntos relacionados, porém não extensível a assuntos acessórios ou que não estejam interligados.

Para atestar a autonomia na assinatura do compromisso arbitral e se o assunto está compreendido objetiva e subjetivamente, esta tarefa estará a cargo do árbitro pelo princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, o que não significa ofensa à Constituição Federal porque “emana da faculdade das partes de solucionarem conflitos via arbitragem<sup>334</sup>”.

Constitucionalmente não há óbice para que o juízo arbitral retire das partes o poder de bater às portas do judiciário. Não implica, por fim, negação de acesso à justiça, eis que as partes têm justiça e jurisdição por aquela via.

#### **4.2 Celeridade como prestação jurisdicional**

Uma das vantagens discutidas foi a celeridade, mas que não deve ser empregada isoladamente, pois a arbitragem deve respeitar o devido processo legal. O controle do Judiciário existe e pode ser chamado a atuar caso o árbitro ou uma das partes se exceda.

Uma decisão justa ocorre quando soluciona questões de forma assertiva e ágil. Quem defende a arbitragem acrescenta os benefícios estendidos para todo o jurisdicionado, eis que o Poder Judiciário estará menos preocupado com questões disponíveis e mais especializado em questões que evidenciem valores públicos.

#### **4.3 Da violação dos princípios constitucionais**

A arbitragem como ferramenta primordial para a sociedade e a autonomia da vontade como fundamento é uma boa alternativa ao judiciário e deve traduzir-se na igualdade material e na promoção do ser humano enquanto sujeito capaz de reger sua vida.

No mais seria um contrassenso fatiar as discussões. Tal atitude estragaria as vantagens da via arbitral drenando tempo e dinheiro.

---

<sup>334</sup> GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção...** São Paulo: Atlas, 2009, pg. 20

Oportuna a visão de FISS sobre o interesse social que rege as decisões estatais<sup>335</sup> mas que, no caso da arbitragem, ficam restritas à esfera privada, mas até para estas questões o judiciário ainda poderá intervir para coibir excessos. Ainda, é preciso se identificar que há interesses privados arbitráveis com efeitos para toda a comunidade, de cujos resultados são reconhecidos como valores intrínsecos na Constituição da República.

Ainda, cumpre lembrar a proposta de JABARDO, a qual se coaduna, que orienta a troca do termo “extensão” pela “abrangência”. Concorda-se com a autora que materialmente não se está estendendo nada, pois extensão violaria a autonomia contratual e, portanto, constituiria nulidade da instituição arbitral. Mas abrangência indica mais precisamente que determinados assuntos estão relacionados.

A abrangência, ou como diz Eduardo Talamini, o alcance diz com a identificação do tamanho exato das questões relacionadas ao passo que a extensão seria a imposição de assuntos para a arbitragem.

Conclui-se com este estudo a abrangência objetiva das cláusulas compromissórias não viola princípios constitucionais.

---

<sup>335</sup> FISS, Owen. **Um novo processo...**, pg. 67

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000 *apud* Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422/RJ pg. 22, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, J. 26/04/2016

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, pg. 212-213. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930> Acessado dia 21 de janeiro de 2017

APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia: O a priori da comunidade de comunicação**, Volume 2. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Ed. Loyola, 2000

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 26ª ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2009

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares. **Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem** *apud* CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 : mediação e conciliação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem: nos termos da lei nº 9.307/96**. São Paulo: Editora Atlas, 2014

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 4ª edição, rev. atlz ampl. São Paulo: RT, 2008

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ 125/2010 : mediação e conciliação**. 3ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013

\_\_\_\_\_; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. **Arbitragem - ESTUDOS SOBRE A LEI N. 13.129, DE 26-5-2015**. São Paulo : Saraiva, 2016

Câmara, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, ( V. 1)**, 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: lei nº 9.307/96**. 5ª ed rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2009

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição**. São Paulo: Atlas, 2009

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração**. 2ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2009

CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal**. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16062015-133720/>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2ª edição. Campinas: Ed Bookseller, 1998

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 30ª ed., São Paulo: Ed Malheiros, 2014

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2004

DIDIER JUNIOR, Fredie. Art. 190. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. pgs. 295-296

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil (v. 1)**, 17ª edição rev ampl atz. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015

DINAMARCO, Cândido. **Nova Era do Processo Civil**. 2ª edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Ed Malheiros, 2007

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. *In* CHASIN, Ana Carolina da Matta. **A assimilação da arbitragem no Brasil: disputas em torno da constituição de uma justiça extraestatal**. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-16062015-133720/>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2017

FERRAZ, Renato de Toledo Piza. **Reflexões sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva**. Revista de Direito Empresarial, vol. 8/2015. Mar-Abr/2015

FIGUEIRA Junior, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. 2ª edição. São Paulo: Editora RT, 1999

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade**. Tradução de Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004

GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. **Extensão Objetiva da Cláusula Arbitral**. Revista Brasileira de Arbitragem nº 43, v. 11, p. 33-58, 2014

GASPAR, Renata Alvares. **Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2006

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014

\_\_\_\_\_. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013

JABARDO, Cristina Saiz. **"Extensão" da Cláusula Compromissória na Arbitragem Comercial Internacional: o Caso dos Grupos Societários**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102010-130941/pt-br.php> acessado 02 de janeiro de 2017

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas : a mediação comercial no contexto da arbitragem**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

LUDWIG, Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo**. Florianópolis, Ed. Conceito Editorial, 2006

MAIA, Neto Francisco; TRINDADE, Bernardo Ramos; VAZ, Alyne; MORAIS, Vinicius; VASCONCELOS Roberto. **Nota Técnica da Comissão de Arbitragem da OAB/MG sobre decisão do STJ (REsp nº 1.569.422/RJ)** disponível em <https://goo.gl/JPDz7r> Acessado dia 27 de dezembro de 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, v. 1**. São Paulo: RT, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed rev atlz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARTINS-COSTA, Judith; **A CLÁUSULA DE HARDSHIP E A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR NOS CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO**. Revista de Arbitragem e Mediação Ano 7. vol. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 11-39

\_\_\_\_\_; BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo código civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem e atração de investimentos no Brasil** In Revista de Arbitragem e Mediação vol 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

\_\_\_\_\_. **O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei 9.307/96 (2ª parte)**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 10, out-dez 2000

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo**. In LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2011

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.45, n.0, pp.103-111, 2006

MOREIRA, João Batista Gomes. **Intervenção do Estado na propriedade e no domínio econômico**. In: Desapropriação: doutrina & jurisprudência. Brasília: TRF 1ª Região, 2005

NALIN, Paulo R. R. (coord). **Contrato e sociedade: princípios de direito contratual**. Curitiba: Juruá, v. II, 2006

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito Contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade**. In: Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni. (Org.). **Teoria Geral dos Contratos**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2011

\_\_\_\_\_. **Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v.41, n.0, pp.85-98, 2004

\_\_\_\_\_. **Introdução à problemática dos princípios gerais do direito e os contratos**. In **Contrato e Sociedade** vol 1. Curitiba: Editora Juruá, 2004

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª edição. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 162, apud FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Reflexões sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Revista de Direito Empresarial, vol. 8/2015. Mar-Abr/2015

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; Martins-Costa, Judith. **CONTRATOS DURADOUROS LACUNOSOS E PODERES DO ÁRBITRO: QUESTÕES TEÓRICAS E PRÁTICAS**. Revista Jurídica Luso Brasileira. Ano 1, nº 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015

NUNES, Avelãs. **A natureza do estado capitalista na óptica dos fundadores da ciência económica**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 46, 2007

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**, Ano de obtenção: 2009. 395 páginas. Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143683.pdf> Acessado dia 2 de Setembro de 2017

ROCHA, Caio Cesar Vieira. **Limites do Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-07062013-135315/pt-br.php>. Acesso em 02 de janeiro de 2017

ROWLEY, J. William. Rowley: **London arbitration under attack. International Dispute Resolution Centre Limited, IDRC**, Londres. 16 de Maio de 2016. Disponível em [https://www.idrc.co.uk/media/26078/rowley\\_-\\_london\\_arbitration\\_under\\_attack.pdf](https://www.idrc.co.uk/media/26078/rowley_-_london_arbitration_under_attack.pdf) Acessado dia 03 de setembro de 2017

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria** In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2003

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32, apud PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**, Ano de obtenção: 2009. 395 páginas. Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp143683.pdf> Acessado dia 2 de Setembro de 2017

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 2003

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao direito processual penal**. 2ª edição. Florianópolis: Ed Empório do Direito, 2015

SOARES, Marcos José Porto; DENKER, Tássio Eduardo; ZANARDI, Glaziele. **A CONCRETUDE DAS CONDIÇÕES PARA O LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES**. Revista de Processo. vol 195/2011, pgs. 399-420. Maio 2011

STRECK, Lenio. **Comentários ao código de Processo Civil**. 11ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2016

Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.569.422/RJ pg. 22, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, J. 26/04/2016

TALAMINI, Eduardo. **A (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS (COMPOSIÇÕES EM JUÍZO, PRERROGATIVAS PROCESSUAIS, ARBITRAGEM, NEGÓCIOS PROCESSUAIS E AÇÃO MONITÓRIA) – VERSÃO ATUALIZADA PARA O CPC/2015** In Revista de Processo vol 264, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pgs. 83-107

\_\_\_\_\_. **Arbitragem e parceria público-privada (PPP)** In **Parcerias Público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

THEODORO Jr, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil Vol. I**, 57ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

VIDAL, Rodrigo Cesar Nasser. **Princípios fundamentais dos contratos internacionais**. In NALIN, Paulo (org). **Introdução à problemática dos princípios**

**gerais do direito e os contratos.** *In* Contrato e Sociedade vol 1. Curitiba: Editora Juruá, 2004

VON WOBESSER, Claus. **La incorporación por referencia** *In* GUIDO S. TAWIL; ZULETA, Eduardo. **El arbitraje comercial internacional**, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pg. 260 apud WALD, Arnoldo. **Os Aspectos Formais da Convenção de Arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2) da Convenção de Nova Iorque, e sua Aplicação no Direito Brasileiro.** *In*: **Arbitragem comercial Internacional – A convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011

WALD, Arnoldo. **Os Aspectos Formais da Convenção de Arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2) da Convenção de Nova Iorque, e sua Aplicação no Direito Brasileiro.** *In*: **Arbitragem comercial Internacional – A convenção de Nova Iorque e o Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011

WAMBIER, Luiz Rogrigues. TALAMINI, Eduardo. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento (Curso avançado de processo civil; v.1)** 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013