

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO
DOUTORADO EM DIREITOS COLETIVOS E CIDADANIA

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ARBITRAGEM COLETIVA

RIBEIRÃO PRETO

2022

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ARBITRAGEM COLETIVA

Tese apresentada à Universidade de Ribeirão Preto
- UNAERP, Campus Ribeirão Preto, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves
Ferreira

Ribeirão Preto

2022

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

Montes Netto, Carlos Eduardo Montes Netto, 1980 -.

M779a Aplicação da proporcionalidade na arbitragem coletiva / Carlos
Eduardo Montes Netto. - - Ribeirão Preto, 2022.
275 f.

Orientador: Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira.

Tese (doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP,
Direito. Ribeirão Preto, 2022.

1. Arbitragem coletiva. 2. Proporcionalidade. 3. Controle judicial.
I. Título.

CDD 340

CARLOS EDUARDO MONTES NETTO

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ARBITRAGEM COLETIVA

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

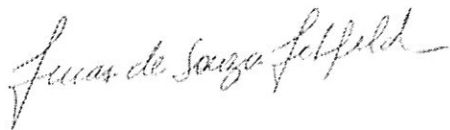
Data da defesa: 15 de fevereiro de 2022.

Resultado: Aprovado

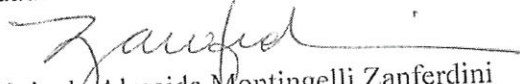
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro
Universidade de São Paulo – USP Campus Ribeirão Preto



Prof. Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon - USP
Universidade de São Paulo – USP Campus Ribeirão Preto

Dedico este trabalho ao meu querido e amado pai
José Maria Chaim Netto (*in memoriam*), maior
amigo e exemplo que a vida me deu, em todos os
aspectos, minha inspiração maior!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por tudo que a sua bondade imerecida me proporciona.

Agradeço a todos os professores do curso de Doutorado em Direitos Coletivos e Cidadania, da Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP, que foram fundamentais para a conclusão desta tese de doutorado, especialmente ao nosso grande Coordenador Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira, pelo incondicional e irrestrito apoio e amizade, ao Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld, verdadeira referência na minha vida acadêmica e profissional, por sua total disponibilidade e inestimável auxílio desde a elaboração do sumário até a conclusão desta pesquisa e aos queridos Professores Doutores e amigos Ricardo dos Reis Silveira e Juvêncio Borges Silva, que muito me ensinaram nas suas disciplinas.

Reservo especial agradecimento ao meu orientador, Prof. Dr. Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, incansável estudioso e uma das maiores referências da doutrina nacional em Direito Constitucional e em Arbitragem, ao qual devo tudo que aprendi sobre esse método adequado de resolução de disputas, inclusive a minha iniciação, pela contribuição ativa e decisiva (em tudo) na elaboração deste trabalho e na conclusão de mais esse curso, especialmente pela sua paciência, generosidade em compartilhar todo o seu imensurável conhecimento e experiência, disponibilidade integral e irrestrita, companheirismo e amizade.

O meu muito obrigado à grande e querida amiga Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, exemplo na magistratura paulista e na minha vida acadêmica.

Da mesma forma, não poderia deixar de agradecer à Sra. Patrícia Araujo Machado Riul, responsável pela Divisão de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNAERP, pela preciosa e qualificada ajuda e disponibilidade durante toda a minha jornada na pós-graduação da UNAERP, iniciada em 2018.

Agradeço, ainda, à minha mãe, Irene Montes Netto, e ao meu irmão, Júlio César Montes Netto, que mais uma vez estiveram ao meu lado, ao querido amigo Danilo Henrique Nunes, meu grande e maior parceiro de escrita na pós-graduação, à pesquisadora Camila de Souza Dorneles, pelo fundamental e competente auxílio no levantamento bibliográfico e jurisprudencial, aos diletos amigos Jonathas Celino Paiola e Thiago Stuque Freitas, que foram decisivos para a conclusão de mais este estudo, à equipe da 2ª Vara Cível da Comarca de Jaboticabal, em especial aos Mateus de Abranches Zaninetti, Ana Cecília Batista Noveli Trevizoli, Talita Vanessa Penariol Natarelli e Rodrigo Daltoe de Oliveira, à mestranda em Ciências Sociais Isabella Mattos e à advogada Camila Magrini Silva.

“Semeia de manhã a tua semente, e não descansa a tua mão até a noitinha, pois não sabes onde esta terá bom êxito, quer aqui quer ali, ou se ambas serão igualmente boas.”
(Eclesiastes, Capítulo 11, versículo 6)

RESUMO

Desde a entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem, em 1996, tem-se notado uma tendência de ampliação dos estudos e da aplicação dos métodos adequados de resolução de conflitos diversos da Justiça estatal, inclusive a arbitragem, cogitando a doutrina, com respaldo na jurisprudência recente, o surgimento de uma verdadeira “arbitragem temática”, com a possibilidade da utilização desse instrumento de acesso à Justiça, dentro do conceito de “justiça multiportas”, até em disputas que tratam de direitos coletivos em sentido amplo. Nessa perspectiva, a presente tese de doutorado tem como objetivo geral analisar a possível incidência dos direitos fundamentais no procedimento arbitral coletivo e, em caso afirmativo, se o árbitro pode ou deve aplicar a proporcionalidade diante do seu fundamento constitucional, além de constituir um conceito inato às relações humanas, relacionado à própria distribuição da justiça. Representam objetivos específicos desta pesquisa analisar os possíveis contornos da proporcionalidade na seara arbitral e a questão envolvendo o controle judicial e os seus limites quanto a decisões desproporcionais proferidas pelo árbitro. Visando alcançar esse propósito, mister a compreensão dos conceitos e aspectos inerentes à arbitragem, à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, à proporcionalidade e aos seus subprincípios, à autonomia privada, à ordem pública, à sentença arbitral coletiva e ao controle jurisdicional desta levando em consideração as implicações teóricas e práticas da proporcionalidade na arbitragem coletiva. Por meio de um método dedutivo de pesquisa, elaborou-se estudo inédito na doutrina nacional, considerando a escassez de trabalhos que abordem especificamente essa temática nas bases de dados brasileiras, em que pese a existência de estudos no âmbito internacional. A partir da análise sobre o tema, apresenta-se como conclusão que o árbitro possui o dever de observar a proporcionalidade em todas as suas decisões, por se tratar de norma de ordem pública, com fundamento constitucional, mas não é possível o controle judicial no caso desproporcionalidade, diante da vedação legal de reapreciação do mérito da sentença arbitral pelo Judiciário, consagrada nacional e internacionalmente, do princípio da competência-competência e da coisa julgada arbitral coletiva.

Palavras-chave: Arbitragem coletiva. Proporcionalidade. Controle judicial. Coisa julgada arbitral.

ABSTRACT

Since the current Arbitration Law came into force in 1996, there has been a recent tendency to expand studies and the application of alternative dispute resolution other than state court, including arbitration, considering the doctrine, based on recent jurisprudence, the emergence of a true “theme arbitration”, with the possibility of using this instrument of access to justice, within the concept of “Multidoor Courthouse System”, even in disputes that deal with collective rights in a broad sense. With this in mind, the present doctoral thesis has the general objective of analyzing the possible application of fundamental rights in the collective arbitration procedure and, if so, whether the arbitrator can or should apply proportionality, in view of its constitutional nature, in addition to constituting a concept inherent to human relations, related to the application of justice. The specific objectives of this research are to analyze the possible application of the principle of proportionality in the arbitral arena and the issue involving possible judicial control of disproportionate decisions made by the arbitrator. Aiming to achieve this purpose, it is necessary to understand the concepts and aspects inherent to arbitration, the effectiveness of fundamental rights in relations between individuals, proportionality and its subprinciples, private autonomy, order, collective arbitration award and jurisdictional control of this leading taking into account the theoretical and practical premises of proportionality in collective arbitration. Through a deductive method of research, an unprecedented study was elaborated in the national doctrine, considering the scarcity of works that specifically address this issue in Brazilian databases, despite the existence of studies in the international scope. Based on the analysis of the subject, it is concluded that the arbitrator has the duty to observe proportionality in all his decisions, as it is a public norm, with constitutional foundation, but judicial review is not possible in the case of disproportionality, in view of the legal prohibition of reconsideration of the merits of the arbitration award by the Judiciary, nationally and internationally, of the principle of competence-competence and the res judicata collective arbitration.

Keywords: Collective arbitration. Proportionality. Judicial control. Force of res judicata arbitral.

RESUMEN

A partir de la entrada en vigor de la actual Ley de Arbitraje, en 1996, ha sido notado una tendencia de ampliación de los estudios y de la aplicación de los métodos adecuados de resolución de conflictos distintos a la justicia estatal, incluido el arbitraje, considerando la doctrina, basada en la jurisprudencia reciente, el surgimiento de una verdadera “temática arbitral”, con el posibilidad de utilizar este instrumento de acceso a la justicia, dentro del concepto de “justicia multipuerto”, incluso en controversias que versen sobre derechos colectivos en sentido amplio. En esta perspectiva, la presente tesis doctoral tiene como objetivo analizar la posible incidencia de los derechos fundamentales en el procedimiento de arbitraje colectivo y, de ser así, si el árbitro puede o debe aplicar la proporcionalidad a la luz de su fundamento constitucional, además de constituir un concepto innato de la humanidad relaciones, relacionado con la propia distribución de la justicia. Los objetivos específicos de esta investigación son analizar los posibles contornos de la proporcionalidad en el campo arbitral y la cuestión del control judicial y sus límites frente a decisiones desproporcionadas tomadas por el árbitro. Con el fin de lograr este propósito, es necesario comprender los conceptos y aspectos inherentes al arbitraje, la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre las personas, la proporcionalidad y sus subprincipios, la autonomía privada, el orden público, el laudo arbitral colectivo y el control jurisdiccional de esta toma, en cuenta las implicaciones teóricas y prácticas de la proporcionalidad en el arbitraje colectivo. Mediante un método de investigación deductivo, se elaboró un estudio inédito en la doctrina nacional, considerando la escasez de trabajos que aborden específicamente este tema en las bases de datos brasileñas, a pesar de la existencia de estudios en el ámbito internacional. Con base en el análisis del tema, se concluye que el árbitro tiene el deber de observar la proporcionalidad en todas sus decisiones, por ser una norma de orden público, con fundamento constitucional, pero no es posible la revisión judicial en caso de desproporcionalidad, dada la prohibición legal de reconsiderar el fondo del laudo arbitral por parte del Poder Judicial, reconocido nacional e internacionalmente, el principio de competencia-competencia y el arbitraje colectivo de res judicata.

Palabras clave: Arbitraje colectivo. Proporcionalidad. Control judicial. Cosa juzgada arbitral.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA	American Arbitration Association
ACP	Ação Civil Pública
AGU	Advocacia Geral da União
BGH	Bundesgerichtshof
BM&FBovespa	Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAMARB	Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial
CAM-CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CC	Código Civil
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CIAC	Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial
CJF	Conselho da Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
FAA	Federal Arbitration Act
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
GLP	Gás Liquefeito de Petróleo
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
ICMbio	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
LACP	Lei de Ação Civil Pública
MAE	Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal

NAFTA	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
Nucam	Núcleo de Conciliação Ambiental
OMC	Organização Mundial do Comércio
PGR	Procuradoria Geral da República
PROCON	Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajuste de Conduta
TCU	Tribunal de Contas da União
TJES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJGO	Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TRT1	Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UBC	União Brasileira de Compositores
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
ZPO	Zivilprozessordnung

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	DA ARBITRAGEM COLETIVA	22
2.1	JUSTIÇA MULTIPORTAS	22
2.2	DA ARBITRAGEM	29
2.2.1	Conceito e natureza jurídica	37
2.2.2	Constitucionalidade.....	41
2.3	PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM	42
2.3.1	No direito internacional.....	44
2.3.2	Princípios constitucionais.....	48
2.3.3	Princípios infraconstitucionais	57
2.4	AUTONOMIA DO DIREITO ARBITRAL	62
2.5	ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS.....	63
2.5.1	Na Administração Pública.....	71
2.5.2	No direito empresarial.....	79
2.5.3	Nas relações de consumo	82
2.5.4	Nas relações civis em geral	89
2.5.5	Nas relações trabalhistas	91
2.5.6	No direito tributário	93
3	PROPORCIONALIDADE	96
3.1	HISTÓRICO.....	96
3.2	NATUREZA JURÍDICA	99
3.3	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	101
3.4	PROPORCIONALIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS.....	104
3.5	PROPORCIONALIDADE <i>VERSUS</i> RAZOABILIDADE.....	106

3.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	108
3.7 PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	118
3.8 RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA PELA PROPORCIONALIDADE.....	135
3.8.1 Exclusão de perfil, publicação em rede social, conta no <i>WhatsApp</i> e jogo virtual	143
3.8.2 <i>Fake News</i>	147
3.8.3 Expulsão ou inadmissão de cooperado e de sócios ou associados de pessoas jurídicas de direito privado	149
3.8.4 Restrições ao direito de propriedade dos condôminos.....	151
3.8.5 Intervenções judiciais em contratos em geral.....	154
3.8.6 Casos emblemáticos analisados nos Tribunais Superiores	156
4 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO NAS ARBITRAGENS COLETIVAS	160
4.1 ARBITRAGEM E A AUTONOMIA PRIVADA.....	160
4.2 ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM.....	163
4.2.1 Arbitragem internacional.....	167
4.2.2 Arbitragem nacional.....	169
4.3 O ÁRBITRO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	170
4.3.1 Controle de constitucionalidade pelo árbitro.....	170
4.3.2 Aplicação da cláusula de reserva de plenário	174
4.3.3 Eficácia dos direitos fundamentais na arbitragem	177
4.3.4 Aplicação da proporcionalidade e seus subprincípios pelo árbitro na arbitragem coletiva.....	179
4.4 CONTROLE JURISDICIONAL DA SENTENÇA ARBITRAL COLETIVA.....	185
4.4.1 Efeito vinculante do controle abstrato de constitucionalidade, precedentes vinculantes, súmulas vinculantes, repercussão geral e a nulidade da sentença arbitral.....	199
4.4.2 Controle jurisdicional da sentença arbitral coletiva com fundamento na proporcionalidade	203

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	219
	REFERÊNCIAS.....	228

1 INTRODUÇÃO

A história da humanidade é pautada pela existência de conflitos de interesses, diante das divergências de perspectivas entre os indivíduos. Nesse contexto, viver em sociedade significa estabelecer o equilíbrio entre esses conflitos a fim de que haja uma convivência harmônica. Na visão hobbesiana, no cerne do contrato social a abdicação da vontade individual em favor de outrem permite a preservação da paz e da ordem. Os conflitos podem se fazer presentes em diversos aspectos humanos sejam eles pessoais, religiosos, econômicos, sociais, educacionais, científicos, entre outros, sendo sob a via do direito o pacto do equilíbrio e propulsão da ideia de justiça.

Os interesses transindividuais foram camuflados por concepções individuais até o momento em que demandas sociais e coletivas se fizeram emergentes. Os desacordos coletivos postos perante a Justiça se faziam cada dia mais presentes, em especial, a posteriori, com a contemplação do Estado Democrático de Direito (AZEVEDO, 2011).

Na tratativa de tutela de direitos coletivos nos Estados Unidos, Bueno (1996) narra que a *class action* apresentou-se como uma ferramenta jurídica que a partir de um interesse em comum de um pequeno grupo ou um indivíduo, suas hipóteses transcendem a todos aqueles que também poderiam ser parte do processo.

Em 1966 foi aprovada a *Rule 23*, que estabelece os pressupostos processuais e condições da ação para admissibilidade e prosseguimento das *class action*. Segundo Gidi (2007) dentre os objetivos dessas ações, pensou-se no acesso à justiça, na economia processual e na aplicação inerte do direito material, salientando-se que tanto o réu, quanto o autor podem ingressar com o pedido e caberá ao juiz decidir se essa terá efeitos coletivos ou não. Essa decisão corresponde à avaliação pelo juiz da causa que deve analisar os requisitos legais e a jurisprudência. A ação pode nunca ser certificada, pode ser revogada ou prosseguir de forma individual.

Apesar de não se poder traçar uma linha retilínea entre o direito coletivo brasileiro e o norte-americano há, em partes, algumas semelhanças, inclusive, ressalta-se que o modelo estabelecido no país se inspirou na experiência estadunidense. Grinover (2000) enfatiza que no ordenamento brasileiro também predomina a tutela de direitos individuais homogêneos que é condicionante à instauração do sistema de "*class action for demanges*". Não se objetiva no presente trabalho elucidar as questões semelhantes ou divergentes, apenas demonstrar que para

o microssistema da tutela coletiva, a jurisdição brasileira teve como influenciador o sistema da *class action*.

O macrossistema brasileiro, constituído pelo processo civil, não regula as questões coletivas. Diante disso, a coletivização do processo no Brasil foi levada a efeito progressivamente por ferramentas como a ação popular instituída pela Lei n. 4.717/65 (BRASIL, 1965), ampliando-se pela Lei de Ação Civil Pública (LACP), Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985), Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988) e Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990).

Tais normativas forneceram tratamento uniforme à proteção dos direitos coletivos em sentido amplo. Nesse sentido, bens jurídicos como: o direito dos consumidores, dos trabalhadores, do meio ambiente, do patrimônio público, turístico, histórico, da ordem urbanística, da economia popular, dentre outros começaram a ser tutelados coletivamente.

As ações coletivas existem há pelo menos oito séculos não podendo ser consideradas um fenômeno contemporâneo (YEAZELL, 1987). Entretanto, no sistema jurídico brasileiro moderno a solução extrajudicial de conflitos coletivos tem sido objeto de análise, especialmente no âmbito da arbitragem, tema que configura a presente tese.

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão integrante do Judiciário, por meio da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 (BRASIL, 2010a), reconheceu que “[...] o acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal, perante os órgãos judiciais, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”.

Na perspectiva de soluções efetivas, difunde-se cada vez mais a utilização dos denominados métodos adequados de resolução de conflitos diversos da Justiça estatal, diante da insatisfação dos usuários do sistema de justiça, especialmente no que se refere à morosidade na prestação da tutela jurisdicional, o que tende a se agravar no período de pandemia e no pós-pandemia, com a severa crise sanitária e financeira que o país e o mundo atravessam, ante o possível (senão provável) aumento da demanda por justiça.

O sistema jurisdicional brasileiro tem sido muito questionado, nos últimos anos, devido, principalmente, à sua morosidade e ao número excessivo de processos em andamento sem uma solução definitiva. Além disso, diante das desigualdades existentes no país, o próprio acesso à justiça se mostra falho, sendo também um objeto de preocupação. Assim, os métodos adequados diversos da Justiça estatal se apresentam como instrumentos relevantes à concretude e efetivação dos direitos individuais e transindividuais.

Nesse viés, surge a arbitragem que, em que pese se tratar de uma das formas mais antigas de solução de conflitos, no âmbito nacional, somente a partir de 1996, com a entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996a), passou a se viabilizar como método adequado de solução de controvérsias, tendo em vista que a legislação anterior previa a necessidade de homologação do denominado “laudo arbitral”, por meio de sentença judicial, o que possibilitava a interposição de recursos e acabava convertendo o Judiciário numa espécie de órgão revisor da arbitragem, provocando insegurança jurídica e afastando o interesse na eleição do procedimento arbitral.

No âmbito coletivo, que interessa a essa pesquisa, a adoção da via arbitral pode se revelar, em alguns casos, vantajosa, diante da possibilidade de: i) obtenção de maior celeridade na solução definitiva da disputa; ii) oferecimento de um tratamento mais dedicado e com melhor estrutura à lide, considerando que o Judiciário cuida de milhões de feitos que se encontram em andamento; iii) escolha de árbitro especializado no assunto em discussão; iv) flexibilidade procedimental, podendo as partes, no exercício da sua autonomia privada, eleger as regras mais adequadas para a solução do conflito, inclusive com relação ao direito material que será aplicado; v) confidencialidade no procedimento, dentre outras possíveis vantagens que serão abordadas nesta pesquisa.

Embora a aplicação do Código do Processo Civil na arbitragem seja objeto de polêmica entre os estudiosos, no que interessa diretamente ao presente estudo, há um consenso no que diz respeito à incidência dos princípios constitucionais na arbitragem, representando característica inerente ao modelo de Estado Democrático de Direito o respeito à Constituição, que institui a norma diretriz de todo o ordenamento jurídico, com relação ao qual deve se adequar qualquer norma infraconstitucional, no caso a Lei de Arbitragem.

Sob tal perspectiva, o devido processo legal, que se encontra previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, apresenta grande importância para o desenvolvimento desta tese, tendo em vista que, segundo parte da doutrina e da jurisprudência, inclusive da Corte Suprema, a proporcionalidade encontra fundamento no devido processo legal no seu aspecto material.

Sustenta-se, ainda, que o controle de constitucionalidade é matéria de ordem pública, constituindo dever do árbitro observar a CRFB/88 em qualquer decisão, o que abriria espaço, em tese, para o controle judicial da decisão desproporcional proferida na arbitragem. Essa situação confrontaria o princípio da impossibilidade da revisão de mérito das decisões arbitrais, a vedação à valoração judicial de provas produzidas no procedimento arbitral, o princípio da competência-competência e a coisa julgada arbitral.

Diante da ausência de estudos específicos sobre o assunto, a presente tese pretende contribuir com a análise da aplicação da proporcionalidade na arbitragem coletiva e as suas implicações teóricas e práticas, verificando, inclusive, se seria possível (ou mesmo desejável) a mesma relativização de conceitos jurídicos, da autonomia privada e do *pacta sunt servanda* efetivada pelo Judiciário com fundamento na proporcionalidade, tendo em vista que a via arbitral se encarrega apenas de direitos patrimoniais e disponíveis, encontrando fundamento na autonomia privada e na liberdade individual.

O assunto, no entanto, é polêmico, especialmente diante da lacuna legislativa, o que faz Watanabe e Gabbay (2020) afirmarem que a construção de um modelo de arbitragem coletiva não constitui tarefa simples e demanda cautela, sustentando Sester (2020, p. 108-109) que diante da omissão do legislador, a arbitragem coletiva pode representar um “caminho perigoso” e que não são raras as vezes que na prática menos acaba significando mais.

Por outro lado, diversos outros autores como Nery (2016) defendem a possibilidade da resolução de conflitos coletivos pela arbitragem, pouco importando que se tratem de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, desde que a controvérsia apresente natureza patrimonial e disponível, apontando a sua utilização com sucesso nos Estados Unidos, que registra centenas de arbitragens coletivas.

A questão envolve, ainda, a análise da possibilidade da aplicação da arbitragem para a resolução de conflitos estruturais, compreendidos como aqueles processos coletivos que demandam a reorganização de uma estrutura pública ou privada, ou mesmo de ambas, para a concreção de direitos. Trata-se de uma abordagem com importantes reflexos teóricos e práticos, considerando que a doutrina aponta que o processo falimentar é uma espécie de processo estrutural (DIDIER; ZANETI; OLIVEIRA, 2021), verificando-se o mesmo com o processo de recuperação judicial (VITORELLI, 2021), sustentando-se, ainda, no presente trabalho, como exemplos de processos estruturais a liquidação extrajudicial, a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na determinação de medidas de reestruturação de empresas, como aconteceu no caso da fusão entre a Sadia e a Perdigão e mesmo nos acordos de leniência envolvendo a operação Lava-Jato, nos quais as empresas envolvidas assumiram a obrigação de reestruturar os seus processos internos, visando evitar a prática de novas ilicitudes no futuro.

Nesse sentido, a pesquisa apresenta como tema central a análise da proporcionalidade na arbitragem coletiva, considerando a importância desse instituto, qualquer que seja a “porta de acesso à justiça” elegida para a resolução da disputa, tendo em vista que a

proporcionalidade é inata às relações humanas, tratando-se de um conceito inerente ao próprio “justo”.

Apesar de a proporcionalidade ser objeto de estudo da doutrina internacional arbitral (SWEET, 2011; XIULI, 2006), ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, não foi localizado nenhum outro trabalho acadêmico ou profissional voltado especificamente para a análise da questão no país, seja relacionado ao árbitro no exercício da jurisdição privada, seja no que se refere à possibilidade de eventual controle judicial da sentença desproporcional com fundamento exclusivo na violação da proporcionalidade como norma de ordem pública, apesar de não constituir nenhuma novidade no direito nacional a aplicação de institutos como: i) a competência-competência, que veda interferências diretas da Justiça estatal no âmbito da arbitragem, estabelecendo que compete ao próprio árbitro analisar a sua competência para a apreciação de determinado caso concreto (art. 20 da Lei de Arbitragem); ii) o princípio da impossibilidade da revisão de mérito da sentença arbitral, que obsta qualquer tipo de reanálise judicial do mérito da decisão proferida pelo árbitro; iii) a impossibilidade de reanálise de provas, considerando o alerta feito pelo Ministro Cezar Peluso na ADI 855 (BRASIL, 2008f) de que “quando se invoca a proporcionalidade, se invoca num conflito de valores constitucionais. Ninguém invoca a proporcionalidade aleatoriamente, só para discutir teorema, mas para resolver conflito entre valores constitucionais”; iv) da coisa julgada arbitral, tendo em vista que apesar de não emanar de um órgão do Estado, a sentença arbitral apresenta idêntico caráter imperativo de um provimento jurisdicional estatal e produz idêntica autoridade de coisa julgada.

Em extensa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a presente tese buscou analisar: i) a adequação da arbitragem para a resolução de disputas coletivas em sentido amplo, incluindo os conflitos estruturais comuns na seara empresarial; ii) a incidência (ou não) dos direitos e garantias fundamentais no procedimento arbitral coletivo; iii) se o árbitro pode ou deve aplicar a proporcionalidade nas suas decisões; iv) se os parâmetros fornecidos pela jurisprudência nos processos judiciais em geral (que não versam sobre arbitragem) que relativizam conceitos como a autonomia privada e o *pacta sunt servanda* podem ou devem ser seguidos pelo árbitro ao proferir as suas decisões; v) se cabe o controle judicial em face de decisão arbitral desproporcional.

Quanto a esse último ponto específico, não seria demasiado se sustentar que é a primeira vez que se aborda o tema sob o enfoque do possível controle judicial da decisão

arbitral com fundamento na proporcionalidade que decorre da CRFB/88 e possui inegável conteúdo de norma de ordem pública, que em tese permitiria o controle judicial.

Optou-se para a concretização dessas análises a realização de uma pesquisa com objetivo exploratório, pautada pela análise bibliográfica, que estruturará toda a pesquisa; a análise documental e normativa; a utilização do método predominantemente dedutivo, a fim de se analisar o objeto para tirar conclusões gerais ou universais; e por fim, a análise comparativa para cotejar a arbitragem nacional e internacional, utilizando-se, para isso, da doutrina, da legislação e da jurisprudência pertinentes.

A presente tese destaca-se com base na realização de um estudo que contempla a apreciação doutrinária e jurisprudencial visando a análise da proporcionalidade na via arbitral, abordando a arbitragem em geral (nacional e internacional) e a arbitrabilidade objetiva das disputas coletivas, a eficácia dos direitos fundamentais na arbitragem, a proporcionalidade e os seus subprincípios, a autonomia privada, a ordem pública, o controle de constitucionalidade na arbitragem, a aplicação da proporcionalidade (ou não) pelo árbitro e se é possível se cogitar alguma forma de controle judicial no caso de decisões arbitrais desproporcionais, além dos seus possíveis limites e contornos.

Este trabalho apresenta como objeto a arbitragem nacional e a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), não sendo seu foco a aplicação da proporcionalidade no âmbito internacional, sendo todos os temas abordados analisados no que se refere à arbitragem doméstica e à homologação da sentença arbitral estrangeira, com a abordagem apenas superficial da arbitragem internacional, em algumas situações pontuais.

Para melhor compreensão do tema, foram analisados conceitos e aspectos imprescindíveis do modelo de arbitragem instituído pela atual Lei de Arbitragem, a sua localização dentro do conceito de justiça multiportas, histórico, natureza jurídica, constitucionalidade, possíveis vantagens, princípios e a eventual possibilidade (ou não) da utilização do instituto nos diversos ramos do direito para a resolução de disputas coletivas em sentido amplo, incluindo os conflitos estruturais.

As seções a seguir são fundamentais para a fundamentação teórica da pesquisa, sendo que na seção dois foi abordado o conceito de justiça multiportas e aspectos gerais e específicos sobre o procedimento arbitral nacional e internacional, conforme destacado no parágrafo anterior e na seção três tratou-se conceitualmente da proporcionalidade, seus aspectos históricos, natureza jurídica, fundamento, subprincípios, aplicação da teoria dos limites dos

limites, possibilidade da utilização da proporcionalidade como parâmetro para o controle de constitucionalidade, restrição da autonomia privada pela proporcionalidade e de casos interessantes e emblemáticos julgados pelos nossos tribunais envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e a aplicação da proporcionalidade.

Por fim, na seção quatro houve a análise sistemática do foco principal do presente estudo, que correlaciona os temas acima mencionados, versando sobre a autonomia privada no procedimento arbitral, a questão da ordem pública, o tratamento conferido a esses dois institutos pelo direito nacional e internacional, o controle de constitucionalidade na arbitragem e os seus aspectos, a eficácia dos direitos fundamentais na via arbitral coletiva, a aplicação da proporcionalidade pelo árbitro como critério de julgamento em disputas coletivas e o eventual cabimento de controle judicial sobre as decisões ou sentenças arbitrais coletivas desproporcionais.

A pesquisa se justifica na necessidade de analisar a efetividade da arbitragem como método adequado de resolução de disputas coletivas em sentido amplo, denominados conflitos de massa, tão característicos da nossa atualidade, incluindo os conflitos estruturais. O estudo da proporcionalidade é essencial, tanto para a definição do seu alcance e aplicação pelo árbitro no exercício da sua jurisdição privada coletiva, como forma de concreção da justiça, quanto pela análise da possibilidade de eventual controle judicial sobre decisões arbitrais desproporcionais com fundamento na proporcionalidade, o que poderia gerar insegurança às partes e esvaziar a utilização do instituto, provocando algo parecido ao que se verificada antes da entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem, com a antiga necessidade de homologação do laudo arbitral.

Apresenta como foco e objeto principal a aplicação da proporcionalidade pelos árbitros e os seus possíveis contornos, além da possibilidade de controle judicial das decisões arbitrais com fundamento na proporcionalidade, ressaltando a importância do acesso à justiça pautado pelas vias extrajudiciais, no entanto, não se desviando dos princípios da Carta Constitucional, a fim de que a concretude da proteção e tutela dos Direitos Coletivos seja efetivada.

Desta ótica, salienta-se que o presente trabalho faz parte da área de concentração em Direitos Coletivos e da Cidadania do Programa de Pós-Graduação de Doutorado da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, seguindo a linha de pesquisa de Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos, que tem por objeto a análise sistemática dos instrumentos jurídicos existentes para a consecução dos direitos materiais coletivos em sentido amplo, incluindo os conflitos estruturais, abordando o sistema jurídico nacional como um todo, inclusive os meios

extrajudiciais de resolução de disputas, a exemplo da arbitragem, especialmente no seu aspecto coletivo.

2 DA ARBITRAGEM COLETIVA

2.1 JUSTIÇA MULTIPORTAS

O acesso à justiça representa uma das garantias mais fundamentais de qualquer ordenamento jurídico, considerando que não adianta reconhecer direitos se não houver instrumentos que possam concretizá-los.

Segundo estimativas da Comissão das Nações Unidas sobre o Empoderamento Legal dos Pobres (*United Nations Commission on Legal Empowerment of the Poor*):

[...] mais da metade da população mundial se encontra fora da proteção efetiva da lei.

Em números atuais, isso significa que cerca de 3,8 bilhões de pessoas se encontram impedidas de reivindicar seus direitos mais básicos através do sistema de justiça, o que frequentemente resulta na exclusão social e política, ou na marginalização, tanto em aspectos legais quanto cívicos, especialmente dos membros mais pobres e vulneráveis da sociedade (GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT, 2021).

Desde a segunda metade do século passado tem-se verificado a expansão e o desenvolvimento dos modelos de prestação de assistência jurídica, especialmente a partir dos estudos desenvolvidos por Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker¹. A propósito, Mendes e Silva (2015, p. 1827) ressaltam que:

O acesso à Justiça é uma preocupação constante ao longo da história, mas a obra de Mauro Cappelletti, em colaboração com Bryant Garth e Nicolò Trocker, publicada em 4 (quatro) volumes, em anos distintos, a partir de 1974/1975, foi um marco para o direito processual, ao realizar, em conjunto com estudiosos de diversos países, uma abordagem nova sobre o acesso à Justiça na sociedade contemporânea. A pesquisa, denominada Projeto Florença, detectou diversas barreiras para a efetividade do acesso à Justiça.

Cappelletti e Garth (1988), após descreverem a “primeira onda” de acesso à justiça, com foco na assistência judiciária aos pobres e a “segunda onda”, que cuida da representação dos interesses difusos, reconheceram que o novo enfoque de acesso à justiça tem alcance muito

¹ “Diante do vertiginoso desenvolvimento dos sistemas de assistência jurídica no mundo e do interesse despertado na temática do acesso à justiça, o professor Mauro Cappelletti desencadeou, juntamente com os professores Bryant Garth e Earl Johnson Jr., a maior e mais significativa pesquisa mundial sobre o acesso à justiça já realizada. O Projeto Florença (Florence Access-to-Justice Project) reuniu uma grande equipe multidisciplinar de advogados, sociólogos, antropólogos, economistas e formuladores de políticas, originários de quase trinta países diferentes. O resultado final dessa pesquisa comparativa foi condensado em um tratado de cinco volumes” (GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT, 2021).

mais amplo, incluindo a “terceira onda” a advocacia judicial e extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos.

Os autores acrescentam que essa “terceira onda” vai além, centrando os seus esforços no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, sem abandonar as técnicas das duas primeiras ondas, mas tratando-as apenas com mais algumas de uma série de possibilidades para a melhoria do acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). De acordo com o Global Access to Justice Project (2021):

Quarenta anos se passaram desde a publicação do resultado final do Projeto Florença, e muitos avanços (mas também alguns retrocessos) foram feitos no campo do acesso à justiça. No entanto, esse amplo processo de desenvolvimento ainda não foi devidamente estudado e compreendido, dificultando a busca por soluções promissoras que possam estimular discussões e contribuir para futuras reformas.

Cogita-se, ainda, a existência de uma "quarta onda" de acesso à justiça, correspondente à "ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça", uma "quinta onda", denominada "o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos" e uma "sexta onda", a respeito das "iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça" (GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT, 2021).

Nesse contexto, o processo judicial já não é mais o único instrumento adequado para a resolução de conflitos². Sustenta-se que ao lado da Justiça estatal, de porta única, surgiram novas formas de acesso, como a arbitragem, a conciliação e a mediação, que representam valiosas opções para a solução de disputas (CAHALI, 2018), tornando a “justiça” multiportas³ (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018), com a retirada da exclusividade estatal para o exercício da jurisdição e a releitura do princípio do acesso à justiça (CABRAL, 2019).

Essa expressão “justiça multiportas” é empregada por outros autores além de Didier Júnior e Zaneti Júnior, a exemplo de Dias e Pereira (2020) e de Cunha (2016), que assenta que o direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

² Cahali e Rodovalho (2016) observam que além dos métodos tradicionais, surgiram as ADRs (*Adequate Dispute Resolution*), que incluem a arbitragem, negociação, conciliação e mediação, entre outros como *neutral evaluation*, *dispute review board* etc.

³ “Frank Sander, professor da Harvard Law School, concebeu um conceito inovador denominado Tribunal Multiportas, pelo qual num único centro de justiça devem estar à disposição das partes a triagem do conflito que será levado à discussão, para que se defina qual método será o adequado para alcançar resultados mais satisfatórios, assim como instrumentos para a utilização dos mesmos” (MUNIZ; SILVA, 2018, p. 290).

e com o atual Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, [2015c]), caminha para a construção de um sistema de “justiça multiportas”.

No entanto, a palavra “justiça”, no escólio de Silva (2003, p. 471), significa aquilo que se faz de acordo com o Direito ou segundo regras prescritas na lei, representando “a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhecem a legitimidade dos direitos e restabelece o império da própria lei”.

Conforme observa Prux (2013, p. 7.461), a complexa questão de se entender o que é justiça não se esclarece de maneira tão óbvia, tendo incontáveis pensadores se ocupado da procura de uma definição precisa ou, ao menos, de aceitação mais pacífica e a realidade demonstrado que para a população aparenta ser mais fácil definir o “injusto” do que o justo, considerando que o “injusto”, por vezes, é analisado pelo Poder Judiciário.

Kelsen (2001, p. 02) em sua clássica obra sobre o tema, apontou que a justiça apresenta, antes de tudo, uma característica possível, entretanto não necessária, de uma ordem social, encontrando-se, como virtude do homem, em segundo plano, pois um homem pode ser considerado justo, quando o seu comportamento corresponde à uma ordem justa, ou seja, um comportamento dos homens que contentem a todos, promovendo felicidade, sendo a justiça a “felicidade social, felicidade garantida por uma ordem social”.

A felicidade, por sua vez, segundo o autor (KELSEN 2001, p. 03), apresenta um sentido “objetivo-coletivo”, jamais representa uma acepção subjetivo-individual, significando que a felicidade deve ser compreendida como a satisfação de determinadas necessidades assim reconhecidas pela autoridade social, representada pelo legislador, tais como as demandas de alimentação, vestuário, moradia e outras assemelhadas.

Em razão disso, Martins (2020), ao analisar a evolução jurídica do mundo ocidental contemporâneo e os dez anos da Resolução nº 125/2010 do CNJ, deixa claro que na análise do conceito de justiça empregado em sede dos métodos adequados de resolução de disputas não cabe invocar a complexa discussão filosófica que envolve o tema, devendo os esforços serem concentrados na discussão das transformações processuais que ocorreram nos sistemas jurídicos do mundo ocidental moderno.

O autor destaca que o “novo” momento de transformação do direito processual envolve a expansão, no ambiente processual, dos direitos substantivos e o reconhecimento legal e o uso frequente de meios alternativos⁴ à jurisdição estatal, que representam a modificação do

⁴ Diante da ausência de superioridade da Justiça estatal perante os outros métodos adequados de resolução de disputas, critica-se o uso do selo da “alternatividade” (DIDIER JÚNIOR; ZANETTI JÚNIOR, 2018, p. 39).

conceito de “justiça”, o que ocorre, por exemplo, com a expansão da arbitragem e dos demais meios adequados, como a conciliação e a mediação (MARTINS, 2020, p. 10-11).

Outros autores preferem utilizar a expressão “tribunal multiportas”, como Cahali (2018, p. 67) que assenta que com a Resolução nº 125/2010 foi consolidada no Brasil a implantação do denominado “Tribunal Multiportas”, colocando o Estado à disposição da sociedade várias alternativas para se buscar a solução mais adequada a fim de resolver as suas disputas, com a valorização de mecanismos de pacificação e não apenas a restrita oferta do processo judicial clássico, com a imposição de uma decisão por meio de sentença, representando cada uma das opções disponíveis às partes e a própria ação judicial, uma “porta” a ser utilizada de acordo com a vontade do interessado, possibilitando uma administração mais apropriada da resolução da disputa.

Já Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 12) se valem da expressão “métodos de resolução de conflitos”, esclarecendo que em se tratando de disputas envolvendo direitos acentuatamente patrimoniais, a ordem jurídica nacional oferta diversos meios para a solução da controvérsia.

É frequente, ainda, o uso de outras expressões como “métodos adequados de solução de conflitos” (PERPETUO; MIRANDA; NABHAN; ARAÚJO, 2018, n. p.), “meios adequados de resolução de conflitos” (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 23), “métodos alternativos de resolução de conflito” (LUZ; SAPIO, 2017, p. 9-22), dentre outras.

O que importa é deixar claro que até mesmo quando é utilizada a expressão “justiça multiportas”, quem a emprega não está se referindo à justiça no sentido filosófico político, mas aos métodos adequados de resolução de disputas que as partes dispõem, inclusive o Poder Judiciário, que se revelam necessários diante da inevitável escolha humana de viver em sociedade, possibilitando o desenvolvimento da capacidade de superar aspectos da individualidade dos indivíduos para a divisão dos bens disponíveis (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Essa limitação de recursos, de forma inevitável, provoca o surgimento de incontáveis disputas que passaram a demandar o desenvolvimento de instrumentos para a sua solução adequada, considerando que nos tempos primitivos não existia jurisdição estatal⁵, proporcionando, inclusive, o desenvolvimento embrionário da arbitragem (NERY, 2016).

⁵ A partir do Século III d. C, ultrapassando as Idade Média, Moderna e desembocando na Contemporânea, os Governantes atribuíram para si o monopólio da jurisdição (GRECO, 2011, p. 55).

A jurisdição estatal constitui uma das formas mais conhecidas de resolução de conflitos, mas somente foi estruturada da forma como atualmente se apresenta a partir dos conceitos de organização e divisão do exercício do poder, em decorrência dos efeitos das Revoluções Americana e Francesa, passando o Estado a administrar a distribuição da justiça em nome do povo (NERY, 2016). Antes disso, sua administração era feita pelos senhores feudais, no período em que houve o predomínio do absolutismo (NERY, 2016).

Nos últimos anos, a globalização da economia proporcionou o aumento do número de disputas nacionais e internacionais e colocou em crise o conceito de monopólio estatal da administração da justiça, evidenciando que foram superados os modelos que defendiam a jurisdição estatal como instrumento exclusivo para resolver disputas (NERY, 2016).

O esgotamento desse modelo no direito brasileiro⁶ é destacado por Nalini (2018, p. 29-30), o qual afirma que o Brasil fornece ao mundo uma visão de que aqui se vivencia uma guerra de todos contra todos, considerando que:

Uma população de 202 milhões de habitantes propicia o espetáculo de mais de 100 milhões de processos judiciais, como se toda a nação estivesse a demandar [...].

O Brasil tem outros números que assombram o restante do planeta. Mais de 700 mil sentenciados, o que lhe dá o 3º lugar no ranking da população carcerária mundial, superado apenas pela China e pela Rússia. Acaba de ultrapassar a Índia, muito mais populosa do que esta República Federativa.

A continuar nessa escala, o esgotamento do sistema é um passo irreversível. Pois a resposta tradicional à demanda por justiça é o crescimento vegetativo das estruturas.

A conversão do processo judicial clássico na única resposta para toda e qualquer disputa provocou a exaustão do modelo, com a excessiva procura do Judiciário que acabou por inviabilizar o cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo, sendo a morosidade judiciária objeto de reclamações dos usuários do sistema de justiça⁷⁻⁸, representando a celeridade na distribuição da justiça um dos maiores desafios na solução dos conflitos (FERREIRA; MONTES NETTO; CASTRO, 2020), mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/04, que incluiu a “duração razoável do processo” e a “celeridade de sua tramitação” no rol do artigo 5º, da Constituição Federal (CF), tendo Cahali (2018) afirmado que

⁶ Apenas na Justiça estadual de São Paulo existem mais de 20 milhões de processos em andamento e no Brasil, em todas as esferas, estima-se que há 100 milhões de processos em curso (CAHALI, 2018).

⁷ No ano de 2014 a morosidade processual foi a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2014a).

⁸ Novamente, entre janeiro e novembro de 2015, mais da metade das demandas para a Ouvidoria do CNJ tiveram como objeto a morosidade processual (BRASIL, 2015b).

a crise no sistema Judiciário brasileiro é decorrente, em grande parte, da morosidade processual, lembrando que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, na lição de Barbosa (1997, p. 40).

Entretanto, as críticas ao sistema judiciário não são uma exclusividade brasileira. Com relação ao tema, Cavalcanti (2014) observa que se analisadas as três variáveis básicas (tempo, custo e isenção das decisões), dificilmente algum judiciário no mundo possuirá uma relação equilibrada, destacando que se o Judiciário brasileiro é criticado pela morosidade e pelo excessivo número de recursos, o norte-americano, considerado referência de eficiência, é criticado pelos seus custos e pelo número excessivo de estímulos à elaboração de acordos, fazendo com que, desde 1985, apenas 1,8% das ações ajuizadas chegassem a ser julgadas.

Zuckerman (1999), em análise à crise mundial do Judiciário e os seus reflexos, assevera que a maioria dos sistemas de resolução de disputas apresenta consideráveis falhas, com o comprometimento da efetividade das suas decisões. Ao comparar países que adotam o *civil law*, a exemplo da França, Itália e Alemanha, com nações que seguem o *common law*, como Inglaterra e Estados Unidos, conclui que nenhum sistema se revela isento de imperfeições.

No âmbito brasileiro, buscando enfrentar a falta de efetividade do nosso sistema judicial, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, reconhecendo a necessidade de consolidar, incentivar e aperfeiçoar os mecanismos consensuais de solução de conflitos e que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que vêm reduzindo a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, consignando que:

[...] cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação (BRASIL, 2010a).

Na lição de Watanabe (2005, p. 684-690), a finalidade da adoção desse tipo de política pública é a de proporcionar a solução mais adequada das controvérsias, com a participação efetiva das partes na busca do resultado que possa satisfazer os seus interesses, preservando o seu bom relacionamento e ensejando a “justiça coexistencial”, representando a

redução do volume de processos judiciais uma mera consequência dessa pacificação social e não um fim em si mesmo.

O autor assenta que o princípio do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não assegura apenas o acesso formal ao Judiciário, mas sim um acesso qualificado que venha a propiciar ao sujeito o “acesso à uma ordem jurídica justa”, cabendo ao Judiciário organizar não apenas o acesso formal à Justiça estatal, mas também o socorro aos cidadãos de forma mais abrangente, com a organização dos serviços de solução de conflitos por outros métodos adequados, especialmente dos meios consensuais da conciliação e mediação (WATANABE, 2005, p. 684-690).

Cahali (2018) ressalta que as atenções estão voltadas para as alternativas adequadas de solução de conflitos o que pode ser observado pela recente revisão e reforma da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (BRASIL, 2015d), depois de amplo debate na comunidade jurídica e pelo marco legal da mediação, com a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2015e), que trata da mediação entre particulares e da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Nesse contexto, Didier Júnior e Zaneti Júnior (2018, p. 38) asseveram que o processo civil vem sendo objeto de uma “radical transformação”, tendo em vista que ao lado da Justiça estatal, de porta única, há novas formas de acesso, denominada “justiça multiportas”. Os autores salientam que nessa “nova justiça”, a solução judicial deixa de ter a primazia em disputas que permitam a autocomposição, passando a representar a “*ultima ratio*”, *extrema ratio*”, não se confundindo o direito de acesso à justiça com o direito de acesso ao Judiciário, constituindo o direito de acesso aos tribunais um direito de retaguarda, com o seu exercício antecedido por uma série de “filtros”.

Silva (2018, p. 789) constata que, se as décadas de 60 e 70 do século anterior representaram um “período de ouro” do direito ao acesso aos tribunais, desde os anos 80 tem ocorrido uma permanente discussão do desempenho da Justiça estatal na resolução de disputas, considerando o seu alto custo e as constantes reclamações com relação ao seu funcionamento, indicando a adequação do uso dos tribunais estatais ao seu núcleo duro “situações em que é inelutável a prática de um ato heterônomo vinculante”.

A autora acrescenta que tem sido uma tendência nos últimos tempos o aumento no uso de sistemas não estatais de resolução de conflitos, seja por desconfiança no Poder Judiciário, seja em razão da prevalência de ponderação que direcionam a solução da disputa por

uma via autônoma, em detrimento da “clássica decisão heterônoma”, com o crescimento acentuado do uso da arbitragem, da conciliação e da mediação (SILVA, 2018, p. 785-786).

Nesse ambiente, evidencia-se a importância do estudo da arbitragem como um dos instrumentos para a resolução de controvérsias que podem ser utilizados no enfrentamento da crise na distribuição da justiça, com o potencial para a promoção da pacificação social de forma rápida e especializada.

2.2 DA ARBITRAGEM

Conforme destacado no tópico anterior, a arbitragem é uma das mais primitivas formas de resolução de controvérsias por um terceiro imparcial, embora o instituto venha recebendo maior destaque nos últimos tempos no país, especialmente após a entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem.

No entanto, há quem sustente que a arbitragem é anterior a qualquer tribunal instituído pelo Estado (JAKUBOWSKI, 1982), tendo a história do Direito registrado a sua existência prática desde a organização das mais remotas civilizações, abrangendo as sociedades sumerianas, hebraicas, gregas e romanas (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

De qualquer forma, Valle (2009) faz interessante observação ao expor que qualquer histórico da arbitragem revela um problema de ordem cronológica que é estabelecer a partir de qual momento no desenvolvimento da humanidade surgiu uma linha divisória entre a jurisdição estatal e um meio privado de resolução de disputas.

Cahali (2018) assenta que há relatos da sua utilização entre os Deuses do Olimpo, cerca de 3000 anos antes de Cristo, com menções no direito grego tanto para a resolução de conflitos surgidos entre as cidades-Estado (*ligas enfitônicas*), como em disputas privadas.

Segundo Born (2014), a arbitragem era aparentemente bem conhecida no Egito antigo, com exemplos convincentes de acordos para o arbitramento de disputas futuras entre 2500 e 2300 a.C., havendo historiadores que afirmam o seu surgimento na Babilônia (ARGOLLO, 2008), considerando que o Código de Hamurabi, elaborado pelo Rei Hamurabi (1728-1686 a. C) previa o uso da justiça privada (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Na Grécia clássica, foi amplamente utilizada, constando de relatos da filosofia e da literatura (NERY, 2016). Os gregos tinham acesso aos *diaitetai*, árbitros públicos para litígios privados (CAHALI, 2018). No direito romano, era admitido e estimulado o uso da arbitragem

voluntária e facultativa, sendo considerada obrigatória entre as fases das ações da lei (*legis actiones*) e do processo formulário (*per formulas*) (ALVES, 2012).

Nery (2016), aponta que Justiniano foi o responsável por conferir à sentença arbitral a força executória que não possuía anteriormente, possuindo o Digesto previsão específica sobre os compromissos aceitos pelos árbitros com o escopo de proferir uma sentença.

A autora acrescenta que a arbitragem também pode ser encontrada na obra de Cícero e na literatura romana, com destaque, no campo da magistratura, para as vantagens da sua escolha pelas partes para resolver as suas disputas, proporcionando a arbitragem um julgamento “suave e moderado” (NERY, 2016, p. 40).

Na Idade Média, em diversas localidades da Europa haviam decretos locais atribuindo aos bispos o conhecimento de disputas que versavam sobre parentes em matéria de partilha ou de tutela, com o alargamento do decreto justiniano que estabelecia a obrigatoriedade da arbitragem em questões envolvendo clérigos e leigos (SOARES, 1978).

Em que pese a sua presença na filosofia e na literatura grega e romana, a arbitragem não é uma instituição exclusivamente greco-romana, podendo ser encontrada no Alcorão, que diferencia a figura do *hakam* (árbitro) e do *qadi* (juiz), tendo os turcos, após a queda de Constantinopla, reconhecido a arbitragem e a impossibilidade de ingerência do juiz estatal sobre a sentença proferida pelo juiz escolhido pelas partes (NERY, 2016).

Da mesma forma, a Bíblia também diferencia a Justiça estatal da arbitragem, sugerindo a eleição de um “sábio” do povo para julgar os seus semelhantes, asseverando Dolinger e Tiburcio (2003, p. 06) que o velho testamento descreve várias disputas que foram resolvidas pela conciliação, tendo sido ainda utilizada com frequência a arbitragem na França medieval, nas feiras públicas comerciais e no período da Revolução Francesa (NERY, 2016).

O Tratado de Tordesilhas, celebrado entre Portugal e a Espanha e assinado em 1494, previa a utilização da arbitragem, elegendo como árbitro o Papa Alexandre VI (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Lew, Mistelis e Kröll (2003), observam que a primeira lei sobre arbitragem elaborada na Inglaterra é de 1968 e, na França, a inclusão do tema no Código de Processo Civil aconteceu em 1806, ao passo que, nos Estados Unidos, a primeira lei federal de arbitragem surgiu em 1925.

No escólio de Braghetta (2008), em que pese a regulamentação legal da arbitragem em países europeus já no século XIX e início do século XX, a exemplo da *Arbitration Act* inglesa de 1889, da Câmara Britânica de arbitragem criada em 1892, da Câmara de Comércio

Internacional de 1919 e do seu Centro de Arbitragem de 1923, a sua utilização em larga escala somente aconteceu após a Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir da década de 1960.

Conforme assentam Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), nos dias atuais a arbitragem se encontra plenamente consolidada, sendo raro um país, seja adepto do *Civil Law*, seja da *Common Law*, que não possua legislação específica sobre o assunto, ou mesmo que aborde o tema em alguma lei mais genérica, como no Código de Processo Civil, a exemplo da França, Alemanha e Itália, destacando-se ainda a Convenção de Nova Iorque, de 1958, que dispõe sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras e que é seguida por quase 160 Estados-membros.

No que se refere especificamente ao direito brasileiro, desde o descobrimento, vigoravam no Brasil as Ordenações do Reino de Portugal, que em 1500 eram as Ordenações Afonsinas (1446-1521), que foram sucedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521-1603) que por sua vez, deram lugar às Ordenações Filipinas (NERY, 2016).

As Ordenações Afonsinas já dispunham sobre a arbitragem no Livro III, título 113, p. 04, com a reprodução de um regime de arbitragem inspirado no direito romano, mas com aprimoramentos como a distinção das figuras do juiz e do árbitro, a dependência de acordo entre as partes (compromisso) para a submissão da disputa aos árbitros, cabendo ainda às partes a escolha dos árbitros, a sua quantidade e a fixação do objeto da arbitragem (NERY, 2016). No mesmo sentido dispunham as Ordenações Manuelinas, que cuidavam da arbitragem no Livro III, títulos 24 e 81, trazendo como principal novidade o direito de as partes renunciarem ao recurso para os tribunais ordinários (NERY, 2016).

A arbitragem também foi prevista nas Ordenações Filipinas, criadas em 1595 e ratificadas em 1603. O Livro III, Título XVI, previa a possibilidade da utilização do instituto⁹-¹⁰ (ORDENAÇÕES FILIPINAS).

A Constituição do Império, outorgada pelo imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824 (BRASIL, 1824), estabelecia no seu art. 160 a possibilidade de as partes nomearem “Juizes Arbitros” nas causas “civeis e nas penaes civilmente intentadas”, prevendo a execução das suas sentenças sem recurso, no caso de convenção das partes nesse sentido, representando, de acordo com Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), o primeiro diploma normativo genuinamente brasileiro.

⁹ Verifica-se a sua utilização no país desde o período imperial (GUERRERO, 2015).

¹⁰ Nas Ordenações Filipinas existia a possibilidade de recurso aos juizes ordinários, atuando o Poder Judiciário como uma espécie de segunda instância da arbitragem.

O Código Comercial de 1850 (BRASIL, 1850b), não só previu a arbitragem, bem como estabeleceu algumas “questões e controvérsias” que deveriam ser necessariamente submetidas à arbitragem (Título Único, Da Administração da Justiça nos negócios e causas comerciais, Capítulo I, Seção III, art. 20). Já o Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850 (BRASIL, 1850a), que disciplinou o processo comercial, constava previsão, no seu art. 411, da arbitragem voluntária ou necessária. Nos termos do art. 474, § 5º, do Regulamento nº 737, competia ao Poder Judiciário (juiz do feito) a homologação e a execução das sentenças arbitrais. Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) observam que as hipóteses de aplicação da arbitragem no Código Comercial de 1850 incluíam disputas de sócios no âmbito das sociedades comerciais, liquidação de sociedades, remuneração de pessoas empregadas no serviço de salvamento de navios ou cargas, estimação de danos causados por abalroação de navios, regulação, repartição ou rateio de avarias grossas de navios e, até mesmo, questões atinentes à concordata.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), salientam que o Decreto nº 3.900/1867 regulamentou, pela primeira vez no Brasil, a cláusula compromissória, mas de uma maneira que a tornou praticamente ineficaz, reforçando a tradição do compromisso como o único instrumento com aptidão para a instauração da arbitragem no Brasil.

A Constituição Republicana de 1891, que sucedeu a imperial de 1824, previa a possibilidade de ajustes e negociações internacionais, deixando, contudo, de mencionar expressamente a arbitragem. Além de ter instaurado a forma federativa e a dualidade de jurisdição (federal e estadual), estabeleceu a dualidade de processos, atribuindo a competência para legislar sobre direito processual tanto à União, quanto aos Estados federados, tendo sido o primeiro Código estadual aprovado pelo Distrito Federal em 1910, seguido pela Bahia em 1915 e por Minas Gerais em 1916, tendo São Paulo sido um dos últimos estados a apresentar o seu código processual em 1930, com previsão expressa da arbitragem no seu livro VIII, Capítulo I, art. 1139 e seguintes (NERY, 2016).

Embora a Constituição de 1891 não dispusesse da possibilidade da arbitragem entre particulares, continha no seu art. 34, item 11, previsão da competência privativa do Congresso Nacional para autorizar o governo a declarar guerra, se não tivesse lugar ou malograsse o recurso do “arbitramento”, tendo a norma sido importante no conflito entre o Brasil e a França pelo território do Amapá, resolvido em 1º de dezembro de 1900 e na disputa entre o Brasil e a Inglaterra pela Ilha da Trindade, solucionada por meio da arbitragem em 1896, com decisão favorável ao Brasil e na controvérsia envolvendo os mesmos países com relação ao território

do Rio Branco, correspondente, em parte, ao atual Estado de Roraima, resultando na vitória inglesa, no ano de 1904 (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 27).

Nesse contexto da Constituição da República de 1891, os autores ainda destacam a edição do Decreto nº 3.084/1898, que consolidou as leis concernentes à Justiça Federal, contendo inesperados 72 artigos relacionados ao juízo arbitral no seu texto (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Da mesma forma que o Código Comercial de 1850, o Código Civil (CC) de 1916 (BRASIL, 1916), no seu art. 1045, estipulou a necessidade de homologação da sentença arbitral para a sua execução, ressaltando Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) que o Código Civil anterior determinava a necessidade de um compromisso arbitral para a eleição da arbitragem como método adequado de resolução da disputa, pois caso houvesse a elaboração de cláusula arbitral anterior ao contrato, as partes precisariam, obrigatoriamente, renovar a vontade de se submeterem à arbitragem, após o surgimento do conflito.

Ao seu turno, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 conservou a previsão da possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de disputas internacionais, nos seus art. 4º e 40, “b”, estipulando ainda a competência privativa da União para legislar sobre arbitragem comercial, no art. 5º, XIX, “c”, além do art. 13 das Disposições Transitórias que estabeleceu o prazo de cinco anos para que os Estados resolvessem as suas questões de limites por acordo ou “arbitramento”.

A Constituição Federal de 1937 atribui, no seu art. 18, “d”, competência aos Estados, independentemente de autorização, para legislar sobre “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”, tendo sido elaborado em 1939 o primeiro Código de Processo Civil nacional que possuía previsão expressa para a homologação do laudo arbitral no seu Livro IX, arts. 1031 a 1046.

O texto constitucional de 1946 não prestigiou a arbitragem, limitando-se a estabelecer no seu art. 4º que o Brasil somente recorreria à guerra se não coubesse ou malograsse o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução de conflitos.

Na Constituição de 1967, especificamente no seu art. 7º, a arbitragem foi elencada como um dos meios pacíficos de solução de conflitos internacionais, tendo Miranda (1967), admitido a sua instituição inclusive por pessoas jurídicas de direito público, como Estados. A necessidade de homologação do laudo foi mantida pelo CPC de 1973, nos termos dos artigos 1.098 a 1.102 (BRASIL, 1973a).

Segundo Carmona (2009), os empecilhos criados pelo CC de 1916 com relação ao compromisso arbitral, seguido pelos CPC de 1939 e o CPC de 1973, que não avançaram com relação ao juízo arbitral, acabaram por criar uma resistência histórica à arbitragem, chegando Miranda (1977, p. 344) a afirmar que o juízo arbitral é “primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais, os anarquistas de esquerda e os de alto capitalismo”.

Na lição de Ferreira, Rocha e Ferreira (2019), os dois fatores apontados no parágrafo anterior foram responsáveis pela quase inutilização da arbitragem no Brasil, revelando o atraso da legislação nacional em comparação com a Bélgica, França, Portugal, Itália e Espanha, que retiraram a exigência de homologação dos laudos arbitrais.

Em razão disso, percebendo o governo federal o atraso da nossa legislação, apresentou o primeiro anteprojeto de lei sobre o assunto em 1981 buscando, por meio dos seus 28 artigos, aperfeiçoar a arbitragem e ampliar a sua utilização. Carmona (2009) apontou como falhas do anteprojeto a equiparação dos efeitos do compromisso e da cláusula arbitral e a equiparação do laudo arbitral aos títulos executivos extrajudiciais, tendo sido o trabalho, apesar de bem elaborado em alguns pontos, abandonado.

Mesmo destino teve o anteprojeto de lei apresentado em 1986, por meio da Portaria nº 76/87 do Ministério da Justiça, que a exemplo do anterior, estabelecia que a estipulação da arbitragem já seria suficiente para afastar a competência da Justiça estatal, além da problemática previsão de que, na ação de execução específica, diante da ausência de acordo entre as partes sobre a nomeação do árbitro ou dos árbitros, cada uma delas deveria indicar o seu, cabendo aos julgadores escolhidos a indicação do denominado árbitro “desempataador”, tendo esses e outros problemas técnicos contribuído para o seu arquivamento (CARMONA, 2009, p. 06-07).

Na sequência, em 1988 foi apresentado anteprojeto por meio da Portaria nº 298-A, com a finalidade de alterar dez artigos do então vigente Código de Processo Civil, inserindo-se novos dispositivos que buscavam viabilizar a arbitragem no Brasil, tendo Carmona (2009) destacado como imperfeições apresentadas: i) a previsão de que tanto a cláusula arbitral quanto o compromisso deveriam dispor, sob pena de nulidade, do objeto do litígio, diante da impossibilidade de se descrever o objeto do litígio antes mesmo de ocorrer o próprio litígio; ii) a sujeição do laudo arbitral a recurso de apelação a ser julgado pelo Tribunal de Justiça local; iii) a obrigatoriedade de que o árbitro fosse bacharel em direito, mesmo com a possibilidade da resolução de matérias técnicas que viessem a exigir a presença de um técnico especializado; iv)

a ausência de previsão sobre a questão da homologação do laudo arbitral e do laudo estrangeiro. Em razão disso, o anteprojeto também acabou sendo arquivado.

A CRFB/88 foi lacônica com relação à arbitragem, prevendo-a somente no § 1º, do art. 114, com relação à competência da Justiça do Trabalho, consignando que frustrada a negociação coletiva, as partes podem eleger árbitros, tendo Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 29) assentado que, apesar de não mencionar o nome “arbitragem”, pode-se dizer que a Carta de 1988 prestigiou o instituto no âmbito das relações internacionais, ao prever no inciso VII, do seu art. 4º, que a República Federativa do Brasil deverá observar no âmbito das relações internacionais, como princípio, a solução pacífica dos conflitos, afirmando Delgado (2008), que o preâmbulo da CRFB/88 homenageia a solução das disputas por meio da arbitragem, ao estabelecer sua forma pacífica de resolução, tanto na ordem interna, quanto na ordem internacional.

Diante do insucesso dos projetos de lei apresentados pelo governo, o Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou a denominada “Operação Arbiter”, com a finalidade de elaborar um anteprojeto de lei sobre o tema, contando com o apoio da Associação Comercial do Estado de São Paulo, da Associação dos Advogados de Empresa de Pernambuco, da Faculdade de Direito Processual da Universidade de São Paulo, de representantes de grandes escritórios de advocacia de São Paulo e do Rio de Janeiro, dentre outros, tendo sido o anteprojeto, em sua versão final, apresentado e discutido no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial realizado em Curitiba em abril de 1992 (CARMONA, 2009, p. 09-10).

Esse anteprojeto foi apresentado no Senado em 1992, pelo Senador Marco Maciel, e recebeu o nº 78/92, com aprovação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado e envio à Câmara dos Deputados em 1993, com aprovação, nessa última casa, em junho de 1996, inclusive de uma subemenda proposta pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, resultando na devolução do projeto ao Senado que, então, aprovou o projeto com as alterações realizadas na Câmara dos Deputados, tendo a Lei de Arbitragem sido sancionada pelo Presidente da República em sessão solene realizada em 23 de setembro de 1996 (CARMONA, 2009).

Pouco antes da Lei de Arbitragem, deve ser destacada a aprovação do texto da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, concluída em 30 de janeiro de 1975, na cidade do Panamá, por meio do Decreto Legislativo nº 90, de 1995 (BRASIL, 1995).

Em que pese a aprovação da mencionada Convenção, a qual reforçou a existência de um movimento, inclusive no âmbito internacional, em favor do incremento do uso da arbitragem, apenas a partir de 1996 o instituto passou a representar uma modalidade adequada de solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis com verdadeiro potencial para proporcionar maior celeridade e especialidade, tendo a Lei de Arbitragem se revelado moderna, concisa e flexível (STRAUBE, 2016) e a sua prática vencido a resistência dos mais ferrenhos conservadores e arrefecido os ânimos dos entusiastas extremados da arbitragem, que enxergavam no instituto a “panaceia” para todos os males atribuídos à Justiça estatal, e tiveram que acomodar as suas expectativas à realidade (CARMONA, 2009).

A grande vantagem da atual Lei de Arbitragem, em comparação com as regras anteriores, foi de ter concedido à jurisdição arbitral independência, com a dispensa da necessidade de homologação pelo Judiciário da sentença proferida na arbitragem (CAHALI, 2018). Ademais, com relação às sentenças estrangeiras, basta a homologação do laudo pelo STJ, sendo dispensada a homologação no Judiciário de origem (CAHALI, 2018).

Isso contribuiu para que esse meio adequado de solução de conflitos, regulado no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.307/1996, elaborada com o nítido objetivo de proporcionar outra via, diversa do Judiciário, para solução de disputas de forma mais célere, especializada e desburocratizada, em atendimento ao crescente anseio da sociedade¹¹, passasse a ganhar cada vez mais destaque na resolução de controvérsias¹².

Deve ser destacado, ainda, que o Código Civil acrescentou alguns dispositivos relacionados à arbitragem, cuidando do compromisso arbitral nos arts. 851 a 853, sem promover alterações substanciais à Lei de Arbitragem, com exceção da noção de arbitrabilidade objetiva, conforme ressaltam (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019). Ademais, estabelece o art. 206, § 1º, III que prescreve em um ano a pretensão de percepção de honorários pelos árbitros.

¹¹ Algumas variáveis importantes teriam contribuído para o surgimento deste cenário, como a morosidade do Judiciário, seu despreparo no trato com negócios mais sofisticados e a possibilidade de sigilo na via arbitral (HUCK; AMADEO, 2014).

¹² De acordo com pesquisa concluída em abril de 2017: “Em 2010, o número de arbitragens nas 6 câmaras pesquisadas era de 128 novos casos. Em 2016, foram 249 novas arbitragens, o que representa um aumento de quase 95% no número de procedimentos novos entrantes”. Essa tendência de aumento das arbitragens é verificada inclusive nos casos que envolvem a Administração Pública: “Em 2016 houve 20 novos casos de arbitragens envolvendo a Administração Pública Direta ou Indireta em cinco das seis Câmaras pesquisadas (CAMARB, CAM-CCBC, CAMFIESP/CIESP, CAM-BOVESPA e CAM-FGV). Já no que se refere às arbitragens em curso em 2016 com a Administração Pública foram 55 casos. Considerando que em 2016 o número total de arbitragens sendo processadas era de 609 casos, pode-se dizer que quase 9% (9,03%) dessas arbitragens tiveram em um dos polos a Administração Pública. (LEMES, 2017).

Ressalta-se que podem ser encontrados dispositivos legais sobre arbitragem em diversas normas, como no CDC, na Lei das Sociedades Anônimas, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, na Lei de Licitações e Contratos, dentre outras, destacando-se as recentes alterações promovidas pelo atual Código de Processo Civil e pela Lei nº 13.129/2015, que prevê a utilização da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública e será analisada em tópico específico deste trabalho.

Conforme se observa, apesar de a arbitragem estar presente no direito brasileiro desde o século XVI, apenas na última década do século passado, com a modernização da legislação para acompanhar os avanços que ocorreram em outros países, o instituto passou a receber maior atenção e a se desenvolver efetivamente, viabilizando a sua utilização como um interessante método adequado de resolução de disputas.

2.2.1 Conceito e natureza jurídica

A arbitragem constitui uma das portas de acesso à justiça, que apesar de se fazer presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a época do descobrimento, somente em 1996, com a atual Lei de Arbitragem, passou a se viabilizar como método adequado de solução de disputas, tendo em vista que o CPC de 1973 estabelecia a necessidade de homologação do “laudo arbitral”, por sentença judicial.

Isso acabava abrindo margem para a interposição de recursos, convertendo o Judiciário em um verdadeiro órgão revisor da arbitragem (FERREIRA; MONTES NETTO; CASTRO, 2020, p. 249), provocando insegurança jurídica e afastando o interesse pela sua eleição.

Na lição de Buzaid (1958), representa um sistema especial de julgamento com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com executoriedade reconhecida, através do qual duas ou mais pessoas (físicas ou jurídicas), de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem, por meio de acordo, contratualmente, um terceiro, denominado árbitro, a quem confiam o papel de resolver a pendência, aceitando os litigantes a decisão proferida.

No escólio de Ferreira, Rocha e Ferreira (2019, p. 28-29), trata-se de uma “vantajosa” e “adequada” modalidade de resolução de disputas que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, por meio da participação de um ou mais árbitros, que irão atuar em razão da celebração de uma convenção de arbitragem e proferir a sua decisão com base nela,

sem a participação do Estado, possuindo o seu pronunciamento sobre o bem da vida em disputa, por expressa disposição legal, efeitos idênticos ao de uma sentença judicial.

Em sentido semelhante, Câmara (1997), assevera que o instituto pode ser conceituado como um meio paraestatal de solução de conflitos, por intermédio da heterocomposição, configurando uma forma de resolução de disputas com a intervenção de uma ou mais pessoas que receberam poderes das partes, as quais celebraram uma convenção privada, decidindo com base nessa convenção, sem intervenção da Justiça estatal, assumindo a sentença arbitral eficácia de um título executivo judicial, sem a necessidade de homologação pelo Judiciário.

Desde 1996, esse meio adequado de solução de conflitos se encontra regulado no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 9.307/1996 (estando também presente em outros diplomas legais), elaborada com o nítido objetivo de proporcionar outra via, diversa do Judiciário, para solução de disputas de forma mais célere, especializada e desburocratizada, em atendimento ao crescente anseio da sociedade, que cada vez mais tem optado pela escolha da arbitragem na resolução de controvérsias.

No que se refere à sua natureza jurídica, o tema é polêmico e objeto de grande controvérsia no direito brasileiro e internacional, com repercussões que transcendem o plano teórico (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019), existindo quatro correntes distintas que buscam explicá-la, quais sejam:

i) *Contratual*: apresentava maior fundamento antes da entrada em vigor da Lei 9.307/96, tendo em vista que a arbitragem somente estava prevista no Código Civil de 1916 (art. 1.038 a 1.048), que cuidava, de forma perfunctória, do compromisso. Ademais, predominava a regra de que a sentença arbitral só se aperfeiçoava com a homologação judicial do extinto laudo arbitral, que deixou de ser exigida pela Lei 9.307/96, que atribuiu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial (artigo 31 da Lei de Arbitragem). Segundo essa teoria, a arbitragem é um contrato, considerando que se origina de um negócio jurídico bilateral.

Chiovenda (1942, p. 81-82) foi um dos maiores defensores dessa teoria ao asseverar que a decisão dos árbitros, interlocutória ou definitiva “não se pode dizer atuada se a sentença não se tornou executória com o decreto do juiz da jurisdição em que foi proferida”. No mesmo sentido, Zavascki (2003, p. 165-185) afirmava que “Nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5.º, XXXV)”. Da

mesma forma, Bueno (2011) também sustenta que o procedimento arbitral tem natureza jurídica contratual¹³.

ii) *Jurisdicional*: correspondente à corrente predominante (CARMONA, 2009; MARTINS, 2008; CAHALI, 2017; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999; ALVIM, 2016; DINAMARCO, 2013; MANCUSO, 2020; ABBOUD, 2019; RIBEIRO, 2006; SANT'ANNA, 1997; MORAIS, 1999; BRASIL, 2010c), sustentando que a arbitragem é instituída por meio de um negócio jurídico, com o objetivo de solucionar controvérsias por meio da sentença arbitral, apta a produzir coisa julgada material, não se sujeitando a recurso ou a homologação judicial, considerando que o artigo 18 da Lei de Arbitragem estabelece que o árbitro é juiz de fato e de direito, deixando claro que ele exerce verdadeira jurisdição. Ainda, nos termos do art. 31 da mencionada Lei, a sentença arbitral se equipara à judicial. Destarte, evidencia-se que a arbitragem tem natureza jurisdicional, “assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce” (DINAMARCO, 2013, p. 39).

iii) *Teoria mista*: representando a união duas teorias anteriores, considera que existe um contrato na origem da arbitragem, de modo a configurar a sua natureza mista (CRETELLA NETO, 2004; MAGALHÃES; BAPTISTA, 1986; LEMES, 2007b; VALÉRIO, 2004; PINHEIRO, 2020), “caráter contratualista da sua fonte, mas a função jurisdicional da sua finalidade” (BARROCAS, 2013, p. 47; ROQUE, 1997). No entanto, observa-se a prevalência da natureza jurisdicional sobre qualquer atributo contratualista.

Sobre a designação do árbitro por meio de um acordo de vontades, Abboud (2019) afirma que para a definição da natureza jurídica do instituto deve prevalecer a função desempenhada pelo árbitro (jurisdição), ainda que desprovida do poder de coerção, que não constitui um requisito indispensável para a sua caracterização.

iv) *Teoria autônoma*: como o próprio nome indica, sustenta que a arbitragem internacional tem natureza autônoma (RUBELLIN-DEVICHI, 1965), desvinculando-se de qualquer ordenamento estatal, gozando, no entanto, de reconhecimento da comunidade internacional, com relação aos conflitos transnacionais.

Apresentadas as principais correntes, passa-se a discorrer sobre a corrente jurisdicional, adotada neste estudo, considerando que o legislador, ao consignar que o “árbitro

¹³ Em igual sentido: Guilherme (2003).

é juiz de fato e de direito” (art. 18 da Lei nº 9.307/96), acolheu a natureza jurisdicional da arbitragem.

No mesmo sentido Grinover (2016, 2018), concluiu que existe uma firme e consolidada tendência afirmando a natureza jurisdicional da arbitragem, especialmente diante da previsão legal de que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da coisa julgada que reveste a sentença judicial, enquadrando-se a arbitragem na categoria de jurisdição, devendo ser realizada uma releitura do inciso XXXV, do art. 5º da CRFB/88.

Cumpra acrescentar que os impedimentos e suspeições previstos para os juízes no Código de Processo Civil são aplicáveis aos árbitros (art. 14, *caput*, da Lei da Arbitragem), reforçando a natureza jurisdicional da arbitragem. Ademais, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31, da Lei da Arbitragem), configura título executivo judicial (art. 515, VII do Código de Processo Civil de 2015¹⁴ e art. 31, da Lei da Arbitragem), sujeito a impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do artigo 525 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, conforme prevê o art. 33 § 3º da Lei de Arbitragem.

O Código de Processo Civil de 2015 equiparou a carta arbitral¹⁵ à carta precatória feita pelo juiz (artigos 237, IV, 260 e 267), corroborando a natureza jurisdicional da arbitragem, defendida por Carnelutti (1989). Acrescentamos que o árbitro tem poder para conceder a tutela de urgência, bem como a tutela de conhecimento, não podendo, todavia, efetivar a tutela de execução (BRASIL, 2008d), reservada ao Poder Judiciário estatal. Possível, ainda, na prática, que surja a necessidade da análise de uma tutela de urgência antes mesmo da instauração da arbitragem, nas situações em que há uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral.

Nessa situação, segundo a jurisprudência do STJ (BRASIL, 2012d) e a Lei nº 13.129/15, posteriormente aprovada, a parte pode requerer tutela de urgência ao Poder Judiciário, e, no momento em que for constituído o tribunal arbitral o árbitro analisará a decisão do Juiz, podendo confirmar ou modificar o entendimento. Neste sentido, há a possibilidade de um particular, investido de jurisdição por força da vontade das partes que agiram autorizadas pela Lei, modificar a decisão do Magistrado integrante do Poder Judiciário estatal (CAHALI, 2017), conforme decidiu recentemente o STJ (BRASIL, 2017c).

¹⁴ Este artigo repete a previsão do art. 475-N, IV, do CPC de 1973.

¹⁵ A carta arbitral, criada pelo Código de Processo Civil de 2015, é expedida “para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória” (art. 237, IV, do CPC).

Ademais, as partes podem optar por, ao invés de se utilizarem do Poder Judiciário, nomear um árbitro especificamente para decidir sobre a tutela de urgência. Concluído esse procedimento, o árbitro se desincumbe de sua obrigação, não podendo integrar o tribunal arbitral que julgará o mérito. Entretanto, o “árbitro de emergência” não possui poder de coerção direta (BRASIL, 2008d), tal como qualquer árbitro, e, por isso, a decisão proferida deverá ser levada ao Judiciário, para que seja executada.

Destarte, pode-se observar a importância do estudo da natureza jurídica da arbitragem e as consequências práticas da adoção de cada uma das correntes mencionadas nesta subseção.

2.2.2 Constitucionalidade

Após a entrada em vigor da atual Lei de Arbitragem, diante das diversas novidades que foram introduzidas no procedimento arbitral, como o caráter vinculante da cláusula compromissória e a dispensa de homologação da sentença arbitral, houve o questionamento da constitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 9.307/96 perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

As impugnações partiam da ideia de que a jurisdição constitui monopólio e função atribuída ao Estado que substitui as partes na resolução da disputa, aplicando o direito material por meio do processo (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 1994), isso com fundamento no princípio da inafastabilidade, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.

Em razão disso, foi bastante esperada a manifestação do STF acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, chegando Muriel (2004) a afirmar que “o mundo jurídico ficou aguardando a posição da corte suprema” no Agravo Regimental interposto no processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206 (BRASIL, 2001b), no qual se discutiu, de maneira incidental, a constitucionalidade de diversos tópicos da Lei de Arbitragem, especialmente sobre a compatibilidade (ou não) entre a execução judicial específica para a resolução de futuras disputas envolvendo a efetividade da cláusula compromissória e a garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, tendo o Tribunal Guardião da Constituição, no ano de 2001, por maioria de votos, considerado constitucional a Lei de Arbitragem.

Embora os Ministros Sepúlveda Pertence, relator do recurso, além de Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves tenham se manifestado no sentido de que alguns dos

dispositivos da Lei de Arbitragem dificultam o acesso ao Judiciário, afrontando o artigo 5º, XXXV da CF, a tese que prevaleceu considerou que a Lei de Arbitragem representou um considerável avanço e que não ocorreu nenhuma ofensa à Constituição Federal, tendo o ministro Carlos Velloso destacado em seu voto que “O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.”

No mesmo sentido foi o parecer do então Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, nos autos ao assentar que o princípio da inafastabilidade não estabelece que as partes não possam excluir da apreciação do Judiciário suas controvérsias, não sendo as partes obrigadas a sempre levar as suas demandas à Justiça estatal e que, ao se admitir como lícita a transação relativamente ao direito material, não se deve considerar como violação à Constituição a abdicação ao direito instrumental por meio da cláusula compromissória.

Conforme destacam Ferreira, Rocha e Ferreira (2019), a decisão do STF se revestiu de extrema importância, considerando que antes da atual Lei de Arbitragem o Guardião da Constituição admitia a constitucionalidade e a legalidade da arbitragem sem, no entanto, ter enfrentando a questão da eficácia e do caráter vinculante da cláusula compromissória, que não era nem sequer prevista na legislação anterior (BRASIL, 1973b, 1961).

Os autores acrescentam que o julgado evidenciou o caráter vinculante da cláusula compromissória para obrigar as partes, independentemente da posterior assinatura de compromisso, sem que isso implique em qualquer ofensa ao princípio da inafastabilidade, tendo a decisão da mais alta Corte sido edificada com fundamento no princípio da autonomia privada e do consensualismo evidenciando, ainda, a compatibilidade da inafastabilidade da jurisdição com a arbitragem (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Destarte, a decisão proferida pela Corte Suprema no Agravo Regimental interposto no processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206 contribuiu de maneira decisiva para afastar qualquer insegurança jurídica com relação à constitucionalidade da arbitragem, abrindo caminho para a sua expansão como método adequado de resolução de controvérsias.

2.3 PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

O estudo dos princípios é de fundamental importância na arbitragem, ressaltando-se que a Lei nº 9.307/96 possui apenas 44 artigos que, obviamente, não esgotam todas as situações que podem eventualmente ser verificadas no procedimento.

Nessa linha de raciocínio, Miranda (2018) adverte que, considerando as

inesgotáveis formas de expressão da convivência humana, não é difícil perceber a impossibilidade da sua previsão pelos diplomas normativos que, em razão disso, são frequentemente publicados e revogados pelo Estado, verificando-se a necessidade de reconhecer a existência no sistema de algo específico que permita explicar e fundamentar a validade das suas normas.

Desse modo, o direito não corresponde à mera soma de regras avulsas, mas sim ao ordenamento ou conjunto significativo, implicando na coerência ou consistência, projetando-se em um sistema com unidade de sentido, representando valor incorporado em normas, traduzindo-se esse “valor” em princípios, por lógica, anteriores aos preceitos (MIRANDA, 2018, p. 396).

No entanto, conforme observa Abboud (2019), considerando que os princípios carregam muitas incertezas e uma das finalidades do direito é conferir segurança, o sistema jurídico também deve dispor de regras que possuem a função precípua de aclarar quais fatos de uma determinada situação são importantes para as suas consequências jurídicas, além de tratar do peso relativo desses fatores.

Ocorre que a distinção entre princípios e regras é uma tarefa particularmente complexa, decorrendo essa dificuldade do conhecimento da função dos princípios, se possuem função retórica-argumentativa ou constituem normas de conduta e de saber se existe um denominador comum entre princípios e regras (CANOTILHO, 2003).

Enquanto os princípios hermenêuticos possuem uma função argumentativa, explicitando, por exemplo, a *ratio legis* de uma disposição ou revelando o conteúdo de normas que não são expressas, integrando e complementando o direito, os “princípios jurídicos” se revestem de atributos de verdadeiras normas jurídicas impositivas compatíveis com vários graus de concretização (CANOTILHO, 2003, p. 1.161).

O reconhecimento da normatividade dos princípios é decorrência, especialmente, dos estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Contrapondo-se aos critérios quantitativos tradicionalmente propostos no que tange à diferenciação entre princípios¹⁶ e normas¹⁷, Dworkin (2002) estabeleceu um novo critério distintivo, não com base em elementos quantitativos, mas sim com fulcro em elementos qualitativos, eis que às regras aplica-se o critério do tudo ou nada,

¹⁶ São normas que estabelecem que algo seja implementado na maior medida possível, observando as possibilidades fáticas e jurídicas, constituindo comandos de otimização (ALEXY, 2019).

¹⁷ Representam comandos definitivos que proíbem ou permitem algo. Sua forma de aplicação é a subsunção (ALEXY, 2019).

enquanto que aos princípios aplica-se a ponderação¹⁸. Desse modo, se a regra é válida e se subsume ao caso (suporte fático), deve ser aplicada, afastando-se a aplicação das demais regras (*rules are applicable in all-or-nothing fashion*).

Quando uma regra for aplicável, estará excluída a incidência dos princípios, caso os fatos de uma situação satisfaçam as hipóteses de uma determinada regra, não sendo os casos com leis, via de regra, julgados por princípios, considerando que as regras geram razões que decidem (*decisive reasons*), sendo uma regra aplicável a um determinado evento quando suas *conditions* (hipóteses) se encontrarem atendidas (ABBOUD, 2019).

Os casos decididos mediante aplicação de regras são denominados “casos fáceis”, mas é possível, em circunstâncias excepcionais, que a aplicabilidade de um princípio constitua uma *contributive reason* (razão contributiva) para a inaplicabilidade de uma regra (ABBOUD, 2019, p. 142).

Abboud (2019) assenta que, com o decurso do tempo, é possível que regras passem a ser vistas como princípios, considerando que os fatores estão sujeitos a mudanças com o tempo, surgindo casos não previstos pelo legislador, sendo possível que mesmo um caso previsto na regra pelo legislador passe a ser tratado como um *hard case* (caso difícil).

Assim, evidencia-se a necessidade do estudo dos princípios aplicáveis à arbitragem para a própria compreensão do instituto como método adequado de resolução de disputas.

2.3.1 No direito internacional

No âmbito internacional, observa-se a presença de princípios em tratados internacionais, declarações e documentos elaborados pelos atores do direito internacional visando assegurar o acesso à justiça e ao devido processo legal.

Lemes (1992) aponta como princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral que integram a denominada “Teoria da Garantia”: i) a imparcialidade do árbitro; ii) o contraditório e a igualdade das partes; e iii) a livre convicção do árbitro, todos presentes em convenções internacionais arbitrais e nas disposições da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) (Regulamento de Arbitragem de 1976 e Lei Modelo de 1985).

¹⁸ Segundo Alexy, na colisão de princípios, deverá prevalecer aquele com “maior peso”, mas a ponderação não exclui o princípio com menor peso (ALEXY, 2002).

O artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948) prevê o direito à presunção de inocência e a garantia a julgamento público, assegurando-se “todas as garantias necessárias” à defesa. No plano continental, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (BRASIL, 1992b) estabelece no seu artigo 8º o direito à tutela jurisdicional e a garantia ao devido processo legal e ao contraditório.

Ainda, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, em seu art. 6º (CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 1950), traz uma série de garantias com a finalidade de efetivar o “Direito a um processo equitativo”, o que também pode ser observado no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, no seu art. 14 (BRASIL, 1992a).

Com relação à imparcialidade do árbitro nos ordenamentos jurídicos internos de outros países, Lemes (1992) consigna que na Alemanha os árbitros escolhidos pelas partes podem ser recusados com fundamento nos mesmos motivos aplicáveis aos juízes, de acordo com o artigo 1032 do Código de Processo Civil Alemão, § 1 e 41 (*Zivilprozessordnung*, ZPO). Na França, o Código de Processo Civil, no seu artigo 1452, estabelece que se o árbitro verificar a existência de algum impedimento, deve informar as partes, não podendo aceitar a sua indicação sem o consentimento delas. O título III da Lei de Arbitragem da Espanha prevê no artigo 12.3 que não poderão atuar como árbitros quem possua com as partes ou com a controvérsia alguma das relações que possibilitem a abstenção ou a recusa de um juiz estatal. Em Portugal, a lei que regula a arbitragem voluntária, no seu artigo 10, estipula que aos árbitros são aplicáveis as mesmas hipóteses de impedimentos e escusas impostas aos juízes. O Código de Processo Civil Holandês, no artigo 1033, estabelece que um árbitro poderá ser recusado quando existir dúvidas relacionadas à sua imparcialidade e independência. No mesmo sentido, a lei suíça sobre arbitragem internacional, de 01 de janeiro de 1989, Capítulo XII e artigo 180, consigna que se surgirem dúvidas com relação à independência do árbitro, poderá ele ser recusado.

A autora destaca que por intermédio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, foram elaboradas duas disposições que tratam da arbitragem internacional, a Resolução n. 31/98 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15 de janeiro de 1976, denominado Regulamento de Arbitragem - UNCITRAL - RA (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1976) e a Resolução nº 40/72 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1985, constituindo a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional

- UNCITRAL - LM (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985), elaborada por juristas de vários países com recomendação de revisão das legislações internas dos Estados membros (LEMES, 1992).

O art. 9º do UNCITRAL - RA prevê a imparcialidade e independência para os árbitros, estipulando que o julgador privado tem o dever de revelar situações que possam gerar dúvidas quanto à sua imparcialidade e independência, dispondo no mesmo sentido o art. 12 da UNCITRAL - LM.

A Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, denominada Convênio de Nova Iorque, de 1958 (BRASIL, 2002b), estabelece que a falta de imparcialidade do árbitro, por violar norma de ordem pública, pode impossibilitar o reconhecimento e a execução da sentença arbitral (art. V, 2, b).

Da mesma forma, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, denominada Convenção do Panamá de 1975, consigna que será denegado o reconhecimento e a execução da sentença estrangeira que contrariar norma de ordem pública do país onde é solicitado o reconhecimento (art. 5, 2, b).

Ao seu turno, a Convenção de Washington, de 18 de março de 1965, que trata sobre a Resolução de Conflitos sobre Investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados, prevê, no seu art. 52, C, que o laudo poderá ser anulado em caso de corrupção envolvendo membro do Tribunal Arbitral (WASHINGTON, 1965).

Nesse contexto das convenções internacionais, Lemes (1992) aponta a relevância do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 24 de setembro de 1923, em vigor em países que não aderiram a Convenção de Nova Iorque de 1958, que também alberga o princípio da imparcialidade do árbitro.

No que se refere ao princípio do contraditório, Lemes (1992) assenta que ele equivale, no procedimento arbitral, ao princípio da igualdade entre as partes, não podendo o árbitro apreciar uma determinada pretensão antes de ouvir a parte contrária, devendo ser assegurado às partes as mesmas oportunidades para se manifestarem sobre as provas produzidas e documentos juntados pelo seu adversário.

No plano internacional, a autora observa que no direito alemão os art. 1034, § 1º, item 1 e 1040, § 1º, nº 4 da ZPO asseguram às partes o direito à audiência no procedimento, compreendendo a regra a obrigação de não serem proferidas as denominadas “decisões surpresas”. Na França, o art. 1460 do novo Código de Processo Civil estipula que a violação ao contraditório constitui causa para a interposição de recurso de anulação da sentença arbitral e

para a recusa de execução de sentença estrangeira (art. 1052, nº 4). O art. 21 da Lei de Arbitragem espanhola prevê que o procedimento arbitral se sujeita aos princípios da audiência, do contraditório e da igualdade. No mesmo sentido é o art. 16 da lei portuguesa sobre arbitragem voluntária. O art. 1039 da Lei de Arbitragem da Holanda, determina o tratamento igualitário das partes, o direito de audiência e de apresentar testemunhas, perícia e documentos. A igualdade de tratamento também está prevista no art. 182.3 da lei suíça sobre arbitragem internacional, existindo estipulação de rejeição do laudo no caso de inobservância do contraditório (LEMES, 1992).

No plano das Nações Unidas, o artigo 15 da UNCITRAL - RA estabelece a obrigatoriedade de observância da igualdade de tratamento e o direito de audiência. No mesmo sentido, o art. 18 da UNCITRAL - LM determina que as partes devem ser tratadas com igualdade e ter asseguradas todas as possibilidades de fazerem valer os seus direitos.

Em reforço, a Convenção de Nova Iorque de 1958, no seu art. 5º, b e a do Panamá de 1975 (art. 5º, b) apresentam como causa de denegação de reconhecimento e execução da sentença arbitral a desatenção ao contraditório. O art. 43 a e b da Convenção de Washington de 1965 prevê que se o Tribunal julgar necessário poderá, a qualquer tempo, solicitar apresentação de documentos ou provas pelas partes e determinar visita ao local relacionado com o litígio ou determinar investigação. Já o Protocolo de Genebra de 1923, determina a aplicação da legislação do país onde a arbitragem se efetivar.

No tocante ao princípio da livre convicção do árbitro, Lemes (1992) assenta que o julgador privado possui o poder de formar a sua livre convicção com relação à verdade analisada no juízo arbitral, apreciando livremente as provas produzidas e os argumentos deduzidos pelas partes, formando a sua convicção com relação à demanda.

A autora ressalta que mencionado princípio é ínsito às legislações nacionais e normas da UNCITRAL, bem como aos Regulamentos de Instituições Arbitrais que conferem liberdade ao árbitro para a condução do procedimento com a possibilidade de determinar a produção de provas complementares que se revelarem necessárias para o desfecho do caso e para contribuir com o seu próprio convencimento, estando a livre convicção contemplada pelas Convenções de Nova Iorque e do Panamá dentro do conceito de ordem pública (LEMES, 1992) e expressamente na Convenção de Washington no artigo 48, item 4, que consigna que todos os integrantes do tribunal poderão adicionar à sentença a sua opinião individual, em discordância ou não com a maioria ou apenas mencionar a sua discordância.

Por fim, Lemes (1992), após analisar os princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral, ressalta a importância do princípio da autonomia privada que, segundo a autora, representa a própria essência do juízo arbitral, abrangendo desde a faculdade de se valer dessa via adequada de resolução de disputas, até à forma como o procedimento irá ser instaurado e deverá se desenvolver.

No direito comparado, Lemes (1992) destaca que na Alemanha, o art. 1028 ZPO consigna que em caso de omissão sobre a pessoa que deverá exercer a função de árbitro, cada parte nomeará um julgador. Na Espanha, de acordo com a Lei de Arbitragem espanhola, cabe às partes ou à instituição arbitral por elas designada a escolha do árbitro ou árbitros, bem como do procedimento arbitral (arts. 13, 10.1, 14 e 21). Em Portugal, os árbitros deverão ser escolhidos entre pessoas singulares e plenamente capazes, podendo as partes dispor sobre as regras que serão adotadas ou eleger uma entidade especializada (lei portuguesa sobre arbitragem voluntária arts. 6, 8, 15.1, 38, 15.2 e 15.3). A ampla liberdade das partes para a eleição dos árbitros e fixação do procedimento que será adotado também é prestigiada pelo Código de Processo Civil Holandês (art. 1036) e lei suíça sobre arbitragem internacional (arts. 179 e 182, por exemplo).

Da mesma forma, o UNCITRAL - RA (art. 15) e a UNCITRAL - LM (art. 19), reconhecem a ampla autonomia das partes para a escolha dos árbitros e do procedimento que será adotado, desde que resguardados os princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral, anteriormente mencionados.

Com relação à Convenção do Panamá, dispõe o seu art. 3º que na ausência de disposição expressa das partes, a arbitragem deverá seguir as normas da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), que adota o modelo UNCITRAL - RA quase na sua totalidade.

Destarte, resta evidenciada a importância do estudo dos princípios jurídicos fundamentais do procedimento arbitral que influenciam até mesmo as legislações internas de vários países sobre a matéria.

2.3.2 Princípios constitucionais

Ao final da Segunda Guerra Mundial surgiu um novo modelo de Estado baseado no reconhecimento da força normativa da Constituição, no desenvolvimento da teoria dos

princípios, reconhecendo-lhes eficácia normativa, na transformação da hermenêutica jurídica, na expansão e consagração dos direitos fundamentais e na ampliação da soberania popular.

Observou-se a superação do Estado fundado na lei, associado ao “império da lei”¹⁹, reconhecendo-se o “Estado Constitucional”, baseado na supremacia da Constituição, dotada de valores morais e políticos. A Constituição, como valor jurídico, constitui um instrumento de limitação do poder, principalmente, por delimitar os poderes em um documento vinculante, cuja alteração demanda um processo mais dificultoso e solene, acentuando a superioridade conferida à mesma. Assim, como resultado, criaram-se condições necessárias para o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (*judicial review*).

A despeito da moderna concepção doutrinária e jurisprudencial sobre a força normativa da Constituição, as normas constitucionais eram consideradas, até meados do século XX, como normas programáticas que deveriam inspirar a atuação do legislador, demandando a efetividade dos direitos constitucionais previsão legal (SARMENTO, 2009; ENTERRÍA, 1985).

Consoante leciona Piovesan (2011, p. 169), são precedentes históricos da moderna sistemática de proteção dos direitos humanos o Direito Humanitário²⁰, a Liga das Nações²¹ e a Organização Internacional do Trabalho²² que redefiniram “o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, a fim de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional”. Nessa vertente, registra a autora a necessidade de “reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável” e “orientar a ordem internacional contemporânea” (PIOVESAN, 2011, p. 176). Verifica-se, desse modo, uma transformação da hermenêutica jurídica, tendo em vista que os princípios, considerados como técnica de integração do Direito, tornaram-se norma jurídica.

Os princípios, por sua vez, podem ser aplicados sem que os demais sejam afastados, visto que há uma ponderação de interesses na sua aplicação. Nessa esteira, os princípios são

¹⁹ No sentido de que a lei editada pelo Poder Legislativo era a fonte principal do Direito, não se atribuindo força normativa às constituições. Exemplo clássico dessa concepção pode ser verificado na Revolução Francesa (1789) em que foi assentada a ideia de que a lei refletia a expressão da vontade do povo.

²⁰ Aplicável em conflitos com a finalidade de delimitar a atuação do Estado e assegurar a efetivação de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2011).

²¹ Criada após a Primeira Guerra Mundial com a finalidade de promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, repudiando agressões externas contra o território e a independência política dos seus membros (PIOVESAN, 2011).

²² A OIT contribui com o processo de internacionalização dos direitos humanos. Foi criada após a Primeira Guerra Mundial e tinha por objetivo fomentar padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (PIOVESAN, 2011).

avaliados pelo balanceamento ou sopesamento²³, isto é, com base na sua dimensão ou importância. No cenário em que a Constituição é “sistema normativo aberto de princípios e regras”²⁴, reconhece-se a importância da atividade jurisdicional para a constitucionalização da ordem jurídica. De forma que as atuais constituições, ao consagrarem a pluralidade de valores axiológicos, tornam frequentes o surgimento de antinomias jurídicas (PEREIRA, 2006, p. 224-225), fazendo-se mister a atuação do árbitro com o escopo de solucionar o conflito.

Segundo Nery (2020), representa característica marcante do denominado Estado Democrático de Direito o respeito à Constituição como norma diretriz de todo o ordenamento jurídico, abrindo-se a possibilidade de se analisar toda e qualquer legislação infraconstitucional com a finalidade de verificar a sua adequação com os preceitos da Carta Magna.

Ferreira, Rocha e Ferreira (2019), dentro do ordenamento jurídico brasileiro, classificam os princípios da arbitragem em constitucionais e infraconstitucionais, utilizando como critério o princípio da supremacia da Constituição, que impõe a sua aplicação a todo ordenamento jurídico.

A propósito, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 147) asseveram que o modelo brasileiro de processo pode receber a qualificação de “constitucional”, tendo em vista a intensidade do denominado “direito processual constitucional”, que consiste no exame do sistema processual e dos seus institutos à luz da Carta Magna, defendendo Parente (2012, p. 70) a ampla incidência dos princípios e garantias constitucionais processuais no procedimento arbitral, ao argumento de que o processo arbitral recebe influxos da Constituição “em forma de princípios processuais”.

Em que pese a dificuldade de se sistematizar os princípios constitucionais processuais mais relevantes para a arbitragem, aponta-se neste trabalho os seguintes: i) o devido processo legal; ii) o contraditório; iii) a ampla defesa; iv) o acesso à justiça; v) a igualdade das partes; vi) a motivação das decisões; vii) a duração razoável do processo; viii) a inadmissibilidade de provas ilícitas; ix) a autonomia privada; e x) a efetividade do processo, conforme passa-se a expor:

²³ Alexy (2015) ensina que o sopesamento é realizado em três fases: grau de afetação de ausência de satisfação de um dos princípios; relevância de satisfação do princípio colidente; e se a satisfação do princípio justifica a afetação do outro.

²⁴ Um sistema regido exclusivamente por regras inviabilizaria a resolução de todos os conflitos, notadamente os denominados “hard cases”, seja por não haver expressa previsão legal, seja por impossibilitar a utilização da técnica de ponderação. Outrossim, um sistema constituído apenas por princípios geraria uma situação de insegurança jurídica, tendo em vista que não há uma previsibilidade objetiva e clareza acerca da solução do conflito.

i) *Devido processo legal*²⁵: encontra-se previsto no art. 5º, LIV, da CRFB/88, constituindo uma cláusula geral que teve o seu conteúdo ressignificado ao longo da história (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019), tendo Didier Júnior (2016, p. 68) assentado que se trata de “uma obra eternamente em progresso”.

Na lição de Dinamarco (2009), o princípio do *due process of law* possui o significado sistemático de fechamento do círculo das garantias constitucionais concernentes ao processo por meio da adoção de uma fórmula sintética que afirma a indispensabilidade de respeito a outras exigências que embora não estejam tipificadas, associam-se à noção de democracia que deve orientar a ordem processual, exercendo uma função de “superprincípio”, coordenando e delimitando todos os demais princípios que se aplicam tanto ao processo quanto ao procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 24), compreendendo a garantia do juiz natural, do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório e, também, o dever de fundamentação de todas as decisões judiciais (THEODORO JÚNIOR, 2009).

No que diz respeito especificamente à arbitragem e em igual sentido, Nery (2020) assenta que o devido processo legal é extremamente importante, considerando que dele derivam outros princípios constitucionais da disciplina, a exemplo da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, o que faz afirmar que bastaria o disposto no art. 5º, LIV, da Constituição para que todos os demais postulados processuais encontrassem embasamento constitucional.

A autora assenta que o devido processo legal tem por escopo assegurar a proteção de três valores fundamentais, quais sejam, a vida, a propriedade e a liberdade dos cidadãos, impondo aos árbitros o dever de respeito à “cadência legal, coerente e regular do procedimento” (NERY, 2020).

No entanto, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 151) advertem que a observância do devido processo legal na arbitragem representa uma das duas características do modelo constitucional de arbitragem, sendo necessário se atentar para o seu “segundo aspecto”, previsto no caput, do art. 5º, da CRFB/88, que assegura a liberdade individual, que se manifesta no procedimento arbitral por meio do princípio da autonomia privada, devendo o devido processo legal ser visto sempre sob a perspectiva da liberdade individual.

²⁵ Com relação à sua origem histórica, remonta à Magna Carta, não na sua versão original, mas na reedição abreviada de 1354, podendo ser apontado como antecedente à fórmula consignada na Magna Carta um decreto do Imperador Conrado II, do Sacro Império Romano, de 28 de maio de 1037, verificando-se ainda, antes disso, noções de que um processo era necessário (devido), na Apologia de Sócrates que estabelecia princípios de organização do procedimento judicial (VITORELLI, 2019).

ii) *Contraditório*: previsto no art. 5º, LV, da CRFB/88 e no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, abrange a obrigatoriedade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, possibilitando a reação aos atos que lhes são desfavoráveis (NERY JUNIOR, 2002). Em complemento, Theodoro Júnior (2009) acrescenta que além de assegurar a audiência da parte adversa, o contraditório inclui a oportunidade de produzir prova contrária (direito de prova e de contraprova).

Com relação ao juízo arbitral, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 165-166) asseveram que os árbitros devem estabelecer o diálogo com as partes, pedindo esclarecimento sobre os pontos controvertidos durante todo o procedimento, existindo a necessidade de se efetivar um “contraditório participativo” nessa via adequada de solução de disputas.

Os autores apontam a necessidade de observância do contraditório até mesmo nas questões que podem ser conhecidas de ofício, ressaltando a tendência de diálogo dos árbitros com as partes, informando-as, permitindo suas reações e também esclarecendo dúvidas, ressaltando, entretanto, que não compete ao árbitro provocar de ofício reações que dependeriam de forma exclusiva da iniciativa das partes, a exemplo das alegações de compensação, novação e de exceção do contrato não cumprido (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Em recente decisão, o TJSP deu provimento, em parte, à Apelação Cível nº 1048961-82.2019.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2021f), para o fim de anular parcialmente sentença arbitral que analisou uma disputa envolvendo contrato de compra e venda de quotas sociais de sociedade, na parte que previa indenização e o valor final do preço de aquisição das quotas societárias.

Dentre outros fundamentos adotados, o relator do recurso, Desembargador Eduardo Azuma Nishi, destacou que a fixação do preço final da compra e venda foi baseado em relatórios contábeis enviados com atraso pela sociedade apelada, impedindo que o apelante pudesse se manifestar em tempo hábil, tendo a ausência do envio dos relatórios de forma extrajudicial ou mesmo no curso do procedimento arbitral obstado que o apelante pudesse exercer o contraditório sobre os números, prejudicando também a sua ampla defesa, considerando que o preço foi fixado com base em documento produzido de forma unilateral.

iii) *Ampla defesa*: previsto no art. 5º, LV, da CRFB/88, o direito de defesa, que inclui todos os meios e recursos adequados, faz-se presente em qualquer processo jurisdicional ou não, estatal ou não, impondo-se como um núcleo duro inerente à legitimação da imposição da tutela jurisdicional ao demandado, implicando na necessidade de declinação pormenorizada pelo autor da demanda das razões pelas quais intenta impor ao demandado determinadas

consequências jurídicas, bem como na adoção de procedimento de cognição plena e exauriente (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) assentam que o princípio da ampla defesa constante do art. 5º, LV, da CF também se aplica ao juízo arbitral, facultando às partes a utilização de todos os atos processuais aptos à defesa dos seus objetivos.

iv) *Acesso à justiça*: conforme já destacado neste trabalho, o acesso à justiça não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, representando a Justiça estatal apenas mais uma das portas de acesso à justiça que convive com outros meios adequados de resolução de disputas, como a arbitragem.

No entanto, é necessário salientar que, embora a CRFB/88 assegure a inafastabilidade da apreciação pela Justiça estatal de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), não existe qualquer fundamento legal para obrigar o Estado a realizar o pagamento dos honorários do árbitro, constituindo responsabilidade das partes que elegeram a arbitragem como forma de resolução da controvérsia (CABRAL, 2019), inexistindo base legal para se sustentar a existência de uma garantia fundamental de acesso à arbitragem, sendo possível, inclusive entre os que não se enquadram como hipossuficientes nos parâmetros estabelecidos pela Defensoria Pública, a ocorrência da denominada impecuniosidade, que consiste na ausência de recursos financeiros para a instauração da arbitragem eleita pelas partes.

Zakia (2020) observa que, em regra, não seria possível e muito menos desejável, a liberação das partes com relação aos efeitos da cláusula compromissória diante da eventual falta de recursos, diante da ausência de base jurídica, das incertezas e efeitos negativos à utilização da via arbitral.

Apesar disso, nesses casos, se não for possível a redução dos custos da arbitragem e a viabilização da sua instauração, excepcionalmente, o juiz deverá declarar a ineficácia da convenção de arbitragem, permitindo o acesso da parte impecuniosa ao Judiciário para a resolução da disputa (CABRAL, 2019).

Desta forma, para que se vislumbre a possibilidade da utilização da arbitragem por aquele que não tem condições de arcar com os custos necessários para a sua instauração, quer se enquadre ou não nos padrões de renda estabelecidos pela Defensoria Pública²⁶, é necessário que a outra parte, que detém capacidade financeira, aceite arcar com o necessário para a

²⁶ No Estado de São Paulo, a Defensoria Pública estadual atende, em geral, pessoas com renda familiar de até 3 salários mínimos por mês (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2020).

instituição da arbitragem, ainda que seja prevista alguma forma de ressarcimento, ao final, de acordo com a vontade das partes.

v) *Igualdade das partes*: o princípio da igualdade é previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88 e também no art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem, assentando Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) que a previsão constitucional é bem ampla, com repercussão nos mais distintos ramos do Direito de diversas formas, em atenção às suas específicas singularidades.

Segundo Dinamarco (2009) o princípio da igualdade disposto na Constituição ao penetrar no direito processual se reveste da conotação de igualdade das partes, o que nos últimos tempos tem sido designado de “paridade de armas no processo” (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 168).

No procedimento arbitral, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) destacam que, na prática, algumas regras de escolha dos árbitros em arbitragens multipartes poderiam, em tese, representar ofensa ao princípio da igualdade, a exemplo de uma arbitragem instaurada por um requerente em face de dois requeridos ou no caso de litisconsortes passivos que não concordem com a eleição de um árbitro em conjunto.

Buscando solucionar esse tipo de problema, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) apontam que há regulamentos de arbitragem que preveem, no caso de divergência com relação à escolha dos árbitros, que a própria entidade administradora da arbitragem fará a nomeação de todos os membros do tribunal arbitral.

No campo instrutório, o princípio em análise se desdobra na garantia da igualdade de oportunidade para as partes e na impossibilidade de o árbitro, sem autorização convencional, adotar uma técnica probatória conhecida e aplicada por uma das partes e ignorada pela outra (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

vi) *Motivação das decisões*: está previsto no art. 93, IX, da CRFB/88 e é reforçado pelo art. 26, II, da Lei de Arbitragem. Impõe o dever ao árbitro de fundamentar todas as suas decisões, expondo os fundamentos jurídicos, relacionando-os com os fatos do caso concreto em julgamento. Mesmo na denominada arbitragem por equidade, o árbitro deverá fundamentar as suas decisões com argumentos que a justifiquem, relacionando-as ao caso concreto, sob pena de nulidade (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Necessário destacar, conforme já assentou o TJSP em julgamento de apelação cível interposta em ação anulatória de sentença arbitral com alegação preliminar de nulidade por ausência de citação, que a exigência constitucional e legal da motivação não chega ao ponto de exigir o exame pormenorizado de todas as minúcias e fundamentos sustentados pelas partes ou

de fundamentos periféricos de importância mínima ou nenhuma para o julgamento do feito, sendo suficiente, ainda que de forma sucinta, a indicação de quais aspectos fáticos viabilizaram a subsunção do caso julgado à norma jurídica (SÃO PAULO, 2017c).

No mesmo sentido, na Sentença Estrangeira Contestada nº 5.692 (BRASIL, 2014c), na qual se alegava, dentre outros argumentos, ofensa à ordem pública decorrente da falta de fundamentação da sentença arbitral, o STJ assentou que eventual concisão da motivação não constitui fundamento idôneo para a inibição da homologação da sentença arbitral estrangeira.

Dessa forma, a fundamentação, ainda que concisa, é necessária para a homologação da sentença arbitral estrangeira. Isso acontece, ademais, desde a época que a competência pertencia ao STF, não sendo possível a homologação de decisão que se limita a revelar a sanção aplicada sem assentar as razões que orientaram o árbitro a decidir naquele sentido (BRASIL, 1983).

vii) *Duração razoável do processo*: a previsão do art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88 é perfeitamente aplicável à arbitragem, devendo o procedimento ser concluído com todos os cuidados necessários no menor tempo possível, considerando que a celeridade representa uma das possíveis e mais desejáveis vantagens dessa via adequada de resolução de disputas.

Entretanto, Didier Júnior (2016) alerta o processo não tem, necessariamente, que ser rápido, devendo demandar o tempo necessário e adequado para a solução do caso, o que se aplica perfeitamente ao procedimento arbitral.

viii) *Inadmissibilidade de provas ilícitas*: O artigo 5º, LVI, da CRFB/88 considera inadmissíveis as provas que foram obtidas por meios ilícitos. Mendes e Branco (2014) assentam que o espectro de proteção da inadmissibilidade da prova ilícita possui íntima conexão com diversos outros direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, a exemplo da intimidade e privacidade (art. 5º, X), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), do sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e do direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV), dentre outros.

A obtenção de provas sem a atenção às garantias previstas na norma constitucional afronta o devido processo legal, devendo o árbitro inadmitir qualquer prova ilícita, mesmo por derivação que, conforme destacam Mendes e Branco (2014), é aquela obtida a partir de uma prova ilícita de fato, tendo como exemplo a confissão de crime mediante tortura, que aquiesce a apreensão do produto mediante ordem judicial. A recusa da prova por derivação possui como base a teoria americana dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*), a qual foi aplicada

pelo STF em alguns julgados (BRASIL, 2015o, 1993, 1996c), declarando a nulidade de todos os atos que foram praticados nos processos.

ix) *Autonomia privada*: conforme destacado anteriormente, decorre do previsto no *caput*, do art. 5º, da CRFB/88, que assegura a liberdade individual. Destaca-se que após a Segunda Guerra Mundial, o mundo sofreu diversas transformações, as quais não se referiram apenas à ordem mundial, tendo em vista que a autonomia das partes também foi atingida, considerando que o Estado passou a limitar a liberdade contratual.

Segundo Martins-Costa (2002, p. 615) a expressão “autonomia da vontade”²⁷ não deve ser confundida com a “autonomia privada”, considerando que a primeira representa uma construção ideológica do fim do século passado idealizada em oposição aos excessos do liberalismo econômico, enquanto a segunda diz respeito à possibilidade de os particulares autorregularem os seus interesses, estabelecendo os efeitos dos negócios que celebram.

Conforme se observa, os efeitos alcançados nos negócios jurídicos são intencionalmente desejados pelo agente, razão pela qual é utilizada a expressão “autonomia privada”, tendo em vista que através da declaração de vontade é que se constituem, modificam-se ou são extintas as relações jurídicas no âmbito do direito privado.

Desta forma, esse princípio é considerado uma fonte do direito obrigacional, que busca afastar a interferência do Estado, tendo em vista que esse não faz parte do contrato, permitindo que os particulares possam estipular e determinar o conteúdo, bem como os efeitos das suas relações jurídicas.

Conforme assenta Amaral Neto (1989), confere aos particulares o poder de exercer a sua própria vontade possibilitando ao sujeito a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas próprias ou de terceiros, com fundamento no ordenamento jurídico que reconhece esse instituto e fixa os seus limites, diante da superação do Estado intervencionista e assistencial pelo Estado de direito.

No âmbito da arbitragem, Tepedino (2016, p. 604) ressalta que essa forma adequada de resolução de conflitos está “visceralmente” conectada à autonomia privada, representando um “verdadeiro exercício cultural para o aperfeiçoamento da vida associativa, na formulação do livre consenso e no respeito à sua eficácia”.

²⁷ Na lição de Gilissen (2013, p. 737) “A doutrina da autonomia da vontade dos contraentes surge com o Humanismo e com a Reforma, no séc. XVI, tornando-se corpo doutrinal a partir do séc. XVII, com a Escola do Direito Natural”.

x) *Efetividade do processo*: esse princípio encontra fundamento no art. 5º, XXXV da Carta Magna, devendo servir de norte para a arbitragem com a observância do adequado cumprimento e execução das decisões proferidas pelos árbitros, afastando riscos à efetivação do direito material, com o manejo das técnicas processuais que se fizerem necessárias (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Desta forma, observa-se que a Constituição Federal serve de norte para o procedimento arbitral, o qual deverá observar os princípios constitucionais que se aplicam ao processo, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

2.3.3 Princípios infraconstitucionais

Além dos princípios constitucionais destacados no tópico anterior, deve ser ressaltada a importância do estudo dos princípios infraconstitucionais, considerando a sua relevância na arbitragem, possuindo a Lei nº 9.307/96 apenas 44 artigos, tendo sido assentada sobre uma forte base principiológica.

Um desses princípios é o da *competência-competência*, oriundo do direito alemão (CAHALI, 2018), mas desenvolvido na França no século XX, sob o argumento de que para o bom desenvolvimento da arbitragem, ela não pode se sujeitar a interferências diretas da Justiça estatal, cabendo ao próprio árbitro analisar a sua competência para apreciar determinado caso concreto (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019), tendo sido consagrado na Lei de Arbitragem nos arts. 8º e 20.

Segundo Cahali (2018), trata-se de um princípio extremamente importante para a arbitragem, tendo em vista que se coubesse ao Poder Judiciário decidir, num primeiro momento, sobre a validade da cláusula ou sobre a instauração do procedimento, as partes poderiam se esquivar ou postergar o cumprimento da convenção.

Em decisão monocrática proferida na Medida Cautelar nº 14.295-SP (BRASIL, 2008b), que visava a concessão de liminar com a finalidade de suspender os efeitos de acórdão oriundo do TJSP, que havia reconhecido a competência do juízo arbitral, com base em cláusula compromissória prevista no contrato celebrado entre as partes, mesmo diante de ação de cobrança cumulada com indenização por danos materiais ajuizada anteriormente na justiça comum estadual, a Ministra Relatora Nancy Andrichi assentou que a *kompetenz-kompetenz* (competência-competência) representa um dos princípios basilares da arbitragem, conferindo ao árbitro o poder de decidir sobre a sua própria competência, devendo ser afastada qualquer

manobra das partes ou do juiz estatal com o escopo de modificar essa realidade, detendo o árbitro, em caso de embate com as autoridades judiciais, a preferência na apreciação da questão.

A Ministra ainda destacou que essa prioridade não apenas se coaduna com os princípios que norteiam a arbitragem e com a sistemática da Lei nº 9.307/96, mas também traz segurança às partes que elegeram uma alternativa segura e incontornável para a solução das suas disputas.

Conforme se observa, toda e qualquer disputa relacionada à abrangência da convenção, à extensão dos seus efeitos e dos poderes e atribuições do julgador cabe, em primeiro lugar, ao árbitro, podendo a questão ser eventualmente submetida ao Judiciário, após a sentença arbitral, se o vício da convenção implicar em alguma das situações previstas no art. 32, I, da Lei de Arbitragem (CAHALI, 2018).

Em reforço ao princípio da competência-competência, o art. 485, VII, do CPC estabelece que no caso de acolhimento de alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o árbitro reconhecer a sua competência, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Desta forma, tendo o juízo arbitral afirmado a sua competência, caberá ao Judiciário, apenas, extinguir o processo, pouco importando a convicção da Justiça estatal com relação ao tema em análise (CAHALI, 2018).

Entretanto, conforme assenta Dinamarco (2013, p. 93-97), o poder do árbitro não chega ao ponto de eliminar a competência dos juízes estatais para analisar os casos em que seja possível existir dúvida séria e razoável sobre a cláusula “dupla interpretação”, sob pena de subtração de conflitos à apreciação do juiz natural.

Deve ser destacado, no entanto, que se a parte deixar de alegar no momento oportuno a existência de convenção de arbitragem o seu silêncio implicará em aceitação tácita da jurisdição estatal e em renúncia ao juízo arbitral, nos termos do art. 337, § 6º, do CPC.

Em que pesem divergências pontuais, é possível destacar os seguintes princípios infraconstitucionais da arbitragem: i) dispositivo; ii) impulso oficial; iii) oralidade; iv) livre convencimento motivado; v) lealdade processual; vi) economia processual; vii) instrumentalidade das formas, a seguir tratados de maneira breve:

i) *Princípio dispositivo*: determina que o juiz, na instrução do feito, depende da iniciativa das partes com relação às provas e alegações que servirão de fundamento para a sua decisão (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2001). Com relação especificamente à arbitragem, nos termos do art. 22, *caput*, da Lei de Arbitragem, o árbitro ou tribunal arbitral

podem determinar a realização das provas que entenderem necessárias, de ofício ou a requerimento das partes. Diante da redação desse dispositivo da Lei nº 9.307/96, surge a dúvida sobre a possibilidade de limitação da atividade probatória do árbitro por eventual convenção das partes.

Carneiro (1999) é contra essa possibilidade, ao argumento de que a convenção não pode limitar ou restringir os meios de prova, sob pena de ofensa ao contraditório e à igualdade das partes, além de implicar prejuízo ao princípio do livre convencimento do árbitro. Em reforço, Faria (2012) afirma que a existência de convenção que afaste a possibilidade da produção de provas vai em sentido contrário à “justa solução do litígio”.

Em sentido contrário, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) sustentam a possibilidade da limitação consensual dos meios de prova pelas partes, sob o entendimento de que não podem os árbitros se valerem dos princípios do livre convencimento motivado, da igualdade e do contraditório para passar por cima daquilo que foi acordado entre as partes no exercício da sua liberdade individual.

Os autores justificam que isso ocorre em razão da incidência dos direitos e garantias constitucionais no procedimento arbitral, tendo em vista que o modelo constitucional de processo arbitral, decorrente do princípio do devido processo legal, não permite a aniquilação da liberdade individual, não sendo possível se falar em *due process of law* na arbitragem se houver ofensa à ampla autonomia das partes (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

ii) *Impulso oficial*: conforme destacam Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), existem dois sistemas de impulso processual, o denominado *impulso oficial*, adotado no Brasil, que atribui ao juiz a determinação da realização dos atos processuais, conduzindo o processo até a sua extinção e o *impulso das partes*, utilizado na Itália, que coloca o juiz numa posição inerte, dependendo a movimentação do processo de provocação das partes. Na seara arbitral especificamente, o impulso oficial pode ser traduzido no dever que o árbitro possui de conduzir o procedimento arbitral, auxiliado pelas partes, resultando em maior observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da cooperação e do devido processo legal (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

iii) *Oralidade*: na lição clássica de Cappelletti (1974), a oralidade se relaciona, em primeiro lugar, com a livre apreciação da prova testemunhal e das declarações das partes e, secundariamente, com a possibilidade de o juiz determinar esclarecimentos orais das partes com relação aos fatos por elas alegados.

Alvim (2005) assenta que do princípio em análise decorrem os subprincípios da imediação, da concentração dos atos processuais, da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias e da identidade física do julgador.

No que toca de forma específica ao procedimento arbitral, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) ressaltam a sua importância diante do contato direto do árbitro com as partes, seus advogados e com as provas, assumindo a audiência destaque na arbitragem, em razão da concentração das provas orais e dos debates das partes com relação a elas o que, em casos mais complexos, na prática, chega a consumir uma semana inteira ou mais.

iv) *Livre convencimento motivado*: entre o livre-arbítrio do julgador para decidir de acordo com a sua vontade e a cega obediência ao valor pré-determinado das provas tarifadas, a ciência processual edificou o princípio do livre convencimento motivado, também denominado de persuasão racional (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Moreira (2007) destaca que é essencial que o julgador deixe o fundamento adotado perfeitamente explícito na motivação e que toda omissão ou falta de clareza irá trazer consequências altamente indesejáveis, sendo necessário que o conteúdo da decisão indique, de forma cristalina, como o juízo formou o seu convencimento e com base em que chegou a tal conclusão.

O art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem dispõe que deve ser sempre respeitado no procedimento arbitral o livre convencimento do árbitro, devendo esse “livre convencimento” ser entendido como “livre convencimento motivado” (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2010, p. 201).

Esse também é o entendimento do STJ, que no julgamento do REsp nº 1.500.667/RJ (BRASIL, 2016f), interposto em ação anulatória de sentença arbitral consignou que o indeferimento da realização de prova pericial pelo tribunal arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, em consagração ao princípio do livre convencimento motivado e do TJSP, que na Apelação Cível nº 1007915-84.2017.8.26.0100, interposto em ação anulatória de sentença arbitral, destacou que aos árbitros são aplicáveis os mesmos princípios inerentes à jurisdição estatal, especialmente o livre convencimento motivado (SÃO PAULO, 2017). No mesmo sentido, verificam-se a Apelação Cível nº 1047986-36.2014.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2018a), o Agravo de Instrumento nº 1.0024.09.709385-0/004 (MINAS GERAIS, 2011) e a Apelação Cível nº 2.0000.00.404886-4/000 (MINAS GERAIS, 2003).

v) *Lealdade processual*: o artigo 5º, do CPC, impõe a todos que de qualquer forma participam do processo, o dever de comportamento de acordo com a boa-fé. A lealdade

processual configura, ao mesmo tempo, norma e texto normativo consolidado na forma de cláusula geral (LEONARDO, 2013).

Segundo Ferreira, Rocha e Ferreira (2019), no direito arbitral, a lealdade processual pode ser extraída do art. 27 da Lei de Arbitragem, que cuida da litigância de má-fé, consignando que a sentença arbitral deverá dispor sobre a verba decorrente da litigância de má-fé, se for o caso.

Desta forma, deve ser combatido o abuso do direito de demandar que se caracteriza quando a parte instaura a arbitragem por “mero espírito emulativo, por capricho ou por conta de erro grosseiro” e o comportamento inconveniente durante o procedimento, podendo ser tomado como referência, mas sem qualquer vinculação, o que dispõe o CPC sobre as condutas que caracterizam má-fé, cabendo ao árbitro, no caso concreto, a verificação da atitude das partes (CARMONA, 2009, p. 375).

vi) *Economia processual*: impõe ao árbitro o dever de procurar atingir os melhores resultados possíveis com a prática do mínimo possível de atos processuais, devendo ser evitada a produção de atos processuais desnecessários para a justa solução da controvérsia.

Deve compreender o indeferimento de diligências inúteis, a cumulação de várias pretensões no mesmo processo arbitral, a concentração de toda a matéria alegada pela defesa em uma única peça, o afastamento de formalidades desnecessárias e o bom gerenciamento do processo pelo árbitro (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2010).

vii) *Instrumentalidade das formas*: apresenta íntima relação com o princípio da economia processual, em que pese a sua autonomia e independência científica no processo civil moderno (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2010).

Conforme assenta Marinoni (1996) a forma somente deverá prevalecer com relação a determinado ato processual, quando for indispensável para atingir os fins desejados pelo próprio ato. Quando o ato processual alcançar os seus fins, ainda que desatendida a sua forma, não haverá motivo para nulidade.

Na arbitragem, diante da existência do subprincípio da flexibilização procedimental, o princípio da instrumentalidade das formas atua ainda mais forte do que no processo civil, devendo os árbitros considerarem válidos atos processuais aparentemente viciados, mas que atingiram a sua finalidade, desde que não se verifique prejuízo significativo às partes (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2010).

Em conclusão ao presente tópico e em atenção aos objetivos buscados na presente pesquisa, fica evidenciada a importância do estudo dos princípios constitucionais da arbitragem,

tendo em vista a técnica empregada pelo legislador na Lei de Arbitragem, fortemente baseada nos princípios que devem guiar o processo arbitral.

2.4 AUTONOMIA DO DIREITO ARBITRAL

Cumpra analisar se o direito arbitral possui autonomia com relação aos outros ramos do direito, especialmente com o processo civil e se isso pode apresentar eventuais desdobramentos teóricos e/ou práticos.

Nesse propósito, Venosa (2003) assenta que a autonomia científica de cada um dos ramos do direito apresenta mais relevância acadêmica do que prática, considerando que o direito deve ser visto como um todo, servindo as classificações para fins didáticos e de manutenção de uma tradição.

Entretanto, no que diz respeito à arbitragem, verifica-se a necessidade de reconhecimento da sua autonomia, em razão da existência de um verdadeiro sistema dotado de características próprias que são capazes de distinguir esse método adequado de resolução de disputas, sendo o processo arbitral autorreferente e autônomo (MARIANI, 2018).

Desta forma, observadas as ponderações anteriormente consignadas, é possível concluir que existe autonomia científica com relação à arbitragem (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019), surgindo a necessidade de analisar a possível aplicação do CPC, de forma subsidiária, em caso de omissão das partes nesse sentido, considerando que a Lei de Arbitragem não aborda a questão de forma expressa.

Entre os que defendem a aplicação subsidiária do CPC no processo arbitral, destaca-se Dinamarco (2013), que consigna que no silêncio de todos, quando se tratar de arbitragens nacionais realizadas no Brasil, deve ser aplicada, em primeiro lugar, a Lei de Arbitragem e, subsidiariamente, as normas do CPC, desde que compatíveis com o sistema arbitral. No mesmo sentido (BASSO, 2000; THEODORO JÚNIOR, 2002).

Entretanto, a maioria dos autores é contra a aplicação subsidiária do CPC no procedimento arbitral, diante da ausência de dispositivo legal nesse sentido na Lei de Arbitragem, salvo no que se refere ao impedimento e suspeição dos árbitros, nos termos do art. 14 da Lei de Arbitragem, bem como da ampla liberdade que as partes possuem de criar as suas próprias regras procedimentais, competindo ao árbitro, no caso de omissão das partes, com fulcro no seu poder normativo supletivo, estabelecer as normas procedimentais (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019). São contrários à aplicação supletiva do CPC (CARMONA, 2004;

PARENTE, 2012; FICHTNER; TAMAKI, 2016; BELLOCCHI, 2017, além de diversos outros).

Esse também é o entendimento do STJ, manifestado no julgamento do REsp nº 1.519.041/RJ (BRASIL, 2015k), interposto contra acórdão oriundo do TJRJ, proferido em ação anulatória de procedimento arbitral, envolvendo contrato de compra e venda de gás natural, no qual se discutiu, dentre outros pontos, a possibilidade de prolação de sentença arbitral parcial, tendo o Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator do recurso, assentado em seu voto que apesar de ser natural que do processo judicial se originem as principais noções e elementos para resolver questões que surgem na arbitragem, o procedimento arbitral é regido por princípios próprios, especialmente pela autonomia das partes e contraditório, não sendo possível a adoção das regras que disciplinam o processo judicial, sob pena de desnaturação do instituto.

No mesmo sentido, no REsp nº 1.636.102/SP (BRASIL, 2017d), interposto em face de acórdão proferido pelo TJSP, em ação anulatória de sentença arbitral julgada improcedente em primeira instância e mantida em segunda instância, sob o fundamento, dentre outras alegações deduzidas, de violação do princípio do contraditório, de nulidade de decisão proferida por equidade e do decurso do prazo improrrogável de 10 dias para a análise de pedido de esclarecimentos apresentados, a Ministra Nancy Andrigli, ao sustentar a inaplicabilidade do formalismo do Processo Civil à arbitragem destacou que “o formalismo e tecnicismo característicos da justiça comum ao procedimento da arbitragem fere o fim ao qual a arbitragem se propõe – qual seja, o de oferecer método célere e flexível de resolução de conflito”.

Assim, a posição adotada nesse estudo é a de que realmente não devem ser aplicadas ao procedimento arbitral as regras do sistema processual civil, sob pena de desnaturação desse método de solução de conflitos.

2.5 ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COLETIVOS

Conforme destacado anteriormente, tem-se verificado, cada vez mais, a busca por outros métodos adequados de solução de disputas em detrimento da atuação da Justiça estatal, em especial a arbitragem, para a solução dos mais diversos tipos de conflitos, desde que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

No que se refere à denominada arbitrabilidade objetiva, Sester (2020) observa que algumas áreas do direito, não só no Brasil, mas em todo o mundo, demandam um olhar

específico, assentando Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) que há questões absolutamente inarbitráveis, como os direitos relativos à capacidade e ao estado civil das pessoas e famílias, litígios referentes a direitos personalíssimos, sobre bens fora do comércio, determinados créditos da Fazenda Pública, matérias criminais, execuções de sentença e de títulos executivos extrajudiciais, por exemplo.

Entretanto, Carmona (2009) aponta que a matéria em si não é o bastante para excluir, de forma absoluta, a possibilidade de acesso à via arbitral, considerando que mesmo em casos envolvendo o direito de família e o criminal, por exemplo, verificam-se consequências patrimoniais que podem ser objeto de disposição pelas partes e de solução extrajudicial.

Nesse contexto, no âmbito do direito português, Silva (2018) assenta que o sucesso dos meios extrajudiciais de solução de disputas é tão grande que tem sido realizada a sua expansão para zonas tão improváveis como o direito tributário, existindo expressa previsão legal da utilização da arbitragem em litígios envolvendo matéria tributária ou penal.

Isso evidencia a necessidade de se analisar a possibilidade de utilização da arbitragem nos variados ramos do direito, de acordo com as características de cada um deles, especialmente no seu aspecto coletivo, já que o modelo de processo civil clássico foi idealizado para a solução de disputas individuais, denominadas “bipolares”, encarregando-se de relações jurídicas de direito material entre duas pessoas, tendo sido percebido, com o desenvolvimento de novas relações jurídicas, que esse tipo de processo já não se revelava adequado para a tutela de direitos e interesses das coletividades da “sociedade de massa”, que apresenta como característica uma multiplicidade de sujeitos, tendo os estudos que foram desenvolvidos na área voltado os seus esforços para os aspectos envolvendo esses direitos coletivos, em busca de um tratamento processual adequado e eficiente (MARÇAL, 2021, p. 23-24).

No tocante especificamente à denominada “arbitragem coletiva”, conforme observam Watanabe e Gabbay (2020), a aplicação do microssistema processual coletivo, baseado na Lei da Ação Civil Pública, na CRFB/88 e no CDC na arbitragem não constitui tarefas das mais simples e demanda cautela.

Sester (2020, p. 108-109) sustenta que sem a regulamentação da matéria pelo legislador²⁸, a arbitragem coletiva representa um “caminho perigoso” para o instituto da

²⁸ Apesar da ausência de legislação específica sobre a arbitragem coletiva no país, o tema já foi objeto de Projetos de Lei como os de nºs 5.139/2009 e 4.484/2012 da Câmara dos Deputados (sendo esse último praticamente uma reprodução do primeiro).

arbitragem, destacando o autor que nos Estados Unidos, a Suprema Corte praticamente tornou inviável a arbitragem coletiva, ensinando a lição de que “às vezes, menos é mais”.

Em obra específica sobre o tema, Nery (2016) afirma a possibilidade de aplicação da tutela coletiva à arbitragem, assentando que a reunião dos sistemas arbitral e coletivo, nos Estados Unidos, com a instauração de centenas de arbitragens coletivas evidencia que a arbitragem coletiva representa, de fato, um método adequado e eficaz para a resolução de disputas coletivas.

Sobre a experiência norte americana, Roque (2014) assevera que em 2003, no julgamento do caso *Bazzle*, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que existindo convenção de arbitragem, cabe aos árbitros decidir se a cláusula permite ou não o processamento coletivo da disputa, abrindo a possibilidade de utilização dessa via adequada para a resolução de conflitos coletivos.

Segundo o autor “Ainda em 2003, a AAA, a mais tradicional instituição arbitral norte-americana, fundada no início do século XX, publicou seu regulamento sobre arbitragens coletivas” (ROQUE, 2014, p. 27)²⁹⁻³⁰.

A própria CRFB/88, em seu art. 114, § 1º, prevê a possibilidade de utilização da arbitragem em caso de frustração de negociação coletiva, havendo ainda previsão da utilização da arbitragem, conforme já se mencionou, na Lei nº 7.783/89 (arts. 3º e 7º) e na Lei nº 10.101/00 (BRASIL, 2000a), que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa (art. 4º, II).

Com relação à eventual capacidade para a celebração da convenção, Nery (2016) sustenta que cabe aos órgãos públicos colegitimados para a propositura da ACP e para a celebração do TAC, nos termos do art. 5º, § 6º, da LACP³¹, devendo o MP atuar como *custos legis* na arbitragem coletiva, sendo obrigatória a sua participação, em decorrência da já mencionada natureza jurisdicional da arbitragem. Ainda com relação à atuação do MP, Mariani

²⁹ Roque (2014) aponta que no âmbito da *Class Arbitration Docket* mantido pela AAA, que reúne as principais informações sobre arbitragens coletivas administradas pela instituição, verificavam-se 352 procedimentos arbitrais coletivos em andamento, 93 na seara empresarial, 25 da Construção Civil, 109 trabalhistas e 125 de categorias diversas.

³⁰ A arbitragem coletiva também é objeto de discussões em outros países como: i) Canadá: com a existência de precedente do ano de 2002, anterior ao norte americano; ii) Espanha: que possui previsão legislativa para a instituição de arbitragem coletiva em matéria de consumo; iii) Alemanha: diante de decisão proferida pelo Tribunal Federal de Justiça alemão que considerou arbitráveis as disputas societárias em geral e da edição de regulamento disciplinando os procedimentos coletivos em matéria de direito societário pelo *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS); iv) Colômbia: que possui precedente de arbitragem coletiva em matéria societária; v) Peru: que possui lei permitindo a possibilidade do uso da arbitragem em conflitos ambientais, além de outras experiências ocasionais e casuísticas em outros países (ROQUE, 2014).

³¹ No mesmo sentido: Nery e Nery Junior (2021) e Grinover (2006).

(2015) afirma que as atribuições do órgão não estão vinculadas apenas à jurisdição estatal, devendo ocorrer também na via arbitral.

Registra-se, no entanto, em sentido contrário, que segundo Dinamarco (2013), haveria a impossibilidade de o MP atuar na arbitragem, considerando que a sua legitimidade estaria condicionada às situações que cuidam de direitos indisponíveis, que não são passíveis de resolução via arbitragem.

No REsp nº 1.186.389/PR (BRASIL, 2015g), interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), em ACP que teve como objeto a análise de ato de improbidade administrativa, com a alegação, dentre outras, da existência de cláusula compromissória que demandaria a extinção do processo sem o julgamento do mérito, em razão da suposta incompetência da Justiça estatal, o STJ assentou que referida cláusula somente vincula aqueles que participaram do negócio jurídico, jamais terceiros³², o que seria o caso do MP, sendo a legitimidade ativa para a propositura da ação de improbidade administrativa privativa do MP e da pessoa jurídica interessada, vedada, ainda, a transação sobre o seu objeto, diante a indisponibilidade existente, devendo a jurisdição arbitral se encarregar de interesses exclusivamente privados.

Outro ponto importante que merece destaque é a ausência de confidencialidade da arbitragem coletiva, em razão de o seu bom funcionamento depender da mais ampla publicidade direcionada ao Judiciário, demais legitimados e grupo interessado no procedimento (NERY, 2016, 305).

A respeito da cultura da confidencialidade na arbitragem coletiva societária, Finkelstein e Montes (2021), asseveram que, em que pesem as contribuições positivas da confidencialidade, especialmente no âmbito societário, o modelo atualmente adotado, previsto no Regulamento de arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), que praticamente impossibilita o afastamento da confidencialidade, pode se revelar abusivo, favorecendo interesses privados em detrimento da comunidade, sendo necessário o seu abrandamento, embora não exista um modelo que possa ser considerado ideal.

A propósito, COSTA (2021, p. 581), depois de afirmar que possui mais de 50 anos de vivência no mercado de capitais, praticamente desde o seu surgimento, conclui que não é possível o crescimento do mercado de capitais sem que a informação esteja disponível de forma

³² Baraldi e Mariani (2021, p. 111-112), afirmam que, tendo em vista que a Lei de Arbitragem não permite e também não veda a intervenção de terceiros, vislumbra-se, apesar da inexistência da convenção de arbitragem por parte do terceiro, a possibilidade da sua intervenção por sua iniciativa ou a convite das partes, sem a possibilidade de que seja “forçado” a se submeter à arbitragem.

irrestrita e em tempo para todo e qualquer acionista ou investidor do mercado, estando a questão do sigilo na arbitragem, na sua opinião, com “os dias contados”, devendo ser, em breve, regulamentada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Superada a discussão sobre a questão do sigilo, há notícias de que um grupo de investidores minoritários estava tentando viabilizar uma arbitragem coletiva em desfavor da Petrobrás, objetivando o ressarcimento das perdas apuradas com a desvalorização das ações da companhia em decorrência da operação Lava-Jato da Polícia Federal, responsável por investigar supostos pagamentos de propina pela empresa (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Nesse caso específico, a associação de investidores teria legitimidade para a instauração da arbitragem coletiva, diante da sua natureza de ação coletiva *tout court*, desde que constituída há pelo menos um ano e que a sua finalidade institucional seja compatível com a proteção dos direitos envolvidos na disputa (NERY; NERY JUNIOR, 2021).

Sobre a possibilidade de arbitragem coletiva no mercado de capitais, Kuyven (2021) assevera que existe uma vasta abordagem pelo direito pátrio, sendo a doutrina praticamente uníssona com relação à sua admissão como método adequado de resolução de conflitos de investimento.

No plano internacional, conforme observa Cerbino (2021): i) na Itália é pacífico que todas as controvérsias societárias e do mercado de capitais podem ser objeto de arbitragem, ainda que interessem diretamente a terceiros; ii) na Alemanha, a sua mais alta corte, *Bundesgerichtshof* (BGH), decidiu ser possível a arbitragem societária, fixando alguns requisitos; iii) na Holanda não se admite a arbitrabilidade de conflitos societários, ao contrário do que acontece nos demais países europeus em geral, que costumam permitir a arbitragem, desde que ocorra a participação de todos os sócios/acionistas; iv) em Portugal a matéria é bastante debatida, existindo um projeto de lei que busca regulamentar o assunto.

Na jurisprudência, na Apelação Cível nº 9206882-94.2007.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2007), interposta por uma associação de franqueados, buscando a reforma de sentença que reconheceu a existência de cláusula compromissória pactuada pelos seus associados e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do revogado CPC, o TJSP confirmou a decisão recorrida e assentou que, firmada a mencionada cláusula, nenhuma das partes e nem mesmo a sua associação, de forma isolada, poderá submeter à Justiça estatal o conflito.

No tocante às ações coletivas, o CDC estabeleceu no seu art. 81, os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e no art. 82, elencou os legitimados ativos para a defesa de tais direitos e interesses.

Nessa perspectiva, os direitos difusos e coletivos em sentido estrito se apresentam como transindividuais e sem titular determinado, sendo defendidos em juízo por meio de substituição processual, por iniciativa de órgão e entidades indicados em Lei (BRASIL, 2014j).

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, integram a categoria dos direitos subjetivos, sendo divisíveis, com titulares determinados ou determináveis e, em geral, com natureza disponível, podendo a sua tutela ocorrer por iniciativa individual do próprio titular ou pelo procedimento especial da ACP, com substituição processual, por iniciativa de algum dos legitimados (BRASIL, 2014j). A jurisprudência do STJ admite, ainda, a legitimidade dos Programas de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon) na defesa dos consumidores, mesmo diante da ausência de personalidade jurídica (BRASIL, 2006b). Roque (2014, p. 99) ressalta que:

[...] tal categoria foi construída (“forjada”) pelo Código de Defesa do Consumidor com vistas a uma finalidade pragmática, qual seja, abrir as portas da tutela coletiva para direitos que, em sua essência, não eram coletivos, mas individuais, perfeitamente determinados ou determináveis. Não há uma categoria de direito material a que correspondam os individuais homogêneos que, no fundo, visam tão somente a permitir uma específica técnica de coletivização.

Seguindo-se esse raciocínio, “ausente qualquer disposição legal em sentido contrário, sua simples reunião para processamento coletivo não seria capaz de tornar indisponíveis direitos que, em sua origem individual, são disponíveis” (ROQUE, 2014, p. 106-107).

Diante das características dos direitos coletivos em sentido amplo, Mariani (2015) defende a impossibilidade do uso da arbitragem em conflitos envolvendo direitos coletivos em sentido estrito e difusos, considerando a sua “indisponibilidade”.

Deve ser registrado, no entanto, posicionamento em sentido contrário ao argumento de que não existe qualquer proibição da utilização da via arbitral para a tutela desses direitos e interesses (BACK, 2018; NERY, 2016).

Esse posicionamento que admite a utilização da arbitragem para a tutela de qualquer interesse coletivo em sentido amplo³³ no que se refere exclusivamente a aspectos patrimoniais e disponíveis é reforçado por Roque (2014, p. 113), ao consignar que “[...] assim como apontado em relação aos direitos individuais homogêneos, também não se pode afirmar que todos os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* sejam indisponíveis, de forma genérica, ao contrário do que sustenta parcela predominante da doutrina”.

Ou seja, a eventual disponibilidade ou indisponibilidade do direito diz respeito à casuística e à relevância dos interesses em discussão e não à categorização atribuída pelo art. 81, parágrafo único, do CDC (ROQUE, 2014).

A prevalecer o entendimento dessa última corrente, que é defendido na presente pesquisa, seria possível, por exemplo, a submissão à arbitragem de litígios envolvendo o meio ambiente, não obstante à sua natureza pública, para a análise dos direitos patrimoniais e disponíveis que se verificam nesse tipo de conflito, sustentando Lima (2010), que as pretensões concernentes à recomposição do dano ambiental podem ser objeto de arbitragem, diante da permissão legal para a transação por meio de compromisso de ajustamento de conduta, prevista no art. 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), que serve de fundamento para o emprego de uma interpretação extensiva da Lei de Arbitragem.

Conforme ressalta Nery (2016), as pretensões de caráter patrimonial nem sequer desafiam a problemática envolvendo a disponibilidade do direito, sendo muito comum a análise de questões ambientais pela arbitragem no cenário internacional, destacando-se os casos: i) *Pacific Fur Seal Arbitration*, de 1983, que opôs o Reino Unido aos Estados Unidos da América, numa disputa sobre as atividades de pesca em alto mar; ii) *Trail Smelter Arbitration*, de 1935, concernente a controvérsia entre os Estados Unidos e o Canadá sobre a emissão de dióxido de enxofre por uma fundição canadense que afetava o estado de Washington; iii) *Lac Lanoux*, de 1953, que confrontou a França e a Espanha no tocante à partilha de águas internacionais provenientes do Lago Lanoux, situado nos Pirineus.

No direito brasileiro, vários outros autores sustentam o cabimento da arbitragem para a solução de aspectos patrimoniais e disponíveis que envolvem o meio ambiente (COLOMBO, 2016; SALIM; SILVA, 2015; GRINOVER; GONÇALVES, 2006; FERREIRA;

³³ Conforme adverte Verçosa (2021, p. 125) “[...] uma coisa é uma arbitragem com diversos integrantes no mesmo polo [...] em que numerosos acionistas constam conjuntamente como Requerentes; outra coisa é uma arbitragem coletiva societária”.

ROCHA; FERREIRA, 2019; NERY, 2016; LIMA, 2010; CEBOLA, 2012; FREITAS, COLOMBO, 2017; ASSIS, 2014; ARAÚJO, 2014).

O STJ, inclusive, já reconheceu a possibilidade de aplicação da arbitragem em conflito envolvendo o meio ambiente (BRASIL, 2013b), num processo no qual se discutia a competência para apreciar a execução de cédulas de crédito bancário que lastrearam o financiamento de uma pequena central hidrelétrica, processada em São Paulo, cuja exigibilidade foi suspensa por uma decisão proferida em sede de ação cautelar incidental à uma ação civil pública ajuizada em Vilhena/RO, com a finalidade de discutir danos socioambientais decorrentes de acidente ocorrido na barragem da hidrelétrica, tendo a Corte Superior reconhecido a competência do tribunal arbitral para a análise das questões controvertidas relacionadas ao sinistro ocorrido quando da construção da central hidrelétrica e à própria exigibilidade das cédulas.

Da mesma forma, o TJMG, no julgamento de uma apelação interposta em ação de anulação de ato jurídico, na qual o autor alegou que a ré, Samarco Mineração S/A, ao implantar um duto causou danos ambientais na sua propriedade, que no seu entendimento seriam indisponíveis, confirmou a validade de cláusula compromissória instituída de comum acordo entre as partes, mantendo a sentença de primeiro grau que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito (MINAS GERAIS, 2015b).

Em outra apelação cível (MINAS GERAIS, 2015c), na qual a parte apelante alegou a impossibilidade da utilização da arbitragem para a análise de pedido de indenização por danos ambientais decorrentes do transporte de minério de ferro por meio de minerodutos, ação também promovida contra a Samarco Mineração S/A, o TJMG reconheceu a validade da cláusula compromissória e a competência do tribunal arbitral para resolver a questão, confirmando a sentença de primeiro grau que extinguiu o processo sem o julgamento do mérito.

Sustenta-se, ainda, no presente trabalho, a adequação da via arbitral para a resolução de aspectos exclusivamente patrimoniais e disponíveis dos denominados litígios estruturais³⁴-³⁵, que são aqueles conflitos coletivos que abrangem uma realidade multifacetada, envolvendo

³⁴ Segundo Marçal (2021, p. 25-26), constatou-se o surgimento de uma outra espécie de litígio, envolvendo, inicialmente, o controle judicial de políticas públicas, que não se encaixava nos tradicionais modelos de processos individuais e coletivos, considerados bipolares, denominados “litígios estruturantes”, “policêntricos”, “multipolares” ou “multifocais”, que demandam providências que podem assumir características peculiares e de implementação complexa, revelando a insuficiência do modelo de processo civil tradicional, mesmo o coletivo, tendo as medidas estruturantes se originado nos Estados Unidos, no exercício do controle judicial de políticas públicas e nas disputas de interesse público (*public law litigation*).

³⁵ A noção de processo estrutural surgiu por meio da atuação do Judiciário dos Estados Unidos entre 1950 e 1970, que foi marcada pelo ativismo judicial, tratando-se de uma visão muito pragmática desprovida de maiores

a sua resolução tanto estruturas públicas, quanto privadas (VITORELLI, 2021), a exemplo das tragédias provocadas pelo rompimento das barragens de Mariana e de Brumadinho.

Em casos assim, o sistema Judiciário clássico tem representado um caminho, não raras vezes, inadequado na busca da reparação de danos materiais e morais causados às vítimas, especialmente diante da necessidade da análise interdisciplinar dos prejuízos causados, com a elaboração de diversas perícias técnicas, do grande número de pessoas atingidas pelo evento danoso e da possibilidade da interposição de sucessivos recursos, que tornam imprevisível o tempo necessário para a solução da disputa, deixando desamparadas, inclusive, pessoas de baixa renda, que necessitam de um mínimo de dignidade e que poderiam contar com a assistência integral da Defensoria Pública nesses casos, antes mesmo da eventual opção pela arbitragem, recebendo orientações sobre a adequação ou não da utilização dessa via em determinado caso concreto, com o esclarecimento de eventuais vantagens ou desvantagens da sua eleição, bem como após a sua instauração, se for o caso, na defesa dos interesses desses hipossuficientes, o que demanda a necessidade da elaboração de um estudo específico que foge ao escopo da presente pesquisa.

Assim, apesar da premente necessidade de regulamentação da matéria pelo legislador³⁶, buscando conferir maior segurança jurídica às partes que desejam se valer da via arbitral para a resolução de aspectos patrimoniais e disponíveis de conflitos coletivos em sentido amplo, verifica-se uma tendência da sua admissão tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência.

2.5.1 Na Administração Pública

Diante da conclusão da arbitrabilidade objetiva dos conflitos coletivos em sentido amplo, inclusive dos estruturais, que podem envolver tanto estruturas públicas como privadas (ou ambas), evidencia-se a necessidade de se analisar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos coletivos envolvendo a Administração Pública.

A figura do Estado sofreu alterações, deixando de atuar como um simples ordenador da sociedade, passando a comprar, vender, alugar, fazer concessões, parcerias e a desenvolver

preocupações com uma definição analítica ou mesmo uma categorização sistemática (DIDIER JÚNIOR, ZANETTI JÚNIOR, OLIVEIRA, 2021).

³⁶ Yarshell (2021b, p. 196) sustenta que ao invés de se impor a “fórceps” a arbitragem coletiva no Brasil, seria melhor que fosse promovido um amplo debate sobre as regras adequadas com a regulamentação da matéria por meio de lei.

atividades privadas, constituindo-se como um verdadeiro “sujeito econômico” (MAIA, 2020, p. 41).

Diante desse contexto, no que se refere ao uso da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública, Nery (2016) destaca que o *leading case* foi o caso da Organização Lage, no qual o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de o Estado utilizar a arbitragem privada para resolver suas controvérsias desde 1973 (BRASIL, 1973b).

Tendo em vista que a atual Lei de Arbitragem entrou em vigor no ano de 1996, há quem sustente que a Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995a), denominada Lei das Concessões, já teria autorizado expressamente a utilização da arbitragem em contratos públicos, afastando o caráter de indisponibilidade dos direitos em questão, evidenciado que a indisponibilidade não representaria um conceito absoluto (NERY, 2016).

Por outro lado, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 508) assentam que apesar de a arbitragem se originar do consenso, o que a enquadraria como "modo amigável de solução de divergências", a redação da Lei nº 8.987/95 falhou pela falta de clareza, tendo a questão sido definitivamente resolvida apenas com a entrada em vigor da Lei nº 11.196/05 (BRASIL, 2005b), que alterou a Lei de Concessões, adotando expressamente o termo arbitragem.

Isso era observado no confronto entre a jurisprudência do STJ, mais favorável à utilização da arbitragem (BRASIL, 2005c, 2007b, 2011c) e a jurisprudência do TCU, tendo Parada (2016) apontado que a interpretação inicial do TCU sobre o uso da arbitragem em contratos administrativos era interditiva, considerando que vedava totalmente o seu uso, especialmente por receio sobre a imparcialidade dos árbitros.

Quando a atual Lei de Arbitragem entrou em vigor em 1996, não existia previsão específica com relação à sua aplicação em disputas envolvendo a Administração Pública, não existindo, no entanto, qualquer impedimento legal. O assunto passou a ser disciplinado de forma pontual nas Lei nº 9.478/97 (BRASIL, 1997a), denominada Lei do Petróleo, Lei nº 10.848/04 (BRASIL, 2004a), conhecida como Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) e Lei nº 11.079/04 (BRASIL, 2004b), que cuida das Parcerias Público-Privadas.

Na Administração Pública Federal, em 2007 foi criada a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, modificado pelo Ato Regimental nº 2, de 09 de abril de 2009, com estrutura definida pelo Decreto nº 7.526 (BRASIL, 2011a), de 15 de julho de 2011, com o objetivo de prevenir e reduzir o número de disputas judiciais envolvendo a União, suas autarquias, fundações,

sociedades de economia mista e empresas públicas federais, tendo seu objeto sido ampliado para também solucionar litígios entre os entes da Administração Pública federal e da Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios (SCAVONE JUNIOR, 2020).

O Decreto Federal nº 7.392/10 (BRASIL, 2010b), que dispunha sobre a estrutura regimental e quadro demonstrativo dos cargos em comissão da Advocacia-Geral da União, criou em seu artigo 2º, I, c, 6 a CCAF na estrutura organizacional da AGU, com competência, dentre outras, para propor, quando couber, o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação, na forma do artigo 18, VI do mencionado Decreto Federal. Ressalta-se que os referidos Decretos federais (nºs 7.526/11 e 7.392/10) foram revogados pelo Decreto nº 10.608/2021, de 25 de janeiro de 2021, que alterou a estrutura da AGU.

Tem sido cada vez mais comum a utilização da arbitragem em conflitos envolvendo a Administração Pública, tendo Cahali (2018) observado que dos nove contratos que contaram com a participação do Poder Público para a instalação de estádios e arenas esportivas da Copa do Mundo de 2014, quatro estipularam cláusula compromissória, os construídos em Natal, Salvador, Belo Horizonte e Recife.

De qualquer forma, a aprovação de uma cláusula legal autorizadora da aplicação da arbitragem nas disputas envolvendo a Administração Pública ocorreu apenas com a entrada em vigor da Lei nº 13.129/15, a qual incluiu a Administração Pública direta e indireta no rol dos capazes de contratar a arbitragem, contemplando ainda que a autoridade ou órgão competente da administração pública direta para a celebração da convenção do instituto é a mesma para a realização de acordos ou transações (art. 1º, §§ 1º e 2º, da Lei de Arbitragem, incluído pela Lei nº 13.129/15).

Em reforço, a recente Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021a), denominada “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, também passou a prever expressamente no seu art. 151 que a Administração Pública poderá utilizar “meios alternativos” na resolução de disputas envolvendo seus contratos, podendo a arbitragem ser eleita, inclusive, por meio de aditamento contratual (art. 153).

A dificuldade de aceitação da arbitragem com relação aos conflitos envolvendo a Administração Pública não surpreendeu, já que promoveu a inserção de um instrumento marcado pela autonomia privada das partes em uma área do direito impregnada pela incidência de princípios de direito público, tais como a legalidade, indisponibilidade e supremacia do interesse público sobre o privado (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Entretanto, Carmona (2009) aponta que o Estado, quando pratica atos de gestão, abre mão da supremacia do interesse público que caracteriza a sua atividade típica de exercício de autoridade, igualando-se aos particulares, não sendo possível se cogitar a aplicação de normas próprias dos contratos administrativos nessas situações.

Ainda, conforme destaca Cahali (2018) é antigo o debate sobre a utilização da arbitragem pela Administração Pública, tendo sido intensificados os esforços para a consolidação dessa forma de resolução de controvérsias, surgindo a Lei nº 13.129/15 para superar as resistências que ainda pudessem existir, afastando “por inteiro qualquer questionamento a respeito” (CAHALI, 2018, p. 451).

Deve ser observado, no entanto, que os atos de império da Administração Pública não podem ser objeto da arbitragem, considerando que estão relacionados ao interesse público primário da coletividade (CAHALI, 2018). Outra característica distinta deve ser mencionada na utilização da arbitragem pela Administração Pública: embora as decisões arbitrais sejam costumeiramente sigilosas, por vontade das partes, a arbitragem que envolve a administração pública sempre será de direito e deve respeitar o princípio da publicidade, em função da própria razão de existir do Poder Público.

O artigo 2º da Lei de Arbitragem prevê que a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Não obstante, a aplicação da arbitragem deve levar em conta os princípios da Administração Pública, sobretudo aqueles que tratam da coisa pública como o da indisponibilidade do interesse público, da publicidade, da isonomia, da transparência, dentre outros, de modo que o âmbito da arbitragem na administração pública sempre será de direito, e não de equidade.

A propósito, o art. 152 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que “A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade” e o art. 154 prevê que “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos e transparentes”.

Observadas essas ponderações, Nunes, Ferreira, Montes Netto e Mattos (2020), asseveram que a arbitragem pode constituir, em alguns casos, o instrumento mais adequado para a resolução dos conflitos que envolvem a Administração Pública, traduzindo-se em zelo no trato com situações de interesse público e efetivando, ainda, o princípio constitucional da eficiência.

Yamamoto (2018) sustenta que a arbitragem no âmbito da Administração Pública pode ser contemplada como um mecanismo eficiente na redução de custos de

contingenciamento de bens e valores envolvidos nas discussões remetidas ao Poder Judiciário, considerando também os custos de oportunidade relacionados à ausência de livre disponibilidade das partes sobre quantias ou direitos em discussão ao longo do tempo de duração de um processo judicial.

Mais ainda, outros quatro benefícios foram citados pelo autor (YAMAMOTO, 2018) ao defender a utilização da arbitragem na Administração Pública, sobretudo em relação aos menores custos de transação, a saber: a) a partir da adoção do instituto, torna-se possível obter maior qualidade da decisão da matéria sob controvérsia em comparativo com os processos judiciais tradicionais, posto que os árbitros selecionados detêm maior especialidade sobre as deliberações; b) não há incidência de prerrogativas processuais previstas na legislação para o Estado e que atrasam o limite de ações judiciais nas Varas das Fazendas Públicas; c) há maior incentivo ao cumprimento estrito das obrigações contratuais, de modo que os eventuais descumprimentos podem ser sancionados de modo mais célere e efetivo; e, por fim, d) há ainda diminuição da probabilidade de ocorrência de comportamentos oportunistas de uma das partes contratantes.

Conforme se observa, a arbitragem como método adequado de resolução de conflitos pode servir não tão somente para as situações em que tal instituto é tradicionalmente utilizado, como também pode proporcionar uma série de benefícios para a administração pública, sempre considerando suas particularidades, contemplando inclusive benefícios em eficiência e economicidade, especialmente na resolução de conflitos coletivos em sentido amplo.

Segundo Ferreira Netto (2008, p. 49) a utilização da arbitragem para solucionar conflitos de direito patrimonial disponível nas relações entre o particular e o Estado constitui uma avançada tendência de modernização da Administração Pública, que deve ser creditada e incentivada, por representar “um eficiente instrumento de desenvolvimento para o País”. Cahali (2018) observa que o destaque atual do tema é tão grande que na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (BRASIL, 2016a), dos treze enunciados aprovados na Comissão de Arbitragem, quatro se referiam à Administração Pública.

Isso pode ser observado, inclusive, com a recente entrada em vigor de novos diplomas normativos, como a Lei Federal ordinária nº 13.867/19 (BRASIL, 2019c), que alterou o Decreto-Lei nº 3.365/41 (BRASIL, 1941), visando possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição de valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, dependendo sempre a opção pela mediação ou pela via arbitral do consentimento do particular

proprietário do imóvel que indicará um dos órgãos ou instituições especializadas em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação (art. 10-B, da Lei Federal nº 13.867/19).

Também devem ser destacados os Decretos Federais nº 9.760/19 (BRASIL, 2019a), que altera o Decreto Federal nº 6.514/08 (BRASIL, 2008a), que “dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações” e o de nº 10.025/19 (BRASIL, 2019b) que “dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário”.

Ainda, o Decreto Federal nº 9.760/19, em seu artigo 95-A, preconiza que a conciliação deverá ser estimulada pela Administração Pública federal ambiental, com o objetivo de encerrar processos administrativos federais relativos à apuração de infrações administrativas por condutas lesivas ao meio ambiente, estabelecendo ainda a criação de um Núcleo de Conciliação Ambiental (Nucam) (artigo 98-A), ensejando a edição da Portaria Conjunta nº 1, de 07 de agosto de 2019, que instituiu no âmbito do IBAMA e do ICMBio, o Núcleo de Conciliação Ambiental, nos termos do artigo 2º do referido ato normativo, terá unidades nas capitais de todos os Estados da Federação, no Distrito Federal e no município de Santarém, no Estado do Pará.

Destarte, conferiu-se autorização para o Núcleo de Conciliação Ambiental realizar audiências de conciliação visando “apresentar as soluções legais possíveis para encerrar o processo, tais como o desconto para pagamento, o parcelamento e a conversão da multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”, nos termos do artigo 98-A, § 1º, inciso II, alínea b, do Decreto Federal nº 6.514/08.

Isso reforça o raciocínio de que mesmo em áreas como o meio ambiente, que possui como característica a inalienabilidade, existem aspectos patrimoniais e disponíveis que podem ser objeto da arbitragem coletiva, ainda que o eventual dano ambiental tenha sido causado ou agravado por ação ou omissão da Administração Pública.

Exemplifica-se, no caso de dano ambiental decorrente de omissão do Estado com relação ao cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar, seria possível a eleição da arbitragem para solução dos aspectos exclusivamente patrimoniais e disponíveis da disputa, como a fixação da indenização devida às vítimas, sem prejuízo da apuração das responsabilidades administrativa e penal.

Já o artigo 2º do Decreto Federal nº 10.025/19 possibilita a utilização da arbitragem em questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria e inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

O artigo 3º, da mesma norma, estabelece que as arbitragens terão que ser realizadas no Brasil e em língua portuguesa e, ainda, que o processo será público, exceto os trechos que tiverem segredos industriais e comerciais, ou que sejam sigilosos pela legislação brasileira, devendo a câmara arbitral ser previamente credenciada pela Advocacia-Geral da União.

Nesse contexto, observa-se que essas recentes alterações normativas proporcionaram vantagens ao cidadão que passou a dispor de instrumentos céleres e seguros para resolver suas disputas com a Administração Pública, em prestígio aos direitos e garantias fundamentais constantes da Carta de 1988.

Um outro marco legal recente que merece destaque é o Decreto Estadual nº. 64.356/19 (SÃO PAULO, 2019a), no qual o Governo de São Paulo dispôs sobre o uso da arbitragem para a resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte, ressalvando que a arbitragem não se aplica:

1. aos projetos contemplados com recursos provenientes de financiamento ou doação de agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, quando essas entidades estabelecerem regras próprias para a arbitragem que conflitem com suas disposições;
- 2) aos casos em que legislação específica que regulamente a questão submetida à arbitragem dispuser de maneira diversa” (artigo 1º, parágrafo único).

O artigo 3º do referido Decreto aponta que a arbitragem será preferencialmente institucional, podendo ser justificadamente constituída como *ad hoc*. A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública e suas autarquias - artigo 4º, *caput*, do Decreto Estadual nº. 64.356/19 - e o procedimento arbitral será regido pelo regulamento da câmara arbitral eleita ou, nos casos de arbitragem *ad hoc*, pelas regras da United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL, vigentes no momento da apresentação do requerimento de arbitragem (artigo 6º, da mencionada norma).

De acordo com o artigo 13 do mencionado Decreto Estadual, o cadastramento das câmaras arbitrais será realizado mediante a criação de uma lista referencial das entidades que cumprirem os requisitos mínimos para serem indicadas para os procedimentos arbitrais

envolvendo a Administração Pública e as suas autarquias, não gerando a inclusão no referido cadastro direito subjetivo de escolha em convenções de arbitragem celebradas pela Administração Pública ou suas autarquias (artigo 14, parágrafo único, da mencionada norma).

Por fim, para que seja efetivamente possível a utilização da arbitragem em matéria de conflitos coletivos envolvendo a Administração Pública é necessário afastar a possibilidade da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral, evitando-se a ocorrência da impecuniosidade da arbitragem.

Cabral (2019) aponta que embora a arbitragem não seja em regra cara, o montante necessário para a instauração e o seu prosseguimento podem impedir o uso dessa via adequada de solução de disputas por pessoa que tenha celebrado convenção de arbitragem, especialmente agora com a grave crise provocada pelo vírus da Covid-19.

Ademais, José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019) destacam que não há dados estatísticos sobre o custo da arbitragem, que apresenta geralmente um valor mais alto no início do procedimento, com o pagamento de taxas e honorários dos árbitros, em comparação com a Justiça estatal, mas esse valor nominal maior pode representar uma economia futura para as partes se diluído no tempo em que normalmente costuma durar um processo na Justiça estatal, com duração imprevisível.

Diante das conhecidas restrições orçamentárias aplicadas à Administração Pública, da falta de previsão legal sobre o pagamento dos custos iniciais da arbitragem na Lei de Arbitragem e da grave crise que a Administração Pública em todos os níveis enfrentará nos próximos anos em decorrência dos ainda imprevisíveis efeitos da pandemia provocada pelo vírus da Covid-19, indica-se a adoção da solução proposta por Ferreira, Rocha, Ferreira (2019), os quais sugerem que a antecipação das despesas e honorários dos árbitros pelo particular constem da cláusula compromissória, com a previsão de reembolso ao final pelo vencido.

Assim, observadas as ponderações realizadas ao longo desta subseção, verifica-se que a arbitragem vem representando uma tendência atual na resolução de controvérsias e a Administração Pública, seja pelas vantagens apontadas pelos estudiosos do tema, seja pelas recentes alterações legislativas, não pode deixar de analisar a sua eventual adequação ao caso concreto para fins de atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade, especialmente em conflitos coletivos, como forma de ampliação do acesso à justiça e concretização de direitos.

2.5.2 No direito empresarial

Ao contrário da polêmica que se verificou com relação ao uso da arbitragem em disputas envolvendo a Administração Pública, nunca se questionou a sua utilização nos conflitos relativos ao direito societário.

Ainda, Didier, Zaneti e Oliveira (2021) sustentam que o processo falimentar é um processo estrutural, considerando o conteúdo da sentença de decretação de falência. Já Vitorelli (2021) assenta que o melhor exemplo de processo estrutural envolve a recuperação judicial, tendo em vista que o juiz, o administrador judicial, os credores e a própria empresa perseguem o mesmo objetivo, qual seja, a preservação da atividade empresarial e o pagamento das dívidas, desenvolvendo-se o processo a partir da elaboração de um plano de recuperação com a participação dos credores, auxílio do administrador judicial e fiscalização judicial. Seguindo-se essa linha, a liquidação extrajudicial também é considerada um processo estrutural neste trabalho.

Outros exemplos de conflitos estruturais na seara empresarial se referem à atuação do CADE, que pode determinar medidas de reestruturação de empresas, em fusões como a da Sadia e da Perdigão e aos acordos de leniência abrangendo medidas estruturais no âmbito da operação Lava-Jato, nos quais diversas empresas assumiram obrigações de promover a reestruturação dos seus processos internos.

Com relação à arbitragem, o artigo 136-A, da Lei nº 6.404/76 (BRASIL, 1976a), estabelece que a aprovação da inclusão de convenção de arbitragem no respectivo estatuto social, respeitado o quórum necessário, irá obrigar todos os acionistas, respeitado o direito de retirada do acionista dissidente, mediante reembolso.

Segundo Cahali (2018), são várias as possibilidades de aplicação da arbitragem no direito societário, seja por meio da inserção de cláusula arbitral no contrato ou estatuto social, seja pela elaboração de acordo acionista ou pela celebração de compromisso arbitral posterior.

O autor destaca que a inserção da cláusula compromissória por ocasião da constituição da sociedade implica na renúncia dos sócios à jurisdição estatal. O que também ocorrerá se houver a inserção da mencionada cláusula após a constituição da sociedade, com a aprovação por unanimidade (CAHALI, 2018).

Por outro lado, a questão se revela tormentosa no caso de ausência ou resistência de alguns sócios quanto à inclusão da cláusula arbitral, assentando Cahali que diante do importante princípio da *affectio societatis*, que prestigia o princípio majoritário, a tendência é

de que a inclusão da arbitragem respeite os votos da maioria, que representam a vontade da sociedade, surgindo ainda a necessidade de analisar se esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para as sociedades limitadas e anônimas e, ainda, se o tratamento conferido ao ausente se equipara ao que recebe o discordante (CAHALI, 2018).

Há uma grande discussão com relação às sociedades limitadas, girando a maior dificuldade em torno do momento no qual a cláusula arbitral foi inserida, com reflexos, especialmente, com relação ao direito de retirada do sócio (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Outra questão polêmica diz respeito à eventual vinculação do novo sócio ou acionista à convenção de arbitragem constante do contrato ou estatuto social, girando o debate ao redor da necessidade ou da dispensa de concordância expressa à eleição da arbitragem no momento de ingresso na sociedade, diante da ausência de disciplina do assunto tanto pela Lei nº 13.129/15, quanto pelo artigo 136-A da Lei nº 6.404/76, que não especificaram essa hipótese, existindo o entendimento de que o novo acionista adere totalmente aos termos do contrato ou estatuto social, sendo desnecessária a elaboração de qualquer cláusula expressa, verificando-se uma “anuência tácita” (CAHALI, 2018, p. 447-448). Na mesma direção, é o enunciado nº 16, da I Jornada de Direito Comercial promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) (BRASIL, 2013a).

Cahali (2018) ainda destaca que a arbitragem é estimulada pela BM&FBovespa, sendo inclusive obrigatória a disposição de arbitragem no Estatuto Social para a sociedade ingressar no mercado, incentivada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, como uma boa prática de governança e pela própria Lei nº 6.404/76 (art. 109, § 3º).

Possível ainda, na seara empresarial, a utilização da via arbitral em conflitos surgidos em falências, recuperações judiciais, extrajudiciais e em liquidações extrajudiciais, em que pese o disposto no art. 103, da Lei nº 11.101/05 (BRASIL, 2005a), sobre a perda do direito do devedor de administrar os seus bens ou deles dispor. Conforme prevê o Enunciado nº 75, da II Jornada de Direito Comercial (BRASIL, 2015a), se houver convenção de arbitragem, caso uma das partes tenha a falência decretada: (i) eventual procedimento arbitral já em curso não será suspenso e novo procedimento arbitral poderá ter início, seguindo-se o previsto no art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005; e (ii) diante da autonomia da cláusula compromissória, não poderá o administrador judicial negar a sua eficácia, sendo esse entendimento reforçado pela jurisprudência do STJ (BRASIL, 2013c) e do TJSP (SÃO PAULO, 2015b, 2012c, 2008, 2009b).

Tratando-se de quantia líquida deve ser observado o que dispõe o art. 6º, § 1º, da Lei de Falências, sendo necessária a intimação do administrador judicial, a partir da decretação da quebra, para o exercício da representação da massa falida, sob pena de nulidade (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; SÃO PAULO, 2008).

Há, no entanto, um julgado do TJSP em sentido contrário, rechaçando a possibilidade de instauração de arbitragem prevista em cláusula antecedente à quebra, mas instalada após a decretação da falência, tendo sido consignado no acórdão que a cláusula compromissória possui natureza de contrato acessório, cujos efeitos “ficam trancados enquanto pendente condição suspensiva”, devendo os celebrantes dispor de plena liberdade para contratar ao tempo da sua invocação, sendo a capacidade aferida quando suscitado o cabimento da arbitragem (SÃO PAULO, 2009a).

Com relação à recuperação judicial, na mesma linha do que se disse sobre a falência, a convenção conserva a sua eficácia, sendo possível, inclusive, que seja firmada após o início do processo (CAHALI, 2018). De acordo com o enunciado nº 6, da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios (BRASIL, 2016a), a existência de recuperação judicial ou a decretação da quebra não constituem fundamento para o administrador judicial recusar a eficácia da convenção, não impedindo e nem suspendendo o procedimento arbitral.

Deve ser destacado que, no que se refere à recuperação extrajudicial, conforme dispõe o art. 161, § 4º da Lei nº 11.101/05, o pedido de homologação do plano não provoca a suspensão de direitos, ações ou execuções, embora exista entendimento em sentido oposto (BEZERRA FILHO, 2013).

No CC nº 157.099 (BRASIL, 2018c), referente à recuperação judicial da empresa Oi, envolvendo o juízo arbitral e a 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, o STJ consignou que a recuperação judicial não constitui obstáculo para a instauração da arbitragem decorrente de previsão estatutária, livremente aceita pelas partes, obrigando a adoção da via arbitral para a resolução dos litígios societários.

Por fim, a liquidação extrajudicial não obsta o prosseguimento ou a instauração do procedimento arbitral (CAHALI, 2018; FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; BRASIL, 2008b; SÃO PAULO, 2016c, 2006).

Destarte, evidencia-se a utilidade, adequação e o pleno cabimento da arbitragem coletiva na seara empresarial, a exemplo do que se apontou na subseção 2.5.1 sobre a sua previsão e utilização em outros países.

2.5.3 Nas relações de consumo

Antes de analisar se é possível a arbitragem coletiva na seara do direito do consumidor, cumpre verificar a própria adequação do instituto nesse tipo de disputa, diante da polêmica envolvendo o assunto, até mesmo em conflitos individuais que versam sobre direitos patrimoniais e disponíveis.

Segundo Montes Netto e Geraige Neto (2019), a criação do CDC foi influenciada por diversas normas estrangeiras, a exemplo da Resolução nº 39/248, da Assembleia Geral das Nações Unidas, das Leis Gerais da Espanha – Lei 26/1984, da Lei nº 29/1981 de Portugal, da Lei Federal de *Protección al Consumidor* mexicana, da *Loi Sur La Protection Du Consommateur*, de Québec, apresentando como principal influência o anteprojeto *Projet de Code de La Consommation* francês.

Nos termos do art. 5º, XXXII, da CRFB/88, a defesa do consumidor recebeu do Constituinte Originário de 1988 status de fundamentalidade e de cláusula pétrea, tendo Miragem (2008) assentado que a constitucionalização da defesa do consumidor é uma decorrência da afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio que representa uma espécie de direito constitucional da pessoa, promovendo uma modificação qualitativa dos direitos do consumidor, que passaram a ser preferenciais com relação a direitos que se fundamentam apenas na legislação infraconstitucional.

Benjamin (2009) afirma que o CDC (BRASIL, 1990) é o “habeas corpus do consumidor”, constituindo uma das poucas leis brasileiras que nasceu de uma determinação constitucional, do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a elaboração do Código em 120 dias, a partir da promulgação da CRFB/88.

O direito do consumidor resulta de uma corrente jurídica que compreende o consumidor como a parte hipossuficiente nas relações de consumo, devendo ser protegido de eventuais abusos que poderiam ser cometidos pelos comerciantes e fornecedores, considerando que o mercado não dispõe de mecanismos eficientes para a superação dessa vulnerabilidade, evidenciando-se necessária a intervenção do Estado (GRINOVER *et al.*, 2007).

No que se refere especificamente à resolução de disputas envolvendo os direitos do consumidor o artigo 4º, V, do CDC, estabelece como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de

solução de conflitos de consumo”.

Por esse dispositivo legal, torna-se possível sustentar a aplicação da arbitragem nas relações de consumo, especialmente quando estas versarem sobre direitos disponíveis ou passíveis de disponibilidade. Assim observam Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 261) “que a autonomia privada também está presente nas relações de consumo e que a experiência internacional reforça a ideia de que essas relações são um campo fértil para a adoção da arbitragem.”

Nesse contexto, apesar de o direito do consumidor possuir normas de natureza cogente e de ordem pública, é inegável também a presença da autonomia privada nas suas relações, devendo ser destacado que a finalidade da imposição de normas obrigatórias, em qualquer área do direito, é evitar que as partes busquem obter vantagens indevidas ou a prática de fraudes (APRIGLIANO, 2010).

Importa registrar que a expressão “ordem pública” está expressamente prevista na Lei de Arbitragem (art. 2º, § 1º), representando um claro limite à autonomia das partes e, de acordo com José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro, não diz respeito à disponibilidade ou patrimonialidade da causa, mas sim a valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural relevantes para o Estado.

Lemes (2003), observa que no direito estrangeiro é admitido e estimulado o uso da arbitragem nas relações de consumo. Em Portugal, por exemplo, os Centros de Resolução de Disputas Consumeristas lideram o uso da arbitragem, registrando entre 2000/2001, a média de dez mil casos. Na Argentina, em que a legislação de consumo estimula a arbitragem, foram registradas, no ano de 2002, 2.698 sentenças arbitrais.

De volta ao caso específico do Brasil, Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC, afirma que “o juízo arbitral é importante fator de composição de litígios de consumo, razão pela qual o Código não quis proibir a sua constituição pelas partes do contrato de consumo”, indicando a interpretação a *contrario sensu* da norma (art. 51, VII do CDC), que não sendo determinada compulsoriamente, é possível a instituição da arbitragem (GRINOVER et al., 2007, p. 592).

Da mesma forma, Alvim *et al.* (1991) sustentam que, não obstante à rígida redação do VII, do art. 51 do CDC, não é vedada a utilização de compromisso arbitral que tem se revelado eficaz para a resolução de disputas envolvendo o direito do consumidor nos países desenvolvidos.

Furtado e Bulos (1997), Figueira Junior (1997) e Theodoro Júnior (2008) defendem

que o § 2º, do art. 4º, da Lei de Arbitragem teria revogado o artigo 51, VII do CDC, mas a maioria dos autores optou por caminho diverso, ao argumento de que a norma especial convive em harmonia com a proteção conferida ao consumidor no artigo 51, VII do CDC (CARMONA, 2009; CRETELLA NETO, 2004; ROCHA, 1997; RODOVALHO, 2016; FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; NERY JUNIOR, 2004; FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Com relação a esse ponto específico, no REsp n. 1.169.841-RJ (BRASIL, 2012c), o STJ, de maneira bastante didática, assentou que por ocasião da entrada em vigor da Lei de Arbitragem vieram a coexistir de forma harmônica três regramentos com distintos graus de especificidade, quais sejam: a) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, em detrimento da jurisdição estatal; b) a regra específica do artigo 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, com aplicação aos contratos de adesão genéricos, restringindo a eficácia da cláusula compromissória; e c) a regra ainda mais específica do art. 51, VII, do CDC, que incide sobre os contratos de consumo, de adesão ou não, com a imposição de nulidade de cláusula que estabeleça a utilização compulsória da arbitragem, mesmo que preenchidos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem.

Assim, seria possível a aplicação dos Artigos 51, VII do CDC e 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, condicionando a eficácia da cláusula compromissória à tomada de iniciativa do consumidor em instituir a arbitragem ou à sua concordância expressa, sendo inviável qualquer forma compulsória de arbitragem nesse tipo de relação (FERREIRA; FERREIRA; ROCHA, 2019).

No tocante à jurisprudência do STJ em matéria de arbitragem no direito do consumidor, em 2007, no julgamento do REsp nº. 819.519/PE (BRASIL, 2007d), que foi o primeiro acórdão a tratar das cláusulas compromissórias inseridas em contratos de consumo, foi adotado o entendimento de que “é nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor”. No mesmo sentido, observa-se ainda a decisão proferida no AgRg nos EDcl no Ag nº. 1.101.015/RJ (BRASIL, 2011b).

Nos acórdãos proferidos nos REsp nº. 1.169.841/RJ (já mencionado) e REsp nº. 1.189.050/SP (BRASIL, 2016d), a Corte Superior se manifestou no sentido de que é perfeitamente aplicável a arbitragem nas relações de consumo, sendo vedada, no entanto, a imposição de cláusula compromissória, reservando ao consumidor o poder de se libertar da via

arbitral para solucionar eventual lide.

No ano de 2018, a Corte Especial teve a oportunidade de analisar um caso diferente, o AgInt no AREsp nº. 1.152.469/GO (BRASIL, 2018b) no qual, ao contrário dos anteriormente mencionados, o consumidor havia manifestado sua vontade de aderir à arbitragem, mas mesmo assim optou por ajuizar uma ação de anulação de sentença arbitral. Nesse julgamento, o STJ consignou que o CDC impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem, mas que não proíbe sua instituição, desde que exista acordo entre as partes e o especial consentimento do consumidor, no entanto, o tribunal entendeu que a análise do Recurso Especial demandaria o reexame de matéria fática da lide, aplicando a Súmula 7 do STJ.

Recentemente, no REsp nº. 1.742.547/MG (BRASIL, 2019h), interposto em ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada pelos compradores/recorrentes em desfavor de uma empresa de engenharia, em virtude de alegado descumprimento de promessa de compra e venda de unidade em empreendimento imobiliário, visando atacar o acórdão proferido pelo TJMG que afastou a alegação de nulidade de convenção de arbitragem contida em contrato de adesão, ao argumento de que, em momento posterior, os compradores celebraram termo de arbitragem, o STJ negou provimento ao REsp, por considerar que os consumidores celebraram um termo de compromisso de forma autônoma e participaram ativamente do procedimento arbitral.

Com relação aos requisitos específicos da cláusula compromissória nas relações de consumo, no REsp 1.785.783/GO (BRASIL, 2019i), a Corte Especial destacou que pelo conteúdo do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, mesmo se a cláusula compromissória estiver na mesma página de assinatura do contrato, se forem observados os destaques necessários, conforme determina o CDC, ela será considerada válida.

José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luís Monteiro (2019), de forma contrária ao consignado no REsp 1.785.783/GO, observam que o simples destaque em negrito da cláusula e a assinatura específica não protegem de forma efetiva o consumidor, que na prática poderá considerar que se trata apenas de mais uma cláusula em negrito no contrato, gerando dúvida quanto ao significado da sua escolha.

No já mencionado REsp 1.189.050/SP, o STJ asseverou que não há oposição à arbitragem no CDC, que até incentiva a sua adoção, sendo defesa apenas a imposição da cláusula compromissória, reconhecendo que não existe qualquer incompatibilidade entre os artigos 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96 e que para conciliá-los e garantir maior proteção ao consumidor, a cláusula compromissória só terá eficácia no caso de o aderente tomar

a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar de forma expressa com a sua instituição.

Segundo Rodovalho (2016, p. 121-122), enquanto o CDC protege o que se presume vulnerável, a Lei de Arbitragem visa proteger o “efetivamente hipossuficiente”, aplicando-se as duas normas nos casos em que há disparidade de forças entre os contratantes, sendo essa diferença de forças presumida no CDC e concretamente aferida na Lei de Arbitragem.

Observam-se, ainda, decisões do TJSP e do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO), admitindo a arbitragem em contratos de adesão envolvendo relações de consumo, desde que observados os requisitos do art. 4º § 2º, da Lei de Arbitragem (SÃO PAULO, 2018b, 2017f, 2016b, 2012a; GOIÁS, 2018b).

Ressalta-se, no entanto, que autores como Marques, Benjamin e Miragem (2004) sustentam que as normas do CDC se prestam a atender ao interesse social, em contraposição ao dogma da autonomia privada, tendo introduzido a função social do contrato antes da previsão que passou a constar do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) observam que, em que pese a clareza da legislação em vigor autorizando o uso da arbitragem em conflitos envolvendo os direitos do consumidor, a maior parte dos estudiosos do direito do consumidor defende a incompatibilidade da arbitragem nas relações de consumo, com fundamento no art. 51, VII do CDC, sustentando que as normas que tratam dos direitos do consumidor possuem natureza cogente e de ordem pública.

Filomeno (GRINOVER *et al.*, 2007, p. 89) assevera que a utilização da arbitragem na resolução de conflitos envolvendo os direitos do consumidor é incompatível com “os marcos angulares da filosofia consumerista, notadamente aqueles consubstanciados pelo inc. I do art. 4º [...] e incs. IV e VII de seu art. 51”.

O autor defende que a arbitragem seria impraticável no âmbito das relações de consumo, sendo preferível sacrificar esse método de solução de disputas em benefício da manutenção da filosofia consumerista baseada na manifesta vulnerabilidade dos consumidores em geral (GRINOVER *et al.*, 2007).

Marques (2004, p. 890) sustenta que a arbitragem não é o melhor caminho para a solução de disputas envolvendo o direito do consumidor, funcionando bem em lides envolvendo grandes empresas ou comerciantes, com paridade de forças. Segundo a autora, a Lei de Arbitragem tem caráter processual civil e não deve ser utilizada para “fugir” ou “fraudar” a aplicação de direito material imperativo, especialmente em relações tão desequilibradas e

sujeitas a abusos, como são as de consumo.

No mesmo sentido, Amaral Júnior (1991) defende que o art. 51, VII do CDC veda expressamente a utilização da arbitragem em conflitos de consumo, argumentando que a sua estipulação pode ser extremamente lesiva aos interesses dos consumidores, destacando, ainda, que a jurisprudência da França tem considerado inválida a cláusula compromissória nos contratos que envolvem as relações de consumo.

Em reforço à essa corrente doutrinária, Sester (2020) aduz que nesse ramo do direito a autonomia privada se encontra drasticamente limitada e os valores em disputa são geralmente de pequena monta, não se revelando adequada, em razão disso, a utilização da via arbitral.

Andrighi (2006), assenta que não se deve fechar os olhos à realidade, considerando que ainda é incipiente a adoção da arbitragem na resolução de disputas de consumo e que, apesar disso, já existe notícia da má utilização desse instrumento pelos fornecedores de serviço ou produto.

Em que pese a divergência doutrinária com relação à arbitragem nas relações de consumo, caso seja admitida a sua utilização, torna-se necessário afastar a possibilidade da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral, evitando-se a denominada impecuniosidade da arbitragem.

Cabral (2019), em obra específica sobre o tema, ressalta que apesar de a arbitragem não ser em geral cara, os valores necessários para a instauração e o seu prosseguimento podem impedir o uso desse mecanismo por pessoa que tenha celebrado convenção de arbitragem, especialmente durante os períodos de crises econômicas que impactam a todos, a exemplo da grave crise sanitária e econômica provocada pela Covid-19.

No âmbito da Justiça estatal, de acordo com o artigo 82 do CPC, ressalvadas as disposições concernentes à justiça gratuita, constitui incumbência das partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, inclusive com a antecipação do pagamento dos atos processuais que desejam praticar, mas nas relações de consumo, é comum ainda a aplicação do artigo 6º, VIII do CDC, com a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, com a determinação para que o fornecedor realize o pagamento antecipado dos atos processuais, como os custos com a produção de uma prova pericial, se for o caso.

Quando se tratar de arbitragem institucional, caso uma das partes não tenha condições de arcar com os custos necessários para a instauração ou prosseguimento da arbitragem, a outra poderá efetuar o pagamento, sob pena de suspensão ou encerramento do procedimento, diante da ausência de dever do Estado em oferecer assistência para o cidadão

nas arbitragens, não havendo ainda a chance de se beneficiar da assistência judiciária (CABRAL, 2019).

Surgiria, então, a possibilidade de uma lesão ou ameaça a direito deixar de ser analisada pelo árbitro ou tribunal arbitral e a parte ainda ser obstada de dirigir a sua pretensão ao Judiciário, em razão da convenção de arbitragem (CABRAL, 2019).

Para que seja evitada a impecuniosidade da arbitragem, sugere-se que a antecipação do pagamento dos custos do procedimento arbitral sempre seja do fornecedor, podendo as partes dispor sobre a responsabilidade pelo pagamento dos custos do procedimento arbitral ao final da disputa, de forma consensual, observando-se, especialmente, o consentimento expresso do consumidor nesse ponto.

No caso de omissão da convenção, defende-se o que sustentam Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina Fernandes Ananias Alves Ferreira (2019) para as arbitragens em geral, com a adoção do regulamento da instituição arbitral, se as partes não convencionaram em sentido contrário, cabendo aos árbitros, em último caso, a fixação.

Em situações excepcionais, nas quais não for possível, de forma alguma, reduzir os custos da arbitragem e viabilizar a sua instauração, a Justiça estatal deverá declarar a ineficácia da convenção de arbitragem, permitindo o acesso da parte impecuniosa ao Judiciário para a resolução da disputa (CABRAL, 2019).

Assim, em que pese a polêmica sobre a aplicação da arbitragem na solução de conflitos envolvendo os direitos do consumidor, vários especialistas como Nelson Nery Júnior, um dos autores do anteprojeto do CDC, e alguns julgados recentes, até mesmo do STJ, admitem a sua utilização, sendo defendido nesta pesquisa o seu emprego, com as ponderações realizadas, como forma de efetivação dos direitos do consumidor, no que se refere apenas a aspectos patrimoniais e disponíveis da relação de consumo.

Diante dessa conclusão e considerando que se sustenta nesta pesquisa até mesmo a utilização da arbitragem para a resolução de aspectos patrimoniais e disponíveis de conflitos coletivos ambientais, não se vislumbra qualquer obstáculo para utilização da arbitragem coletiva envolvendo aspectos patrimoniais e disponíveis das relações de consumo, embora se evidencie a necessidade de regulamentação da matéria pelo legislativo e da elaboração de estudos específicos sobre o assunto, que ultrapassam os limites desta pesquisa.

O instituto poderia ser empregado com possíveis vantagens em comparação com a Justiça estatal, por exemplo, para a fixação de indenizações para os familiares de vítimas de

acidentes aéreos, desde que se tratem de indivíduos maiores e capazes (arbitrabilidade subjetiva).

2.5.4 Nas relações civis em geral

Não existe polêmica com relação à possibilidade da utilização da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo o direito das obrigações, dos contratos e para fins de apuração de eventual responsabilidade civil, entre pessoas capazes, sustentando-se nesse trabalho, por exemplo, a adequação da arbitragem para a resolução de qualquer conflito coletivo que envolva uma indenização decorrente de um ato ilícito civil que não se enquadre como uma relação de consumo.

Por outro lado, a questão deve ser analisada com maior cautela quando se tratarem de direitos decorrentes das relações de família e das sucessões, que possuem aspectos que não permitem livre disposição pelas partes.

No âmbito do direito de família, somente é possível se cogitar a arbitragem com relação a situações envolvendo exclusivamente direitos patrimoniais e disponíveis, sendo vedada a sua utilização em hipóteses que incluam questões relativas ao estado das pessoas, poder familiar, filiação, divórcio, por exemplo.

Feitas essas considerações, é possível visualizar a utilização da via arbitral para a resolução de disputa referente à partilha de bens em razão de divórcio ou de reconhecimento e dissolução de união estável ou homoafetiva.

Nesses casos, Cahali (2018) afirma que a vantagem do procedimento arbitral, em comparação com a via judicial, é considerável, tendo a sua prática de 25 anos no contencioso revelado que uma partilha litigiosa na cidade de São Paulo costuma se arrastar por 10 anos, entre perícias, levantamentos, julgamentos e recursos, fazendo com que as partes desistam de buscar os seus direitos e se conformem com acordos, ainda que bastante desvantajosos.

Com relação aos alimentos, o autor destaca que os decorrentes do poder familiar, por serem indiscutivelmente irrenunciáveis, não são suscetíveis à via arbitral, sendo possível a utilização da arbitragem na obrigação alimentar decorrente do casamento e da união estável, considerando que o casal pode dispor dos alimentos livremente na separação ou no divórcio no processo judicial ou por escritura pública (CAHALI, 2018).

Cabível o que se disse sobre a arbitragem no direito de família com relação ao direito sucessório, sendo possível a realização da “partilha arbitral” quando se tratar de herança

envolvendo herdeiros maiores e capazes, considerando a existência de direitos patrimoniais disponíveis (CAHALI, 2018, p. 460).

Da mesma forma, eventual prestação de contas do inventariante aos herdeiros também pode ser analisada na via arbitral, apresentando a vantagem, conforme registrado anteriormente, de julgamento em única instância sem a possibilidade da interposição de recursos (CAHALI, 2018).

Mesmo na sucessão testamentária, em que há a necessidade de utilização da via judicial, de acordo com o art. 610, do CPC, é possível a realização da partilha no juízo arbitral, contanto que a sentença volte ao Judiciário, para fins de análise do cumprimento das disposições testamentárias (CAHALI, 2018).

Cumpre ressaltar, no entanto, que apesar de o testador possuir a faculdade de dispor sobre os seus próprios bens, ele não pode impor aos herdeiros cláusula compromissória, cabendo aos próprios sucessores a opção de solucionar as suas controvérsias sobre direitos patrimoniais e disponíveis pela via arbitral, com fundamento no art. 5º, XXXV, da CRFB/88 (CARMONA, 2009).

O TJSP, na Apelação Cível nº 9281671-30.2008.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2014b), assentou que a forma eleita para a solução da controvérsia tem como pressuposto convenção das partes, não podendo ser imposta por terceiro, sob pena de violação do art. 5º, XXXV, da CRFB/88 e do art. 3º, da Lei de Arbitragem.

Em arremate, Cahali (2018) ainda observa que a arbitragem testamentária, com cláusula compromissória inserida no testamento, além do que já se destacou, não poderia incidir sobre a legítima dos herdeiros necessários, limitando-se à parte disponível.

Sustenta-se a possibilidade da via arbitral para a solução de disputas envolvendo a locação de imóveis urbanos, considerando a inexistência de qualquer vedação na Lei nº 8.245/91 (BRASIL, 1991), podendo a arbitragem se encarregar de questões envolvendo eventual ação renovatória, revisional de aluguéis e até despejo (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019), a despeito de recente decisão proferida pelo STJ em sentido contrário (BRASIL, 2021c). O TJSP vem admitindo a validade da eleição da via arbitral para a resolução de conflitos decorrentes da locação de imóveis urbanos (SÃO PAULO, 2014a, 2015a).

Conforme se observa, é bastante ampla a possibilidade da utilização da arbitragem em controvérsias envolvendo as relações civis em geral, inclusive no âmbito coletivo, até mesmo em áreas em que incidem normas de ordem pública, desde que se tratem de partes maiores e capazes e os direitos analisados sejam patrimoniais e disponíveis.

Entretanto, em que pese a necessidade de desenvolvimento de estudos específicos sobre o assunto, não se vislumbra, nos limites da presente pesquisa, a possibilidade de utilização da arbitragem coletiva em conflitos coletivos envolvendo o direito de família e das sucessões.

2.5.5 Nas relações trabalhistas

A exemplo do que ocorre em outras áreas do direito, verifica-se no âmbito da Justiça do Trabalho uma série de processos envolvendo as mesmas causas de pedir e pedidos, surgindo a necessidade de se repensar o acesso à justiça nessa seara, especialmente no que se refere à possibilidade de utilização dos métodos extrajudiciais de solução de disputas, como a arbitragem.

Nesse contexto, da mesma forma que se apontou sobre a arbitragem nas relações de consumo, existe grande polêmica sobre a possibilidade de utilização do instituto para a resolução de conflitos relacionados às relações de trabalho, assentando Roque (2012) que no Tribunal Superior do Trabalho (TST) seis das oito Turmas têm julgados que consideram os dissídios individuais inarbitráveis de uma forma geral, uma turma possui julgados nos dois sentidos e apenas a Quarta Turma possui uma posição mais simpática à arbitragem.

No julgamento do AIRR nº 2547/2002-077-02-40 (BRASIL, 2008j), o TST assentou a possibilidade de utilização da via arbitral para a resolução de controvérsias trabalhistas. Em igual sentido (BRASIL, 2008k).

Entre os autores que se encarregam da pesquisa na seara trabalhista, Leite (2013), Delgado (2011) e Jorge Neto e Cavalcante (2007), sustentam a inconstitucionalidade da arbitragem trabalhista.

Em sentido contrário, Carmona (2009) afirma que os conflitos trabalhistas são arbitráveis, não existindo a necessidade de se buscar na Lei qualquer menção específica autorizadora. Em reforço, também defendem a utilização da arbitragem nessa seara Souza (2004), Brito (2010) e Ferreira, Rocha e Ferreira (2019), dentre outros.

Ainda, Sester (2020) considera o direito do trabalho uma área tão especial que surgem dúvidas com relação à adequação da via arbitral nesse tipo de controvérsias, especialmente sob a ótica da autonomia privada.

No plano normativo, a Lei nº 7.783/89 (BRASIL, 1989a), que dispõe sobre o exercício do direito de greve, resultante da conversão da Medida Provisória nº 59/89 (BRASIL,

1989b), prevê nos seus artigos 3º e 7º a possibilidade de uso da arbitragem em disputas envolvendo o direito de greve.

Em 2015, o Congresso Nacional aprovou projeto de Lei, que veio a se tornar a Lei nº 13.129/15, com a previsão da inclusão do § 4º, no art. 4º, da Lei de Arbitragem, que possibilitava pactuação da arbitragem em contratos individuais de trabalho, no caso de empregado que ocupasse ou viesse a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, condicionando a sua eficácia à iniciativa da instituição da via arbitral pelo empregado ou com a sua concordância expressa.

O veto foi fundamentado no sentido de que a autorização da pactuação da cláusula compromissória, a depender da ocupação de determinados empregados implicaria em distinção indesejada, recorrendo a termo que não é tratado na legislação trabalhista e colocando em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam ser submetidos à via arbitral.

Em 2017, por meio de alteração promovida pela Lei nº 13.467/17 (BRASIL, 2017a), de 13 de junho de 2017, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) passou a contemplar a possibilidade de pactuação da cláusula compromissória de arbitragem em contratos individuais de trabalho com remuneração superior a duas vezes o limite máximo previsto para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que seja por iniciativa do empregado ou conte com a sua concordância expressa, com a aplicação da Lei de Arbitragem.

Conforme observa Roque (2012) o legislador considerou que aquele com remuneração superior à média dos trabalhadores brasileiros possui melhores condições de analisar e discutir a eleição da arbitragem.

No que se refere ao valor mínimo da remuneração para a contratação da arbitragem, essa exigência é alvo de críticas, considerando a inexistência de restrição semelhante à transação, assentando Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) que, observadas as mesmas cautelas necessárias para a arbitragem em matéria de direitos dos consumidores, não deve haver óbice ao arbitramento de direitos trabalhistas patrimoniais e disponíveis, independentemente da remuneração auferida pelo trabalhador.

Observados os cuidados necessários, defende-se neste trabalho a utilização da arbitragem com relação a direitos trabalhistas patrimoniais e disponíveis, qualquer que seja a remuneração do empregado.

Ainda, diante do art. 114, § 1º, da CRFB/88, que prevê a possibilidade da eleição da arbitragem em caso de frustração de negociação coletiva, Roque (2014, p. 64) sustenta que:

[...] não há como negar a possibilidade de arbitragem coletiva de conflitos trabalhistas. Ainda que a legislação infraconstitucional restrinja o campo de arbitrabilidade objetiva aos direitos patrimoniais disponíveis, toda essa questão passa ao largo da arbitragem coletiva em matéria laboral, por se tratar de norma hierarquicamente superior e que prevaleceria sobre qualquer previsão restritiva que pudesse ser extraída da interpretação da Lei nº 9.307/1996.

Destarte, defende-se o uso da arbitragem na resolução de disputas coletivas no direito do trabalho envolvendo aspectos exclusivamente patrimoniais e disponíveis, sem prejuízo das ponderações realizadas anteriormente com relação à arbitragem coletiva em geral - necessidade de regulamentação legislativa e do desenvolvimento de estudos específicos envolvendo a temática.

2.5.6 No direito tributário

O poder de tributar do Estado encontra limites na CRFB/88 e, no caso de eventual violação no exercício do direito de tributar, é possível, diante do que estabelece o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, que os contribuintes promovam a defesa dos seus direitos de forma individual ou coletiva.

A propósito, Mazzilli (2019) afirma que a tutela coletiva do contribuinte constitui um direito fundamental assegurado pela CRFB/88, que garante a defesa dos seus interesses difusos e coletivos em sentido amplo. O autor sugere a adequação do processo coletivo no trato de questões como o bloqueio dos ativos financeiros do Plano Collor de 1990, na impugnação da cobrança progressiva do imposto de transmissão de bens imobiliários, declarada inconstitucional pelo STF, mas que foi cobrado por quase uma década pelo Município de São Paulo e como forma de evitar milhares de ações individuais que foram ajuizadas visando a devolução do empréstimo compulsório sobre combustíveis.

A ampliação da utilização da arbitragem na resolução de conflitos patrimoniais disponíveis, por sua vez, tem sido uma tendência, que também se verifica no direito tributário, com relação ao qual existe uma sólida corrente doutrinária defendendo o seu uso (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; GUERRERO, 2020; ESCOBAR, 2020).

Conforme se destacou anteriormente, em Portugal existe previsão legal expressa para a utilização da arbitragem em disputas envolvendo o direito tributário (SILVA, 2018). O Decreto-lei nº 10/2011 (PORTUGAL, 2011), na sua exposição dos motivos, consigna que a introdução da arbitragem tributária no ordenamento jurídico português objetiva: i) reforçar a

tutela eficaz dos direitos e interesses dos contribuintes; ii) conferir maior celeridade na solução desse tipo de disputa; iii) redução do acervo de processos nos tribunais administrativos e fiscais.

De acordo com o art. 2º, da mencionada norma, compete aos tribunais arbitrais a análise de pretensões que envolvam: i) a declaração de ilegalidade de atos referentes à liquidação de tributos, autoliquidação, retenção na fonte e pagamento por conta; ii) a declaração de ilegalidade de atos de determinação da matéria tributável, coletável e de fixação de valores patrimoniais; iii) a apreciação de qualquer questão de fato ou de direito concernente à decisão de liquidação, quando a lei não assegurar a faculdade de dedução mencionada na hipótese anterior.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, inexistente qualquer proibição quanto à sua utilização, mas por autores como Amaro (2004) sustentarem a indisponibilidade do conteúdo da obrigação tributária, podem surgir algumas dúvidas a respeito da possibilidade de acesso à via arbitral na resolução desse tipo de disputas.

No entanto, Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) observam que a indisponibilidade está vinculada apenas à atividade de cobrança e não à disponibilidade do crédito tributário em si, que possui caráter patrimonial e disponível, possibilitando a utilização da arbitragem.

Segundo Parente (2018, p. 36) “[...] não existe relação de incompatibilidade entre o sistema arbitral e o tributário. Ao contrário, existe ampla oportunidade que aos poucos começa a se transformar em boas práticas na esfera nacional e internacional”.

Com relação à possibilidade do uso da arbitragem em disputas tributárias, Sester (2020) levanta dúvidas quanto ao seu cabimento, sem firmar qualquer posição, considerando a falta de primazia da autonomia privada nessa seara.

Importante registrar que se encontra em andamento no Senado Federal o Projeto de Lei nº 4.257, de 2019 (BRASIL, 2019d), de autoria do senador Antonio Anastasia que visa permitir ao executado a opção pela via arbitral.

Nos termos do art. 1º, do referido Projeto de Lei, o art. 16-A, da Lei nº 6.830/80 permitirá ao executado que garantir a execução mediante depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, a opção pelo juízo arbitral, observados os requisitos da Lei de Arbitragem.

O Órgão Especial do TJSP, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2212809-43.2019.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2020a), ajuizada pelo Prefeito do Município de Ribeirão Preto em face de diversos dispositivos da Lei Complementar Municipal nº 2.972, de 25 de junho de 2019 (RIBEIRÃO PRETO, 2019), dentre eles o art. 7º, que estabeleceu que a arbitragem deve ser priorizada como forma de resolução de litígios, sempre que houver previsão

legal para a sua instauração, a Corte estadual assentou que arbitragem tributária é constitucional, desde que a iniciativa provenha do Poder Executivo.

Destarte, a arbitragem vem ganhando cada vez mais destaque no campo do direito tributário, especialmente pelo crescente interesse do Poder Público na sua adoção, indicando a doutrina e a jurisprudência a arbitrabilidade objetiva dos conflitos tributários, sendo possível se cogitar, diante da lacuna legislativa existente, a aplicação da arbitragem coletiva nessa seara, devendo a questão, no entanto, ser aprofundada em estudos específicos.

3 PROPORCIONALIDADE

3.1 HISTÓRICO

Para a compreensão do instituto da proporcionalidade, parte-se nesta seção da análise da sua evolução histórica no direito.

De acordo com Miranda (2018), a proporcionalidade é inata às relações entre os indivíduos, devendo a reação ser proporcional à ação, distribuindo-se as coisas com justiça, sendo a proporcionalidade assim, inerente ao direito e à justiça³⁷⁻³⁸.

A passagem do Estado de polícia para o Estado de Direito alavancou o surgimento da proporcionalidade, considerando que, antes disso, o monarca exercia o poder de modo absoluto, sem qualquer limitação no que se refere aos fins e aos meios empregados (BUECHELE, 1997).

No entanto, os termos “Estado absoluto” ou “Estado de polícia” são imprecisos, considerando que, a rigor, nenhum Estado existe à margem do direito e nenhum governo é desvinculado das normas jurídicas que assim o intitulam e, ainda que se declare, numa concepção patrimonial, o poder absoluto do rei, isso não pode ser traduzido como uma ilimitação, tendo em vista que a propriedade é determinada sempre com base na lei (MIRANDA, 2019).

Já o denominado Estado constitucional, representativo ou de Direito, apresenta como ápice a Revolução francesa, verificada entre 1789 e 1799, mas com destaque para a Inglaterra, onde esse movimento foi desencadeado um século antes, possuindo como marco a Revolução industrial, e os Estados Unidos, incluindo as suas colônias, com as primeiras Constituições escritas “em sentido moderno” (MIRANDA, 2019).

Em reforço, Barroso (1999), em análise sobre a razoabilidade e a proporcionalidade, assenta que a primeira é oriunda do devido processo legal, que constitui um instituto ancestral do direito anglo-saxão, cuja matriz remonta à cláusula *law of the land*,

³⁷ De acordo com Santiago (2008), a noção de proporcionalidade da reação a uma agressão, consignada na *iustitia vindicativa talionica*, comum nas épocas primitivas, ainda sobrevive nos dias atuais nos casos em que é admitida a autotutela, a exemplo dos institutos do desforço imediato e da legítima defesa.

³⁸ Osna (2017, p. 91) assenta que a noção de proporcionalidade é inerente ao processo e serve de bússola para os seus agentes, sendo comum que o julgador, ao analisar determinada regra, verifique se a sua incidência possui uma dimensão proporcional, atuando a proporcionalidade como um “filtro essencial”.

inserida na Magna Carta de 1215, reconhecida como um dos documentos mais importantes dentre aqueles que precederam o movimento denominado de constitucionalismo³⁹.

O autor acrescenta que, o princípio do devido processo legal nos Estados Unidos foi caracterizado por uma fase com caráter estritamente processual (*procedural due process*) e outra de cunho substancial (*substantive due process*) e que, ao lado do princípio da igualdade, a versão substantiva do devido processo legal se constituiu num importante instrumento de defesa dos direitos individuais, possibilitando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade do Executivo por meio da análise da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas e atos do Estado, em geral (BARROSO, 1999).

Conforme observa Castro (2010, p. 188), a proporcionalidade constitui cláusula inerente à própria noção de direito, ostentando característica expansiva para a “compreensão do fenômeno jurídico na pós-modernidade”, expressando a noção de equitatividade, adequabilidade, suficiência, ausência de abuso ou excesso, equilíbrio, equanimidade, idoneidade, correspondendo à “justa e aceitável proporção na correlação entre os direitos e os deveres impostos, reprimidos, admitidos ou de qualquer forma promovidos pela ordem jurídica plural e democrática”.

Segundo Aristóteles (1991), o justo constitui espécie do termo proporcional, correspondendo a proporção à igualdade de razões, sendo o que é justo, proporcional e injusto aquilo que venha a atentar contra a proporção.

Quem age injustamente atua com excesso e, aquele que é tratado de forma injusta, recebe muito pouco daquilo que é “bom”, ocorrendo o inverso no caso do mal, tendo em vista que o menor mal é considerado algo bom em comparação com um mal maior (ARISTÓTELES, 1991).

Horácio (1953, p. 106-107, *apud* FONSECA, 1994, p. 76), em assunto envolvendo a eterna insatisfação entre o que temos e o que queremos, com a abordagem sobre o dinheiro, o ouro, a avareza e a cobiça assentou a expressão “*Est modus in rebus, sunt certi denique fines*” (Há uma medida nas coisas, há em suma limites certos).

No que se refere às decisões judiciais, Alexy (2019) afirma que elas carregam não apenas a pretensão de correção no contexto do ordenamento jurídico vigente, bem como de

³⁹ Em sentido contrário, Silva (2002) afirma que a identificação da origem do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na Magna Carta de 1215 é equivocada, considerando que os conceitos razoabilidade e proporcionalidade não se confundem e que é questionável a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha se originado desse documento, considerando-se que na Inglaterra é mencionado o princípio da irrazoabilidade e não da razoabilidade.

serem corretas como decisões judiciais, destacando que uma decisão judicial que aplique de forma correta uma lei injusta ou desarrazoada não cumprirá a pretensão de correção que se espera, considerando todos os aspectos envolvidos.

Desta forma, pela proporcionalidade deve ser buscado o meio mais idôneo, mais equitativo e menos custoso, seja pela via legislativa, seja na administração pública dos interesses sociais ou mesmo na aplicação dos comandos normativos pelo sistema de justiça, inclusive no campo das relações privadas, garantido que o sacrifício de um bem da vida não vá além do mínimo necessário diante de outro bem da vida ou interesses conflitantes (CASTRO, 2010).

O autor acrescenta que a ideia de proporcionalidade tem como escopo a justa e equitativa distribuição dos ônus e encargos e, da mesma forma, dos bônus e vantagens, nos mais diversos cenários de disputas (CASTRO, 2010).

No âmbito da jurisprudência do STF, na ADI nº 855 (BRASIL, 2008f), que visava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Paraná que obrigava os estabelecimentos que comercializassem Gás Liquefeito de Petróleo (GLP) a pesarem, em local visível ao consumidor, os botijões ou cilindros comercializados, impondo o abatimento proporcional no respectivo preço, no caso de constatação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que talvez o primeiro caso que apreciou a proporcionalidade no Tribunal Guardião da Constituição tenha sido a Representação nº 930 (BRASIL, 1976b), na qual figurou como relator o Ministro Rodrigues de Alckmin, versando o caso concreto sobre a liberdade do exercício profissional do corretor de imóveis, tendo a Corte afirmado que, naquela situação específica, não deveria ser exigida a regulamentação da profissão.

Registra-se, ainda, que na Representação nº 1.077 (BRASIL, 1984), o Tribunal Guardião da Constituição também assentou a inconstitucionalidade de Lei do Estado do Rio de Janeiro que elevou o valor da taxa judiciária, tendo o Ministro Moreira Alves, relator, afirmado que as taxas que são cobradas em razão da prestação jurisdicional não podem ser excessivas ou criar obstáculos que impossibilitem o acesso à justiça, destacando que a taxa não pode ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a ser pago pelo contribuinte.

Assim, apesar de ter ganhado maior destaque a partir da consolidação do modelo de Estado de direito, a proporcionalidade, conforme apontado, é inata às relações humanas e fundamental na distribuição da justiça.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

A questão envolvendo a análise da natureza jurídica da proporcionalidade no direito brasileiro é palco de infindáveis controvérsias na doutrina e na jurisprudência brasileiras, conforme se observará a seguir.

Nesse sentido, Mendes (1998) destaca que a doutrina constitucional brasileira não se preocupou em conferir um tratamento mais sistematizado à questão da razoabilidade das leis que restringem direitos, tema que tem ganhado destaque na análise da constitucionalidade de algumas normas.

Ávila (1999) assevera que a discussão sobre a proporcionalidade no Brasil é recente, resultando da influência do direito alemão, onde foi estudado e aplicado. O autor acrescenta que boa parte da doutrina não é capaz de explicar adequadamente o dever de proporcionalidade, especialmente o seu fundamento de validade.

Apesar disso, a proporcionalidade deve ser concebida como um elemento disciplinador que limita a competência constitucional dos órgãos estatais e restringe a proteção de direitos fundamentais (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

A doutrina e jurisprudência dominantes, consideram a proporcionalidade um princípio (MENDES, 1998; CASTRO, 2010; MIRANDA, 2018; CANOTILHO, 2003; BRASIL, 2008f). Segundo Alexy (2019, p. 132) a proporcionalidade é uma máxima, constituindo a ponderação o núcleo do exame da proporcionalidade, podendo ser enquadrada como uma regra. Silva (2002) utiliza a expressão “regra da proporcionalidade”. Ávila, por sua vez, assenta que o denominado princípio da proporcionalidade não é um princípio, mas um “postulado normativo aplicativo” (ÁVILA, 1999, p. 153). Abboud (2019) defende que a proporcionalidade não pode ser aplicada como um simples juízo de ponderação que permite ao Judiciário tomar decisões discricionárias, mas sim a partir de uma bipartição de proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) e proibição de excesso (*Übermassverbot*).

De acordo com Castro (2010, p. 185-187), a ausência de previsão expressa da proporcionalidade na CRFB/88 não obsta aplicação da proporcionalidade pelo Judiciário com a finalidade de controle da legalidade dos atos do Estado, considerando a existência de “cláusulas supralégais”, como os princípios da igualdade, do devido processo legal e o postulado “jurídico-diretivo da proporcionalidade”, que constituem conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis pelos sistemas de concreção judicial, com ampla

capacidade expansiva para a assimilação de novas realidades de valores civilizatórios em constante movimento de mudança.

O autor destaca a história constitucional dos Estados Unidos, que enfrenta o desafio de aplicar uma Constituição bicentenária a situações marcadas por profundas mudanças sociais, diante dos grandes avanços da sociedade em todos os campos, especialmente na ciência (CASTRO, 2010).

Segundo Streck (2011, p. 490-491), isolado, o enunciado “proporcionalidade” ou “princípio da proporcionalidade” é carecedor de importância, tornando-se irrelevante a denominação da proporcionalidade como princípio ou não. De acordo com o autor, a proporcionalidade deve estar presente em toda *applicatio*, devendo qualquer decisão ser equânime e observar uma justa proporção, proibindo-se o excesso (*Übermassverbot*) e a proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Tal como Lenio Streck, Castro (2010), com relação à disputa doutrinária sobre a natureza jurídica da proporcionalidade, assevera que se trata de uma discussão com alcance meramente semântico e sem maior consequência no amplo reconhecimento judicial adquirido por esse postulado.

O assunto também é objeto de polêmica entre os ministros do STF. Durante os debates realizados no julgamento da ADI nº 855, o Ministro Eros Grau pediu que a Corte se manifestasse expressamente sobre qual preceito constitucional estaria sendo ofendido, sem a explicitação de eventual ofensa ao que chamou de “tal princípio da proporcionalidade”, que na sua visão nem é um princípio, constituindo-se meramente numa pauta ou método de avaliação da ofensa ou não à Constituição, não por conta da proporcionalidade, mas sim da ofensa ou não de um dos direitos fundamentais.

Eros Grau fez questão de destacar que não estava julgando o caso segundo a proporcionalidade, exemplificando que a norma poderia não ser proporcional com relação à liberdade ou à igualdade, mas que a inconstitucionalidade não diz respeito à infringência da proporcionalidade ou da razoabilidade em si, mas a direito fundamental eventualmente violado pelo seu texto.

O Ministro explicou que estava registrando tais ponderações, para que no futuro não se ensinasse de forma equivocada, consignando que “o volume de livros escritos sobre o princípio da proporcionalidade é uma barbaridade”, passando a ideia de que o STF pode fazer o que bem entender a pretexto da proporcionalidade.

Em contraposição ao que foi dito pelo Ministro Eros Grau, Gilmar Mendes afirmou que a análise da proporcionalidade sempre envolve um direito fundamental ou uma prerrogativa de caráter fundamental submetida à reserva legal, não existindo reserva legal constitucional por parte do legislador se ele não atender ao princípio da proporcionalidade.

Nesse mesmo julgamento, Cezar Peluso afirmou que “quando se invoca a proporcionalidade, se invoca num conflito de valores constitucionais”. Ninguém invoca a proporcionalidade aleatoriamente, só para discutir teorema, mas para resolver conflito entre valores constitucionais” e Carlos Britto consignou que a proporcionalidade é “juízo de ponderação”.

Conforme se observa, a questão é objeto de grande polêmica tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, excedendo maiores divagações os limites do presente estudo.

3.3 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Conforme se destacou anteriormente, a proporcionalidade surgiu com a finalidade de ensejar uma forma de controle em face de eventuais excessos cometidos pelo Estado, possibilitando, num primeiro momento, o exame da norma ou do ato administrativo de acordo com a finalidade constitucional.

Diante das inúmeras possibilidades jurídicas, surge a necessidade de se usar a lei da ponderação, que embasa o princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1988).

Em que pese a ausência de previsão expressa da proporcionalidade na CRFB/88, no plano infraconstitucional, a Lei federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, estabelece no seu art. 2º que a Administração Pública deverá obedecer, dentre outros princípios, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Entretanto, diante do caráter analítico da CRFB/88, qualquer restrição a direitos fundamentais deve ser baseada em fundamento constitucional, sendo insuficiente a alegação da existência de norma infraconstitucional, sob pena de nulidade (ABBOUD, 2019).

Com relação ao fundamento constitucional da proporcionalidade, Ávila (1999) observa que boa parte da doutrina apresenta dificuldade em explicá-lo adequadamente. No entanto, é possível identificar, de uma forma geral, a existência de quatro correntes, quais sejam: (i) no Estado de Direito (BARROS, 2000; MENDES; COELHO; BRANCO, 2002; BARROSO, 1998); (ii) no princípio do devido processo legal material, entendimento adotado pelo STF em vários julgados, conforme se verá a seguir. Nesse contexto, Borges Netto (2000) observa que a

Constituição indica caber ao Judiciário, especialmente ao STF, afastar leis arbitrárias e desarrazoadas, limitando a conduta do legislador, permitindo o *due process of law* em seu aspecto substantivo o controle de atos que cuidam de liberdades individuais; (iii) no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição (GUERRA FILHO, 2001a; BONAVIDES, 2000); e (iv) na estrutura dos direitos fundamentais, a exemplo do art. 5º, II (legalidade), XXXV (inafastabilidade da jurisdição), LXVIII (*habeas corpus*), LXIX (mandado de segurança), LXXII (*habeas data*), XXXIV, alínea *a* (direito de petição) e art. 1º, caput, II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana), além de uma tendência de sustentar que constituem regra de proporcionalidade todos os dispositivos da CRFB/88 que utilizam a expressão “proporcional” (SILVA, 2002).

Guerra Filho (2001b), no entanto, defende que não é correto ou necessário buscar qualquer derivação da proporcionalidade de um outro princípio como o Estado de Direito ou a legalidade.

De acordo com Mello (2001) a proporcionalidade constitui uma expressão do princípio da razoabilidade, apresentando um destaque próprio diante da possibilidade de colocar em evidência a desproporcionalidade do ato.

Em sentido contrário, Silva (2002) sustenta que não se deve confundir proporcionalidade com razoabilidade, o que frequentemente se verifica na jurisprudência do STF, em trabalhos acadêmicos, relatórios de comissões do Poder Legislativo e da doutrina, considerando que a regra da proporcionalidade se diferenciaria da razoabilidade não só quanto à sua origem, bem como à sua estrutura.

O autor observa que o ato desproporcional não é, necessariamente, irrazoável, de acordo com a jurisprudência inglesa fixada na decisão *Wednesbury*, tendo em vista que para que seja considerado desproporcional, o ato deve ser “extremamente irrazoável ou absurdo”, correspondendo o conceito de razoabilidade apenas à exigência de adequação, sendo a regra da proporcionalidade mais ampla do que a razoabilidade, não se exaurindo na análise da compatibilidade entre meios e fins (SILVA, 2002).

No âmbito do direito português, Canotilho (2003, p. 267) observa que a proporcionalidade em sentido amplo, também denominada “princípio da proibição de excesso”, recebeu status de princípio constitucional, nos termos dos arts. 18.º/2, 19.º/4, 265º e 266.º/2, verificando-se uma discussão com relação ao seu conteúdo constitucional, com alguns estudiosos e parte da jurisprudência sustentando que se trata de uma derivação do Estado de Direito, enquanto outros defendem a sua conexão com os direitos fundamentais.

Segundo o autor, a regra de razoabilidade, há tempos, influencia a jurisprudência dos países que adotam a *Common Law*, com a sua utilização na avaliação do caso concreto, estabelecendo o comportamento razoável de acordo com a situação de fato e a regra do precedente, verificando-se, nos últimos tempos, uma evidente “europeização do princípio da proibição do excesso”, por meio da intersecção das diversas culturas europeias (CANOTILHO, 2003, p. 267).

No que concerne ao Tribunal Guardião da Constituição, na ADI nº 855, o Ministro Gilmar Mendes assentou que em alguns sistemas jurídicos a proporcionalidade encontra fundamento na própria ideia dos direitos fundamentais e, em outros, na ideia do Estado de Direito, sendo defendido no Brasil que representa uma expressão do devido processo legal no seu aspecto substantivo.

Nesse julgamento, o Ministro Moreira Alves ressaltou que desde a entrada em vigor da CRFB/88, a proporcionalidade encontra seu fundamento no devido processo legal material.

No mesmo sentido, na ADI nº 1.158 MC/AM (BRASIL, 1994b), ajuizada em face de Lei do Estado do Amazonas que estendeu adicional de férias aos servidores inativos, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, asseverou que a cláusula do devido processo legal deve ser entendida não apenas sob o seu aspecto meramente formal, mas também na sua dimensão material, atuando como um obstáculo à edição de normas com conteúdo arbitrário ou irrazoável, residindo a essência do *due process of law* na proteção dos direitos e liberdades das pessoas contra qualquer espécie legislativa destituída de razoabilidade.

Em reforço, na ADI nº 173/DF (BRASIL, 2008e), que cuidou da análise da constitucionalidade de normas que condicionavam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários, o Guardião da Constituição consignou que eventuais restrições ao direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas, devem observar a proporcionalidade e a razoabilidade, que decorrem do devido processo legal substantivo.

Mendes (1998) assevera que a argumentação desenvolvida pelo STF sobre a proporcionalidade demonstra que a legitimidade das medidas restritivas deve ser analisada no contexto de uma relação meio-fim, devendo ser declarada a inconstitucionalidade de lei que estabeleça limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais.

Entretanto, Silva (2002) adverte que em nenhum desses julgados, especialmente na notória ADI nº 855, o STF analisou os subprincípios da proporcionalidade adequação,

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de forma concreta e isolada e, sem isso, não há que se cogitar a aplicação da regra da proporcionalidade.

A aplicação da proporcionalidade pelo STF também é objeto de críticas de Ávila (1999) que apesar de considerá-la muitas vezes correta, aponta que a fundamentação baseada na proporcionalidade utilizada pela Corte não estabelece critérios claros para a identificação da relação meio-fim, deixando obscuro o seu fundamento de validade, resultando em decisões ambíguas.

Conforme se observa, em que pese a grande divergência doutrinária com relação ao fundamento da proporcionalidade, a doutrina e a jurisprudência indicam a existência de assento constitucional, independentemente da corrente que se adote.

3.4 PROPORCIONALIDADE E SEUS SUBPRINCÍPIOS

Uma vez reconhecido o fundamento constitucional da proporcionalidade, cumpre discorrer sobre os critérios que devem ser levados em conta para a sua aplicação, destacando a doutrina a existência de “sub-regras” ou “subprincípios” do instituto.

Segundo Silva (2002), existem três tendências distintas com relação ao número do que ele denomina “sub-regras” da proporcionalidade, quais sejam: i) a primeira que considera as sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito; ii) a segunda que admite somente a análise da adequação e da necessidade, com a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito; e iii) uma terceira que além de adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, inclui a análise da legitimidade dos fins almejados com a adoção da medida, representando essa corrente uma tendência de aplicação da proporcionalidade pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Diferentemente de Silva, Miranda (2018, p. 325) denomina como “subprincípios” da proporcionalidade a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Independentemente da denominação que se queira atribuir, Dimoulis e Martins (2007), assentam que esses subprincípios (ou sub-regras) devem ser aplicados de forma gradual, descartando-se, em primeiro lugar, medidas inaptas e inadequadas. Na sequência medidas desnecessárias e, por fim, deverá ser avaliado o atendimento da proporcionalidade em sentido estrito.

Com relação ao subprincípio da adequação, Miranda (2018) assevera que pode ser traduzido na utilização do meio adequado à sua continuação, devendo a intervenção adotada pelo órgão encontrar correspondência com o bem juridicamente tutelado.

De acordo com Canotilho (2003), a medida adotada para satisfação do interesse público deve ser apropriada ao fim ao qual se destina, exigindo a investigação e a prova de que o ato é apto e se conforma com as justificativas que ensejaram a sua adoção, tratando-se de um controle da relação entre meio e fim.

Silva (2002), assenta que o conceito de razoabilidade como compatibilidade entre meio e fim (razoabilidade interna) e legitimidade dos fins (razoabilidade externa) não possui identidade com a regra da proporcionalidade, correspondendo à adequação.

No que se refere ao subprincípio da necessidade, que Canotilho denomina de “menor ingerência possível”, coloca-se em evidência o direito que o cidadão possui à “menor desvantagem possível” (CANOTILHO, 2003, p. 270).

O autor acrescenta que costuma-se incluir outros elementos visando aumentar a operacionalidade prática desse subprincípio, quais sejam: i) a exigibilidade material: que impõe que o meio deve ser o mais resguardado possível com relação à limitação de direitos fundamentais; ii) exigibilidade espacial: decorre da necessidade de limitação do âmbito da intervenção; iii) exigibilidade temporal: que impõe a rigorosa delimitação da duração da medida coativa adotada pela Administração Pública; iv) exigibilidade pessoal: restringe a medida adotada à pessoa ou às pessoas que devem ter os interesses restringidos (CANOTILHO, 2003).

No âmbito de eventuais sanções impostas pela Administração Pública, por exemplo, deverá ser adotada a medida menos gravosa e suficiente para a restauração da ordem jurídica violada, evitando-se a todo custo que se incorra em excesso (CASTRO, 2010).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada de “racionalidade” por Miranda, equivale à justa medida, implicando na correta avaliação da medida a ser tomada do ponto de vista quantitativo e não apenas qualitativo, de modo que não fique aquém ou além do que irá influir na busca do resultado que se espera, “nem mais, nem menos” (MIRANDA, 2018, p. 325-326).

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito constitui um mandamento de ponderação ou sopesamento, dependendo a otimização de um direito fundamental das “possibilidades jurídicas” presentes, que decorrem do sopesamento dos princípios em colisão (SILVA, 2002).

Esse subprincípio é apontado como o mais controverso dos três, por apresentar alto grau de subjetividade, tendo em vista que a ponderação em sentido estrito pode proporcionar decisões de cunho político em prejuízo do aspecto jurídico (MARTINS, 2012).

O autor assevera que a proporcionalidade em sentido estrito deveria ser utilizada somente pelo Legislativo, considerando a legitimidade democrática e constitucional da sua atribuição (MARTINS, 2012).

No âmbito do Pretório Excelso, no julgamento da IF nº 2.257/SP (BRASIL, 2003d), na qual o autor requereu o deferimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, com fundamento na ausência de pagamento de valor requisitado em precatório com verba de caráter alimentar expedido no ano de 1993, para que fosse incluído no orçamento de 1994, referente a processo iniciado em 1989, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes consignou que:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito [...], há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Da mesma forma que a doutrina majoritária, o STF já assentou que a proporcionalidade é composta pela: i) adequação: devendo as medidas adotadas serem aptas a atingir os objetivos pretendidos; ii) necessidade: consistente na ausência de outro meio menos gravoso capaz de atingir os mesmos resultados; e iii) proporcionalidade em sentido estrito: correspondendo à ponderação entre a intervenção adotada e os objetivos almejados pelo legislador.

3.5 PROPORCIONALIDADE *VERSUS* RAZOABILIDADE

Considerando que a doutrina e a jurisprudência, não raras vezes, costumam empregar as expressões proporcionalidade e razoabilidade como sinônimas, cumpre verificar se há diferença entre os institutos e se a questão apresenta algum interesse prático, especialmente no que se refere à aplicação da proporcionalidade como critério de julgamento.

A expressão proporcionalidade, relacionada à limitação do poder do Estado e também conhecida como proibição de excesso possui origem alemã, enquanto a jurisprudência dos países que adotam o *Common Law* prefere o uso da expressão razoabilidade⁴⁰ (*reasonableness*) (CANOTILHO, 2003).

No âmbito brasileiro, conforme já se destacou, as questões envolvendo a proporcionalidade são objeto de grandes polêmicas na doutrina e na jurisprudência, que de uma maneira geral, especialmente a do STF, emprega as expressões “proporcionalidade” e “razoabilidade” como sinônimas (BRASIL, 2004c, 2002e, 1996b, 2008f, 1994b, 2003b, 2001a).

Silva (2002) afirma que a jurisprudência do STF pouco contribui para a discussão, apresentando a invocação da proporcionalidade como um recurso com caráter meramente retórico e não sistemático, sendo lançada em várias decisões em que se queira afastar uma conduta considerada abusiva a fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”, adotando um raciocínio simplista e mecânico, seguindo as singelas premissas de que: i) a proporcionalidade encontra fundamento na Constituição; ii) o ato ou norma impugnada não respeitam essa exigência; iii) logo, o ato ou norma questionados são inconstitucionais. Apesar de o STF se referir normalmente ao “princípio da proporcionalidade”, esse deve ser entendido como razoabilidade - sub-regra da adequação (SILVA, 2002).

Essa ausência de distinção também é notada em parte da doutrina, que emprega as expressões proporcionalidade e razoabilidade como sinônimas⁴¹ (BARROSO, 1999; BASTOS, 1997; BULOS, 2003).

Ávila (1999, p. 173-174), por sua vez, ressalta que o dever de proporcionalidade não possui identificação com o dever de razoabilidade, sob o argumento de que no primeiro se verifica o exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos, com a análise do bem jurídico protegido por um princípio constitucional numa relação meio-fim. Com relação ao segundo, não se analisa a intensidade da medida para a concreção de um fim, mas sim um bem jurídico

⁴⁰ Segundo Bustamante (2008), a noção de razoabilidade desempenha uma função muito importante na seara da argumentação jurídica, atuando com um *standard* na avaliação e crítica das possibilidades de decisão nos *hard cases*.

⁴¹ Tepedino (2019, p. 289) destaca que as noções de razoabilidade e proporcionalidade são ambíguas, sendo a razoabilidade invocada de modo acrítico como parâmetro final em decisões, equivalendo aos mais diferentes conceitos como “boa-fé, abuso, equidade, senso comum, justiça do caso concreto ou correção do rigor norma abstrata, regras do bom senso, permissivo excepcional para o exame de circunstâncias fáticas incidentes no caso, respeito às regras da lógica, experiência comum partilhada”, dentre outros.

de determinada pessoa, com a verificação da constitucionalidade da norma geral em um caso individual, sem a necessidade de se declarar a norma inconstitucional, considerando a razoabilidade as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos na disputa. O autor define o dever de proporcionalidade como um:

[...] “postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados”.

No plano infraconstitucional, o art. 2º, da Lei nº 9.784/99, ao estabelecer os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, prevê de forma individualizada os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entretanto, em que pese mais uma vez a grande divergência doutrinária, tanto uma como a outra possuem uma finalidade em comum que é a de combater abusos por parte do Estado, afastando normas e atos administrativos “caprichosos” e ofensivos à Constituição (SARMENTO, 2002, p. 87).

Destarte, a discussão apresenta muito mais interesse doutrinário do que efeitos práticos.

3.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DOS LIMITES DOS LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Observa-se a utilização das mais variadas designações atribuídas aos direitos fundamentais na doutrina em geral e na jurisprudência.

Sobre o assunto, Sarlet (2009, p. 29) ressalta que o termo “direitos fundamentais” equivale aos direitos do ser humano positivados no direito constitucional de determinado Estado e a expressão “direitos humanos” aos documentos de direito internacional, independentemente de qualquer vinculação com alguma ordem constitucional, constituindo consenso que o traço de “fundamentalidade” desses direitos possui relação intrínseca com o princípio da dignidade humana (SARMENTO, 2019, p. 77).

Os direitos e garantias fundamentais correspondem aos valores e prerrogativas atribuídas aos seres humanos que devem ser analisados sempre tendo em vista a dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em limitação aos poderes constituídos que possuem o dever de

reprimir abusos que possam ser praticados pelos governantes, impondo-se o uso da moderação (BRANCO, 2008). Segundo Agra (2018, p. 83):

Os direitos fundamentais são o principal elemento para a legitimação da atuação da jurisdição constitucional, tornando-a apta para enfrentar as demandas da sociedade. Quando o processo de expansão e atuação da jurisdição constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que incidem em controversas searas políticas encontram respaldo na sociedade, desempenhando o órgão que exerce a jurisdição constitucional um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição.

Destaca-se como característica dos direitos fundamentais a sua aplicação direta e imediata, sendo prescindível qualquer atuação do Poder Legislativo para dotá-los de eficácia, considerando a superação do denominado modelo de “Estado de Direito formal”, no qual a eficácia dos direitos fundamentais dependia de normatização pelo legislador, conforme se extrai do art. 5º, § 1º, da CRFB/88.

No entanto, isso não confere a toda e qualquer norma constitucional autoaplicabilidade, a exemplo da efetivação dos direitos sociais que demandam atuação estatal, verificando-se, ainda, em alguns casos, a necessidade da elaboração de normas para a tutela de determinados direitos fundamentais, conforme se extrai do art. 5º, XXVIII, da CRFB/88.

Desta forma, evidencia-se que a eficácia das normas constitucionais está condicionada à normatividade ou densidade atribuída pela Constituição Federal, desdobrando-se, de acordo com Silva (2012), em dois aspectos, quais sejam, a eficácia social, que corresponde à efetividade da norma, se ela é de fato obedecida e aplicada e a eficácia jurídica, que diz respeito à qualidade de produzir efeitos jurídicos na regulamentação de situações, relações e comportamentos.

No que se refere ao seu exercício, é comum a ocorrência de conflitos, demandando a definição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais em colisão, com a análise de cada situação concreta, não sendo possível afirmar, categoricamente, se um bem jurídico estaria garantido por uma determinada norma.

Nesse ponto, verifica-se a colisão dos direitos fundamentais quando ocorre um conflito entre o exercício desses direitos por titulares distintos⁴² e o exercício de um direito fundamental atinge de fato o âmbito de proteção de outro direito dessa natureza.

⁴² Com relação à necessidade de que o conflito abranja o exercício de direitos fundamentais por titulares distintos, Nery Junior (2009), em parecer sobre a escolha esclarecida de tratamento médico por pacientes Testemunhas de Jeová, com fundamento na ponderação proposta por Robert Alexy, criticou as decisões judiciais que condenam os pacientes dessa religião a se submeterem compulsoriamente a tratamento médico com transfusão

Em alguns casos a colisão é apenas aparente, por decorrer de situações que não estão amparadas pelo âmbito de proteção do direito, a exemplo do indivíduo que, sob o fundamento da liberdade de religião, deseje adotar a poligamia no Brasil, havendo nesse caso apenas um conflito aparente, considerando que o exercício do seu direito não estaria amparado pelo âmbito de proteção do direito fundamental, não se verificando colisão entre o direito pleiteado e os valores defendidos pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, constata-se efetiva colisão de direitos fundamentais no conflito entre a liberdade de pensamento e de expressão e censura, o direito à informação e o direito à intimidade e direito à privacidade, conforme se observa da ADI nº 4.815 (BRASIL, 2015m), que abordou a necessidade da autorização de pessoa biografada.

Outro julgado com grande repercussão envolvendo a aplicação do princípio da proporcionalidade analisou autorização concedida para a instalação de escuta ambiental em escritório de advocacia no período noturno (BRASIL, 2008h).

Aponta-se a existência de duas espécies de colisão, quais sejam: i) em sentido amplo, cujo conflito dá-se entre direitos fundamentais e direitos fundamentais coletivos e difusos, podendo ser citado como exemplo o exercício do direito de reunião, simultaneamente e no mesmo local, por dois ou mais grupos que se antagonizam; e ii) em sentido estrito, relativamente ao choque entre direitos fundamentais titularizados por pessoas individuais.

Visando solucionar as colisões entre os direitos fundamentais, indaga-se se haveria uma solução pré-determinada, fixa e geral. No entanto, a construção de uma solução prévia, rígida e geral para eventuais conflitos teria como pressuposto, necessariamente, o reconhecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais, que não pode ser afirmada *prima facie*, em que pese o reconhecimento da precedência do postulado da dignidade da pessoa humana, que serve como norte para todas as disposições constitucionais.

Esse tipo de solução afrontaria o princípio da unidade da Constituição, além de provocar uma desnaturação do direito fundamental, com a redução do seu âmbito de proteção, devendo a solução do conflito ocorrer mediante a análise do caso em concreto, levando-se em consideração as peculiaridades.

de sangue, sob o fundamento de que numa ponderação de interesses entre dois direitos fundamentais, liberdade religiosa *versus* direito à vida, deve-se optar pela prevalência do direito à vida. Segundo o autor, em verdade, o suposto conflito entre a liberdade religiosa e o direito à vida constitui um falso problema, na medida em que o exercício da liberdade religiosa, nesses casos, não causa dano ou repercussão negativa em qualquer direito fundamental de terceiros.

Portanto, no exercício do juízo de ponderação para a resolução do conflito não se deve atribuir primazia absoluta a qualquer princípio do direito, cabendo ao julgador assegurar a aplicação das normas em conflito, mesmo que no caso concreto uma delas seja atenuada (MENDES, 1994).

Conforme assenta Coelho (2002, p. 363), quando se deparar com antinomias de princípios que repare igualmente utilizáveis, deverá o intérprete realizar uma ponderação, optando por aquele que lhe parecer mais adequado para o fim de otimização da justiça, estabelecendo entre os princípios concorrentes uma “relação de precedência condicionada”, afirmando que “diante das peculiaridades do caso” um princípio deverá prevalecer sobre o outro, sendo possível, em outras circunstâncias, que a questão da precedência seja solucionada de maneira totalmente oposta.

Com base nessa argumentação, no julgamento da IF nº 2.915 (BRASIL, 2003e), na qual foi requerido o deferimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, em razão do não pagamento de valor requisitado em precatório de natureza alimentar, o Ministro Gilmar Mendes destacou em seu voto que apesar da evidente obrigação constitucional de pagamento de precatórios relativos a créditos de natureza alimentar, nos termos do art. 78 da ADCT, é inegável que o Estado também possui diversas outras obrigações de idêntica hierarquia. Diante dessa situação, assegurar de modo irrestrito e imediato a eficácia do disposto no art. 78 do ADCT implicaria em risco a outras normas constitucionais, a exemplo da obrigação dos Estados de manutenção dos serviços de educação e saúde.

Gilmar Mendes adotou a aplicação da “relação de precedência condicionada” entre os princípios concorrentes, reconhecendo a precedência condicionada do princípio da autonomia dos Estados, como prerrogativa constitucional “mais elementar”, de modo a não prejudicar a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

Também merece destaque a emblemática Reclamação nº 2.040 (BRASIL, 2002f), na qual a reclamante, submetida a processo de extradição e que se encontrava internada em unidade hospitalar aguardando o nascimento de filho, gerado enquanto ela esteve custodiada, com o suposto envolvimento de servidores do Departamento da Polícia Federal responsáveis pela custódia, tendo o Delegado responsável pelas investigações requerido a realização do exame de DNA, ao argumento de que seria o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez e com isso apurar as eventuais responsabilidades administrativas e criminais dos servidores públicos que trabalharam no plantão e na custódia da reclamante e se comprometeram, de forma espontânea, a fornecer material genético para o exame, tendo essa

última se recusado a fornecer material genético para o teste, ajuizando a presente reclamação sob a alegação de que tomou conhecimento de que, à sua revelia, por ocasião do seu parto, seria colhido material genético do líquido amniótico, com a finalidade de realizar exame de DNA para averiguação da paternidade do seu filho.

Em seu voto, o Ministro relator Néri da Silveira destacou que cinquenta policiais e onze detentos ou ex-detentos permitiram a coleta de sangue “na esperança de ver o enigma da gravidez elucidado”, sendo necessária a busca da verdade real em favor da honra e da dignidade dos envolvidos, além do direito do nascituro de conhecer a sua origem genética, não havendo que se falar em colisão de direitos fundamentais, havendo sim um alinhamento de direitos fundamentais “clamando por uma satisfação simultânea”.

Ao final, Néri da Silveira conheceu a reclamação e reconheceu a sua procedência para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, mediante a utilização de material genético da placenta, indeferindo, ainda, o pedido de requisição do prontuário médico da reclamante, formulado pelo MP.

O Ministro Maurício Corrêa, por sua vez, fez questão de sublinhar em seu voto a aplicação da proporcionalidade, considerando que em oposição aos direitos fundamentais da reclamante havia o direito fundamental dos policiais e detentos apontados como autores do suposto estupro praticado contra aquela.

Com relação à possibilidade de colisão de direitos fundamentais idênticos, a Corte Suprema, no RE 145.023/RJ (BRASIL, 1992c), asseverou que o “proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade”.

No que se refere à colisão de direitos fundamentais distintos, o STF, no AI 595.395/SP (BRASIL, 2007j), consignou que a Constituição da República, embora assegure o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe a observação de parâmetros, notadamente os direitos da personalidade, constituindo atribuição do Judiciário definir em cada situação concreta a liberdade que deve prevalecer.

Não há como negar a possibilidade da imposição de restrições aos direitos fundamentais, destacando Silva (2016) que diante da multiplicidade de direitos que compõem o nosso ordenamento jurídico, as hipóteses de colisões são muitas e inevitáveis. Em igual sentido, Mendes (1998) ressalta que a lei pode limitar o alcance da proteção conferida a esses direitos, afirmando Sanchís (1994) que a jurisprudência de todos os tribunais com competência

para apreciar casos versando sobre direitos humanos assenta que não existem direitos ilimitados.

Isso é confirmado pela própria CRFB/88, a exemplo da previsão sobre a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), permitindo-se a violação, nesse último caso, mediante ordem judicial fundamentada nas hipóteses previstas na Lei nº 9.296/96 e do direito de liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII), considerando que a lei pode prever determinados requisitos para o seu exercício, como a aprovação no exame de ordem da OAB, para o exercício da advocacia, conforme estabelece a Lei nº 8.906/94, dentre diversos outros dispositivos constitucionais que cuidam de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XVI e art. 5º, XVII).

Com relação às restrições aos direitos fundamentais, observa-se a existência das teorias externa e interna. De acordo com a primeira, direito e restrição integram categorias distintas, inexistindo uma relação entre eles, sendo as restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas em lei em sentido formal, por meio de reservas legais simples ou qualificadas (PEREIRA, 2006, 179-180).

Entretanto, a possibilidade de restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais apenas pela via legislativa é criticada até mesmo pelo STF (BRASIL, 1999b), por resultar no reconhecimento de direitos absolutos.

Já a teoria interna apregoa que os direitos fundamentais surgem com o seu conteúdo delineado, que correspondem aos seus limites imanescentes, considerando a inexistência de direitos absolutos, sendo possível a sua restrição a partir da interpretação e da declaração do próprio conteúdo do direito (PEREIRA, 2006).

De qualquer forma, independente da corrente adotada, é evidente que os direitos fundamentais podem ser limitados por expressa disposição constitucional, denominada restrição imediata, a exemplo do direito de “reunir-se pacificamente, sem armas” (art. 5º, XVI, da CRFB/88), restringindo a expressão “sem armas” o direito de liberdade de reunião. O que também se verifica com relação à liberdade de “locomoção no território nacional em tempo de paz” (art. 5º, XV, da CRFB/88), diante da ressalva realizada pela norma “em tempo de paz”.

Deve ser destacada ainda a possibilidade da restrição de diversos direitos fundamentais nos casos de estado de defesa e estado de sítio, em que há, respectivamente, limitação aos direitos de reunião, de sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica (art. 136, § 1º, I, “a”, “b”, e “c”, da CRFB/88) e a restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de

imprensa, radiodifusão e televisão, o direito de reunião (suspensão da liberdade de reunião), a inviolabilidade do domicílio (a busca e apreensão em domicílio) e o direito de propriedade (art. 139, da Constituição Federal).

Além dessas hipóteses de imposição de restrições na própria norma constitucional, é possível a limitação de direitos fundamentais por lei ordinária, com fundamento imediato na própria Constituição, restrição mediata, por meio de *reserva legal simples*, consistente na expressa autorização constitucional para a limitação do direito pelo legislador, sem outras exigências adicionais, conforme se verifica do art. 5º, VI, da CRFB/88, que garante a proteção aos locais de culto e às suas liturgias “na forma da lei” e do art. 5º, VII, da CRFB/88, que assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva “na forma da lei”; ou de *reserva legal qualificada*, em que há imposição de limites à atuação legislativa, a exemplo do que ocorre com a possibilidade de restrição à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, ante a exigência de ordem judicial, nos termos do art. 5º, XII, da CRFB/88. Da mesma forma, constata-se a exigência de reserva qualificada no que se refere à publicidade dos atos processuais, cabível, excepcionalmente, para o resguardo da intimidade ou do interesse social, na forma do art. 5º, LX, da CRFB/88.

Admite-se, ainda, a intervenção legislativa em matéria de direitos fundamentais sem previsão expressa de reserva constitucional, considerando que o legislador não pode ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção, pois nem tudo o que se encontra protegido pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa, como a liberdade religiosa, a inviolabilidade de domicílio e a inviolabilidade da correspondência escrita, desfruta de efetiva proteção dos direitos fundamentais (MENDES; COELHO; BRANCO, 2002).

O grande problema que se verifica concerne ao uso de previsões imprecisas que permitem maior liberdade de atuação do legislador quando da delimitação do direito, podendo ensejar uma maior restrição ao direito fundamental, o que já se observou com relação ao mandamento constitucional penal dos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da CRFB/88), com a previsão legal da execução integral da pena em regime fechado, sendo, posteriormente, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959 (BRASIL, 2006f) e da vedação de concessão de liberdade provisória, também declarada inconstitucional pela Corte Suprema na ADI 3.112 (BRASIL, 2007h).

De qualquer sorte, torna-se possível distinguir três estágios na adoção do procedimento de restrição normativa dos direitos fundamentais, o primeiro com a fixação do âmbito de proteção da norma, com a identificação dos bens juridicamente tutelados pelos

direitos fundamentais, considerando que o próprio STF já assentou que as liberdades públicas não são incondicionais e devem ser exercidas de acordo com os limites definidos na norma constitucional (BRASIL, 2003c); o segundo, com a definição do âmbito de efetiva proteção da norma fundamental, com a análise da natureza e da extensão das restrições que podem ser impostas aos direitos fundamentais, sejam elas imediatas ou mediatas, observando-se, ainda, os limites imanentes (limites constitucionais implícitos), conforme se verifica do mesmo julgado citado anteriormente, que consignou que a liberdade de expressão não pode abranger manifestações de cunho imoral ou que constituam infração penal; e o terceiro, no qual são fixados os “limites dos limites” (*Schranken -Schranken*), decorrente da necessidade de proteção ao núcleo essencial do direito fundamental, bem como a proporcionalidade dessa restrição (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 137-138).

A proteção ao núcleo essencial objetiva evitar restrições desproporcionais e desarrazoadas, que possam nulificar ou esvaziar o conteúdo do direito fundamental, sendo essa limitação expressamente prevista em alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo da cláusula constante do art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949, a qual prevê que “em nenhum caso poderá ser um direito fundamental violado em sua essência”, ou a Constituição portuguesa de 1976 em seu art. 18º, n. 3, ou, ainda, a Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1.

Nessa ótica, Silva (2009, p. 27) assevera que “significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles”, verificando-se duas teorias que cuidam da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, a *teoria absoluta* (*absolute theorie*) e a *teoria relativa* (*relative theorie*).

Segundo a primeira, existe uma unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que não se sujeita à intervenção estatal, constituindo uma “grandeza fixa” independentemente da questão concreta analisada (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 90). Essa teoria é criticada pela dificuldade de se estabelecer, abstratamente, os contornos desse mínimo existencial.

Para a teoria relativa, o núcleo essencial deve ser definido em cada caso concreto, por meio do princípio da proporcionalidade, considerando que a ponderação dos bens e interesses públicos e providos em jogo permitirão verificar se o conteúdo essencial foi ou não afetado (PIEROTH; SCHLINK, 2012).

Se a teoria absoluta é criticada pela dificuldade de delimitação abstrata do mínimo existencial, a relativa apresenta o inconveniente de possibilitar uma exagerada flexibilização dos direitos fundamentais, com o risco de descaracterizá-los. No entanto, apesar das

ponderações feitas com relação às duas teorias, tem-se admitido a proteção do núcleo essencial sob ambas interpretações, considerando que uma não exclui necessariamente a outra.

Apesar de não haver cláusula expressa do núcleo essencial dos direitos fundamentais na CRFB/88, ao contrário do que ocorre em outros países, conforme já se mencionou, a cláusula pétrea expressa no art. 60, § 4º, da CRFB/88, pode ser reconhecida como limite do limite para o legislador ordinário.

Nesse âmbito, a jurisprudência do Tribunal Guardião da Constituição já admitiu a existência de um núcleo essencial, de um limite do limite no *Habeas Corpus nº 82.959*, assentando que a imposição de regime integralmente fechado para cumprimento de condenação nos crimes hediondos configuraria lesão ao princípio do núcleo essencial, tendo em vista que a imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena corporal atinge o “próprio núcleo” do princípio da individualização da pena, afetando a razão de ser da previsão insculpida no art. 5º, XLVI, da CRFB/88.

Na ADI 2.024/DF (BRASIL, 2007g), firmou-se o entendimento de que:

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.

Da mesma forma, no RE 387.945/AC77 (BRASIL, 2006g), o STF asseverou que a “imunidade do advogado – além de condicionada aos ‘limites da lei’, o que, obviamente, não dispensa o respeito ao núcleo essencial da garantia da *libertas conviciandi* – não alcança as relações do profissional com o seu próprio cliente”.

Recentemente, no RE 511.961/SP (BRASIL, 2019j), a Corte Máxima afirmou que a “reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial”, evidenciando que o escopo da proteção ao núcleo essencial é preservar o direito fundamental, rechaçando restrições desmesuradas ou desproporcionais.

Dessa maneira, a proporcionalidade como proibição de excesso (*übermassverbot*), representa um dos principais controles para se aferir eventuais excessos cometidos no exame de compatibilidade da decisão ou ato normativo com a finalidade constitucional, isto é, a investigação da sua adequação e necessidade.

Outro aspecto da proporcionalidade é a proibição da proteção insuficiente (*untermassverbot*), tendo o Ministro Gilmar Mendes, no RE nº 418.376-MS (BRASIL, 2006h),

afirmado que existe uma espécie de garantismo positivo com relação à proibição de proteção deficiente. A Corte Suprema assentou no HC nº 102.087 que:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).

Esse tipo de violação é resultado de uma omissão do Estado no que se refere ao cumprimento de um comando constitucional, ou seja, de um dever constitucional de proteção de um bem, implicando a omissão em violação a um direito fundamental.

A decisão proferida no já mencionado RE 418.376, no qual se pleiteava o reconhecimento de uma união estável entre homem e mulher, para fins de aplicação da causa de extinção da punibilidade constante do art. 107, VII, do CP, em um caso envolvendo uma criança de apenas 8 anos confiada a tutor, que com ela manteve relações sexuais desde os 9 anos de idade, objetivando o pedido o reconhecimento de união estável entre uma adolescente de 12 anos, grávida, que vivia maritalmente com o próprio ofensor.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que o reconhecimento de união estável para fins de extinção da punibilidade não se coaduna com o princípio da proibição da proteção insuficiente, considerando que o poder público, incluindo o Judiciário, possui o dever de tutelar a dignidade da pessoa humana, tendo em vista o disposto no art. 227 da CRFB/88 com relação à proteção da criança e do adolescente, resguardando-os de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Em outro caso de grande repercussão, no HC nº 76.060 (BRASIL, 1998), o STF aplicou a proporcionalidade com relação à obrigatoriedade de submissão ao exame de DNA, em ação de paternidade, rechaçando a possibilidade de coação do paciente ao exame hematológico se houver outros meios de prova igualmente idôneos e menos invasivos para a produção da prova.

Conforme já se destacou anteriormente, mesmo antes da entrada em vigor da CRFB/88, o Pretório Excelso já aplicava a proporcionalidade, o que se observa na Representação nº 1.077/84.

A proporcionalidade também impede a imposição de restrições casuísticas, caracterizando-se como uma limitação implícita que deve ser observada inclusive pelo

legislador que não deve elaborar normas que não atendam às características de generalidade e abstração.

Ademais, leis com conteúdo restritivo, casuístico ou discriminatório, que regulam uma situação individual e concreta representam violação ao princípio da igualdade material, na medida em que estabelecem um tratamento desigual entre os indivíduos, devendo o ato normativo evitar restrições indevidas aos direitos fundamentais.

3.7 PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade assume grande importância em matéria de direitos fundamentais, tendo em vista que a história da humanidade registra diversas violações graves a direitos.

No passado, foram constatados o cometimento de várias arbitrariedades, a exemplo da escravidão, da morte do devedor inadimplente, da ablação do nariz dos funcionários que se excediam na cobrança de impostos, do denominado “direito de pernada”, dentre outras crueldades (FERREIRA, 2016, p. 17).

Diante de tantas violações, verificou-se a necessidade da imposição de limites aos governantes (MONTESQUIEU, 2000), com a modificação da organização estatal visando a contenção do poder e a defesa dos direitos fundamentais, materializando-se o Estado Constitucional ou Estado de Direito, regido por normas jurídicas estipuladas num documento denominado Constituição⁴³ (TAVARES, 2005).

Nesse contexto, as Constituições escritas surgiram no modelo de Estado Moderno, em decorrência do movimento político, social e cultural que questionou os planos político, filosófico e jurídico do sistema tradicional de domínio político, denominado “constitucionalismo antigo” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Segundo Kelsen (1962), a palavra Constituição comporta os sentidos lógico-jurídico e jurídico-positivo. O primeiro corresponde à norma fundamental hipotética, servindo de fundamento lógico transcendental de validade da constituição jurídico-positiva.

Diante da supremacia de conteúdo que as constituições possuem em relação às leis, decorre a necessidade de compatibilidade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico com aquelas, sendo esse controle atribuído a determinados órgãos.

⁴³ Segundo Häberle (2016, p. 55) “A Constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado” e da “sociedade”, constituindo-se em “sugestão e barreira” e num “processo público”.

O controle de constitucionalidade visa estabelecer uma comparação entre dois elementos, apresentando como parâmetro a Constituição, utilizada como referência para a aferição de eventual inconstitucionalidade, e como objeto a norma questionada (DIMOULIS *et al.*, 2012).

Esse controle é realizado com o escopo de preservar a integridade da norma constitucional contra eventuais questionamentos, apresentando como fundamento a supremacia constitucional, evitando que normas ou atos em desacordo com a Constituição produzam os efeitos que normalmente seriam os esperados (MONTES NETTO, 2019).

A propósito, Bernardes (2018, p. 66) afirma que:

Linhas gerais, conquanto radicado na concepção da constituição como conjunto de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, o controle de constitucionalidade converte-se no veículo pelo qual se tornam efetivas as exigências traçadas pelo constituinte à regularidade dos atos praticados por indivíduos ou entidades que devem obediência às normas Constitucionais.

No âmbito do direito brasileiro Continentino (2015) observa que existem registros de que o controle de constitucionalidade era realizado durante a vigência da Constituição do Império, mas isso não pode ser dito com relação ao controle de constitucionalidade pela via judicial.

O autor assevera que o primeiro a escrever com exclusividade sobre o tema foi Lúcio Bittencourt e que a história do controle de constitucionalidade no país é baseada em algumas “obras centrais”, geralmente as mesmas que são sempre referidas pelos constitucionalistas, sem a realização de uma maior pesquisa histórico cultural (CONTINENTINO, 2015, p. 32).

Com relação ao tratamento do tema pelas nossas constituições, a Constituição de 1824 não previa possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos, competindo apenas ao Poder Legislativo o controle (MONTES NETTO, 2019).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 passou a prever o controle difuso de constitucionalidade, com inspiração no direito americano (AGRA, 2008; ESCOURA, 2011), permitindo o exercício do controle de constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal. Cunha Júnior (2018, p. 187) destaca que:

A experiência brasileira com a jurisdição constitucional é antiga e remonta à Constituição Federal de 1891. Apesar disso, somente com a Constituição Federal de 1988 o tema ganha relevo e ocupa a agenda da academia e do Supremo Tribunal Federal.

O controle de constitucionalidade pela via difusa foi mantido na Constituição de 1934, que trouxe como inovações o quórum mínimo para a declaração, a competência do Senado Federal para decidir sobre a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário e competência do STF para a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual violadora de princípios constitucionais sensíveis (FERREIRA, 2016). Veloso (2000) considera essa Constituição como um marco do Brasil em direção ao controle direto de constitucionalidade.

Na sequência, a Constituição de 1937 manteve a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, afirmando Cunha Júnior (2017) que houve um retrocesso na previsão de permissão ao Executivo para tornar sem efeito decisão judicial reconhecendo a inconstitucionalidade. Também foi mantida a exigência de quórum de maioria absoluta para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República, nos termos do art. 96, *caput* (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 devolveu ao Judiciário a supremacia no exercício do controle de constitucionalidade, inspirando-se no ideal liberal das Constituições de 1891 e de 1934 (MONTES NETTO, 2019), tendo a emenda constitucional n. 16/1965, ampliado a competência originária do STF com a previsão de julgamento de representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, formulada pelo Procuradoria Geral da República (PGR), introduzindo no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade (FERREIRA, 2016).

Em arremate, destaca-se que os controles difuso e concentrado foram mantidos pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº 1/1969.

Com relação especificamente ao parâmetro de controle, Montes Netto (2019), observa que corresponde às normas constitucionais que podem ser utilizadas como referência para a verificação de compatibilidade, abrangendo aquelas que constam da Constituição, independentemente do seu conteúdo, inclusive os atos das disposições constitucionais transitórias, caso ainda sejam eficazes.

De acordo com o que já assentou a Corte Suprema na ADI nº 2.076/AC (BRASIL, 2002d), de todas as normas que integram a Constituição, apenas o preâmbulo não serve como parâmetro para o controle de constitucionalidade, tendo em vista que não detém caráter normativo, sendo possível a utilização de normas constantes em tratados e convenções internacionais de direitos humanos, desde que aprovados de acordo com os requisitos estabelecidos no art. 5º, § 3º, da CRFB/88, não se admitindo como parâmetro normas

provenientes de tratados ou convenções internacionais de direitos humanos aprovados pelo rito comum (MONTES NETTO, 2019).

Deve ser observado, contudo, que se o parâmetro utilizado para o controle vier a ser alterado após o ajuizamento da ação, não será mais possível a verificação da constitucionalidade da lei ou do ato normativo (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010).

Em caso de revogação da norma utilizada como parâmetro, o Guardião da Constituição entende que eventual ação direta de inconstitucionalidade deverá ter reconhecida a sua prejudicialidade, em razão da perda do objeto (BRASIL, 2007e). Em sentido contrário, porém, na ADI nº 2.158/PR (BRASIL, 2010e), o STF decidiu que a modificação do parâmetro não acarreta a prejudicialidade da ação.

Diante da denominada “causa de pedir aberta”, a Corte Suprema poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo com a utilização de motivos diversos daqueles indicados na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade, considerando que o controle concentrado de constitucionalidade confronta a norma ou ato normativo impugnado com a integralidade da Constituição e não apenas com os dispositivos indicados pelo requerente (LEAL, 2014, p. 348-349; BRASIL, 2000c).

Em se tratando de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que apresenta objeto mais amplo do que o da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, permitindo-se a impugnação de qualquer ato do Estado, ainda que não seja normativo, com relação ao limite temporal, é possível até mesmo a impugnação de um objeto anterior ao próprio parâmetro de controle (SARMENTO, 2016b).

Nesse tipo de ação, conforme já decidiu o STF, nem mesmo a revogação da lei ou ato normativo impugnado obstará o exame da matéria, considerando que o que se postula é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional (BRASIL, 2005f).

Sobre a possibilidade da utilização de direito suprapositivo como parâmetro de controle, tais como “justiça”, “liberdade” e “equidade”, Mendes (2004, p. 126) observa que o próprio Kelsen fez claras advertências quanto aos riscos do emprego desse tipo de expressões imprecisas e com significados múltiplos, devendo os tribunais aferirem a constitucionalidade com fundamento apenas na norma constitucional.

O autor acrescenta que nenhum Tribunal Constitucional conseguiu aferir a legitimidade de normas constitucionais com base em direito suprapositivo (Mendes, 2004).

Diferentemente do que ocorre com relação ao direito suprapositivo, defende-se a possibilidade da utilização de um conjunto de regras e princípios materialmente constitucionais com parâmetro, dentro de uma ideia de “bloco de constitucionalidade”, sob o fundamento de que a Constituição não se restringe apenas ao seu texto, contendo vários princípios correlatos ao que está expresso na redação, denominados “princípios constitucionais implícitos”, a exemplo da boa-fé, que apesar da CRFB/88 não fazer nenhuma referência expressa, pode ser interpretada como uma decorrência dos princípios insculpidos no art. 37, caput, da CRFB/88 (LEAL, 2014, p. 71-73).

Dessa forma, diante da cada vez mais complexa sociedade e da dificuldade de resolução dos novos conflitos, surge a necessidade de utilização dos princípios constitucionais não escritos na jurisdição constitucional para incrementar a proteção aos direitos em jogo (LEAL, 2014).

Feitas essas ponderações, cumpre analisar a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade, diante do consenso que existe na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu assento constitucional, independentemente do fundamento invocado, conforme já destacado neste trabalho.

Há tempos se encontra superada a concepção de que texto e norma coincidem, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, destacando-se o entendimento de que a norma representa o resultado da interpretação⁴⁴ do texto, com a observação das peculiaridades que envolvem o caso concreto (ZANFERDINI; MONTES NETTO; NUNES, 2020).

Entretanto, a ausência da adoção de parâmetros objetivos na interpretação das normas pode implicar no risco de soluções arbitrárias, colocando em risco a racionalidade do suporte hermenêutico (TEPEDINO, 2019).

Nessa trilha, Streck (2013, p. 35) assenta que o direito precisa de teorias que apontem condições para o adequado oferecimento de respostas (decisões), que sejam compatíveis com a norma constitucional, decorrendo a necessidade dessa teorização do “caráter alográfico do direito”⁴⁵.

⁴⁴ De acordo com Häberle (1997, p. 14), a interpretação constitui, originariamente, a “atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e explicação de sentido de uma norma (de um texto)”, subsistindo sempre “a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação”.

⁴⁵ Tepedino (2019) aponta que a adoção cada vez maior da técnica legislativa das cláusulas gerais entra em crise com a concepção tradicional de segurança jurídica seguida pelos países de tradição romano-germânica, evidenciando a necessidade de reformulação das técnicas de controle da atividade interpretativa.

Destarte, as palavras de um determinado texto somente irão alcançar o seu real significado diante da promoção de um exercício de teorização, que deve abranger a realidade do mundo, os fatos da vida (ALARCÓN, 2017).

Como afirma Müller (2009, p. 247) “‘normas’ não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”.

Assim, o texto representa uma possibilidade de construção de conteúdos normativos para o intérprete, de forma que não se verifica a existência de normas sem a realização do trabalho de interpretação, lastreado no ordenamento jurídico e na realidade da sociedade (NUNES, 2016; CARVALHAES, 2019).

Por constituir o direito um complexo que apresenta infinita potencialidade, não se concebe que se encerre nas “letras que o compõem”, não sendo possível a sua análise em abstrato, de forma indiferente à realidade (ABBOUD, 2019, p. 284).

Nessa ótica, observa-se que a evolução da jurisprudência diante da denominada “nova hermenêutica” tem ensejado o protagonismo do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade de normas que restringem direitos fundamentais, provocando a reordenação dos valores socioculturais, com a substituição da atividade do legislador pelos juízes (ROCHA, 2016, p. 126).

Desse modo, o Judiciário passou a se encarregar de questões com grande repercussão social e política que antes eram objeto de deliberação pelo Legislativo e Executivo, com a transferência de poder aos juízes e tribunais, configurando o fenômeno da judicialização (BARROSO, 2012b).

No âmbito internacional, Viaro (2017) aponta como marcos importantes da discussão sobre a judicialização a conferência *The judicialization of Politics*, que aconteceu em junho de 1992, organizada pelo *Centro Studi e Ricerche sull’Ordinamento Giudizario*, da Universidade de Bologna e o lançamento, em 1995, da coletânea *The global expansion of judicial power*, elaborada por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder.

No que se refere ao contexto brasileiro, o autor aponta como referência a pesquisa “Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça”, de autoria de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (VIARO, 2017, p. 233).

A propósito desse protagonismo judicial, Zanferdini e Montes Netto (2020) observam que é decorrência de múltiplas causas e de uma tendência atual, especialmente em razão do modelo institucional adotado pela CRFB/88.

Em reforço, Viaro (2017, p. 234) afirma que a judicialização representa um fenômeno complexo que ultrapassa o âmbito jurídico, envolvendo “elementos políticos, institucionais, sociais, econômicos e também culturais”, com interação em diversos níveis e de distintas maneiras com cada contexto, “estabelecendo tendências de ampliação de normatização, expansão do espectro de questões passíveis de deliberação pelos juízes e tribunais e de adoção de métodos jurídicos e judiciais em outras esferas além das próprias esferas judiciais”.

Já o ativismo judicial⁴⁶⁻⁴⁷⁻⁴⁸ é caracterizado pela forma proativa de se interpretar a Constituição, provocando a expansão do seu sentido e alcance, sendo uma consequência direta da retração do Legislativo e do distanciamento entre a política e a sociedade (ZANFERDINI; MONTES NETTO, 2020).

Assim, se na judicialização se verifica a existência de diversas condições que podem ensejar a sua ocorrência, sem que se possa destacar algum como determinante, no ativismo se observa um elemento essencial que consiste na predisposição ou na intenção dos juízes ou tribunais de adotar determinadas posturas no exercício da jurisdição, atuando fora (além ou aquém) dos limites regulados no ordenamento jurídico (VIARO, 2017).

Nessa senda, a adoção de uma visão burocrática que não leve em consideração grupos minoritários e as diferenças qualitativas na atividade de interpretação da constituição, que representa um “modelo axiológico”, não se revelaria em consonância com a supremacia da norma constitucional, especialmente em situações graves que possam caracterizar violações a direitos fundamentais (ALARCÓN, 2017, p. 11).

Por isso, Barroso (2012b, p. 25) afirma que a judicialização e o ativismo são primos, pois segundo o autor pertencem à “mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não

⁴⁶ Segundo Teraoka (2015, p. 116), há registro da utilização da expressão “ativismo judicial” desde meados do século passado, mas o assunto ganhou mais destaque nos últimos anos, diante da censura da atuação “supostamente voluntarista dos magistrados na aplicação da Constituição” (CUNHA FILHO, 2017, p. 147).

⁴⁷ A discussão envolvendo o ativismo judicial é antiga e que desde 1921 Édouard Lambert demonstrava preocupação com a possibilidade de atuação judicial em desatenção aos limites da clássica separação de poderes (FARIAS, 2014).

⁴⁸ De acordo com Viaro (2017, p. 237), o ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos, na pesquisa de Arthur Schlesinger Jr. que classificou os juízes da Suprema Corte em ativistas, os que eram mais enfáticos na defesa dos direitos das minorias e dos mais pobres; ativistas com enfoque nos direitos de liberdade; campeões da autorrestrição; e juízes que representam o “equilíbrio de forças”.

têm as mesmas origens”, tendo em vista que a primeira é decorrência do modelo adotado pela CRFB/88 e não de um exercício deliberado da vontade política, enquanto o segundo constitui uma escolha proativa de se interpretar a Constituição, com a expansão do seu sentido e alcance.

De acordo com Pogrebinski (2000, p. 122), o ativismo compreende três opções, que dispensam atendimento simultâneo para a sua verificação, quais sejam: (i) o uso do Judiciário para revisão e impugnação de atos praticados pelos demais poderes; (b) a busca pela efetivação de políticas públicas, por intermédio de deliberações judiciais; (c) a ausência de observação de princípios tais como a “coerência do direito” e a “segurança jurídica” como limites à atuação da Justiça estatal.

Quanto à sua manifestação, pode ocorrer por meio de condutas distintas, incluindo a aplicação da norma constitucional a situações que não foram expressamente contempladas no texto da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade de normas aprovadas pelo Legislativo, com fundamento em critérios mais flexíveis e a imposição de condutas ou abstenções ao Estado, especialmente com relação a assuntos envolvendo a adoção de políticas públicas (BARROSO, 2012b).

Entretanto, Abboud (2019, p. 1130) alerta que a Constituição é o fundamento de validade das decisões judiciais, representando o princípio da legalidade previsto no art. 2º, da CRFB/88 um dos seus princípios estruturantes, não se revelando admissível que o juiz estatal venha a ignorar a legislação e a seguir sua “convicção pessoal” ou “senso de justiça”.

Com efeito, não deve o intérprete violar a integridade do direito, sendo vedada a adoção de critérios pessoais, morais, religiosos, políticos ou de qualquer outra natureza, demandando a integridade do direito o respeito ao passado, devendo ser evitada a pluralidade de decisões divergentes para casos assemelhados (ZANFERDINI; MONTES NETTO; NUNES, 2020).

Desse modo, torna-se necessária uma atenção redobrada para que sejam rechaçadas hermenêuticas “relativistas” ou “equivocistas” que não apresentem nenhuma validade ou objetividade para a realização da atividade interpretativa (BEUCHOT, 2008, p. 8-9), tendo Streck (2013, p. 39) asseverado que, em pleno século XXI, ainda não se conseguiu estabelecer parâmetros para a solução do problema de “como decidir”, navegando a interpretação ao sabor de “objetivismos” e “subjetivismos”, sendo necessário encontrar um meio termo, emergindo a demanda da construção de uma “teoria da decisão”.

Nessa linha, Dimoulis e Lunardi (2019, p. 283) destacam que os problemas decorrentes da atividade de interpretação não são uma exclusividade brasileira, demonstrando

as decisões proferidas pelo Pretório Excelso que o “rigor textualista não se aplica em muitos casos, havendo graves incoerências na interpretação”, tudo isso agravado pelo silêncio do constituinte e do legislador ordinário com relação aos métodos de interpretação.

O STF, por exemplo, com base na economia processual e na racionalidade do sistema, passou a sustentar a possibilidade de modulação dos efeitos de decisões proferidas no exercício do controle incidental de constitucionalidade, relativizando-se a competência do Senado Federal prevista no art. 52, X da CRFB/88, diante da necessidade de contenção do acervo de demandas repetidas (NOVAIS, 2019).

Nesse contexto, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (BRASIL, 2014i), ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, sob o argumento de descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no HC 82.959, que afastou a vedação de progressão de regime de pena aos condenados pela prática de crimes hediondos e considerou inconstitucional o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/1990, a tese da mutação constitucional foi adotada expressamente pelos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau e Teori Zavascki, tendo o primeiro destacado em seu voto que se o STF pode em ação direta de inconstitucionalidade suspender liminarmente a eficácia de uma lei ou de uma emenda constitucional, não tem sentido a decisão proferida em sede de controle incidental ter valor apenas para as partes, não sendo a previsão de suspensão da execução da lei pelo Senado adequada para garantir a eficácia geral ou o efeito vinculante das decisões do Tribunal Guardiã da Constituição.

Em sentido contrário, os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski se manifestaram de forma contrária à adoção da tese da mutação constitucional, tendo o primeiro assentado que a ampliação de poder que ela provoca poderia, para os mais radicais, representar “cheiro de golpe de Estado”.

Ao fim e ao cabo, a Corte Suprema acabou adotando fundamento diverso, reconhecendo a procedência da reclamação pelo descumprimento de Súmula Vinculante, seguindo o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, restando vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que não conheceram da reclamação, mas votaram pela concessão do *habeas corpus* de ofício.

A tese da mutação constitucional voltou ao debate no ano de 2017, no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ (BRASIL, 2017g), que impugnaram a Lei estadual n. 3.579/01, do Estado do Rio de Janeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade da proibição da extração do amianto em todo território do Estado do Rio

de Janeiro, prevendo a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos que o utilizem, tendo o STF considerado a lei constitucional, sob o entendimento de que o art. 2º, da Lei federal n. 9.055/95 era inconstitucional e que a sua inconstitucionalidade já havia sido reconhecida em outra ação direta de inconstitucionalidade, vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergiu parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido de dar interpretação conforme aos artigos 2º e 3º da lei impugnada.

Alexandre de Moraes destacou que no controle incidental de constitucionalidade cabe ao Senado estender os efeitos *inter partes* para a *erga omnes* e que entendimento diverso acabaria por aniquilar o art. 52, X da CRFB/88.

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio Mello fez questão de destacar que não estava acolhendo a tese da mutação constitucional, considerando que o inciso X, do art. 52, da CRFB/88 contribui para a independência e harmonia entre os Poderes, sinalizando o equilíbrio do sistema nacional.

Digno de nota que a Corte Suprema reconheceu, por maioria (vencido o Ministro Marco Aurélio, não tendo o Ministro Alexandre de Moraes votado com relação à tese em análise), a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, na hipótese da declaração de inconstitucionalidade incidental de uma norma, não deixando claro se idêntico raciocínio se aplica ao controle difuso, em que pese a indicação do Ministro Gilmar Mendes nesse sentido ao citar, de forma indireta, o art. 535, § 5º, do CPC e de o Ministro Luiz Fux ter aderido expressamente à equiparação do controle difuso ao concentrado, devendo ser destacado que o controle difuso pode ser efetivado até mesmo pelas turmas do STF (MONTES NETTO, 2019).

Esse tipo de posicionamento da Corte Suprema é objeto de críticas, tendo Hesse (2009) afirmado que os tribunais constitucionais estão submetidos à Constituição e que, carecendo de parâmetros, não tem lugar a distinção entre atos constitucionais e inconstitucionais, diante da impossibilidade de provar ou negar a existência da denominada mutação constitucional.

Se é certo que a mudança das relações fáticas pode provocar alterações na interpretação da Constituição, também não há como negar que a proposição jurídica atua como limite para qualquer mutação normativa, não podendo ser suprimida em virtude de uma mudança de situação (HESSE, 1991).

De acordo com esse entendimento, a norma constitucional somente poderá ser modificada nos limites traçados pelo seu texto, tendo em vista que tudo que acontecer além

disso não significará mutação constitucional, mas sim quebra ou anulação da própria constituição (HESSE, 2009).

A propósito, Montes Netto (2019) assevera que o aumento da procura ao Judiciário não é indicativo de alteração dos valores sociais e não permite que o Pretório Excelso adote uma jurisprudência defensiva ou uma atuação discricionária, o que pode ensejar uma concentração desmedida de poder em grave violação ao sistema de freios e contrapesos idealizado pelo constituinte.

No que se refere especificamente ao controle de constitucionalidade com fundamento na proporcionalidade, a questão também se revela complexa, tendo Rocha (2016) alertado para os perigos da prática do ativismo judicial, sob o falso fundamento da proporcionalidade, destacando que na maior parte das vezes as decisões judiciais nem sequer mencionam expressamente a utilização da proporcionalidade.

De qualquer forma, essa possibilidade é admitida, tendo Correia (2004) afirmado que diante da atribuição do Judiciário de garantir a autoridade e o respeito aos princípios superiores consagrados na CRFB/88, é inafastável o exercício do controle de constitucionalidade à luz da proporcionalidade.

O próprio Tribunal Guardião da Constituição, em diversas ocasiões além da declaração de inconstitucionalidade da Lei que estabelecia a necessidade de pesagem dos botijões de gás diante dos consumidores (ADI nº 855/PR) e da Lei do Estado do Amazonas que concedia gratificação de férias aos servidores inativos (ADI nº 1.158 MC/AM), assentou a possibilidade da utilização da proporcionalidade no exercício do controle da atividade legislativa, a exemplo da ADI nº 2.579/ES (BRASIL, 2003b) ajuizada em face da Resolução nº 06, de 24 de abril de 1989, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES), que estendia a vantagem do adicional de férias aos magistrados inativos, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo e da ADC nº 9/DF (BRASIL, 2001a) que afirmou a constitucionalidade de MP que estabeleceu a possibilidade de cobrança de tarifa especial sobre o consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas durante o período de crise energética que o país atravessou, que ficou conhecido como “apagão”.

Em seu voto proferido no RE 635.659 (BRASIL, 2015p), ainda pendente de julgamento, no qual se alega a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica como crime a aquisição, a guarda, a manutenção em depósito ou o porte de drogas para consumo pessoal, o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, asseverou que o espaço de atuação do legislador é sempre limitado pela proporcionalidade, configurando a sua

inobservância “inadmissível excesso de poder legislativo”, abrindo-se a possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa, cabendo à Corte Suprema analisar se o legislador “utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar”.

Retornando à problemática do ativismo judicial no controle de constitucionalidade, Clève e Lorenzetto (2015) advertem que existe uma distinção entre o ativismo da Corte Suprema e o do restante do Judiciário, no sentido de que aquela, por ser a guardiã de princípios substantivos, deve se valer de uma postura menos deferente, diante da necessidade de proteção dos direitos e princípios fundamentais, não raras vezes, mediante a utilização de técnicas complexas de decisão.

Um exemplo disso foi o reconhecimento da possibilidade de uniões estáveis homoafetivas, na ADPF nº 132 (BRASIL, 2011d), na qual o Pretório Excelso assumiu claramente uma atuação ativista, valendo-se de uma técnica de interpretação conforme a CRFB/88, visando promover a proteção dessa minoria.

Em contraposição ao ativismo judicial, destaca-se a teoria da autocontenção, que segundo Barroso (2012b) consiste numa postura adotada pelo Judiciário de reduzir a sua interferência com relação aos atos praticados pelos demais poderes, deixando de aplicar a Constituição em hipóteses que não haja previsão expressa da sua incidência, mediante a utilização de critérios rígidos e conservadores no exercício do controle de constitucionalidade, sem interferência em questões que envolvam a definição e o alcance de políticas públicas.

Portanto, de acordo com essa corrente, mesmo que o legislador não tenha atuado, não compete ao Judiciário colmatar eventuais lacunas e nem reparar políticas públicas, devendo se encarregar apenas da análise de demandas estritamente jurídicas, sem se imiscuir em questões típicas que envolvem a gestão pública (MOREIRA, 2017), com atuação predominantemente negativista baseada numa metodologia de contenção (*self-restraint*) que presta deferência aos demais poderes (WANDERLEY NETO, 2016).

Segundo Barroso (2012b), até a CRFB/88, o Poder Judiciário nacional adotou uma inegável postura de autocontenção, restringindo o âmbito de incidência da Constituição em deferência às instâncias tipicamente políticas, tudo isso na prática, sem maiores discussões sobre a aplicação das teorias do ativismo e da autocontenção judicial.

Deve ser destacado que se o assunto é recente no Brasil, nos Estados Unidos o debate é antigo, tendo a deferência administrativa, também denominada *Chevron deference*, sido delimitada pela Suprema Corte por ocasião do julgamento do notório caso *Chevron U.S.A.*,

Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., no ano de 1984, tendo esse tribunal decidido que não cabe o controle judicial quando uma agência estatal, baseada no seu estatuto, adota uma solução devidamente fundamentada e lastreada em interpretação razoável e de acordo com a norma constitucional (BRASIL, 2018k). Tavares (2018, p. 125) consigna que:

A ideia de autocontenção (ou de deferência ao Parlamento) foi concebida inicialmente por força do modelo estadunidense, tendo sido transportada, para diversos modelos, é um tema muito mais aderente ao modelo de controle concentrado-abstrato. Nos EUA sua origem está ligada a questões culturais específicas, como sustenta Rosenfeld.

Nessa senda, o controle de constitucionalidade representaria uma atividade política que deve ser exercida de maneira comedida, reconhecendo-se que “a Corte tem um objeto político que deve estar restrito a política”, coadunando-se com as teorias da “modéstia judicial”, que se aproxima da “Judicial Politics” (LIMA, 2013, p. 136-137).

Ao atuar com autocontenção, o Judiciário diminui a sua interferência em assuntos que são de atribuição dos demais Poderes, intervindo o mínimo possível e de forma excepcional em decisões que envolvam a adoção de políticas públicas, reservando a sua atuação apenas para os casos em que se fizer necessária a proteção do mínimo existencial (ZANFERDINI; MONTES NETTO; NUNES, 2020).

A Corte Suprema, em diversas ocasiões, elegeu a autocontenção ao invés do ativismo, mesmo diante de casos complexos e de difícil resolução, a exemplo do que se decidiu no PET nº 3.388/RR (BRASIL, 2009c), conhecido como caso “Raposa Serra do Sol”, que cuidou da demarcação de terras indígenas, tendo o Guardião da Constituição prestado deferência ao Executivo, ao consignar que apenas à União compete instaurar, sequenciar e concluir a demarcação de terras indígenas.

Da mesma forma, ao analisar a denominada Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, depois da realização de várias audiências públicas sobre a matéria, o STF agiu de forma deferente com relação ao Legislativo, ao reconhecer a constitucionalidade dessa norma (BRASIL, 2010g).

Verificam-se ainda diversas outras decisões proferidas pelo Pretório Excelso com o acolhimento da teoria da deferência administrativa (BRASIL, 2018k, 2018j, 2019l).

Até mesmo o STJ, em diversas ocasiões, atuou de forma deferente, a exemplo de decisão proferida em processo que discutia regras de resgate de previdência privada, tendo a Corte Especial prestado deferência ao órgão regulador, reconhecendo a validade das suas regras (BRASIL, 2015j). Já no REsp nº 1.414.672/MG (BRASIL, 2013d), que analisou questão

envolvendo a possibilidade de aumento real de aposentadoria complementar sem o devido custeio, o tribunal entendeu que era descabida a intervenção do Judiciário na relação contratual. Ainda, no REsp nº 1.171.688/DF (BRASIL, 2010d), assentou-se que em matéria predominantemente técnica abrangendo a necessidade de uma abordagem multidisciplinar, a atuação da Justiça estatal deve se dar com a observância da maior cautela possível.

No plano internacional, Souto (2019, p. 343-346) chama a atenção para o que ele denomina de “*novos desafios do checks and balances*”, representado pela Ordem Executiva nº 13.769, de 27 de Janeiro de 2017, sob o título “Protegendo a Nação da Entrada de Terroristas Estrangeiros nos Estados Unidos”, emanada do então Presidente dos Estados Unidos, Donald John Trump que, em cumprimento de promessa de campanha, proibiu a entrada nesse país, por 90 dias, de pessoas com passaportes de sete países, todos de maioria muçulmana (Líbia, Iêmen, Iraque, Irã, Síria, Somália e Sudão), tendo a medida ainda vedado, por 120 dias, o ingresso de refugiados de qualquer nacionalidade, além de facultar a ampliação da lista dos sete países, de acordo com a vontade do Presidente, bem como a suspensão, por tempo indefinido, da entrada de refugiados sírios, em benefício dos interesses dos Estados Unidos.

Segundo o autor, o ato normativo colocou em evidência três “pontos extremamente perturbadores”, quais sejam: i) a inconstitucionalidade manifesta, diante da desproporcionalidade da medida; ii) outra inconstitucionalidade consistiu na inclusão dos nacionais dos sete países que possuíam residência permanente nos Estados Unidos e que estivessem circunstancialmente fora do país a trabalho ou a lazer, mesmo que possuidores do *green card*; iii) ainda, a medida teria promovido discriminação religiosa, considerando que abrangeu apenas nações com a maioria da população muçulmana (SOUTO, 2019, p. 346-347).

Em razão disso, diversas ações judiciais foram ajuizadas com o objetivo de, por meio do controle difuso de constitucionalidade, combater os efeitos da mencionada Ordem Executiva, tendo a Justiça Federal de Nova Iorque, Boston e de Seattle deferido liminares reconhecendo a inconstitucionalidade do ato normativo, tendo a mencionada decisão de Seattle, proferida pelo juiz federal James Louis Robart determinado a suspensão da aplicação do ato normativo em todo o território nacional (SOUTO, 2019).

Na sequência, o Governo Trump editou a Ordem Executiva de nº 13.780, de 06 de março de 2017, com uma *vacatio legis* de 10 dias, retirando o Iraque da lista da Ordem Executiva anterior, alterando a situação dos refugiados sírios que saíram da lista de barrados por tempo indefinido e passaram a ser impedidos por apenas 120 dias, tal como os refugiados dos demais países, suprimindo a suspensão da entrada dos estrangeiros oriundos dos seis países

da lista detentores do *green card* e estabelecendo o fim da preferência dos refugiados cristãos para a concessão de asilo, o que também foi objeto de decisões judiciais que reconheceram a sua inconstitucionalidade, proferidas pela Justiça Federal de Honolulu e das Cortes de Apelação do 4º e 9º Circuitos, o que levou o Governo a interpor o *certiorari*, perante a Suprema Corte, sustentando, além de outros argumentos, que o poder de expelir ou excluir estrangeiros constitui uma prerrogativa do Executivo que não se sujeita ao controle judicial, tendo o tribunal, em parte, prestado deferência ao Executivo estadunidense, ao acolher o recurso e manter alguns dispositivos da Ordem Executiva impugnada, com exceção da proibição de ingresso no país dos nacionais de nações de maioria muçulmana que possuísem parentes nos Estados Unidos ou relação de amizade ou de proximidade, “digna de confiança”, com residente ou entidade situada no território norte-americano (SOUTO, 2019, 361-367).

Por fim, o Governo americano editou uma *Proclamation* com a finalidade de prorrogar os efeitos da Ordem nº 13.780 e inovar em alguns pontos, como a ampliação do número de países afetados pela restrição de entrada dos seus nacionais em território estadunidense que também foi objeto de decisão desfavorável pela mesma Justiça Federal de Honolulu, tendo a Suprema Corte⁴⁹, por maioria mínima de votos (5 a 4) mesmo numa questão envolvendo o alcance de direitos fundamentais elementares, como a liberdade religiosa, adotado uma postura totalmente conservadora e deferente ao Executivo, ao consignar que a questão referente à fixação de diretrizes de imigração e segurança nacional se referem aos poderes conferidos pela Constituição ao Presidente da República, que não podem ser objeto de controle judicial (SOUTO, 2019).

Diante de todo o exposto, observa-se que o ativismo pode representar um importante instrumento de promoção de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, se for adotado com radicalismo, pode contribuir para o enfraquecimento do próprio papel do Judiciário (CLÈVE; LORENZETTO, 2015). Já a deferência cega, com o afastamento por completo da possibilidade de controle judicial de questões envolvendo direitos fundamentais, conforme decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos no mencionado caso *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 2018, por sua vez, coloca em risco a efetivação de direitos fundamentais elementares como o exercício da liberdade religiosa.

Dessa forma, o Judiciário deve se ater às promessas constitucionais, afastar-se quando necessário e não ser ativista e nem deferente, baseando a sua atuação na razão e com

⁴⁹ *Trump v. Hawaii*, 585 U.S. 2018.

fundamento na CRFB/88, exercendo, por vezes, um controle judicial mais forte e, em outras situações, um controle mais débil, a depender da situação em análise (CLÈVE; LORENZETTO, 2015).

Prosseguindo nesse raciocínio, constitui dever do Poder Judiciário a proteção dos fundamentos da democracia, por meio de controle forte (ativismo), apenas quando for necessária a promoção da defesa de minorias contra qualquer tipo de discriminação, a fim de preservar o mínimo existencial (ZANFERDINI; MONTES NETTO; NUNES, 2020), a exemplo do que o STF fez com relação ao reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, na ADPF nº 132, conforme já mencionado.

Em contraponto aos casos anteriormente mencionados que ilustraram posturas ativistas e autocontidas por parte do Judiciário, como exemplo de atuação racional e com fundamento na Constituição, no exercício de um controle moderado, nem forte e nem débil, pode-se mencionar a decisão proferida pelo STJ no julgamento dos EDcl no REsp 1.657.156-RJ (BRASIL, 2018d), em sede de recurso repetitivo, que reconheceu o dever de o Poder Público fornecer fármacos não previstos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

No mesmo sentido, a Corte Suprema, no julgamento do RE 657.718/MG (BRASIL, 2019k), com repercussão geral, valeu-se de comedimento ao fixar a tese de que o Estado somente deve ser obrigado a fornecer medicamentos que não tenham registro na ANVISA de forma excepcional, desde que atendidos os seguintes requisitos:

- (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
- (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Em reforço, em 11 de março de 2020, em decisão proferida no RE 566.471/RN (BRASIL, 2020f), também com repercussão geral, o Guardião da Constituição assentou que o Estado somente pode ser obrigado a fornecer fármacos de alto custo não disponíveis no sistema

de saúde, caso seja comprovada a necessidade extrema do tratamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição, afirmando ainda que o Estado não pode ser compelido a fornecer remédios sem registro na ANVISA.

Nesse viés, Zanferdini, Montes Netto e Nunes (2020, p. 161) asseveram que diante da conhecida atuação deficiente do Executivo e do Legislativo com relação à promoção do direito fundamental à saúde, não deve o Judiciário atuar com deferência, mas também deve ser evitado o exagero na utilização do ativismo, o que pode conduzir à tomada de decisões “extravagantes ou emocionais que possam gerar um clamor pela adoção da tese da autocontenção com deferência cega ao Executivo e ao Legislativo, colocando em risco a efetivação do direito à saúde”.

Outra teoria que possui relação com a proporcionalidade é a derrotabilidade, que reconhece o caráter derrotável dos conceitos e normas jurídicas, ou seja, a capacidade de acomodação de exceções implícitas, sem a perda da força normativa (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Os autores assentam que o instituto sustenta a existência de exceções no Direito que devem ser deixadas para o reconhecimento dos tribunais, o que implica, no entanto, em risco à segurança jurídica e ao protagonismo exagerado do Judiciário, especialmente diante do contexto atual em que há uma grande valorização dos princípios constitucionais em detrimento das regras jurídicas (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Um exemplo claro de aplicação dessa teoria é a decisão proferida na ADPF nº 54 (BRASIL, 2012e), na qual a Suprema Corte consignou que é inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo configura os crimes previstos nos arts. 124, 126 e 128, I e II, do CP, pressupondo a derrotabilidade uma colisão entre regra e princípios, representando a proporcionalidade um dos principais métodos de resolução desse tipo de conflito (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Por fim, destaca-se a denominada “teoria do impacto desproporcional” que preconiza que qualquer conduta legislativa ou administrativa, mesmo sem intenção de promover discriminação por ocasião da sua concepção, deve ser considerada violadora do princípio da igualdade material se da sua aplicação surgirem efeitos nocivos que se revelem desproporcionais para certos indivíduos ou grupos (GOMES, 2001, p. 24).

O seu surgimento ocorreu no *leading case* *Griggs v. Duke Power Co.* 1971, da Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual uma empresa aplicava testes de conhecimentos gerais para fins de promoção dos seus colaboradores. Segundo o tribunal a medida

aparentemente neutra e baseada no mérito individual dos funcionários, resultava em benefício aos que haviam estudado nas melhores escolas, tendo sido vedada a aplicação do teste (LIMA, 2015).

No âmbito brasileiro, na ADI nº 1.946/DF (BRASIL, 2003a) a Corte Suprema decidiu que a aplicação pura e simples do art. 14 da EC nº 20/98, que estipulava que a Previdência Social somente responderia por R\$ 1.200,00 por mês durante a licença gestante e que o empregador seria responsável pelo restante facilitaria e estimularia a opção pela contratação do trabalhador masculino em detrimento da mulher, ensejando a discriminação que a CRFB/88 buscou eliminar, incentivando ainda o patrão a nunca oferecer à mulher, independentemente da sua qualificação, remuneração superior a R\$ 1.200,00, para não correr o risco de ter que bancar eventual diferença.

Na ADPF nº 291 (BRASIL, 2015n), o STF reconheceu que o crime de pederastia ou outro ato de libidinagem, previsto no art. 235 do Código Penal Militar, não foi recepcionado pela CRFB/88, consignando que a lei não deve lançar expressões pejorativas e discriminatórias, diante do reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual, assim considerada como uma liberdade existencial do indivíduo.

De todo o exposto, verifica-se a ampla possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade com base na proporcionalidade, devendo, no entanto, observar parâmetros claros e racionais que encontrem sustentação na norma constitucional.

3.8 RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA PELA PROPORCIONALIDADE

A autonomia privada⁵⁰ percorreu um longo caminho até atingir os seus contornos atuais, constituindo o direito privado campo fértil para a externalização dos desejos humanos.

Numa visão clássica, revela a vontade da pessoa em si mesma, em sentido psicológico, funcionando como fonte de efeitos no campo das obrigações, representando a vontade subjetiva das partes do negócio⁵¹⁻⁵² (WYZYKOWSKI, 2019).

⁵⁰ Conforme já se destacou anteriormente, a autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, que predominava no modelo de Estado Liberal.

⁵¹ Sarmiento (2019) distingue a autonomia privada da pública, afirmando que enquanto a primeira representa a faculdade da pessoa fazer as suas próprias escolhas, a segunda se liga à democracia, no poder do cidadão de participar das decisões políticas da sua comunidade.

⁵² De acordo com Pinto (2006) corresponde à possibilidade de os indivíduos governarem a sua seara jurídica de forma livre, por meio do exercício de posições ativas reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

O surgimento do conceito de autonomia privada apresenta íntima conexão com o direito de propriedade⁵³, destacando Prata (2016) que sujeito jurídico, propriedade e autonomia privada são conceitos que pertencem ao domínio das relações entre proprietários. Conforme ressalta Gilissen (2013, p. 635):

Nas *Instituições* (2, 4, 4) da época de Justiniano, o proprietário tem uma plena *potestas* sobre a coisa. Os glosadores dirão que a propriedade é o *ius utendi et abutendi*, o direito de usar e abusar da coisa. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 considera a propriedade «inviolável e sagrada». Fonte de riqueza, e daí, de poder, a propriedade tanto mobiliária como imobiliária, está na base do capitalismo.

De acordo com Teraoka (2017), representa o espaço jurídico que a lei confere ao indivíduo para o exercício da sua autodeterminação, incluindo a possibilidade de eventual vinculação jurídica, afirmando Gomes (1998, p. 22) que o instituto ganha destaque no Direito Contratual⁵⁴, constituindo o poder dos indivíduos de, por meio de declaração de vontade, provocar “efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica”, sendo uma expressão do liberalismo que remonta ao final do século XVIII e início do século XIX⁵⁵ (TERAOKA, 2017).

Nesse período, havia um isolamento entre o direito público e o direito privado, estabelecendo-se que as normas constitucionais deveriam se circunscrever ao Estado, sendo incumbência da legislação ordinária a tarefa de disciplinar as relações privadas, por intermédio do Código Civil (SANTOS, 2019).

Tanto era assim que Andrade (2001) ressalta que a sociedade e o Estado representavam dois mundos isolados e estanques, cada um regido por uma lógica particular, com a completa separação entre o direito público e o privado, não se admitindo a alegação da incidência de direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares.

No denominado Estado liberal⁵⁶, era conferido um amplo espaço para a autodeterminação, permitindo-se que fosse praticado tudo o que não era vedado pela lei no âmbito das relações jurídicas entre as pessoas, representando o Estado “com poderes ilimitados”

⁵³ Para John Locke a noção de propriedade constitui elemento central da espacialidade privada, englobando a vida, a liberdade e os bens, reputando-se a propriedade uma extensão da própria personalidade do indivíduo (FACHIN; RUZYK, 2006).

⁵⁴ Há estreita relação entre os conceitos de liberdade e de negócio jurídico, constituindo esse último expressão daquela, atuando o negócio jurídico fonte normativa (PRATA, 2016).

⁵⁵ Wyzykowski (2019) observa que o direito romano, apesar de ter servido de inspiração para diversos ordenamentos jurídicos no que diz respeito ao direito privado, não contemplava a possibilidade do exercício de direitos subjetivos.

⁵⁶ Nesse modelo, os Códigos funcionavam como uma espécie de limite ao Estado, tendo em vista que eram concebidos para regular as relações intersubjetivas privadas, consideradas imunes à intervenção estatal (FACCHINI NETO, 2006).

o maior inimigo da liberdade individual e da autonomia da sociedade civil (SANTOS, 2019, p. 39).

Destarte, evidenciava-se o caráter limitado da soberania do Estado e não eram bem vistas interferências nas relações privadas além das formas expressamente previstas em lei, representando a Constituição apenas uma forma de organização do poder político, circunscrita à defesa da liberdade dos cidadãos perante o Estado (PRATA, 2016).

No entanto, o excessivo distanciamento entre o Estado e a sociedade⁵⁷, com a finalidade de respeitar a liberdade consagrada pelo Estado liberal, passou a evidenciar o risco de aniquilamento da própria liberdade individual, verificando-se a prevalência do poder econômico nas relações entre os particulares (SANTOS, 2019).

Isso porque a liberdade contratual demanda o atendimento do pressuposto da igualdade dos contratantes, de modo a assegurar às partes condições materiais que removam quaisquer entraves ao exercício desse direito (PRATA, 2016).

Nesse contexto, surgiu a indagação sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre os particulares. A questão foi suscitada na Alemanha⁵⁸, na década de 50 (SOMBRA, 2011), quando se evidenciou a necessidade de analisar se os particulares também poderiam ser sujeitos passivos dos direitos fundamentais e, em caso positivo, de que forma os direitos fundamentais seriam aplicáveis nas relações privadas⁵⁹.

A doutrina e a jurisprudência alemãs passaram a reconhecer que, em algumas situações, os particulares estariam vinculados aos direitos fundamentais de forma direta ou indireta, podendo se valer desse entendimento para a defesa dos seus interesses perante os tribunais⁶⁰ (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

⁵⁷ Facchini Neto (2006, p. 28) ressalta a tendência de convergência entre o público e o privado, operando-se de duas formas, a primeira com a utilização pelo Estado de institutos jurídicos de direito privado, estabelecendo relações negociais com particulares, nas quais abre mão de instrumentos autoritários e impositivos, provocando a “privatização do direito público”. Já a segunda consiste no avanço do direito privado em direção ao direito público, ensejando o surgimento da categoria dos direitos coletivos e difusos e a funcionalização de institutos típicos do direito privado, a exemplo do reconhecimento da função social da propriedade.

⁵⁸ A teoria do efeito horizontal surgiu nesse país num contexto de reflexão política com o objetivo de salvaguardar os interesses de classes e de grupos sociais mais fracos perante o poder de particulares que se aproveitavam da ficção jurídica da igualdade para exercer uma forma de poder social (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

⁵⁹ São apontados como marcos dessa mudança de paradigma a Constituição alemã de 1949 e a mexicana de 1971 (FACCHINI NETO, 2006).

⁶⁰ Conforme destaca Ubillos (2006) a aceitação da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pressupõe uma negação ou, ao menos, uma revisão do conceito tradicional de que esses direitos são oponíveis unicamente em face do Estado.

Essa passou a representar a tendência do Tribunal Constitucional Federal daquele país não somente na seara da responsabilidade decorrente da prática de atos ilícitos, bem como no direito contratual.

Nessa medida, a mencionada Corte reformou decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal que reconheceu a responsabilidade de familiares de um devedor em razão de fianças prestadas, ao argumento de que a liberdade contratual permite que sejam assumidas “obrigações muito perigosas”, mesmo os fiadores não possuindo qualquer patrimônio e com rendimentos que poderiam servir, no máximo, para o pagamento dos juros ou de parte deles, tendo sido reconhecido pela Corte Constitucional o efeito irradiador dos direitos fundamentais e determinado que a autonomia privada deve considerar os bons costumes e os parâmetros da boa-fé (CANARIS, 2006, p. 230).

Nesse passo, não existem maiores discussões no direito alemão sobre a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais na aplicação e na interpretação das normas de direito privado, por meio da vinculação dos tribunais cíveis à Constituição (CANARIS, 2006).

Essa tendência também é ressaltada por Gilissen (2013, p. 538):

Ao *Code Civil* da sociedade individualista do início do séc. XIX substituiu-se, portanto, um direito que tende a assegurar a igualdade efectiva de todos perante a lei pela proteção dos fracos, graças à intervenção de grupos sociais que temperam o individualismo em benefício do Colectivismo. O Estado intervém cada vez mais nas relações entre particulares; ele protege, em certas circunstâncias, os economicamente fracos. Assiste-se àquilo que se tem chamado a «publicização» do direito privado, ou seja, a absorção de parte do direito privado pelo direito público; ou ainda a «socialização» do direito privado pelo desenvolvimento que o direito social tomou. Daí, que a evolução do direito civil nos países capitalistas se aproxime deste mesmo direito nos países socialistas de tendência comunista.

Embora num primeiro momento os direitos fundamentais tenham surgido para fazer frente aos abusos praticados pelo Estado⁶¹, com a mudança do modelo de Estado liberal para o Social⁶² e a limitação cada vez maior da autonomia privada⁶³ (TERAOKA, 2017), tornou-se

⁶¹ A garantia de que nenhuma autoridade estatal, incluindo o legislativo, poderá desrespeitar os direitos fundamentais dos indivíduos constitui o denominado “efeito vertical dos direitos fundamentais”, caracterizado pela desigualdade entre o indivíduo, em situação de inferioridade, e o Estado, numa condição superior (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 107).

⁶² A autonomia da vontade que predominou no Estado Liberal, com a ampla liberdade negocial das partes, passou a ser enfraquecida pelas denominadas “legislações sociais” e pelas conquistas relacionadas aos direitos fundamentais de segunda dimensão (WYZYKOWSKI, 2019, p. 46).

⁶³ Nesse modelo de Estado Social a atenção das autoridades não se limita à defesa da segurança interna e externa, passando a interferir de forma intensa na economia, seja de forma direta, por meio da prestação de serviços,

pacífico o entendimento de que podem incidir tanto nas relações com entidades públicas, quanto nas que são estabelecidas entre os particulares⁶⁴⁻⁶⁵ (MIRANDA, 2018), implicando na vinculação da Administração Pública, que deve adotar políticas públicas que propiciem a efetivação de direitos fundamentais pelos cidadãos; do legislador, que deve editar normas para regulamentação dos programas contidos na Constituição; e do Judiciário, devendo o juiz, no exercício da jurisdição, ao aplicar o direito privado, considerar as regras e princípios constitucionais que incidem na relação jurídica em análise (FACCHINI NETO, 2006).

De acordo com Castro (2010) as conquistas e os novos caminhos seguidos pela civilização permitem a aplicação das garantias que regem o desenvolvimento do processo social tanto na esfera pública, quanto no âmbito das relações privadas⁶⁶.

Nessa linha, são fornecidos novos parâmetros para a delimitação do conceito de ordem pública, demandando a releitura do direito privado com base na Constituição, em prestígio a valores não patrimoniais, especialmente a dignidade de pessoa humana e desenvolvimento dos direitos inerentes à personalidade (TEPEDINO, 1999).

A proteção da dignidade prevista no art. 1º da Lei Fundamental alemã, por exemplo, é passível de violação não somente por atos contrários à lei, mas também por injustiça e não apenas pela ação do Estado, mas também de cidadãos individuais (NEUNER, 2006).

Segundo Hesse (1995), a autonomia privada e a sua manifestação mais importante, que corresponde à liberdade contratual, possuem como fundamento e limites os direitos inerentes à personalidade, sendo indispensável a atuação estatal para o equilíbrio entre os preceitos de direito público e de direito privado.

A propósito, Dimoulis e Martins (2007, p. 109) assentam que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações envolvendo particulares fica caracterizado diante de um conflito que envolva “evidente desproporção de poder social”, a exemplo de uma disputa entre uma grande empresa, que a princípio constitui um sujeito de direito tal como qualquer dos seus empregados, mas que na realidade possui enorme superioridade em termos

seja de forma indireta, regulando relações privadas e intersubjetivas nas quais antes predominava a autonomia privada (FACCHINI NETO, 2006).

⁶⁴ Com incremento do “Estado Social” houve o declínio da autonomia privada, diante da consagração do bem-estar social, passando ainda a ser reconhecida a incidência dos direitos fundamentais nas relações envolvendo o direito privado (WYZYKOWSKI, 2019, p. 47).

⁶⁵ Segundo Courtis (2006) a ideia de que os direitos humanos não podem ser invocados nas relações entre particulares é equivocada e errada, sendo possível afirmar que esses direitos também obrigam os particulares.

⁶⁶ Fachin e Ruzyk (2006) destacam que o próprio fundamento dos direitos foi modificado, levando à perda de sentido da clássica divisão entre público e privado, com o desvelamento do mito da igualdade formal.

estruturais de forças, fazendo-se necessária a vinculação dos que detêm o poder social aos direitos fundamentais, ensejando um certo equilíbrio de forças.

Canotilho (2003) assenta que os direitos, liberdades e garantias representam hoje direitos subjetivos, independentemente do caráter público ou privado e nada obsta a aplicação dos direitos subjetivos públicos no direito civil, especialmente se essa caracterização lhes conferir uma dimensão prática mais ampla.

No âmbito internacional, por exemplo, o artigo 18º, nº 1 da Constituição portuguesa prevê a vinculação das entidades privadas aos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos, liberdades e garantias, devendo a legislação ordinária extrair daí as devidas consequências (MIRANDA, 2018).

O autor observa que a fórmula utilizada no artigo 18º, 1º da Constituição portuguesa, que prevê expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, não é comumente adotada em outras Constituições, a exemplo da CRFB/88, mas nem por isso a jurisprudência, o Legislativo e a doutrina têm deixado de enfrentar a questão, tendo sido cada vez mais realçado o alargamento da Constituição material e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2018).

Entretanto, em que pese a mencionada previsão na Constituição portuguesa, tal como também consta na Constituição suíça, a fórmula empregada é bastante ampla e não permite que se determine, de forma antecipada, sem a análise do caso concreto, os efeitos horizontais, que ficam a cargo da jurisprudência e da doutrina (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Em razão da possibilidade de vinculação de entidades privadas, destaca-se a “eficácia horizontal”⁶⁷ ou perante terceiros, dos direitos, liberdades e garantias, fazendo um contraponto à mera eficácia externa, que equivale ao dever universal de respeito que vincula qualquer cidadão diante dos direitos dos outros (MIRANDA, 2018). Enquanto a eficácia externa consiste na ausência de interferência no exercício dos direitos dos outros, na eficácia horizontal as relações são bilaterais, sobre as quais se projetam ou podem ser afetados de forma específica certos e determinados direitos (MIRANDA, 2018).

Significa que embora os direitos fundamentais vinculem de forma imediata o Estado, também geram consequências indiretas a outros titulares na apreciação de conflitos,

⁶⁷ Aventa-se ainda a existência de uma “eficácia diagonal”, citando como exemplo a relação empregador/empregado, na qual o conteúdo potestativo seria tão mais intenso do que aquele que se verifica no plano da eficácia horizontal, a ponto de causar maior desequilíbrio entre as partes (CONTRERAS, 2011, p. 30).

considerando que o Estado possui o dever de proteção contra agressões provenientes de particulares⁶⁸ (DIMOULIS; MARTINS, 2007).

Isso revela que aquela visão independente do direito civil, mostrou-se deficiente e ultrapassada, sendo substituída por uma visão sistêmica, com a Constituição ocupando o centro do sistema jurídico, emitindo princípios e direitos que se irradiam para todo o ordenamento jurídico, surgindo a denominada “constitucionalização do direito privado”, que constitui uma nova forma de se compreender o direito civil, em valorização e reconhecimento da dignidade da pessoa humana em detrimento da predominância da autonomia de vontade (SANTOS, 2019).

Esse fenômeno decorre da migração para o âmbito das relações privadas de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, ensejando a denominada “repersonalização do direito civil”, recolocando o ser humano no centro do direito privado, em detrimento do patrimônio (FACCHINI NETO, 2006, p. 34).

Em reforço, Fregni (2019, p. 178) assenta que passou a ser observado no direito privado um movimento de abertura “descodificação”, trazendo funcionalidade aos negócios jurídicos, com a imposição de uma interpretação de acordo com os valores e princípios constitucionais.

Assim, no Brasil, após a entrada em vigor da CRFB/88, verificou-se a necessidade de uma readequação do Direito Civil às normas constitucionais, com o abandono da sua clássica característica de autossuficiência (LOPES; SOUZA, 2019).

Conforme se observa, atualmente não existe controvérsia no Brasil e no exterior sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações que envolvem particulares.

Quanto à sua manifestação, num primeiro momento foi defendido o efeito horizontal direto, com a aplicação imediata dos direitos fundamentais aos conflitos envolvendo particulares, e posteriormente o efeito horizontal mediato, que produz um “efeito de irradiação”, ensejando a aplicação da Constituição para afastar violações, ainda que perpetradas por particulares (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 110-111).

Contudo, tal como assentado na notória decisão proferida no caso Lüth⁶⁹, na Alemanha, o fenômeno da constitucionalização do direito privado apesar de impor a

⁶⁸ Em razão disso, o direito privado deve estar de acordo com a Constituição, considerando o seu texto e contexto (FROTA, 2019).

⁶⁹ Esse leading case é de 1950 e surgiu após o lançamento de um filme promovido por um destacado cineasta “desnazificado”, tendo Erich Lüch, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo na época, pressionado distribuidores e proprietários de cinemas para não incluírem a película nas suas programações. Em razão disso, o produtor e distribuidor da obra processou Lüch por perdas e danos, tendo o pedido sido acolhido pelo juiz de primeira instância que considerou as declarações do réu como incitação ao boicote e ofensivas à moral e aos

observância dos direitos fundamentais nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, não pode significar a completa supressão do caráter privado do litígio intersubjetivo, em que pese a influência do direito constitucional (FACCHINI NETO, 2006).

Nesse cenário, a constitucionalização do direito privado não pode representar a sua completa substituição pelo direito constitucional⁷⁰, sendo necessário preservar a interação entre o direito público e o privado (RIVERA, 1996), tendo Teraoka (2017) afirmado que embora a autonomia privada venha sendo cada vez mais limitada pela proliferação de normas de ordem protetivas de grupos hipossuficientes, o que não representa algo necessariamente ruim ou inconstitucional, a liberdade também constitui um valor indissociável da dignidade humana, podendo a substituição da vontade das partes significar um eventual desprestígio a essa última.

Nesse ponto, existe um consenso de que tratar as pessoas como dignas implica no reconhecimento do seu direito de fazer escolhas pessoais e de segui-las quando isso não atinja direitos de terceiros (SARMENTO, 2019).

No escólio de Barroso (2012a, p. 81), a autonomia constitui o elemento ético da dignidade humana e o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, permitindo-lhes buscar a “sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa”, sendo uma pessoa autônoma aquela que pode definir as regras que irão reger a sua vida, sustentando Andrade (2006) que no âmbito das relações privadas, se existir uma norma legal que regule a situação, ela deverá incidir, sob a presunção de que prevê um equilíbrio aceitável entre os valores envolvidos na disputa, podendo até tal presunção ser afastada, mas competindo o ônus da prova da inconstitucionalidade da norma a quem pretender o seu reconhecimento.

Realizadas as devidas ponderações, tendo em vista a inegável aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, verifica-se que ocorrerão, inevitavelmente, colisões entre os direitos fundamentais e, tendo em vista que não há garantias ou direitos absolutos, será necessária a adoção de medidas que irão restringir prerrogativas individuais ou coletivas.

Conforme já se destacou anteriormente, de que não há disposição expressa na CRFB/88 com relação à resolução das colisões entre direitos fundamentais, ao contrário do que se verifica em outras Constituições, qualquer restrição à autonomia privada, que representa inarredável expressão da dignidade humana, deverá ser limitada pela teoria dos limites dos

bons costumes, proibindo-o de se manifestar a respeito da obra. Contra a decisão foi apresentada uma reclamação constitucional com fundamento no direito fundamental à liberdade de expressão e o Tribunal Constitucional acolheu o recurso e reformou a sentença, considerando que a decisão monocrática feriu o direito à liberdade de expressão (MORAES, 2006).

⁷⁰ Pereira (2015, 167) destaca que a liberdade individual de ingerência sobre a própria vida não pode ser “eclipsada”.

limites, demandando sempre a necessidade de proteção ao seu núcleo essencial, assegurando-se a proporcionalidade nas restrições que forem adotadas.

A seguir, serão apresentadas algumas decisões nas quais os tribunais brasileiros reconheceram a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais em relações firmadas entre particulares em temas atuais e julgamentos emblemáticos.

3.8.1 Exclusão de perfil, publicação em rede social, conta no *WhatsApp* e jogo virtual

Além de servirem como forma de entretenimento, comunicação e de difusão de informações, muitas pessoas e empresas passaram a utilizar cada vez mais ferramentas como o *WhatsApp*, *Instagram* e *YouTube* para o exercício das suas atividades comerciais e/ou profissionais, surgindo dúvidas com relação aos limites que devem ser observados no caso de imposição de restrições aos usuários.

Conforme destacam Teffé e Moraes (2017), a internet se tornou um instrumento imprescindível para o bom funcionamento das mais diversas estruturas da sociedade, ensejando a difusão, o armazenamento e o processamento de dados com velocidade instantânea e precisão, tendo o advento e o desenvolvimento das redes sociais causado profundo impacto nas relações humanas e, conseqüentemente, jurídicas, especialmente desde março de 2020, com o agravamento da pandemia provocada pela Covid-19, que tem provocado a imposição de diversas medidas restritivas aos direitos fundamentais, como distanciamento e isolamento social.

Com relação à exclusão de perfil de rede social, recentemente (SÃO PAULO, 2020o), o TJSP apreciou recurso de apelação interposto contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de obrigação de fazer com pedido de indenização por dano moral ajuizada por uma influenciadora digital, que desenvolve atividades de marketing em seu perfil da rede social *Instagram*, e que teve a sua conta cancelada por reclamação de violação de marca formulada por terceiro, sem qualquer checagem a respeito da veracidade.

Na sentença foi determinado que o réu Facebook Serviços Online do Brasil deveria manter ativa a conta na rede social e indenizá-la, no valor de R\$ 10.000,00, pelos danos morais causados pelo cancelamento indevido da conta.

No julgamento da apelação, a Corte consignou que apesar de as Diretrizes da Comunidade *Instagram* preverem a possibilidade de desativação de contas, no caso de condutas ilegais como violação de marcas, para exclusão da conta da usuária é necessário que a provedora

justifique a medida ou comprove, de algum modo, a ocorrência de comportamento ilícito, tendo sido negado provimento ao recurso interposto pelo recorrente Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

Em outro caso semelhante, o Tribunal paulista confirmou sentença que determinou que o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda mantivesse a conta da autora, influenciadora digital, no aplicativo *Instagram*, diante da inexistência de elementos que pudessem justificar o bloqueio ao uso do aplicativo (SÃO PAULO, 2020i).

Na apelação nº 1033743-48.2018.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2019c), interposta contra sentença que condenou o *Facebook* a restabelecer página em rede social de um influenciador digital, desativada sob a alegação de reiterada violação da propriedade intelectual de terceiros, o TJSP asseverou que para determinar a desativação de páginas deve haver a comprovação satisfatória das eventuais violações, destacando que uma coisa é poder do provedor de filtrar denúncias e eventualmente retirar os conteúdos não condizentes com a sua política de uso e outra coisa é proceder dessa forma sem transparência, impedindo o usuário até mesmo de discutir a contento a sua conduta.

Recentemente, o juiz André Pasquale Rocco Scavone, da 2ª Vara Cível da Comarca de Diadema (SÃO PAULO, 2021h), determinou liminarmente a exclusão de um perfil falso do Facebook atribuído ao prefeito da cidade, no qual o usuário postava publicações atacando o prefeito e interagiu com outros perfis oficiais de políticos, comentando atos oficiais e promovendo a desinformação sobre a campanha de vacinação contra a Covid-19 promovida pelo município, tendo o magistrado destacado na sua decisão que embora o conteúdo postado não possa ser tomado com seriedade, o momento atual da crise promovida pela pandemia exigiu a concessão da tutela antecipada requerida.

No que se refere à exclusão de publicação de rede social, na apelação nº 1013048-39.2019.8.26.0003 (SÃO PAULO, 2020e) o TJSP apreciou recurso interposto contra sentença que julgou improcedente pedido formulado pela parte autora, de obrigação de fazer cumulado com indenização por danos morais em razão de ofensas divulgadas na internet pela requerida (apelada), uma influenciadora digital, com mais de 100 mil seguidores, que criticou os serviços prestados pelos requerentes.

O Tribunal consignou que, mesmo que o serviço contratado não tenha sido realizado a contento, as alegações, insinuações e contextos empregados pela parte recorrida extrapolaram o direito de informação, beirando à abusividade e que não se justifica o uso

indiscriminado da internet como ringue de batalha ou ainda como instrumento de “vingança privada”, a ponto de configurar um verdadeiro “linchamento virtual” contra os recorrentes.

Com base nesses fundamentos, foi dado provimento ao recurso para determinar a exclusão das ofensas pretéritas publicadas pela recorrida às recorrentes; aumentar o valor da multa diária de R\$ 500/dia, limitada a R\$ 50.000,00, para novas ofensas, sem prejuízo de eventual ampliação, se necessário; e consignar que todas as medidas determinadas abrangem não apenas ofensas diretas, mas também postagens de conteúdo indireto, velado ou que representem estímulo à perseguição virtual, além da condenação em R\$ 5.000,00, a título de danos morais.

A Corte paulista analisou apelação cível (SÃO PAULO, 2020h) interposta contra sentença que condenou a ré a pagar aos autores indenização por danos morais e na obrigação de fazer consistente em excluir publicação injuriosa da sua página de rede social (*Facebook*), bem como publicar retratação no mesmo perfil, em 48h, sob pena de multa diária.

Os autos trataram de ação ajuizada pelos autores que alegaram que foram vítimas de uma campanha difamatória perpetrada pela ré, sua vizinha, proprietária de um abrigo para animais, tendo a ré imputado fatos ofensivos à dignidade dos autores por meio de publicações no *Facebook*, expondo inclusive foto com rosto e da sua residência, tendo a publicação gerado mais de 260 curtidas, 207 comentários e 302 compartilhamentos na rede social.

O acórdão manteve a sentença impugnada e destacou que a liberdade de manifestação do pensamento não é absoluta e deve ser praticada com responsabilidade, respeitando outros valores constitucionais como a intimidade, a vida privada, a imagem, a dignidade da pessoa humana e a honra.

A juíza Tais Helena Fiorini Barbosa, em decisão proferida nos autos do processo nº 1002209-42.2021.8.26.0016, em trâmite na 2ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Vergueiro, Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2021i), determinou a exclusão de uma postagem realizada na rede social *Twitter* que fazia a indicação de um site com a foto de uma mulher nua por violação da imagem da autora da ação, uma modelo que foi ex-participante de um *reality show*.

Em processo que tramita sob segredo de justiça na 42ª Vara Cível Central da Cidade de São Paulo, foi determinada a remoção de postagem considerada sexista, tendo o juiz de piso tornado definitiva a tutela antecipada anteriormente concedida (SÃO PAULO, 2021g).

Nesse caso, a autora postou as razões pelas quais votaria em determinado candidato para o cargo de Presidente da República e foi chamada em comentário por um internauta de

“menina linda e burra”. A ofendida comunicou a ofensa à empresa que administra a rede social e obteve resposta de que o comentário não foi contra os padrões da comunidade.

Segundo o magistrado que analisou o processo, não se tratou de uma afirmação qualquer, mas sim de uma manifestação de índole sexista que insere a mulher como um simples objeto de dominação masculina, apresentando-a como um objeto sexual “linda” e incapaz de articular raciocínios, em ofensa à igualdade de gênero consagrada na CRFB/88.

Por decisão proferida pela 5ª Vara Cível da Comarca de Barra da Tijuca, no Estado do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2021), foi determinada a exclusão de postagem realizada por uma conhecida atriz e youtuber, sob pena de multa diária, prejudicial à autora da ação, uma antropóloga e professora, contendo supostos comentários agressivos, difamatórios e injuriosos, como a promoção da defesa de pedófilos, tendo a publicação ainda marcado uma revista na qual a vítima escreve e uma Universidade onde ela leciona.

No tocante ao aplicativo *WhatsApp*, a 13ª Vara Cível de Fortaleza do estado do Ceará (CEARÁ, 2021) determinou a reativação de contas na categoria *Business*, de uma empresa do ramo do vestuário, sob o fundamento de que o banimento da autora com base em suposto descumprimento dos termos de uso deve ser analisado de forma acurada, de modo a esclarecer se há ou não justo motivo para a desativação das suas contas.

O TJSP, em decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento nº 2022916-62.2021.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2021a) no qual um blogueiro pleiteava a reativação do seu canal no *YouTube*, desativado pela empresa responsável pela manutenção da plataforma em razão da suposta propagação de *fake news*, destacou que a remoção das contas se mostrou desproporcional, caracterizando violação à garantia constitucional da liberdade de expressão e de informação, reafirmando, ainda, a primazia da liberdade de expressão.

Em outra recente decisão monocrática, o juiz Fernando Leonardi Campanella, da 1ª Vara Cível da Comarca de Amparo em São Paulo (SÃO PAULO, 2021h) determinou a reativação de um canal no Youtube que aborda o mercado de criptomoedas que existe desde 2017 e que foi removido sob o fundamento de “violações graves ou recorrentes” das diretrizes da plataforma, sem o fornecimento de maiores esclarecimentos ou indicação de quais termos da empresa teriam sido violados pelo usuário, consignando que a conduta do responsável pela manutenção do serviço de vídeos violou os princípios da boa-fé objetiva e o direito fundamental à liberdade de expressão.

Por fim, a 11ª Câmara Cível do TJMG (MINAS GERAIS, 2021) indeferiu pedido liminar de *gamer* suspenso de jogo *Free Fire*, tendo a suspensão sido baseada no uso de

programas de terceiros e/ou brechas do jogo para obtenção de vantagem ilegal, permitindo que as empresas Garena Agenciamento de Negócios Ltda e Google Brasil Internet Ltda mantenham a exclusão da conta do usuário, diante da ausência de demonstração de qualquer ilegalidade na adoção da medida restritiva de acesso ao serviço.

Conforme se observa, as questões concernentes ao uso das redes sociais e jogos virtuais desafiam, inexoravelmente, a análise da proporcionalidade.

3.8.2 *Fake News*

Nos últimos tempos, tem-se verificado um expressivo aumento na quantidade de informações disponíveis, incluindo informações falsas que tem servido como instrumento para a promoção de uma verdadeira desinformação, até mesmo em questões envolvendo a saúde pública em tempos de pandemia.

Essa “explosão informacional” coloca em evidência o problema causado pelas denominadas *fake news*, em todos os seguimentos da sociedade (CARVALHO; MATEUS, 2018).

Conforme observam Teffé e Souza (2019), compreendem conteúdos falsos, inverídicos, distorcidos ou fora de contexto que se espalham como se fossem notícias, com a finalidade de promover a desinformação do público, tendo o termo *fake news* se difundido durante a campanha presidencial nos Estados Unidos no ano de 2016.

Nesse contexto, embora a CRFB/88 assegure a liberdade de expressão e a de imprensa, o principal destinatário dessa proteção constitucional não são os meios de comunicação, mas sim a sociedade, que depende da informação de qualidade para opinar sobre assuntos de interesse social e “controlar melhor os negócios públicos” (SARMENTO, 2016a, p. 533).

A propósito, no REsp nº 1.473.393/SP (BRASIL, 2016e), o Ministro Luis Felipe Salomão assentou que a “liberdade de informação só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial, sendo a veracidade⁷¹ um requisito do exercício legítimo dessa liberdade”.

Em reforço, na ADPF nº 130/DF (BRASIL, 2009b), o Pretório Excelso salientou que o direito de comunicação está intimamente relacionado com o dever dos veículos de

⁷¹ De acordo com Häberle (2008, p. 120), o próprio modelo de Estado constitucional está fundamentado na busca da verdade.

informação de apresentarem conteúdos completos e com o máximo de fidedignidade possível, levando em consideração a sua função social perante a sociedade de massa.

Entretanto, o problema é que a criação ou a divulgação das *fake news* podem ser realizadas por vários sujeitos e muitas vezes acontece fora de um veículo de comunicação convencional, envolvendo pessoas comuns que não trabalham com a notícia, surgindo dúvidas com relação à imposição dos mesmos deveres que recaem sobre os profissionais da imprensa (TEFFÉ; SOUZA, 2019).

Sobre o assunto, em interessante julgado, o TJSP analisou apelação (SÃO PAULO, 2020n) interposta em ação ajuizada por pré-candidato ao Governo do Estado de São Paulo contra vereador da cidade de São Paulo, baseada na alegação de que o réu realizou a divulgação e o compartilhamento de publicações com conteúdo inverídico e ofensivo, por meio da sua “Fanpage” e perfis das redes sociais *Facebook*, *Instagram* e *Whatsapp*, com a intenção de macular o nome do autor perante a opinião pública.

Os pedidos formulados pelo autor foram julgados parcialmente procedentes pela primeira instância para condenar o réu a se retratar publicamente, fazendo divulgar o inteiro teor da sentença em suas redes sociais, em cinco dias, sob pena de multa, além de indenização em danos morais no valor de R\$ 90.000,00.

No acórdão proferido na apelação, o TJSP consignou que muito embora sejam toleradas eventuais “críticas ácidas” ou até mesmo ofensas no âmbito da discussão política no confronto entre os postulantes ao cargo público, no caso concreto a conduta do réu extrapolou o seu direito de liberdade de expressão, inclusive com a difusão massiva e compartilhamento de falsa notícia “Fake News”, de que o autor estaria respondendo a processo criminal, com a possibilidade de ser preso, tendo sido dado parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir a condenação em danos morais para R\$ 40.000,00.

Por decisão proferida pelo relator do Inquérito nº 4781, Min. Alexandre de Moraes, que tramita no STF, em sigilo, foi determinado o bloqueio de perfis de usuários investigados pela Corte Suprema em razão da suposta divulgação de notícias falsas (“Fake News”) e ameaças aos seus ministros (AGÊNCIABRASIL, 2020). Dentre os usuários que tiveram as contas suspensas estão jornalistas, empresários, um ex-deputado e uma ativista.

Alexandre de Moraes destacou que a conduta dos investigados extrapolou a liberdade de expressão e que o bloqueio se fez necessário para “interrupção dos discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática” (AGÊNCIABRASIL, 2020).

Destarte, apesar da inexistência de um dever geral de falar a verdade no nosso ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre com os profissionais de imprensa, que se sujeitam ao Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, os demais indivíduos desfrutam do direito fundamental da liberdade de expressão, sem grandes preocupações com a verdade dos fatos, contanto que não causem danos a terceiros e que a divulgação do conteúdo falso ou equivocado não tenha a finalidade de promover a desinformação ou prejudicar de forma deliberada a qualidade dos debates, casos em que a tutela jurisdicional poderá ser buscada para fins de inibir a divulgação das *fake news*, sem prejuízo da apuração de eventual responsabilidade civil (TEFFÉ; SOUZA, 2019).

Trata-se, portanto, de um tema bastante atual e polêmico, que também deve ser analisado sob a ótica da proporcionalidade.

3.8.3 Expulsão ou inadmissão de cooperado e de sócios ou associados de pessoas jurídicas de direito privado

A possibilidade de exclusão de cooperado e de sócios ou associados de pessoas jurídicas de direito privado representa um relevante exemplo da incidência dos direitos fundamentais nas relações envolvendo particulares, em especial no que se refere à garantia processual ao devido processo legal.

No julgamento da Apelação Cível 0300697-73.2019.8.24.0054 (SANTA CATARINA, 2020), o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) confirmou sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados por dois médicos que se insurgiram contra a sua expulsão de uma cooperativa de trabalho do rol dos cooperados, sob a alegação do cometimento de infrações estatutárias. Restou consignado no referido acórdão que o procedimento de exclusão respeitou as normas estatutárias que previam a possibilidade de exclusão automática e imediata do médico cooperado que deixar de atender aos requisitos estatutários de ingresso ou permanência na cooperativa.

O TJMG considerou válida a exclusão de um cooperado de uma cooperativa de crédito, na qual todo o procedimento previsto no Regimento Interno da cooperativa foi seguido, tendo sido deliberada a exclusão do associado dos seus quadros com base em decisão tomada em Assembleia Geral Extraordinária (AGE) da Cooperativa, por maioria de votos, que reconheceu a soberania da AGE para interpretar as cláusulas do seu regimento e estatuto com relação às hipóteses de exclusão (MINAS GERAIS, 2015a).

Por outro lado, podem ser apontadas diversas outras decisões (SÃO PAULO, 2019b; RIO DE JANEIRO, 2018; MINAS GERAIS, 2019) que consideraram nulas exclusões de cooperados dos quadros de cooperativas, inclusive do STF (BRASIL, 1996d, 2004d) por considerar que os procedimentos administrativos adotados não observaram o devido processo legal, desatendendo-se ao contraditório prévio e à ampla defesa, reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares.

Da mesma forma os associados de clubes de qualquer natureza devem ter respeitadas as suas garantias processuais asseguradas pela CRFB/88, diante da reconhecida eficácia dos direitos fundamentais nas relações firmadas entre particulares (SÃO PAULO, 2020l, MINAS GERAIS, 2017), sendo possível ainda analisar a pena aplicada sob a ótica da proporcionalidade que constitui parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade.

No julgamento do RE nº 201.819/RJ (BRASIL, 2005g), interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito privado, que exclui o recorrido do seu quadro de sócios, o STF assentou que as violações a direitos fundamentais não se verificam apenas no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, prestando também à proteção dos particulares em face dos poderes privados, representando os princípios constitucionais limites à autonomia privada das associações⁷², tendo sido reconhecida a aplicação direta dos direitos fundamentais decorrentes do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Com relação à recusa da admissão de associado (uma empresa) nos quadros de associação civil do ramo de farmácias, no Ag. Reg. no RE com Agravo nº 1.008.625/SP (BRASIL, 2017h), o STF manteve decisão proferida pelo TJSP, que considerou a negativa da associação ilegítima, ressaltando a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado.

Destarte, é pacífica a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nesse tipo de relação que envolve apenas direitos e interesses privados.

⁷² No mesmo sentido: REsp nº 330.494/SP (BRASIL, 2016c).

3.8.4 Restrições ao direito de propriedade dos condôminos

O direito condominial sempre foi palco de controvérsias relacionadas ao uso das áreas privativas e comuns entre os condôminos.

Isso tudo tem sido agravado desde 2020, diante da pandemia provocada pela Covid-19, com milhões de contaminações e de mortes ao redor do planeta, demandando a necessidade da adoção de medidas que implicam em restrições de circulação de pessoas, em isolamento social e de diversos cuidados e protocolos de cunho sanitário, surgindo várias questões relacionadas à possibilidade de limitação do direito fundamental de propriedade dos condôminos para o combate e controle da pandemia.

No entanto, conforme advertem Ferreira e Montes Netto (2020), a gravidade da situação vivenciada em decorrência da Covid-19 não afasta a necessidade de observância ao ordenamento jurídico, em especial da proporcionalidade, que deve ser considerada em qualquer medida adotada pelos condomínios e pelos Poderes Públicos.

No plano infraconstitucional, o CC estabelece alguns direitos e deveres dos condôminos para a manutenção da boa convivência social, a exemplo da regra que impõe a abstenção de uso da sua edificação de forma prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos demais possuidores (artigo 1.336, IV).

De acordo com o artigo 1.337, do mesmo diploma legal, é possível a imposição de multa de até o quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais ao condômino ou possuidor que descumprir, reiteradamente, os seus deveres perante o condomínio. No caso de reiteração de comportamento anti-social que resultar incompatibilidade de convivência, o CC permite a imposição de multa correspondente ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais (art. 1.337, parágrafo único).

Deve ser observado que para a aplicação da sanção prevista no mencionado dispositivo legal é necessário assegurar ao condômino o devido processo legal, respeitando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, diante da eficácia dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares. A propósito, o enunciado 92, da I Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2002a), estabelece que “As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”⁷³.

⁷³ Confira-se: REsp nº 1.365.279/SP (BRASIL, 2015h).

Em situações excepcionais, quando a punição pecuniária se mostrar ineficaz, o enunciado n. 508, da V Jornada de Direito Civil prevê a possibilidade de exclusão do condômino antissocial, desde que na assembleia prevista na parte final do parágrafo único, do artigo 1.337 do CC, seja deliberada a propositura de ação judicial para esse fim, observando-se o devido processo legal (BRASIL, 2012a).

Ressalta-se interessante julgado do TJPR que manteve, em sede de apelação, sentença proferida pelo primeiro grau de jurisdição que havia determinado que o proprietário de um apartamento se abstivesse de usar/habitar a sua unidade no prédio (PARANÁ, 2012).

O acórdão destacou que o proprietário do imóvel havia se comportado de forma antissocial por reiteradas vezes, com graves indícios da prática de crimes contra a liberdade sexual, por meio do aliciamento de candidatas ao cargo de empregada doméstica mediante o oferecimento de salários acima dos geralmente pagos pelo mercado, não tendo sido suficientes para a cessação do seu comportamento nocivo as notificações encaminhadas pelo condomínio e a aplicação da multa correspondente ao décuplo do valor da cota mensal condominial.

Consignou-se no mencionado acórdão que a exclusão do condômino antissocial não pode esvaziar o seu direito de propriedade, sendo possível restringir apenas o seu direito de moradia naquele apartamento, mantendo-se a titularidade e o poder de disposição sobre o bem.

No mesmo sentido, o TJSP apreciou um caso no qual a condômina deixou de cuidar da higiene do seu apartamento, de forma reiterada, com o acúmulo de grande quantidade de lixo e alimentos deteriorados, gerando mau cheiro no prédio e colocando em risco o prédio, com a possibilidade de propagação de doenças e de incêndio, decidindo que é impossível ignorar que em algumas situações a aplicação da sanção pecuniária se mostra insuficiente, não podendo o direito se manter inerte, impondo-se a pacificação do conflito por meio da atividade jurisdicional, tendo sido determinada a proibição da proprietária de usar diretamente o imóvel, com determinação de desocupação no prazo de 60 dias, acompanhada da limpeza e da higienização do imóvel. Destacou-se no mencionado acórdão que a imposição de não utilizar o imóvel não atinge a posse indireta da proprietária, revelando-se mais favorável do que a imposição de reiteradas multas, o que poderia constituir uma medida mais gravosa (SÃO PAULO, 2013a).

Em outro julgado, a Corte de Justiça paulista teve a oportunidade de analisar uma apelação interposta por um Condomínio em face de sentença que acolheu pedido formulado pelo autor/apelado para anular alterações promovidas no regulamento interno da unidade condominial, que impunham a suspensão do uso de área comum ao condômino que infringisse

as regras de utilização dos salões de festas, da churrasqueira, da piscina, das saunas e da sala de ginástica (SÃO PAULO, 2013b).

Assentou-se no referido acórdão que, há tempos, o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, sujeitando o seu titular ao cumprimento da função social, que se revela em práticas compatíveis com o fim atribuído ordinariamente à coisa, devendo qualquer medida restritiva pautar pela observância dos princípios constitucionais, podendo aquele que utiliza maliciosamente uma área comum não essencial ser tolhido do uso desses espaços em prestígio à dignidade dos demais condôminos, tendo sido reformada a decisão monocrática, com o reconhecimento da improcedência do pedido inicial.

Ainda, na Apelação Cível nº 1013115-73.2019.8.26.0562 (SÃO PAULO, 2020f), a Corte paulista consignou que o direito de propriedade não é absoluto e encontra limitações, por exemplo, no direito de vizinhança, sendo possível, a despeito da inexistência de previsão legal específica, a imposição da abstenção do uso da propriedade ao condômino, dependendo da gravidade e reiteração da sua conduta.

Entretanto, em julgamento realizado em 26 de janeiro de 2021 o TJSP (SÃO PAULO, 2021e), em apelação interposta por um condomínio contra sentença de improcedência proferida nos autos de ação de exclusão de ocupante antissocial, ajuizada em face do proprietário do imóvel e da locatária do bem, que ocupa o imóvel há anos, sob a alegação de que a conduta antissocial da corré gera “ambiente de extremo terror nas dependências do condomínio, afetando o direito de propriedade dos demais moradores”, foi negado provimento ao recurso, sob o fundamento de que apesar de existir nos autos farta documentação como várias cartas de reclamação e dois boletins de ocorrência, não existe dispositivo legal que permita a grave penalização de expulsão de condômino por mau comportamento, tendo estabelecido o art. 1.337 do CC apenas e tão somente a possibilidade de imposição da pena de multa em caso de prática de comportamento antissocial.

De acordo com o acórdão, não existe a possibilidade de exclusão do condômino antissocial em razão da falta de amparo legal, cabendo, então, ao condomínio a adoção de outras medidas para resguardar o interesse dos demais condôminos.

Conforme se observa, a questão ainda se revela bastante atual e polêmica, especialmente numa época de pandemia.

3.8.5 Intervenções judiciais em contratos em geral

Além das situações anteriormente destacadas, é pacífica na jurisprudência a aplicação dos direitos fundamentais nos contratos em geral, ensejando a possibilidade de intervenção judicial nesse tipo de relação jurídica firmada entre particulares, adotando os nossos tribunais, no entanto, não raras vezes, uma visão muito mais pragmática do que baseada na racionalidade e na Constituição.

No REsp nº 469.484/MG (BRASIL, 2007a), interposto por uma Construtora que se insurgiu quanto à possibilidade de distrato pelo comprador de uma unidade imobiliária, o STJ destacou a possibilidade de resilição unilateral do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor que não reúne mais condições econômicas para suportar o pagamento das prestações estipuladas com a empresa vendedora, fixando a retenção de 25% do valor das prestações pagas a título de ressarcimento com as despesas administrativas do contrato, apesar de ausência de qualquer previsão contratual nesse sentido.

Nos Embargos de Divergência opostos no REsp nº 59.870/SP (BRASIL, 2002c), novamente versando sobre a resilição de contrato de compra e venda de imóvel por parte de comprador que deixou de cumprir o contrato alegando insuportabilidade da obrigação, a Corte Superior, apesar de reconhecer que a devolução das prestações pagas em razão da desistência da compra não é garantida pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o § 1º, do artigo 53 do CDC, que assegurava ao adquirente esse direito foi vetado e que exegese que o restabelecesse implicaria em eliminação do veto por meio de interpretação judicial, decidiu que é inegável o direito de o compromissário comprador reclamar a devolução das prestações pagas, com a dedução de 25% do valor, diante das despesas gerais da incorporadora com o empreendimento e a circunstância de que a iniciativa de rompimento do contrato partiu do comprador.

Por ocasião do julgamento do REsp nº 907.856/DF (BRASIL, 2008c), que também versou sobre esse tema, a Corte Especial assentou que pactuada a venda de imóvel com o pagamento de arras confirmatórias como sinal, que possui a função apenas de assegurar a realização do negócio, se houver o desfazimento a restituição é de rigor, de modo a evitar a criação de vantagem exagerada em favor do vendedor. A Corte declarou que é abusiva cláusula que fixa a multa por descumprimento do contrato com base no valor do imóvel ao invés de considerar o montante das prestações pagas. No mesmo sentido (SÃO PAULO, 2013c, 2017b, 2020c, 2020g).

Mesmo nos contratos de compra e venda de imóveis entre particulares, nos quais não incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência tem reconhecido a abusividade de cláusula penal contratual que estabelece a perda total dos valores pagos, com fundamento no artigo 413 do Código Civil (SÃO PAULO, 2020d; MATO GROSSO, 2011; PARANÁ, 2019, MATO GROSSO DO SUL, 2012).

Em interessante julgado, o TJSP (SÃO PAULO, 2020m) analisou a possibilidade de redução de multa prevista em contrato de franquia, no qual o franqueador insistiu na condenação dos franqueados ao pagamento do valor integral da multa contratual de R\$ 400.000,00. Alternativamente, insistiu na redução equitativa da multa rescisória para 50% ou 20% do valor previsto.

A Corte consignou que não há qualquer nulidade na estipulação de cláusula contratual que estipula multa para o caso de inadimplemento contratual, mesmo porque as partes são empresárias, sendo presumido o seu conhecimento da ética empresarial.

No entanto, considerando que o valor da multa correspondia a mais do que o dobro da taxa inicial de franquia, reconheceu a sua excessividade, consignando que teria extrapolado inclusive a boa-fé contratual, tendo sido mantido o valor de R\$ 7.500,00 estipulado na sentença de primeiro grau, o que corresponde a menos de 2% da multa prevista no contrato firmado entre as partes.

Nessa linha já decidiu o STJ no AREsp nº 1.436.563/SP (BRASIL, 2019f), tendo a Ministra Maria Isabel Gallotti, em decisão monocrática, assentado que multa estipulada em dez vezes o valor da taxa inicial de franquia de R\$ 50.000,00, resultando em R\$ 500.000,00, mostra-se excessiva, sendo correta a redução determinada pelo TJSP para o valor equivalente a duas vezes a taxa inicial de franquia (R\$ 100.000,00).

A Corte Superior analisou um REsp (BRASIL, 2015i), no qual se discutiu o valor estipulado a título de cláusula penal em um contrato de locação de banco de dados baseado na adoção do processo de filtragem denominado “merge and purge” (fusão e expurgo), consistente no cruzamento de dados, para a eliminação de duplicidade de registros, de modo a priorizar aqueles que devem ser utilizados em banco de dados do contratante.

Apesar de se tratar de um negócio jurídico dotado de especial singularidade e com relação ao qual não incidem as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal Especial reconheceu a excessividade do valor estipulado a título de cláusula penal e determinou a sua redução a um patamar razoável, em atenção às obrigações que foram cumpridas, à natureza e à finalidade do contrato.

O TJSP, em apelação interposta em embargos à execução que foram julgados improcedentes pela primeira instância, em caso envolvendo a ausência da entrega de soja em grãos no prazo ajustado apreciou a possibilidade de aplicação de cláusulas penais que variavam entre 50% e 30% sobre o total de soja que deixou de ser entregue ou o foi em atraso (SÃO PAULO, 2020p).

Em sua decisão, a Corte consignou que à luz do princípio da equidade que emana do artigo 413 do Código Civil, impõe-se ao juiz o dever de reduzir a cláusula penal, ainda que livremente pactuada, devendo ser redimensionada a multa prevista, mesmo diante do princípio do *pacta sunt servanda*, em atenção ao equilíbrio e boa-fé contratuais, tendo sido determinada a aplicação de cláusula penal única equivalente a 25% sobre o valor da soja que não foi entregue.

Esses julgados evidenciam a complexa problemática envolvendo o desequilíbrio contratual, apontando Schreiber (2019, p. 355-365) que a análise do fenômeno deve ir além do aspecto puramente pragmático (frequentemente empregado), sob pena de ensejar decisões judiciais arbitrárias, proferidas com base num exame superficial, confuso e sem a devida racionalidade, sendo necessário abandonar o “campo puramente retórico” e buscar promover o equilíbrio contratual por meio da concretização dos valores da igualdade substancial e da solidariedade, resguardando-se a proporcionalidade interna do contrato.

Assim, apesar de possível e em alguns casos necessária, qualquer restrição à autonomia privada nas relações envolvendo particulares em geral deve ser baseada em critérios racionais e com fundamento na Constituição, inclusive sob a ótica da proporcionalidade.

3.8.6 Casos emblemáticos analisados nos Tribunais Superiores

No presente tópico serão analisados alguns casos emblemáticos que foram julgados pelos nossos tribunais superiores envolvendo a temática dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre os particulares.

No notório “Caso Panasonic”, Recurso Especial (REsp) nº 63.981/SP (BRASIL, 2000b), o autor ajuizou uma ação ordinária alegando que adquiriu uma máquina filmadora, da marca Panasonic, na cidade de Miami, nos Estados Unidos, que mais tarde veio a apresentar vício, sustentando o direito de tê-la consertada pela Panasonic do Brasil Ltda.

No primeiro grau de jurisdição, o processo foi julgado extinto, sem a resolução do mérito, com fundamento no artigo 267, VI do revogado CPC. O autor interpôs recurso de

apelação, ao qual foi negado provimento, restando consignado que a Panasonic do Brasil Ltda não estava obrigada a garantir produto produzido e comercializado pela matriz ou filiais no exterior.

Não se conformando com a decisão proferida pelo TJSP em sede de apelação, o autor interpôs REsp, sustentando que a Panasonic do Brasil deve ser responsabilizada pelo vício do produto adquirido nos Estados Unidos, por integrar a mesma multinacional com sede em Osaka, no Japão, e por produzir produtos da mesma marca, auferindo lucros mundialmente, devendo oferecer garantia global.

Em votação bastante apertada, por maioria, três votos favoráveis e dois contrários, foi dado provimento ao recurso para acolher o REsp interposto pelo autor. O Ministro Aldir Passarinho Junior, relator do recurso que restou vencido, destacou em seu voto que diante da ausência de qualquer previsão legal ou contratual, não havia fundamento jurídico para a responsabilização da Panasonic do Brasil pelo vício do produto adquirido no exterior, que foi comercializado de forma exclusiva no mercado americano, tendo seu voto sido acompanhado pelo Ministro Barros Monteiro.

No voto acolhido pela maioria dos Ministros, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira destacou que se vive atualmente uma nova realidade imposta pela economia globalizada e a proteção jurídica baseada nos limites internos e em diplomas legais tradicionais já não se harmonizam com a realidade dos nossos dias, sendo impossível dissociar a imagem da “Panasonic do Brasil Ltda” da marca mundialmente conhecida “Panasonic”, beneficiando-se uma da outra, devendo, da mesma forma, assumir as consequências das deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que o consumidor, parte mais fraca da relação, tenha que suportar a consequência negativa da venda realizada, tendo sido seu voto acompanhado pelos Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar.

Desde então esse é o entendimento adotado pelo STJ (BRASIL, 2018g), que prestigia a proteção do consumidor com fundamento nas teorias da aparência e da confiança, atribuindo força negocial vinculante à “marca mundial” em detrimento de “ficções contratuais, contábeis ou tributárias que contrariam a realidade dos fatos tal qual se apresentam nas transações de consumo”.

No âmbito das relações de trabalho, no conhecido “Caso Air France”, o ex-funcionário Joseph Halfin ajuizou reclamação trabalhista contra a Compagnie Nationale Air France, na qual trabalhou por 34 anos, objetivando a nulidade da sua rescisão contratual, que se baseou na legislação trabalhista, deixando de observar as regras do Estatuto Pessoal da

empresa, por não ser o empregado cidadão francês.

Na primeira instância da Justiça do Trabalho o pedido foi julgado parcialmente procedente, apenas para condenar a reclamada a pagar ao reclamante as diferenças relativas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). As partes recorreram e o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1) manteve a sentença, seguindo-se a interposição de recursos de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, que foram inadmitidos. Diante dessa decisão, o reclamante interpôs agravo de instrumento e um agravo regimental, com relação aos quais foi negado provimento, ensejando a interposição do RE nº 161.243-6 (BRASIL, 1996e).

Em seu voto no recurso em análise, o Ministro Carlos Velloso assentou que a empresa recorrida deixou de aplicar ao empregado o seu estatuto, que concede vantagem aos empregados, com o simples argumento de que a norma não seria aplicável por não ser o empregado de nacionalidade francesa, mas brasileira, consignando que o elemento utilizado para desigualar era singularizado apenas do destinatário, sem qualquer conexão lógica ou racional que justificasse o tratamento diferenciado, em ofensa ao princípio da isonomia consagrado pela CRFB/88.

Na seara previdenciária, no recurso RE nº 639.138/RS (BRASIL, 2020g), com repercussão geral reconhecida, o Guardião da Constituição analisou RE interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que considerou inválida cláusula de contrato de previdência complementar que estabeleceu a aplicação de percentuais distintos para homens e mulheres no cálculo da aposentadoria.

O STF, por maioria, negou provimento ao RE, nos termos do voto do relator do acórdão, Ministro Edson Fachin, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (relator original) e Marco Aurélio, assentando que é inconstitucional, por violação do princípio da isonomia, cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para o cálculo da complementação da aposentadoria, prevê valor inferior do benefício para as mulheres, com fundamento no seu menor tempo de contribuição.

Da análise da jurisprudência colacionada, destaca-se que apesar de se admitir de forma bastante ampla a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, constata-se que, de maneira geral, os julgados pesquisados não empregam rótulos como “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ou “direitos fundamentais nas relações entre particulares”.

De acordo com Sarmiento (2004), mesmo sem analisar as teses jurídicas sobre o modo de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência pátria tem

aplicado diretamente os direitos individuais previstos na CRFB/88 na solução de conflitos privados.

Dentre todos os julgados dos Tribunais de Justiça estaduais analisados, apenas três mencionam expressamente que os direitos fundamentais devem ser respeitados nas relações entre particulares (RIO DE JANEIRO, 2018; MINAS GERAIS, 2019; SÃO PAULO, 20201), tendo sido a expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” empregada somente na Apelação Cível 1038437-18.2018.8.26.0114 (SÃO PAULO, 2020l).

Com relação às demais decisões mencionadas, apenas nos seguintes casos houve o emprego de algum tipo de rótulo: i) RE nº 201.819-8/RJ (BRASIL, 2005g), o Ministro Gilmar Mendes consignou que se tratava de uma “situação típica de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”, tendo o Ministro Joaquim Barbosa, nos debates, afirmado que o tema em discussão era o da “eficácia horizontal”, partindo a tese da premissa de que em determinadas situações as normas constitucionais também podem ser invocadas nas relações denominadas “horizontais”. Neste mesmo acórdão, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, assentou que o exame da controvérsia demandava a análise da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares”; ii) REsp nº 330.494/SP (BRASIL, 2016c), o STJ destacou que associações devem observar a “teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”; iii) REsp nº 1.365.279/SP (BRASIL, 2015h), no qual a Corte Especial destacou que a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” também deve ser observada nas relações condominiais, de modo a garantir o direito de defesa no procedimento que visa a aplicação de multa ao condômino antissocial; e iv) no Ag. Reg. no RE com Agravo nº 1.008.625/SP (BRASIL, 2017h) o acórdão lançou a expressão “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

Destarte, por motivos que são ignorados, não se observa na maioria das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros qualquer aprofundamento sobre as teses jurídicas que envolvem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ou a utilização de rótulos, verificando-se apenas a aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto.

4 APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO NAS ARBITRAGENS COLETIVAS

4.1 ARBITRAGEM E A AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada constitui um dos princípios mais importantes da arbitragem, incidindo desde a eleição do procedimento até a escolha das regras que serão adotadas, não admitindo o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de qualquer forma de “arbitragem compulsória”.

Nos termos da legislação vigente, as partes possuem ampla liberdade⁷⁴⁻⁷⁵ para escolher o procedimento e as regras de direito⁷⁶ que serão adotadas, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública, conforme estabelece o art. 2º, § 1º da Lei 9.307/96, podendo adequar o procedimento⁷⁷ às suas necessidades específicas (FINKELSTEIN, 2020).

A propósito, Strenger (1998, p. 22) destaca que esse dispositivo legal reproduz uma regra que geralmente é encontrada na maioria dos ordenamentos jurídicos de direito internacional privado, significando que a liberdade de que desfrutam as partes é “inextensa”, não podendo ofender os bons costumes e a ordem pública.

Com relação à limitação imposta pela necessidade de observância dos bons costumes, o autor ressalta a dificuldade na identificação da sua violação, diante da ausência de paradigmas e de rol classificatório, prevalecendo o senso comum e determinados princípios que integram a cultura de um povo, sempre sujeitas a diversas variações (STRENGER, 1998).

Sobre o assunto, Furtado e Bulos (1997, p. 30-31) asseveram que o bom costume “é a observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social, sendo integrado por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo”, o primeiro consistente na repetição de um procedimento (*usus*), sendo o segundo resultado da convicção generalizada da sua exigibilidade, gerando uma crença de que a obrigatoriedade da norma é inarredável.

⁷⁴ Segundo Rocha (1998), a liberdade constitui a base da arbitragem, sendo ela exercida por meio de dois contratos: i) um que elegeu a arbitragem como método adequado de resolução da disputa; e ii) outro entre os litigantes e o árbitro, tendo por objeto a prestação da jurisdição privada pelo(s) árbitro(s).

⁷⁵ Guzmán (2018) afirma que a vontade das partes representa a principal fonte de regulamentação do procedimento arbitral, conferindo vida à convenção de arbitragem.

⁷⁶ Furtado e Bulos (1997), ressaltam que as regras de direito não se confundem com as normas jurídicas, constituindo as primeiras proposições escritas da ciência do direito, enquanto as segundas são enunciados prescritivos do direito positivo.

⁷⁷ Basso (2000) sustenta que a autonomia prevista no artigo 2º da Lei de Arbitragem abrange somente a lei material, estando a autonomia das partes para estipular regras processuais presente no artigo 21, da mesma Lei.

O objetivo da utilização desse tipo de termo jurídico é proteger a legítima expectativa da parte contratante no sentido de que a contraparte irá se pautar pelas regras informais de conduta social que são adequadas no mundo negocial, representando um padrão mínimo a ser seguido (SESTER, 2020). Gilissen (2013, p. 486) ressalta que:

[...] o costume continua a desempenhar um grande papel nos domínios onde não há ou há pouca legislação. Antes de mais, no domínio do direito internacional, na falta de um legislador supranacional (salvo na Comunidade Europeia); assim, nas diversas formas de direito infra-estatal, nomeadamente no dos grupos sociais profissionais, como os comerciantes, militares, advogados, etc. Em certas matérias, como o direito público, o costume preenche lacunas da lei.

Já a restrição decorrente da ordem pública, que será melhor estudada a seguir, tem a finalidade de evitar que as partes busquem obter vantagens indevidas ou a prática de fraudes, escapando da aplicação de normas obrigatórias, encontrado a autonomia privada o seu principal limite na ordem pública (APRIGLIANO, 2010).

Desta forma, nos termos da Lei de Arbitragem, tanto os bons costumes quanto a ordem pública representam um “verdadeiro mandamento nuclear da ordem jurídica brasileira”, que devem ser obrigatoriamente observados pelo árbitro (FURTADO; BULOS, 1997, p. 32), servindo como um mecanismo subsidiário para evitar que uma das partes possa se beneficiar da adoção de uma conduta inadequada ou inesperada (SESTER, 2020).

As duas limitações impostas pela Lei brasileira de arbitragem vedam às partes convencionarem sobre a aplicação de regras que conflitem com os princípios basilares do direito pátrio, afastando assim o risco “*forum shopping*” ou “*race to the bottom*” (SESTER, 2020, p. 122).

Fora isso, Carmona (2009) afirma que constitui ponto fundamental da arbitragem a ampla liberdade que os contratantes possuem para eleger o modo pelo qual a controvérsia será resolvida, tanto com relação ao procedimento que será adotado, quanto no que se refere ao direito material a ser observado na resolução da disputa.

No mesmo sentido, Sester (2020) entende que o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem não contempla qualquer expressão que justifique a adoção de uma interpretação restritiva com relação à escolha do direito aplicável ao contrato, à convenção de arbitragem ou ao procedimento que será adotado.

Segundo Carmona (2009), a opção elegida pela Lei de Arbitragem contraria a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷⁸, prestigiando o princípio da autonomia privada, com o aumento do campo de incidência da vontade das partes, de modo a ensejar maior segurança nas contratações, afastando as partes dos riscos que decorrem dos vários mecanismos oriundos dos sistemas de conflitos de normas.

Em comentário ao artigo 2º, § 2º da Lei de Arbitragem, Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) apontam que existe ampla liberdade para as partes definirem as regras que incidirão na arbitragem, desde a legislação que será aplicada, nacional ou estrangeira, sendo possível definir que o caso será analisado com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes, nas regras do comércio internacional, na denominada *soft law* ou até mesmo na equidade⁷⁹.

A escolha do direito aplicável é um dos princípios do Direito Internacional Privado, constituindo essa liberdade a principal regra dos contratos comerciais, tanto em países que adotam o sistema da *Civil Law*, quanto nos que seguem a *Common Law*, facilitando o comércio internacional mundial (SESTER, 2020).

Verifica-se, assim, que as partes podem, se assim desejarem, estabelecer a realização da arbitragem por equidade, submetendo-se à percepção de justiça do árbitro, incorrendo nos riscos inerentes à opção, com a evidente redução da segurança jurídica do procedimento⁸⁰⁻⁸¹⁻⁸², desde que conste expressamente na convenção, pois do contrário ela será de direito, sob pena de nulidade (FERREIRA, ROCHA, FERREIRA, 2019; RIO DE JANEIRO, 2011).

Nessa linha de raciocínio, Rocha (1998, p. 19) salienta que a arbitragem representa o oposto do sistema de Justiça estatal, por constituir a liberdade individual a sua “coluna

⁷⁸ Conforme salienta Martins (1999, p. 45), o Estado avançou de forma tão forte na jurisdição privada que a vontade do particular acabou sucumbindo diante da evidente e absoluta intervenção estatal, culminando na perda da essência do indivíduo frente ao Estado “pai-de-todos”, sendo solapada a autonomia da vontade pelo intervencionismo feito “em prol do social”.

⁷⁹ Apesar dessas possibilidades, Sester (2020) adverte que as partes brasileiras e, de uma forma geral, do mundo inteiro, costumam priorizar a segurança jurídica na redação dos contratos, sendo, em razão disso, raras as convenções para a realização da arbitragem com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes, nas regras do direito internacional ou na *lex mercatoria*.

⁸⁰ A propósito, Carmona (2009, p. 67) explica que a arbitragem por equidade submete as partes a grandes riscos, considerando que o que parece justos a elas pode não parecer ao árbitro, existindo a possibilidade da superação de limitações legais, fazendo com que a decisão represente “um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes.”

⁸¹ Da mesma forma, Lacerda (1998) alerta para os perigos da arbitragem por equidade, que pode dar ensejo à criação de um “verdadeiro direito alternativo”.

⁸² Em que pesem as polêmicas sobre a eleição da arbitragem por equidade, Sester (2020) aponta que no Brasil o instituto é irrelevante, importando realmente a arbitragem de direito.

central”, pois enquanto no Judiciário tudo é regido pela lei, na via arbitral praticamente tudo decorre da vontade das partes.

Na seara empresarial, Sester (2020) observa que a autonomia privada constitui o fundamento da arbitragem e que se uma instituição arbitral quiser impor soluções por intermédio de uma grande quantidade de normas obrigatórias perderá os usuários sofisticados, aqueles que sabem melhor a solução mais adequada para os seus conflitos, sendo esses usuários, ao fim e ao cabo, os que influenciarão a escolha de determinadas câmaras de arbitragem, de eventual arbitragem *ad hoc* ou da própria Justiça estatal.

No âmbito da jurisprudência, por exemplo, o TJSP (SÃO PAULO, 2017e), já assentou que o alto custo da arbitragem não constitui fundamento para afastar cláusula compromissória, considerando que as arbitragens sempre analisam direitos patrimoniais disponíveis, que podem ser objeto de livre manifestação de vontade das partes, não sendo possível cogitar qualquer abusividade ou ventilar a alteração unilateral do ajustado, devendo prevalecer o princípio do “*pacta sunt servanda*”.

Em igual sentido, em uma outra apelação cível (SÃO PAULO, 2017d), na qual se alegou a insuficiência de recursos para a instauração da arbitragem, o Tribunal paulista manteve a sentença recorrida de extinção do feito sem o julgamento do mérito e destacou que o puro e simples afastamento de cláusula contratual livremente estabelecida pelas partes atenta contra a autonomia privada, agredindo os princípios norteadores do direito empresarial.

Portanto, conforme pode ser observado, na via arbitral a liberdade das partes é bastante ampla, tanto com relação às regras de direito que serão aplicadas, bem como no que se refere ao procedimento que será adotado, encontrando limitação apenas no respeito aos bons costumes e à ordem pública.

4.2 ORDEM PÚBLICA NA ARBITRAGEM

Conforme destacado na subseção anterior, apesar da ampla liberdade de que desfrutam as partes na via arbitral, o exercício dessa autonomia encontra alguns limites.

A ordem pública constitui o princípio mais geral que autoriza o controle jurisdicional da sentença arbitral (AGUIAR, 2019; APRIGLIANO, 2011; MEJIAS, 2015), sendo normas com esse tipo de conteúdo encontradas em todos os ramos do direito, considerando que o que determina a sua natureza não é o tipo de matéria tratada pela norma ou a sua hierarquia (APRIGLIANO, 2010).

O seu conceito surgiu no século XIV, com a distinção entre “leis favoráveis” e “leis odiosas”, tendo sido definido por Pillet como o mais evidente princípio e, ao mesmo turno, o de maior dificuldade de análise (DOLINGER, 2007, p. 115).

Com relação à sua natureza, trata-se de cláusula geral que apresenta dificuldade para a definição do seu alcance⁸³ e sobre a forma com que ela deve atuar no processo arbitral, cabendo à doutrina e à jurisprudência a tarefa de integrá-lo e densificá-lo (CARAMELO, 2013).

A propósito, Miranda (1975, p. 155) observa que “como os desenhos de picos de montanha acima de certo número de metros, a linha da ordem pública aparece como série de saliências, de exceções”.

Furtado e Bulos (1997, p. 31) assentam que a noção do instituto é difícil de ser precisada e representa um desafio para os juristas⁸⁴⁻⁸⁵, existindo um consenso, quase geral, de que o termo *gute sitten*, utilizado pelos alemães diz respeito à própria exteriorização do ordenamento jurídico em vigor, abrangendo diversos fatores, inclusive de ordem subjetiva que são considerados essenciais para a “vida social, como o bem-estar, a atmosfera de paz, a incolumidade da prosperidade humana, a existência digna, saudável e fraterna do homem”, significando em certo ponto o mesmo que “ordem social”, considerando que agrega valores, a exemplo das tradições, conceitos morais, espirituais, políticos e econômicos, com reflexos nos “hábitos, praxes, convenções, costumes arraigados de um determinado povo”, sendo o seu critério de definição abstrato e axiológico, com variações de país para país e de povo para povo⁸⁶, exigindo “argúcia”, “ponderação” e “maturidade” do árbitro para a delimitação do seu alcance.

Aguiar (2019) define ordem pública como a que é resultado do sistema jurídico, aquela que o Estado reputa imprescindível para a vida social, acrescentando que não se trata de um conceito estático, mas dinâmico e externo, que irá variar de acordo com as circunstâncias

⁸³ Fichtner e Monteiro (2010, p. 330), destaca que todas as tentativas de conceituá-la fizeram uso de “conceitos abertos, vagos e indeterminados”, que ensejam outras dúvidas, num “círculo naturalmente inconclusivo”, não se verificando interesse dos Estados em aclarar o seu conteúdo, tendo em vista que costumam se valer do instituto no controle da “invasão da eficácia de atos estrangeiros”.

⁸⁴ De acordo com Strenger (1996), a tarefa é complexa ou talvez até mesmo impossível, diante da dificuldade prática de identificar e conhecer o exato conteúdo das ordens públicas interna e internacional de cada Estado com relação ao contrato.

⁸⁵ No mesmo sentido, Wald (2005, p. 205) afirma que se trata de princípio de natureza “filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível”, ficando a sua delimitação a cargo do julgador.

⁸⁶ Sua delimitação é influenciada, ainda, pelo decurso do tempo e por demandas sociais e econômicas com potencial para sensibilizar os agentes que determinam a implementação de políticas públicas (VIANNA, 1998).

de tempo⁸⁷ e de lugar, citando como exemplos nos dias atuais a tutela da dignidade da pessoa humana, o respeito ao meio ambiente e que talvez no futuro possa também englobar o número de filhos, a transgenia ou o uso da internet, dentre outros temas.

Ao seu turno, Dolinger (2007, p. 102) consigna que o instituto corresponde ao “princípio que rejeita a aplicação da lei atentatória à sensibilidade jurídica, à ordem moral e aos interesses econômicos de um país”.

Apesar da generalidade do conceito de ordem pública, dois indicativos devem ser observados na sua definição, quais sejam, a indisponibilidade e o interesse da sociedade, estando o núcleo da sua conceituação na inderrogabilidade ou indisponibilidade da lei ou direito pelas partes e na presença do interesse público predominantes (AGUIAR, 2019).

Conforme assenta Barros (2017) a noção de ordem pública é dinâmica e varia de um país para outro, apresentando um caráter fortemente casuístico, constituindo uma preocupação para as partes e para os árbitros que têm interesse na resolução da controvérsia e na eficácia das suas decisões, considerando que em razão da dificuldade de exaurir o seu conceito e pela sua fluidez, é utilizada com frequência pela parte que deseja se furtar do cumprimento das suas obrigações.

Não é por outra razão que Moreira (1989, p. 265) adverte que o instituto foi e continuará a ser utilizado “à maneira de *ultima ratio*”, nas mais variadas situações em que se verificar um sentimento de “repulsa” à sentença, sejam quais forem as razões que o expliquem, na ausência da existência de mecanismos restritivos taxativamente previstos.

Segundo Sester (2020), a ordem pública limita a opção do direito que será aplicado restringindo a própria autonomia privada, sendo muito importante a sua observância no procedimento arbitral, tendo em vista que apresenta íntima relação com a garantia constitucional do devido processo legal.

Entretanto, cabe aqui uma importante ponderação com relação ao alcance da expressão “ordem pública”, que de acordo com Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 243), não diz respeito à disponibilidade ou patrimonialidade da causa, mas sim a valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural relevantes para o Estado⁸⁸.

Aprigliano (2010) assevera que, no plano material, há normas imperativas que limitam e condicionam a autonomia privada, sobrepondo-se aos meros interesses das partes em

⁸⁷ Miranda (1975), ressalta que é impossível fixar de forma permanente as hipóteses de ordem pública e que o uso do recurso da taxatividade representaria uma ilusão.

⁸⁸ No mesmo sentido (CAMARGO, 2016).

determinada relação jurídica, em razão de envolverem aspectos sociais, morais, econômicos ou até mesmo religiosos de uma determinada sociedade, representando tais relações jurídicas normas de ordem pública.

O autor destaca que a arbitragem convive tranquilamente com a ordem pública, devendo ser rechaçada qualquer inferência no sentido de que a existência de preceitos de ordem pública afasta a arbitragem, havendo indevida mistura entre os conceitos de indisponibilidade de direitos e ordem pública, como se representassem fenômenos idênticos, considerando que embora tudo que seja indisponível constitua ordem pública, nem toda matéria de ordem pública envolve direitos indisponíveis (APRIGLIANO, 2010).

No que se refere à homologação da sentença arbitral estrangeira, Fichtner e Monteiro (2010) alertam que não se deve confundir os conceitos de ordem pública e de leis cogentes (também denominadas imperativas ou leis de ordem pública), considerando que nem toda violação de regra cogente significa ofensa à ordem pública.

Sobre essa distinção, Wald (2005) ensina que enquanto a norma imperativa não pode ser afastada pela vontade das partes, a de ordem pública se vincula aos valores fundamentais da sociedade, existindo várias normas imperativas que não são de ordem pública, a exemplo de leis de trânsito ou que disponham sobre horário de funcionamento de bancos.

Aponta-se, ainda, a existência de uma classificação entre ordem pública interna (ou de primeiro grau) e ordem pública internacional (ou de segundo grau), correspondendo a primeira às normas cogentes de determinado ordenamento jurídico estatal e, a segunda, às disposições legais que incorporam os valores da comunidade local que devem ser protegidos diante da aplicação da lei estrangeira, considerando que constituem os alicerces em torno dos quais a própria comunidade foi edificada (NAÓN, 1998).

Tiburcio (2006, p. 210) ainda menciona um terceiro grau, que corresponderia ao “conjunto de princípios aplicáveis sobretudo às relações internacionais, que traduzem os interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país”.

Assim, embora a ordem pública represente uma limitação à autonomia privada, deve haver uma necessária ponderação entre os dois institutos, considerando a natureza de direito fundamental dessa última, como forma de expressão da própria dignidade humana, conforme já se destacou anteriormente.

4.2.1 Arbitragem internacional

A questão envolvendo a autonomia privada e a sua eventual limitação é objeto de diversos estudos na seara internacional, tanto no direito internacional privado, quanto na arbitragem internacional.

Essa liberdade conferida às partes é amplamente reconhecida no âmbito das relações internacionais privadas, assentando Basso (1996), no que se refere aos países que adotam o sistema do *Common Law*, que a lei que se aplica ao contrato (*proper law of contract*), corresponde àquela eleita pelas partes, seguindo o entendimento adotado no caso *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.*, de 1939, tendo a Suprema Corte dos Estados Unidos decidido no mesmo sentido no caso *Lauritzen v. Larsen*, de 1953.

No tocante à arbitragem internacional, a autonomia privada permite a escolha do procedimento a ser seguido, orientação acolhida não apenas pelas leis nacionais que cuidam do tema, mas também por instituições e organizações arbitrais internacionais, tendo esse princípio sido adotado sem qualquer oposição pela Lei Modelo (REDFERN; HUNTER, 2004).

Em reforço, Pryles (2007) assevera que a autonomia privada representa o princípio básico da arbitragem internacional, cabendo às partes delimitar os contornos da atuação do árbitro (SWEET, 2011), destacando Basso (1996) que o seu reconhecimento sempre foi consagrado na jurisprudência arbitral, que jamais colocou em dúvida a possibilidade de as partes escolherem a lei que será aplicada ao contrato.

Decorre dessa autonomia que: i) a arbitragem constitui assunto privado entre as partes; ii) o tribunal arbitral se sujeita às regras que as partes estipularam no exercício da sua autonomia; iii) via de regra, os tribunais ou leis nacionais não podem interferir na autonomia privada das partes (CORDERO-MOSS, 2014).

Mange (2012) ressalta a consolidação da autonomia das partes nas arbitragens internacionais e, de forma subsidiária, dos árbitros, na condução do procedimento, com o afastamento completo das leis processuais domésticas, desde o final da década de 1950, determinando a Convenção de Nova Iorque que se observe sempre em primeiro lugar as regras que as partes estipularam para a resolução dos seus conflitos.

A autora afirma que não faz sentido a imposição de maiores restrições à autonomia privada nas arbitragens internacionais, diante da necessidade de se buscar soluções aceitáveis para os envolvidos, considerando as diferenças existentes entre as diversas culturas e formações jurídicas presentes nesses casos (MANGE, 2012).

Entretanto, conforme alerta Basso (1996), apesar de a autonomia privada ser amplamente reconhecida no âmbito das relações jurídicas internacionais, não chega ao ponto de se traduzir numa liberdade de ação ilimitada ou absoluta, como defendem alguns autores.

O procedimento arbitral deve seguir as normas cogentes da *lex arbitri*, que muitas vezes é a lei do local da sede da arbitragem, mas não necessariamente, fornecendo a Lei Modelo alguns exemplos de disposições obrigatórias, que não podem ser suprimidas pela autonomia privada, como a necessidade de tratamento igualitário entre as partes e o direito de cada parte de apresentar o seu caso, previstos no art. 18, da mencionada norma (PRYLES, 2007).

Da mesma forma, a autonomia das partes pode ser restringida quando, após terem optado pela arbitragem institucional, houver a tentativa de alteração das regras do próprio órgão escolhido para a condução do procedimento, tornando-o impraticável (PRYLES, 2007).

A Convenção de Nova Iorque prevê ainda, no seu art. V, 2, “b”, que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral podem ser recusados quando houver ofensa à ordem pública do país em que se busca a medida.

No mesmo sentido, a Lei Modelo da UNCITRAL estabelece a possibilidade de anulação da sentença arbitral que contrariar a ordem pública (art. 34º, 2, b, ii) e a possibilidade de ser recusado o reconhecimento ou a execução de sentença arbitral estrangeira que for contra a ordem pública do Estado onde se pleiteia o ato (art. 36º, 1, b, ii).

A propósito, Strenger (1996) destaca que a jurisprudência internacional possui vários julgados admitindo a anulação da sentença arbitral com fundamento na ofensa à ordem pública. Em países como a Áustria, Estados Unidos e Reino Unido, por exemplo, a violação à ordem pública é considerada causa de nulidade da sentença arbitral (CAMARGO, 2016).

Entretanto, além da já destacada dificuldade de definição da ordem pública, esse tipo de questão costuma ser levantado mais tarde, geralmente quando o contrato está concluído ou mesmo em fase de execução, impondo aos negociadores o dever de cuidado para evitarem a elaboração de um contrato que pode vir a perder a sua eficácia caso seus termos confrontem os princípios básicos do ordenamento jurídico do país onde está prevista a sua execução (BASSO, 1996).

Conforme se observa, as relações internacionais, incluindo a arbitragem internacional, prestam ampla deferência à autonomia privada, constituindo exceção a sua limitação.

4.2.2 Arbitragem nacional

A autonomia privada constitui um dos princípios mais importantes (talvez até o mais importante), das arbitragens internacionais e nacionais, tendo a Lei de Arbitragem brasileira seguido às mesmas diretrizes que são observadas no plano internacional.

Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) destacam que a Lei de Arbitragem brasileira prestigia a autonomia privada em diversos aspectos ao: i) prever no seu art. 1º, *caput*, que as pessoas maiores e capazes poderão contratar a arbitragem para dirimir litígios envolvendo aspectos patrimoniais disponíveis; ii) possibilitar a contratação da convenção de arbitragem, na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (art. 3º, da Lei de Arbitragem); iii) facultar às partes a escolha das regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, ressalvando-se apenas a necessidade de respeito aos bons costumes e à ordem pública (art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem).

No exercício dessa autonomia, Pinho e Mazzola (2019) apontam que as partes podem: i) inserir no contrato cláusulas híbridas ou escalonadas, dispondo sobre mais de um método adequado de solução de conflitos em ordem sequencial; ii) convencionar que parte da controvérsia será levada à arbitragem e parte à via judicial, com ou sem prévia mediação ou conciliação; iii) eleger foro para resolver determinadas questões, ainda que tenham contratado a arbitragem; iv) mesmo que já eleita a via judicial ou arbitral, reconsiderar a escolha, suspender o procedimento e submeter o caso à mediação ou à conciliação.

Conforme estabelece o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, essa liberdade conferida às partes somente pode ser limitada pela necessidade de se observar os bons costumes e a ordem pública, possuindo esse dispositivo legal natureza de norma de Direito Internacional Privado, com a finalidade de preservar os “pilares do direito material do ordenamento jurídico nacional” (SESTER, 2020, p. 26).

O autor ressalta que o parâmetro utilizado para o controle da ordem pública é bastante rigoroso, sendo apenas constatada a sua violação quando o dispositivo da sentença for intolerável ou causar um choque no senso de justiça da comunidade jurídica, sendo esse senso do que é justo, na prática, concretizado pela jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente o STJ no âmbito brasileiro (SESTER, 2020).

Em matéria de homologação de sentença estrangeira arbitral, o mencionado Tribunal já reconheceu que: i) a imparcialidade do juiz, por ser considerada princípio fundante do Poder Judiciário brasileiro, constitui norma de ordem pública e serve de fundamento para

que seja negada a homologação de sentença estrangeira submetida a processo de homologação (BRASIL, 2017f); ii) a cumulação da correção monetária com a variação cambial ofende a ordem pública nacional (BRASIL, 2013f); iii) disposições sobre o direito de guarda e sobre o dever de prestar alimentos, se não se apresentarem de forma clara na decisão estrangeira não podem ser objeto de homologação, diante da necessidade de manutenção da ordem pública (BRASIL, 2018a); iv) não é possível a homologação de sentença estrangeira na parte que determina a desistência de ação anulatória movida no Brasil, sob pena de ofensa à ordem pública (BRASIL, 2013e); v) a homologação de sentença estrangeira em processo de adoção em que não houve a citação do pai residente no Brasil representa ofensa à ordem pública (BRASIL, 2013g); vi) é requisito indispensável para a homologação de sentença estrangeira ter sido proferida por autoridade competente (BRASIL, 2015l); vii) a ausência de manifestação expressa das partes abdicando da jurisdição estatal atenta contra a ordem pública (BRASIL, 2006d); viii) a eleição do juízo arbitral em contrato de compra e venda de produtos realizada por telefone, caso não seja possível a comprovação da aceitação da convenção de arbitragem tácita ofende a ordem pública (BRASIL, 2006c).

Por outro lado, essa Corte Especial não considerou violação à ordem pública, por exemplo: i) a comunicação de ato processual (citação) em carta rogatória (BRASIL, 2020c, 2006a, 2012b); ii) a interpretação adotada pelo tribunal arbitral sobre o mérito da disputa, acertada ou não (BRASIL, 2019g); e iii) discussão sobre a relação de direito material subjacente à sentença arbitral (BRASIL, 2018i).

Assim, observa-se que são taxativas as possibilidades de reconhecimento de violação à ordem pública no procedimento arbitral, não se permitindo, em qualquer hipótese, a reanálise judicial do mérito da decisão proferida pelo(s) árbitro(s) ou da relação de direito material que envolve a controvérsia.

4.3 O ÁRBITRO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

4.3.1 Controle de constitucionalidade pelo árbitro

Conforme já se destacou na presente pesquisa, o controle de constitucionalidade possui o escopo de defender o princípio da supremacia constitucional em razão do reconhecimento da hierarquia normativa superior das normas constitucionais, visando

assegurar que os atos contrários à constituição não produzam os mesmos efeitos que normalmente produziriam.

De acordo com Abboud (2019), apesar de a arbitragem ser instaurada por meio de um negócio jurídico particular, a atuação do árbitro é autorizada e regulada pelo Estado que, por intermédio da lei, atribui natureza jurisdicional ao procedimento arbitral, sendo a Constituição o último fundamento normativo de validade do instituto.

Com a adoção da tese da natureza jurisdicional da arbitragem, que considera que o árbitro atua como juiz, evidencia-se que a declaração de inconstitucionalidade é inarredável (BONIZZI; FERREIRA, 2017), da mesma forma que o juiz deve exercer o controle difuso⁸⁹ de constitucionalidade, não se coadunando com o Estado Democrático de Direito qualquer possibilidade de que a supremacia da Constituição seja ignorada por quem possui o poder de aplicar o Direito (NERY, 2016), em detrimento da segurança jurídica.

Não existe jurisdição, estatal ou privada, sem a possibilidade de realização do controle difuso de constitucionalidade e seria contraditório sustentar que a arbitragem deve se desenvolver sob o manto do devido processo legal e, ao mesmo tempo, obstar que o árbitro aplique diretamente as normas constitucionais, não havendo qualquer fundamento para retirar do árbitro a *judicial review* (ABBOUD, 2019).

Martínez (1992) ressalta que os árbitros têm o dever de proferir a sentença arbitral de acordo com o ordenamento jurídico e com respeito à Constituição, mesmo quando se tratar de arbitragem por equidade.

Assim, é necessário assegurar que a superioridade da Constituição não seja reduzida a preceito moralmente platônico, transformando-a num repositório de bons conselhos (HORTA, 1999).

Em reforço ao entendimento de que o controle de constitucionalidade é matéria de ordem pública, Bonizzi e Ferreira (2017) observam que o controle difuso deve ser realizado de ofício e que não se admite a desistência da ação direta de inconstitucionalidade, sendo essa também a linha seguida pela jurisprudência do STJ (BRASIL, 2005e) e do STF (BRASIL, 2004e, 1994a).

Seguindo-se esse raciocínio, violar uma norma constitucional significaria ofensa à ordem pública, já que é na Constituição que se encontram os princípios e regras que refletem os valores mais importantes da nação (BONIZZI; FERREIRA, 2017).

⁸⁹ Tucci (2019) observa que no direito francês é defeso ao árbitro exercer o controle difuso de constitucionalidade.

Entretanto, Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019) advertem que nem toda norma constitucional incorpora a noção de ordem pública, acrescentando que não é porque uma norma está inserida no texto constitucional que a sua violação configurará ofensa à ordem pública, considerando que o Brasil adotou uma Carta analítica, com diversas disposições sobre os mais variados assuntos, a exemplo do que dispõe o § 2º, do art. 242, da CRFB/88.

O Código de Direito Internacional Privado, aprovado na Sexta Conferência Internacional Americana pela Convenção de Havana em 20.02.1928, ratificado pelo Brasil e incorporado ao direito interno brasileiro por meio de Resolução do Congresso Nacional, aprovada pelo Decreto nº 5.647, de 08.01.1929, e com execução determinada pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.1929, estabelece que: “Art. 4º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional” (BRASIL, 1929).

Da mesma forma, o artigo 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, ao prever que as partes podem escolher de forma livre as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, com a ressalva de que não pode haver violação aos bons costumes e à ordem pública, evidencia a obrigatoriedade de se observar os princípios e regras constitucionais (BONIZZI; FERREIRA, 2017).

Com relação às súmulas vinculantes, um dos argumentos lançados contra o seu reconhecimento no juízo arbitral é que as partes, ao terem escolhido e se submetido voluntariamente à arbitragem, manifestaram a intenção de resolver a controvérsia com a utilização de procedimento distinto do judicial (AGUIAR, 2019).

No entanto, o autor ressalta que o árbitro tem o dever de observar o sistema de precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal originados de súmula vinculante e das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de anulação da sentença arbitral, considerando que não seria razoável aceitar a existência de duas ordens jurídicas no país, uma que decorreria da obrigação dos juízes e da Administração pública de observar as decisões do STF e outra que conferiria liberdade ao árbitro para decidir a disputa com a possibilidade de ignorar o enunciado vinculante (AGUIAR, 2019).

Destaca-se que as normas constitucionais devem ser observadas em qualquer espécie de arbitragem, mesmo nas arbitragens por equidade, e que a homologação para a execução de sentença arbitral estrangeira será denegada pelo Superior Tribunal de Justiça se a decisão não estiver de acordo com a Constituição (art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem e art. 39, II, do mesmo diploma legal).

Esse também é o entendimento de Nery Junior (2011) que afirma que até mesmo nas arbitragens por equidade, que podem proferir decisões *contra legem*, os árbitros têm o dever de observar a Constituição Federal e dispositivos de ordem pública, que representam limites intransponíveis e que não desbordam da taxatividade do artigo 32 da Lei de Arbitragem, que determina no seu inciso IV que a sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção será nula, especialmente diante da redação dos artigos 1º e 2º, desse mesmo diploma legal, que consigna que o julgamento por equidade possui a ordem pública como freio.

Em igual sentido, Abboud (2019, p. 1.182-1.188) defende que a decisão do árbitro proferida por equidade não pode contrariar dispositivos normativos de ordem pública, especialmente as normas constitucionais, esclarecendo que se houver determinação das partes, pode ser deixada de lado a legislação que seria aplicada para resolver a disputa, mas isso somente será possível se a norma a ser ignorada não possuir natureza de “ordem pública”, ainda que se trate de legislação infraconstitucional, a exemplo do art. 10 do CPC, que veda a possibilidade de se proferir a denominada “decisão surpresa”, com a finalidade de resguardar o princípio da segurança jurídica que deve imperar na via arbitral, por força da Constituição.

O que irá caracterizar ou não uma determinada norma como preceito de ordem pública, conforme dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem, não é a sua natureza em si (se constitucional ou infraconstitucional), mas o seu conteúdo, existindo normas constitucionais que não são de ordem pública e infraconstitucionais que corporificam essa noção, devendo ser respeitadas sob pena de nulidade da sentença arbitral.

Carmona (2009) assenta que o Brasil é signatário da Convenção de Nova Iorque de 1958, da Convenção do Panamá, da Convenção de Montevidéu e da Lei-Modelo da UNCITRAL, as quais estabelecem que as sentenças arbitrais estrangeiras não serão homologadas, reconhecidas ou executadas se estiverem em desacordo com a ordem pública do Estado em que se pretenda a sua aplicação e que se assim não fosse com relação às sentenças nacionais, todas as arbitragens do mundo acabariam no Brasil, com a possibilidade de se proferir em nosso território sentença arbitral violadora da ordem pública de qualquer outro Estado.

Em reforço, Bonizzi e Ferreira (2017) asseveram que as arbitragens internacionais ou nacionais não podem ofender a ordem pública nacional, nos termos dos artigos 39, II e 2º, § 1º, da Lei n. 9.307/96, constituindo dever do árbitro realizar o controle de constitucionalidade nas arbitragens nacionais ou estrangeiras, rechaçando a aplicação de norma inconstitucional, que ensejaria a nulidade da sentença arbitral.

Destarte, deve-se primar pela observância da supremacia da Constituição na arbitragem, concluindo-se que o controle de constitucionalidade constitui matéria de ordem pública, embora nem toda norma constitucional contenha esse tipo de conteúdo (de norma de ordem pública) que, por vezes, pode ser encontrado até na legislação infraconstitucional, conforme destacado.

4.3.2 Aplicação da cláusula de reserva de plenário

Uma vez assentado o dever do árbitro de realizar o controle de constitucionalidade na arbitragem, cumpre analisar a eventual possibilidade e/ou necessidade de aplicação da cláusula de reserva de plenário nesta porta de acesso à justiça, diante do silêncio do nosso ordenamento jurídico com relação ao assunto.

Essa cláusula foi introduzida no direito constitucional brasileiro pela Constituição de 1934, tendo sido mantida nas Cartas Políticas que a sucederam (CUNHA JÚNIOR, 2017), aplicando-se, de início, apenas ao controle incidental e difuso, estendendo-se, posteriormente, ao controle principal e concentrado (MONTES NETTO, 2019).

Agregou-se ao ordenamento jurídico brasileiro a histórica exigência nos Estados Unidos da *full bench*, que surgiu no século XIX, como manifestação de prudência dos tribunais no exercício do controle de constitucionalidade, tendo em vista a dificuldade de formação e revisão de um *stare decisis* no que se refere às questões constitucionais (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2018).

Conforme prevê o art. 97 da atual Constituição, apenas “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Segundo adverte Montes Netto (2019), a cláusula de reserva de plenário somente se aplica aos tribunais, excluindo do seu âmbito de incidência as decisões proferidas pelos juízes monocráticos⁹⁰.

O Pretório Excelso também já assentou que é dispensável a observância dessa cláusula nos julgamentos realizados pelos órgãos fracionários da Corte em decisão proferida em sede de Recurso Extraordinário (BRASIL, 2010f).

⁹⁰ De acordo com Dimoulis e Lunardi (2019, p. 316), enquanto o “juiz de Birigui” pode decidir sozinho sobre a constitucionalidade, os Tribunais de segundo grau e os Superiores precisam observar a *full bench*.

Entretanto, essa interpretação não prevalece no que se refere aos órgãos fracionários dos demais tribunais, que somente poderão reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do Poder Público pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou do seu órgão especial, tal como dispõe o art. 97 da CRFB/88.

Desta forma, caso a lei ou ato normativo ainda não tenha sido declarado inconstitucional, compete ao órgão fracionário sobrestar o julgamento do caso concreto e submetê-lo ao pleno ou órgão especial, para que seja proferida decisão específica sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, cabendo ao órgão fracionário, posteriormente, aplicar ao conflito a solução conferida, procedendo à apreciação do mérito do recurso (FERREIRA, 2016).

Com relação à natureza jurídica da *full bench*, Bittencourt (1949) afirma que se trata de condição de eficácia jurídica da decisão declaratória de constitucionalidade (BRASIL, 2007i), devendo ser destacado, no entanto, que não é necessário observar a cláusula de reserva de plenário na declaração de constitucionalidade da lei ou do ato normativo, competindo a decisão, nesses casos, ao próprio órgão fracionário (CUNHA JÚNIOR, 2017).

A Corte Suprema possui o entendimento de que a *full bench* só incidirá quando a lei ou o ato normativo ainda não foram declarados inconstitucionais pelo próprio STF (BRASIL, 1995c, 1995b) ou plenário ou órgão especial do próprio tribunal (BRASIL, 2005h, 2004f), seja qual for o tipo de controle de constitucionalidade realizado (incidental ou concentrado), tendo esse entendimento sido acolhido pelo CPC (art. 949, parágrafo único, do CPC).

Deve ser destacado que, nos termos do art. 10, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999a), a cláusula de reserva também deverá ser observada nas decisões colegiadas que vierem a ser proferidas no âmbito das medidas cautelares, ainda que se esteja diante de casos de excepcional urgência, que dispensam apenas a necessidade da audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela edição do ato impugnado (art. 10, parágrafo 3º, da Lei nº 9.868/99).

Nos termos da súmula vinculante nº 10 do STF, mesmo se a decisão do órgão fracionário do tribunal não declarar expressamente a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo do Poder Público, mas afastar a sua incidência no todo ou em parte, haverá violação da *full bench*.

No precedente representativo dessa súmula vinculante, RE nº 482.090 (BRASIL, 2008i), o Tribunal Guardião da Constituição entendeu que o acórdão proferido pelo STJ que afastou a aplicação da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que

estabelece que a interpretação dada pelo art. 3º da mesma norma, que dispõe sobre o termo inicial da contagem do prazo prescricional para restituição do indébito tributário se submete ao art. 106, I, do Código Tributário Nacional (CTN), retroagindo, ao deixar de aplicar os dispositivos em questão sob a alegação de “risco de violação da segurança jurídica”, declarou implicitamente e incidentalmente a inconstitucionalidade parcial, deixando de observar a *full bench*, conforme determinado o art. 97 da CRFB/88.

Sobre o enunciado, Montes Netto (2019) afirma que a sua elaboração foi necessária diante da reiterada inobservância da cláusula de reserva pelos órgãos fracionários dos tribunais em não submeterem a arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou respectivo órgão especial, conforme se observa da jurisprudência da Corte Suprema (BRASIL, 2007i, 1999c, 2007k, 2002g).

O STF já asseverou que, no caso de incompatibilidade entre uma norma anterior à CRFB/88, não será necessário observar a *full bench*, sendo a situação resolvida pela simples revogação da norma infraconstitucional (BRASIL, 2013j), podendo esse entendimento ser revisto, diante do reconhecimento da repercussão geral ao AI nº 838.188 (BRASIL, 2011e).

Observa-se que se o tribunal, no julgamento de casos concretos envolvendo o controle incidental ou difuso vier a restringir a incidência da norma a algumas situações, preservando-a com relação a outras, não se estará diante de uma declaração de inconstitucionalidade, conforme já decidiu o Pretório Excelso no RE nº 184.093 (BRASIL, 1997b), cuidando-se de decisão que atribui à lei interpretação conforme a CRFB/88 (BRASIL, 2007f, 2006e).

Ressalta-se que no caso de declaração de inconstitucionalidade de atos ou negócios jurídicos em geral, entende-se pela desnecessidade de se aplicar a cláusula de reserva de plenário, diante do seu não enquadramento no conceito de lei ou ato normativo de Poder Público (FERREIRA, 2016).

No tocante aos Juizados Especiais, o entendimento da Corte Suprema é firme no sentido de que é dispensável se observar a *full bench*, considerando que pela configuração que lhes foi atribuída pelo legislador não existe a previsão do seu funcionamento sob o regime de plenário ou de órgão especial (BRASIL, 2014h, 2006i).

A propósito da aplicação do art. 97, da CRFB/88 na arbitragem, em trabalho específico sobre o tema, Ferreira, Montes Netto e Castro (2020) observam que nas arbitragens com árbitro único não existe qualquer dificuldade em se concluir pela inaplicabilidade da *full bench*, por se tratar de hipótese em que será proferida uma decisão monocrática.

Por outro lado, a questão é mais complexa nas arbitragens colegiadas, estabelecendo o art. 24 da Lei de Arbitragem que nesses casos a decisão será tomada pela maioria e que é possível que o presidente fique vencido, caso os outros árbitros discordem do seu voto.

Nessas situações, considerando que no tópico anterior se concluiu que os árbitros têm o dever de realizar o controle de constitucionalidade e que nas arbitragens colegiadas a sentença arbitral será sempre proferida pela maioria absoluta, cabendo, em caso de empate, ao Presidente decidir, Ferreira, Montes Netto e Castro (2020) asseveram que deve ser aplicada a cláusula de reserva de plenário, sob pena de nulidade da decisão colegiada.

Destarte, embora não se aplique à arbitragem singular, a *full bench* deve ser sempre observada nas arbitragens colegiadas, sob pena de nulidade da decisão por ofensa à ordem pública e abertura da possibilidade de controle judicial, via ação anulatória ou impugnação ao cumprimento de sentença.

4.3.3 Eficácia dos direitos fundamentais na arbitragem

Na seção anterior foram expostas diversas situações envolvendo a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas estabelecida entre particulares, sustentando-se a ocorrência de uma “constitucionalização do direito privado”.

Diante da ausência de trabalhos específicos sobre o tema no âmbito da arbitragem, na qual existe um predomínio da autonomia privada, cumpre analisar se o fenômeno também se verifica no procedimento arbitral e, em caso positivo, em que extensão.

No plano internacional, tem-se destacado que cada vez mais se discute o papel do árbitro, se deve se restringir ao de um agente dos contratantes, limitando-se ao que foi estipulado pelas partes no exercício da sua autonomia, ou se também deve ampliar a sua atuação levando em conta a defesa dos interesses da comunidade nas suas decisões (BERGER, 1999).

Diante desse fenômeno, tem sido sustentado que os tribunais arbitrais, apesar de uma certa relutância, têm se tornado cada vez mais parecidos com os tribunais estatais (GRISEL, 2006; SWEET, 2006).

A propósito, Sweet (2011) observa uma tendência de se considerar uma perspectiva sistêmica de direito internacional público nas arbitragens internacionais, com a identificação de elementos caracterizados como “constitucionais” que mereceriam uma proteção especial, a

exemplo das normas cogentes, dos direitos humanos básicos e das garantias processuais associadas ao devido processo legal e ao acesso à justiça.

De acordo com essa corrente doutrinária, o árbitro tem o dever de interpretar e aplicar os direitos e garantias fundamentais em qualquer procedimento arbitral, diante da sua natureza constitucional, apesar de a sua fonte ser o direito internacional público, que é reforçado e complementado por outras normas, a exemplo do preâmbulo da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que determina que as disputas sejam resolvidas em “conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional” (BRASIL, 2009a), sendo o árbitro não apenas um agente das partes, mas também um agente maior da comunidade, constituindo-se num agente jurídico global da ordem constitucional (SWEET, 2011).

Com relação ao direito brasileiro, segundo Sarlet (2008, p. 23), a função dos direitos fundamentais, no modelo de Estado Democrático de Direito, não se limita à singela condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos da Administração Pública, constituindo “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição” com eficácia em todos os ramos do direito, apresentando diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos, devendo ser destacado que, no caso da arbitragem, conforme já se expôs, o árbitro exerce verdadeira jurisdição.

No mesmo sentido, Viegas e Nascimento (2019) sustentam que é inafastável o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais em qualquer relação pública, mista ou privada, sem qualquer distinção.

Esse também é o entendimento do STF, a exemplo do que se observa no já mencionado Ag. Reg. no RE com Agravo nº 1.008.625/SP (BRASIL, 2017h), interposto por uma associação de farmácias em face de decisão proferida pelo TJSP, que considerou a negativa da associação de uma empresa nos seus quadros ilegítima, o Ministro Luiz Fux, relator do caso, destacou a irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado, ressaltando que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais incidem em qualquer relação jurídica, seja ela “pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas”.

Conforme observa Albuquerque (2011), o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações envolvendo particulares não representa e não pode representar uma sentença de morte da autonomia privada, constituindo apenas uma restrição ao seu campo de abrangência, mas não a sua extinção, devendo ser exercido um juízo de ponderação.

Destarte, em que pese o predomínio da autonomia privada na arbitragem, isso não afasta a necessidade de o árbitro primar pelo reconhecimento e aplicação dos direitos fundamentais nas suas decisões.

4.3.4 Aplicação da proporcionalidade e seus subprincípios pelo árbitro na arbitragem coletiva

Diante da conclusão de que os direitos e garantias fundamentais devem ser observados no procedimento arbitral, cumpre analisar se é possível e se o árbitro deve aplicar a proporcionalidade nas decisões proferidas em arbitragens coletivas.

No plano internacional, nenhum tribunal arbitral se referia à proporcionalidade, ainda que implicitamente, antes de 2000, quando um tribunal do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA), no caso *S.D. Myers v. Canada*, considerou que o investidor só é tratado de forma injusta quando o tratamento dispensado atinge um nível inaceitável do ponto de vista internacional, considerando a deferência que o direito internacional costuma prestar às autoridades nacionais para a regulamentação dos assuntos dentro do seu território (SWEET, 2011).

Segundo Xiuli (2006), sua finalidade básica é a de equilibrar benefícios conflitantes ou concorrentes, promovendo uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo pretendido, restringindo o poder dos Estados e organizações internacionais e protegendo os direitos privados, tendo se tornado um princípio constitucional no âmbito da União Europeia⁹¹, além de existir no direito internacional e se espalhar para vários ramos, tornando-se habitual no campo da autodefesa, da retaliação, da adoção de contramedidas e na aplicação de normas humanitárias e de direitos humanos.

O autor acrescenta que no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a necessidade de se observar a proporcionalidade é indiscutivelmente provada pela revisão de normas jurídicas e de decisões judiciais sobre a matéria, por meio do emprego de expressões como “menor restrição ao comércio”, “necessário” e “equivalente”, que incorporam o instituto (XIULI, 2006, p. 235-236).

Nas arbitragens de investimento, os árbitros costumam adotar o “justo” e o “tratamento equitativo” como um padrão de decisão, uma espécie de princípio multifuncional

⁹¹ Desde 2003 os árbitros do ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) adotam explicitamente a proporcionalidade citando a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que exige que os tribunais nacionais apreciem a proporcionalidade quando se trata de análise envolvendo o direito de propriedade (SWEET, 2011).

que lhes permite invocar e aplicar uma variedade de subprincípios como a boa-fé, o acesso à justiça, o devido processo legal, a transparência, a não discriminação, a razoabilidade e as expectativas legítimas das partes, com a finalidade de construir decisões equilibradas (SWEET, 2011).

De acordo com o autor, o equilíbrio conduz os árbitros na direção da proporcionalidade, permitindo a flexibilidade do procedimento com que os árbitros restrinjam ou expandam a sua intervenção, conforme seja necessário, decorrendo da análise da proporcionalidade as expectativas que um investidor pode esperar do outro e, conseqüentemente, do que também é arbitrário ou injusto, possibilitando uma interpretação progressiva do “justo”, “padrão” e “equitativo”, constituindo também responsabilidade do investidor internacional que busca proteção do seu patrimônio promover a equidade e a justiça com relação à população do Estado anfitrião afetado pelo investimento (SWEET, 2011).

No âmbito do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), diversos são os casos nos quais os árbitros aplicaram a proporcionalidade, conforme observa Xiuli (2006):

i) na apropriação indireta no caso *Tecmed v Mexico*, de 28 de julho de 2000, a Tecmed argumentou que a ausência de renovação da sua licença para operar aterro sanitário pela autoridade mexicana, depois de ter investido na compra do imóvel e ativos de uma agência situada naquele país, com o pagamento em dinheiro e em outras contraprestações, representava a expropriação indireta dos seus ativos, tendo seus argumentos sido acolhidos pelo tribunal arbitral que considerou que os meios empregados pelo governo mexicano (não renovação da licença) foram desproporcionais aos fins perseguidos;

ii) no caso *MTD v. Chile*, referente a um investimento realizado no Chile num projeto para desenvolvimento de uma cidade satélite no município de Pirque, a decisão invocou o caso *Tecmed v Mexico*, especialmente com relação ao princípio da proporcionalidade;

iii) na disputa *Aucoven v Venezuela*, envolvendo um contrato de concessão, a Venezuela sustentou que a reivindicação da Aucoven não atendeu ao requisito da proporcionalidade estipulado pela Lei da Venezuela;

iv) no conflito *CMS v Argentina*, versando sobre medida tomada pelo governo argentino que suspendeu o direito da CMS de calcular as suas tarifas em dólares norte-americanos e de aplicar índices inflacionários, o governo argentino sustentou que a medida adotada era razoável e proporcional ao objetivo perseguido;

v) na arbitragem *Azurix v Argentina*, relacionado a uma concessão de 30 anos para a distribuição de água potável e o tratamento de esgoto na província de Buenos Aires, o tribunal arbitral aplicou a tese da proporcionalidade acolhida no caso *Tecmed v Mexico*, decidindo a favor da empresa. Destaca-se que existem diversos outros casos no ICSID adotando expressamente a proporcionalidade.

No tocante ao direito brasileiro, conforme destacado na seção anterior, a proporcionalidade, seja qual for a corrente adotada (prevalecendo a tese de que deriva do devido processo legal no seu aspecto substancial), possui inegável fundamento constitucional, constituindo inafastável dever do árbitro observar a Constituição nas suas decisões, considerando que as normas constitucionais são de ordem pública, em que pese a observação feita de que nem todas as normas constitucionais traduzem valores fundamentais à sociedade.

Destaca-se que os árbitros, além dos poderes-deveres que lhes foram atribuídos pela convenção de arbitragem, ostentam outros que decorrem do próprio exercício da jurisdição (BELLOCCHI, 2017), a exemplo do dever inarredável de realizar o controle difuso de constitucionalidade.

A propósito, Tucci (2019) assevera que a liberdade de decisão do árbitro é limitada pelo direito que rege a arbitragem, devendo ser ressaltado que as normas constitucionais com conteúdo de ordem pública, a exemplo da proporcionalidade, devem ser observadas em qualquer tipo de arbitragem.

Assim, da mesma forma que o juiz estatal, o árbitro deve decidir os fatos e aplicar o direito ao caso concreto no exercício da jurisdição, não sendo possível imaginar que possa ignorar a proporcionalidade e os seus subprincípios na construção da solução mais justa e adequada, até porque “as partes contratam a arbitragem sobretudo por uma justa e compreensível expectativa em relação à qualidade da decisão do árbitro”, na esperança de que o julgamento do mérito possa ter ainda mais qualidade do que a sentença judicial, diante das possíveis vantagens da arbitragem, como a maior possibilidade de especialização do árbitro (MAIA, 2020, p. 322).

Mesmo nas arbitragens por equidade é irrefutável a aplicação da proporcionalidade pelo árbitro, considerando que a discricionariedade conferida pelas partes ao julgador privado encontra-se permeada por um “forte e preponderante juízo de equidade, na busca da solução mais justa e equânime para a solução do caso concreto”, o que não significa liberdade para o árbitro proferir decisões com base no seu mero capricho (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 239).

Em reforço, Garcez (2007, p. 143) ressalta que a equidade se situa num terreno não necessariamente fora do direito, permitindo com que o árbitro busque razões para a resolução da disputa perseguindo um sentido maior de justiça com base nos “predicados morais da filosofia”, que naturalmente implicam na necessidade de aplicação da proporcionalidade pelo julgador privado.

Carmona (2009, p. 65), adverte que todos os julgamentos, independentemente das regras escolhidas pelas partes, ainda que se trate de arbitragem de direito, são realizados com base na equidade “em maior ou menor dose”, sendo essa uma situação “fisiológica”, representando a expressão “julgamento por equidade” a autorização para que o árbitro deixe de lado normas de direito para julgar o conflito de forma justa.

Na lição de Lemes (2007a, 196), o juízo de equidade tem as funções: i) *interpretativa*: permitindo com que o julgador, no exercício da atividade de interpretação que lhe compete, recorra à igualdade e à proporcionalidade; ii) *quantificadora*: manifestada pelo julgador ao reduzir ou alterar valores monetários, no caso de cumprimento parcial do que foi estipulado ou quando a obrigação se revelar excessiva, a exemplo do que dispõe o art. 413, do CC; iii) *supletiva*: quando houver a necessidade do preenchimento de lacunas; iv) *corretiva*: representada pela possibilidade de se coibir excessos e reequilibrar a relação contratual; e v) *substitutiva*: que autoriza a invocação de norma jurídica distinta da lei, para atender às peculiaridades do caso concreto.

Conforme pontuam Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019), a corrente majoritária considera que a arbitragem por equidade abrange a possibilidade de serem proferidas decisões *contra legem*, havendo divergência no que se refere à possibilidade de provimentos contra a Constituição (*contra constitutionem*)⁹².

Em posição intermediária que se adota neste trabalho, os autores sustentam que apenas as normas constitucionais com conteúdo de ordem pública vinculam os árbitros na arbitragem por equidade, não se verificando isso no tocante às normas cogentes (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Desta forma, o árbitro deve, ao proferir as suas decisões nas arbitragens coletivas, observar sempre a proporcionalidade e os seus subprincípios, tendo em vista que nem mesmo as partes podem ignorar os preceitos de ordem pública ao estipularem as regras que serão seguidas no processo arbitral, seja qual for o tipo de arbitragem.

⁹² Nery Junior (2011) sustenta que não é possível o julgamento contra norma constitucional. Em sentido contrário, Carmona (2011).

Sublinha-se, ainda, que a decisão ou sentença arbitral que aplicar a proporcionalidade deverá vir acompanhada de exaustiva fundamentação, em conformidade com o nosso ordenamento jurídico, especialmente com o que dispõe o art. 93, IX, da CRFB/88, com a análise detalhada de cada um dos subprincípios (ou sub-regras) do instituto (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), considerando que a sentença arbitral deve apresentar idêntico conteúdo inerente às decisões proferidas pela Justiça estatal (ABBOUD, 2019).

Tudo isso com objetivo de resolver os conflitos coletivos de forma justa, mas sem deixar de se ter em vista que a arbitragem trata apenas de direitos patrimoniais disponíveis e é fundamentada pelo princípio da autonomia privada e liberdade individual que, conforme já destacado, representa um dos aspectos mais importantes do modelo constitucional de arbitragem, ao lado do devido processo legal, impondo-se que os direitos e garantias referentes a esse último sejam exigidos e aplicados em conformidade com a liberdade individual assegurada às partes pela CRFB/88, não sendo possível que a observância dos direitos e garantias constitucionais sirvam de pretexto para a “publicização” dessa via adequada de resolução de disputas (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 151), não se revelando adequada a mesma dimensão conferida à proporcionalidade nas relações de direito privado em geral pelos nossos tribunais, que não raras vezes adota algum tipo de paternalismo invocando o instituto de forma genérica.

A respeito dessa nociva relativização dos conceitos jurídicos pelo Judiciário, Nanni (2014, p. 250) aponta que não é lícita a sua distorção ou relativização com fundamento na ponderação entre princípios gerais que servem de “*molde universal*” em favor de quem o alega, obtendo essa prática, infelizmente, sucesso em algumas disputas judiciais, sendo esse tipo de decisão criticável pela absoluta falta de método ou critério que são inerentes à ciência jurídica através, por exemplo, da “superutilização” do princípio da dignidade da pessoa humana, em ataque ao tradicional princípio do *pacta sunt servanda*, muitas vezes com base no “proveito do oportunismo”.

O autor chama a atenção para a patologia da “proliferação desmedida no emprego de princípios”, que gera “um carnavalesco comportamento, que vulgariza o Direito, esgarçando-se o conceito em uso no evento real, distanciando-se do ambiente em que se deve concentrar” (NANNI, 2014, p. 251).

Campos Júnior (2017, p. 105) observa que mesmo no âmbito judicial o emprego de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados é bastante criticado, inclusive em sede de controle de constitucionalidade:

[...] o modelo plural de controle de constitucionalidade adotado e a utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados, circunstâncias que, consideradas em conjunto com a crise de legitimidade dos poderes políticos, constituíram-se nas causas do fenômeno da judicialização das relações sociais e da política e, de certa forma, na politização da justiça.

Embora se aplique à arbitragem o princípio do equilíbrio contratual, sua invocação jamais pode servir para desnaturar a álea natural do negócio, devendo incidir apenas em situações extraordinárias, com a análise rigorosa do preenchimento dos seus pressupostos, considerando que quem firma um contrato sujeito a riscos não pode, em seguida, “assustar-se com os riscos inerentes ao negócio” (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 142-143).

Seguindo esse raciocínio (MARTINS-COSTA, 2012), ressalta que o direito de pedir a intervenção do árbitro para revisar o contrato não se estende a toda e qualquer espécie contratual e nem abrange todo e qualquer risco ou álea.

Da mesma maneira, o princípio da função social do contrato “não deve e nem pode afastar” o conteúdo econômico do contrato, sendo necessário “conciliar os interesses das partes e os da sociedade” (WALD, 2004a, p. 3).

Sobre o assunto o STJ (BRASIL, 2007c) já assentou que a função social do contrato não pode desconsiderar o seu “papel primário e natural, que é o econômico”, tendo em vista que ao contrato “incumbe uma função social, mas não de assistência social”. Por mais que o indivíduo mereça esse tipo de assistência, não será no contrato que deverá ser preenchida tal carência, especialmente, no caso deste estudo específico, na arbitragem, que é baseada e organizada no campo da autonomia privada.

Nesse contexto, embora seja bastante comum no procedimento arbitral a discussão sobre a boa-fé objetiva, autonomia privada, *pacta sunt servanda*, equilíbrio econômico e função social do contrato (NANNI, 2014), nem sempre aquilo que a jurisprudência, por vezes, considera abusivo nos processos judiciais em geral, a exemplo da cláusula penal contratual que estabelece a perda total dos valores pagos em contrato de compra e venda, será reputado adequado na via arbitral, na qual a aplicação da proporcionalidade deve encontrar limites na ampla autonomia privada, pois a “arbitragem é liberdade e só há devido processo legal na

arbitragem em linha com a liberdade individual” (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 162).

Recomendável, então, na interpretação do contrato, que o árbitro lance mão sempre e, em primeiro lugar, das estipulações negociais que materializam a autonomia privada das partes, “ficando o direito legislado como antessala”, limitando-se à aferição da “validade, adequação aos princípios gerais e integração”, com a finalidade de suprir eventual lacuna que a regulação das partes voluntariamente (ou não) proporcionou (NANNI, 2014, p. 96).

Não se está aqui a excluir, por completo, por exemplo, a possibilidade de redução de multa contratual na arbitragem que se revele excessiva ou diante do cumprimento parcial da obrigação, tendo em vista que em qualquer tipo de arbitragem o árbitro tem o dever de afastar disposições contratuais desproporcionais, mas a interpretação da proporcionalidade conferida pelos tribunais brasileiros nos processos judiciais em geral não se revela um parâmetro aceitável para inspirar o árbitro nas suas decisões⁹³, sob pena de provocar insegurança jurídica entre as partes e o descrédito da via arbitral, que vem ganhando notável importância nos últimos tempos.

Assim, defende-se como possível, por exemplo, a redução de multa que venha a superar em muito o valor da obrigação principal, sem qualquer justificativa adequada e que possa significar o enriquecimento sem causa da parte que dela irá se beneficiar, ofendendo valores sociais e morais, devendo o árbitro, no entanto, desvincular-se de qualquer parâmetro judicial e interpretar a proporcionalidade à luz da autonomia privada, evitando qualquer atuação que possa dar margem a incursões indevidas sobre a liberdade de que desfrutam as partes, considerando que a ordem pública que enseja o controle de constitucionalidade pelo árbitro não diz respeito à disponibilidade ou patrimonialidade da causa, mas sim a valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural relevantes para o Estado.

4.4 CONTROLE JURISDICIONAL DA SENTENÇA ARBITRAL COLETIVA

De acordo com o artigo 31 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral produzirá os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, se for condenatória, constituirá título executivo.

Conforme ensina Carmona (2009), o legislador colocou fim à atividade homologatória do juiz estatal, o que prejudicava a utilização da arbitragem, passando a adotar

⁹³ Nanni (2014) observa que a via arbitral possui características que a diferenciam da corte estatal.

a tese de jurisdicionalidade da arbitragem, que não obsta a possibilidade de se discutir em juízo a validade ou eficácia da sentença arbitral.

A possibilidade de revisão judicial de sentença arbitral representa uma forma de controle de riscos e em alguns países o Judiciário possui competência para invalidar decisões proferidas pelos árbitros com má-fé ou na ausência de observância de princípios processuais básicos, enquanto em outros, permite-se que os juízes possam corrigir falhas na aplicação da legislação ou monitorar a coerência da decisão tendo como parâmetro a ordem pública (PARK, 2004).

De qualquer forma, verifica-se ao redor do mundo uma redução das hipóteses de revisão judicial das sentenças arbitrais, em prestígio à autonomia privada e reforço à autoridade do árbitro, objetivando o cumprimento dos compromissos assumidos pelas partes (SWEET, 2011).

Mesmo assim, o controle da arbitragem é inevitável, considerando que juízes não podem ignorar os princípios básicos do procedimento arbitral quando são provocados, especialmente diante da atribuição do efeito de coisa julgada às decisões arbitrais que podem ser objeto de cumprimento perante o Judiciário (PARK, 2004).

Rocha (2012, p. 29) assenta que a palavra “controle” pode conduzir à ideia equivocada de revisão judicial dos atos arbitrais, observando que deve ser rechaçada qualquer comparação do controle judicial da arbitragem com o *judicial review*⁹⁴ dos Estados Unidos, que no Brasil se equipararia à teoria do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Esse controle em matéria de arbitragem deve ser compreendido como a fiscalização e o exame pelo Judiciário do processo arbitral, observando as diretrizes que constam da Lei de Arbitragem, especialmente o disposto nos artigos 32 e 33⁹⁵⁻⁹⁶, as convenções e expectativas geradas pelo ajuste que as partes fizeram (ROCHA, 2012).

A propósito, a jurisprudência do STJ (BRASIL, 2021f) assenta que a declaração da nulidade da sentença arbitral pode ser buscada judicialmente apenas por meio da ação

⁹⁴ Essa expressão é originária dos Estados Unidos e foi consagrada no caso *Marbury vs. Madison*, com o reconhecimento pela Suprema Corte americana da possibilidade de o Judiciário rever ato do Legislativo, utilizando a Constituição como parâmetro.

⁹⁵ Segundo Aguiar (2019), a sentença arbitral somente pode ser atingida pela ação de anulação prevista nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem e pela impugnação ao cumprimento de sentença.

⁹⁶ No âmbito da arbitragem internacional, a possibilidade de revisão judicial é bastante restrita e geralmente se limita aos casos taxativamente previstos em lei, sendo essa também a tendência das legislações nacionais de outros países (RECHSTEINER, 1997).

declaratória de nulidade de sentença arbitral (art. 33, § 1º, da Lei de Arbitragem) ou via impugnação ao cumprimento de sentença arbitral (art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal).

No que concerne à impugnação e defesa do executado no cumprimento de sentença arbitral, (SILVA, 2021) adverte que não cabe qualquer discussão sobre fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do exequente, salvo se supervenientes, considerando que devem ser discutidos apenas no bojo da arbitragem, cabendo exclusivamente ao árbitro a sua análise.

O autor aponta que não existe qualquer óbice com relação ao uso da exceção de pré-executividade em face da sentença arbitral, mas alerta que se for invocada alguma causa de nulidade da sentença arbitral, deve ser respeitado o prazo decadencial de 90 dias para a sua apresentação (SILVA, 2021).

Sobre as causas de nulidade previstas na Lei de Arbitragem, Camargo (2016) observa que são muito parecidas com as hipóteses de cabimento da ação rescisória⁹⁷ dispostas no CPC, com exceção da previsão de anulação da sentença judicial com fundamento no *error in iudicando*.

Desta forma, o Judiciário deverá observar alguns limites, não se permitindo, por exemplo, a revisão do mérito⁹⁸⁻⁹⁹ da sentença/decisão tomada pelo árbitro (TORRE, 2013), ficando adstrito à análise de regras de procedimento, com a finalidade de garantir que a arbitragem seja desenvolvida com a observação dos princípios fundamentais do processo que constam da Constituição e das regras que decorrem da natureza do procedimento arbitral e da Lei de Arbitragem (ROCHA, 2012).

Segundo Sester (2020), o legislador brasileiro criou um meio específico de impugnação das sentenças arbitrais, seguindo os padrões internacionais da arbitragem, que também não permite a revisão do mérito da decisão do árbitro, salvo no caso de violação a normas de ordem pública.

Reforçando esse entendimento, a jurisprudência já assentou que não é possível a revisão judicial da decisão do árbitro, ainda que apresente como fundamento eventual julgamento proferido de forma contrária à lei (SÃO PAULO, 2012b).

⁹⁷ No mesmo sentido, Scavone Junior (2020) compara a ação anulatória da sentença arbitral à ação rescisória prevista no CPC.

⁹⁸ Cuida-se do controle das garantias das partes e do Estado, sendo vedadas interferências nas características da arbitragem e no mérito da sentença proferida pelo árbitro (CAMARGO, 2016).

⁹⁹ A sentença arbitral não se sujeita a qualquer censura de mérito, não sendo possível a sua anulação por *errores in iudicando* (YARSHELL, 2021a; LAMAS, 2021).

Essa possibilidade de controle, portanto, não apresenta qualquer paralelo com a garantia constitucional implícita do duplo grau de jurisdição ou com a possibilidade de interposição de apelação em face das sentenças judiciais (CAMARGO, 2016), afirmando Wald (2004b) que embora o controle judicial da arbitragem não possa ser abandonado, por envolver certos riscos, também não pode representar uma “camisa de força” imposta ao procedimento, sob pena de comprometer a sua própria eficácia.

Necessário, assim, conforme observam Pinho e Mazzola (2019), o desenvolvimento de uma cultura de intervenção judicial mínima na arbitragem, em conformidade com a intenção do legislador na elaboração da atual Lei de Arbitragem, ao dispensar a homologação da sentença arbitral, encampando-se de vez a premissa de que o exercício da jurisdição não constitui monopólio do Judiciário, que não pode (e não deve) intervir de maneira arbitrária no procedimento arbitral, de forma a comprometer a harmonia e o balanceamento do sistema de jurisdição, sendo de rigor que, salvo nas hipóteses expressamente previstas para o ajuizamento da ação anulatória, a Justiça estatal se abstenha de analisar o mérito da sentença arbitral, sob pena de esvaziamento do instituto.

Assim, a possibilidade de exame judicial da arbitragem deve se restringir a situações aberrantes, assegurando a eficiência do instituto e ampliando o respeito pelas sentenças proferidas pelos árbitros (PARK, 2004).

Nos Estados Unidos, de acordo com a Lei Federal de Arbitragem (*U.S. Federal Arbitration Act*, FAA) são raras as situações nas quais o Judiciário pode rever uma sentença arbitral e em nenhuma delas é permitida a revisão do mérito da decisão proferida pelo árbitro (FOSTER; BIGGE, 2008).

Mesmo nos casos em que as partes convencionam a ampliação do controle judicial para situações adicionais, a exemplo de erros legais e/ou de fato, a Suprema Corte americana inadmite esse tipo de revisão judicial expandida, sob o argumento de que as sentenças arbitrais sujeitas ao FAA, somente podem ser modificadas nas hipóteses que constam no seu estatuto (FOSTER; BIGGE, 2008)¹⁰⁰. Gomm-Santos e Smith (2009, tradução nossa) destacam que:

A exclusão da revisão judicial de sentenças arbitrais por erros de fato ou de direito é um dos fundamentos sobre os quais a conveniência social e a aceitação da arbitragem são firmemente construídas. Pois, se as sentenças arbitrais pudessem ser analisadas por erros de lei ou fato, a arbitragem degeneraria facilmente em um dispositivo para adicionar ainda outra instância às três instâncias usuais de litígio nos tribunais comuns. É exatamente para evitar essa consequência socialmente mais repreensível que a lei exclui diretamente a revisão de sentenças arbitrais por erros de fato ou lei. E

¹⁰⁰ *Hall Street v. Mattel, Inc.*

essa exclusão constitui uma razão importante pela qual as legislaturas federal e estadual declaram acordos arbitrais que até então eram inexecutáveis¹⁰¹.

Conforme se observa, a arbitragem possui independência e autonomia em relação ao Poder Judiciário, na medida em que as suas decisões não se sujeitam a revisão ou ratificação pela Justiça Estatal¹⁰², sendo o controle judicial exercido por exceção e limitado às poucas hipóteses de nulidade previstas no artigo 32¹⁰³, da Lei de Arbitragem (TEMER, 2018). Quando cabível, a ação anulatória deverá ser ajuizada apenas depois que for proferida a sentença arbitral (CARMONA, 2009).

A parte que desejar levantar questões sobre a competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção deverá se manifestar na primeira oportunidade que lhe for apresentada, após a instituição da arbitragem (CARMONA, 2009). Se a arguição não for acolhida, a arbitragem deverá prosseguir e a questão poderá ser eventualmente examinada em sede de ação anulatória pelo Judiciário¹⁰⁴ (SCAVONE JUNIOR, 2020).

Cahali (2018, p. 399) destaca que em relação à “nulidade” da sentença arbitral é possível constatar o equívoco de alguns estudos que confundem a invalidade da sentença com a invalidade dos negócios jurídicos em geral, misturando nulidades civis (do direito material) com nulidades processuais. As nulidades absolutas do direito civil são insanáveis e não se sujeitam à decadência e à prescrição, já as nulidades processuais, em regra, podem ser sanadas pela vontade das partes ou por vontade da lei, inclusive pela preclusão e decadência.

Nesse contexto, o artigo 32 da Lei de Arbitragem quando menciona a nulidade da sentença arbitral está se referindo à aplicação do sistema processual com relação aos vícios e aos seus efeitos (CAHALI, 2018)¹⁰⁵, em razão de a sentença arbitral ser equiparável à proferida

¹⁰¹ “Exclusion of judicial review of arbitral awards for errors of fact or law is one of the foundations on which the social desirability and acceptance of arbitration is firmly built. For if arbitral awards could be reviewed for errors of law or fact, arbitration would easily degenerate into a device for adding still another instance to the usual three instances of litigation in the ordinary courts. It is exactly to avoid this socially most reprehensible consequence that the law straightforwardly excludes review of arbitral awards for errors of fact or law. And this exclusion constitutes an important reason why the federal and state legislatures declare enforceable arbitration agreements that theretofore had been unenforceable”.

¹⁰² Nos termos do artigo 18, da Lei de Arbitragem.

¹⁰³ No REsp nº 1.736.646/RJ (BRASIL, 2018h), o STJ assentou que a sentença arbitral somente poderá ser impugnada judicialmente se for verificada alguma das hipóteses do art. 32, da Lei de Arbitragem.

¹⁰⁴ A lei de arbitragem somente prevê a possibilidade de ação anulatória contra sentenças arbitrais, não abrangendo decisões incidentes proferidas pelo árbitro (RECHSTEINER, 1997).

¹⁰⁵ A convenção de arbitragem, diante da sua natureza de negócio jurídico, submete-se às nulidades do direito civil. Quando a sentença arbitral é proferida, ela substitui a convenção e mesmo se possuir algum vício, poderá se tornar imutável se não for impugnada na forma prevista na Lei de Arbitragem (CAHALI, 2018).

pela Justiça estatal, por serem os árbitros juízes de fato e de direito e exercerem a função jurisdicional, produzindo suas sentenças arbitrais coisa julgada material que constituem títulos executivos. Caso a sentença arbitral apresente vícios, poderá ela ser desconstituída, sem se declarar a nulidade (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

No mesmo sentido, Dinamarco (2013, p. 236) sublinha que a ação anulatória da sentença arbitral tem natureza “constitutiva negativa”, já que sua eventual procedência produzirá uma situação jurídica nova, extirpando a sentença impugnada do mundo jurídico.

O inconformismo da parte com relação à solução apresentada pelo árbitro não serve como fundamento para a invalidação da sentença arbitral, considerando que o *error in judicando* não foi previsto no artigo 32 da Lei de Arbitragem e que o Judiciário não pode funcionar como instância revisora ou recursal em matéria de arbitragem (DINAMARCO, 2013).

As hipóteses previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, com exceção do artigo 32, I são “causas de desconstituição da sentença arbitral”¹⁰⁶ que devem ser analisadas sob as regras de ordem processual, observando-se o prazo decadencial de 90 dias para a propositura da ação anulatória de legitimidade exclusiva da parte interessada.

Após o decurso desse prazo, a sentença arbitral se tornará definitiva e imutável¹⁰⁷, com equivalência à coisa julgada que se verifica com as sentenças judiciais escoado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória (CAHALI, 2018).

Deve ser destacado que a decisão judicial que reconhecer eventual nulidade da sentença arbitral não a substituirá, cabendo ao Judiciário declarar a nulidade e determinar, se possível, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral, conforme prevê o artigo 33, § 2º, da Lei de Arbitragem, salvo se for verificada a impossibilidade de prosseguimento da arbitragem, a exemplo da constatação de um vício insuperável quanto à própria convenção ou inarbitrabilidade da controvérsia (TEMER, 2018).

Salienta-se que, mesmo nesse último caso, não se trata da possibilidade de revisão judicial do mérito da sentença arbitral, mas de hipótese que afasta a convenção de arbitragem que havia subtraído a competência da Justiça estatal para apreciar o caso.

Segundo Carmona (2009), a redação do artigo 32 da Lei de Arbitragem é inexata, considerando que a maior parte das situações previstas nos incisos do dispositivo legal

¹⁰⁶ Scavone Junior (2020) sustenta que nos casos em que a nulidade da sentença for absoluta, a ação possuirá natureza declaratória e não desconstitutiva, sendo imprescritível.

¹⁰⁷ Pinho e Mazzola (2019) cogitam a possibilidade de flexibilização do prazo de 90 dias se a causa de invalidação, a exemplo da corrupção do árbitro, for descoberta após a consumação da decadência.

constituem hipóteses de anulabilidade do laudo arbitral e não nulidade, já que enquanto não for obtido sucesso na ação anulatória, permanecerá hígida a sentença arbitral, que não poderá mais ser impugnada após o decurso do prazo decadencial de 90 dias, previsto no artigo 33, § 1º da Lei de Arbitragem, salvo se se tratar de laudo condenatório, que permitirá a possibilidade de impugnação ao cumprimento de sentença, na forma do artigo 33, § 3º da Lei de Arbitragem.

A doutrina, de forma predominante, sustenta que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral são taxativas (CARMONA, 2009; SCAVONE JUNIOR, 2020; CAHALI, 2018; FIGUEIRA JÚNIOR, 1999; WALD, 2004; LEMES, 2005; YARSHELL, 2005; AMENDOEIRA JÚNIOR, 2001; TEMER, 2018)¹⁰⁸.

Entretanto, Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) ressaltam que mesmo entre os que sustentam a taxatividade do rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem, há vários autores que reconhecem a existência de outras hipóteses excepcionais de nulidade da sentença arbitral que lá não constam, a exemplo da ofensa aos bons costumes e à ordem pública¹⁰⁹, conforme dispõe o artigo 2º, § 2º da Lei de Arbitragem.

A propósito, Martins (2008), que foi um dos autores da atual Lei de Arbitragem, destaca que a não inclusão da violação da ordem pública no rol do art. 32, do mencionado diploma legal, deu-se de maneira proposital, considerando que nem todo tipo de infração possibilitará a anulação da sentença arbitral.

Com relação à sentença arbitral estrangeira, o artigo 39, II, da Lei de Arbitragem prevê que a sua homologação para o reconhecimento ou a execução deverá ser denegada pelo STJ se a decisão ofender a ordem pública nacional.

Conforme adverte Almeida (2005, p. 268), é difícil aceitar a validade no Brasil de decisão arbitral que “resulte em uma incompatibilidade flagrante com algum aspecto fundamental do ordenamento jurídico brasileiro ou desconsidere totalmente eventual regramento imperativo determinado por lei ou pela Constituição”.

Em razão disso, sustenta-se que existem duas espécies de ordem pública previstas na Lei de Arbitragem, a interna que decorre do artigo 2º e a internacional estabelecida no artigo 39, II, devendo ser destacado que a ordem pública configura matéria que não depende de alegação das partes e deve ser conhecida até mesmo de ofício pelo juiz estatal de controle (VILAR, 2011), em sede de ação anulatória ou em eventual cumprimento de sentença.

¹⁰⁸ Cahali (2018) afirma que as causas de nulidade da sentença arbitral não podem ser objeto de ampliação pelas partes, em que pese a força da autonomia das partes em sede arbitral.

¹⁰⁹ Não há proibição para que o árbitro conheça questões de ordem pública, ele só não pode tratar de questões de direito indisponível (APRIGLIANO, 2011).

Strenger (1996, p. 213) afirma que em matéria de contratos internacionais do comércio, por mais que se festeje o princípio da autonomia privada e a ausência de nacionalismo da *lex mercatoria*, sempre existirão restrições estipuladas pelos ordenamentos jurídicos internos que integram as denominadas “reservas de ordem pública”.

De qualquer sorte, Camargo (2016, p. 325) alerta que apesar do conceito de ordem pública ser amplo e abstrato, a sua invocação como causa de nulidade da sentença arbitral deve ser analisada com “extrema cautela”, evitando com que o mero inconformismo da parte com o mérito da sentença arbitral possa ser objeto de controle judicial.

Na legislação interna, diante da limitação da jurisdição arbitral à análise de direitos disponíveis, a maioria das hipóteses nas quais poderão ser aventadas questões de ordem pública já se encontram inseridas no rol do artigo 32 da Lei de Arbitragem (AGUIAR, 2019). Nos termos do mencionado artigo, são elas:

i) a nulidade da convenção de arbitragem: ao contrário das demais hipóteses de “nulidade” previstas no artigo 32, da Lei de Arbitragem, essa é de ordem material, encaixando-se na categoria dos defeitos dos negócios jurídicos (CAHALI, 2018).

Apontava-se a impropriedade da redação original deste inciso que estabelecia que a sentença arbitral seria nula quando fosse “nulo” o compromisso, tendo a redação sido alterada pela Lei nº 13.129/15 para estabelecer que a nulidade ocorrerá quando for nula a convenção de arbitragem (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; CAHALI, 2018).

A crítica à redação original consistia na previsão de nulidade da sentença arbitral apenas na hipótese de ser nulo o compromisso, visando, no entanto, abranger também a nulidade da cláusula compromissória (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; CARMONA, 2009). Já a expressão convenção de arbitragem inclui o compromisso arbitral e a cláusula compromissória.

Na lição de Parizatto (1997), a convenção de arbitragem constitui a essência¹¹⁰ da arbitragem, almejando-se a prolação de uma sentença que solucione a controvérsia existente entre as partes. Sua eventual nulidade irá contaminar a arbitragem, ensejando a nulidade da sentença arbitral que for proferida.

De acordo com Cahali (2018), essa causa de desconstituição da sentença arbitral deve ser analisada em conformidade com os defeitos do negócio jurídico previstos no Código Civil, sendo a convenção nula quando ocorrerem as situações previstas nos artigos 166 e 167

¹¹⁰ Alvim (2002) considera que a base da sentença arbitral e a sua segurança estão na convenção, devendo ser proferida em conformidade com aquilo que as partes convencionaram.

do Código Civil, devendo ser observados os vícios do negócio jurídico estabelecidos na legislação especial, bem como se as partes escolheram outra lei para ser aplicada na arbitragem por ocasião da convenção, que nesse caso deverá ser observada.

Carmona (2009) sustenta que a nulidade da convenção diz respeito à ausência de algum dos seus elementos essenciais estabelecidos no artigo 10 da Lei de Arbitragem, sendo também nula a convenção que versar sobre direito indisponível, se algum dos compromitentes for incapaz ou ainda se não se garantir a imparcialidade do árbitro.

Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) apontam que a nulidade do compromisso arbitral poderá ocorrer em razão da: i) falta de observação do instrumento correto; ii) do não preenchimento dos requisitos do artigo 10 da Lei de Arbitragem; iii) do objeto que não configura direito patrimonial disponível; e iv) da falta de capacidade dos compromitentes ou da não observância da imparcialidade do árbitro. Em síntese, é necessário atender a todos os princípios que disciplinam qualquer outro negócio jurídico (FURTADO; BULOS, 1997).

Quando o vício da convenção apresentar nulidade absoluta no direito material, prescindirá de alegação durante a arbitragem, por se caracterizar como de ordem pública, situando-se fora da esfera de disponibilidade das partes, obstando inclusive eventual saneamento durante o procedimento, já que não há a possibilidade de convalidação de ato nulo, sendo diverso o tratamento quando o vício da convenção for relativo, hipótese em que deverá ocorrer a arguição no momento oportuno, a exemplo do disposto no artigo 20 da Lei de Arbitragem, sob pena da impossibilidade da sua utilização como fundamento para a invalidação da sentença arbitral (CAHALI, 2018).

Deve-se destacar que mesmo que se trate de uma situação de nulidade absoluta, a desconstituição do julgado arbitral dependerá do ajuizamento da ação anulatória no prazo decadencial de 90 dias, considerando que a nulidade da sentença sucumbe à inércia, ressalvada a possibilidade do ajuizamento de ação própria para declarar a inexistência da decisão ou da jurisdição arbitral (CAHALI, 2018).

A propósito, Furtado e Bulos (1997) salientam que a desconstituição da convenção poderá ser alcançada por meio de ação própria, antes mesmo de ser proferida a sentença arbitral, podendo ainda ser buscada como defesa no caso de eventual cumprimento de sentença.

Scavone Junior (2020) assevera que nos casos de nulidade absoluta da sentença arbitral, a ação cabível será a declaratória, imprescritível, não se sujeitando ao prazo decadencial de 90 dias, uma vez que não se desconstitui aquilo que é nulo.

As hipóteses de nulidade relativa ou de anulabilidade estipuladas no Código Civil ou em legislação especial, caso sejam constatadas na convenção de arbitragem, ensejam a possibilidade de desconstituição da sentença arbitral e dependendo da natureza do vício, admite-se a possibilidade de saneamento no juízo arbitral (CAHALI, 2018).

ii) nulidade da sentença arbitral proferida por quem não podia ser árbitro: conforme já destacado neste estudo, a atuação do árbitro possui natureza jurisdicional e é personalíssima, não podendo ser exercida por pessoa jurídica (CARMONA, 2009), sendo ainda necessária a capacidade civil desde a instauração até a prolação da sentença arbitral (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Da mesma forma, não poderão atuar como árbitros pessoas que tenham relações com as partes envolvidas na controvérsia que se enquadrem nas hipóteses de suspeição ou impedimento previstas nos artigos 144 e 145 do CPC, nos termos do artigo 14, *caput* da Lei de Arbitragem.

Cahali (2018) observa, que além dos casos de suspeição ou impedimento, não deve funcionar como árbitro aquele que mantém alguma relação com as partes que possa gerar desconfiância com relação à sua independência e imparcialidade e que não foi informada no momento oportuno e aceita pelos litigantes.

Em reforço, Uyeda (2019) assenta que a imparcialidade do árbitro constitui verdadeiro pressuposto da garantia do devido processo legal, configurando matéria de ordem pública, especialmente diante da natureza contratual da arbitragem que evidencia a confiança fiducial entre o árbitro e as partes.

A nomeação de árbitro de forma diversa daquela acordada entre as partes na convenção de arbitragem também configura nulidade. Caso as partes estipulem na cláusula ou compromisso que o árbitro será indicado por um órgão arbitral institucional ou por terceiro anteriormente indicado, isso deve ser respeitado, evitando-se o futuro ajuizamento de ação anulatória (CARMONA, 2009).

Deve ser destacado que a parte interessada tem o dever de arguir eventual incompetência, impedimento ou suspeição na primeira oportunidade que tiver de se manifestar após a instituição da arbitragem, conforme dispõe o artigo 20, *caput* da Lei de Arbitragem, sob pena de preclusão.

Rocha (1998) afirma que a alegação de que a sentença arbitral foi proferida por quem não poderia ter funcionado como árbitro somente servirá para fundamentar eventual ação

anulatória de sentença arbitral quando a matéria tiver sido alegada previamente no procedimento, na forma do artigo 20, da Lei de Arbitragem.

No entanto, se a parte deixar de observar a regra prevista no artigo 20, *caput*, da Lei de Arbitragem e ainda assim se verificar que houve prejuízo à imparcialidade do árbitro, poderá ser buscada a nulidade da sentença com fundamento no artigo 32, VIII, da Lei de Arbitragem (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019; CAHALI, 2018).

Furtado e Bulos (1997) sustentam que a sentença proferida por pessoa incapaz ou impedida é nula, comprometendo todo o procedimento, não sendo possível saná-lo. Os autores afirmam ainda que nesse caso estará configurada a nulidade absoluta da sentença, que poderia até mesmo ser considerada inexistente, a exemplo de uma sentença judicial proferida por quem não é juiz de direito.

iii) nulidade da sentença arbitral que não contiver os requisitos do artigo 26, da Lei de Arbitragem: esse dispositivo legal elenca os requisitos obrigatórios da sentença arbitral, cuja falta poderá ensejar a sua nulidade.

O primeiro deles é o relatório, que deverá conter os nomes das partes e um resumo da controvérsia, com os fatos e alegações trazidos pelas partes e o que de relevante houver ocorrido no procedimento arbitral, demonstrando que o árbitro tem o conhecimento necessário sobre a disputa em apreço.

Da mesma forma que ocorre com a sentença judicial, a confecção de relatório resumido ou simplificado que permitir a adequada identificação do litígio não incorrerá em nulidade.

Por outro lado, relatório que embora extenso mas que, por exemplo, cuide de demanda distinta, poderá ensejar a nulidade da sentença arbitral (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

A sentença arbitral deverá expor os fundamentos da decisão¹¹¹, com a análise de todas as questões de fato e de direito que foram deduzidas pelas partes durante o procedimento, com menção expressa dos árbitros nos casos em que proferiram julgamento por equidade.

Trata-se de requisito essencial da sentença, não sendo necessário que árbitro se manifeste de forma específica sobre cada um dos argumentos levantados pelas partes quando eles não o influenciaram, tal como ocorre com as sentenças proferidas pelo Judiciário, aplicando-se a mesma lógica do que ocorre na Justiça estatal, a utilização de fundamentação

¹¹¹ Apesar de configurar requisito obrigatório da sentença nacional, é dispensada por alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

concisa, por si só, não induzirá à nulidade da sentença arbitral (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Carmona (2009) ressalta que o verdadeiro problema que deverá ser verificado quanto à fundamentação está relacionado com a motivação lacônica ou obscura, que venha a dificultar ou impossibilitar a compreensão das razões de decidir, esclarecendo que a fundamentação resumida, breve, sintética, não se equipara à ausência de motivação.

Sobre o dever de fundamentação do árbitro, na já mencionada Apelação Cível nº 1048961-82.2019.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2021f), que anulou parcialmente sentença arbitral que analisou uma disputa envolvendo contrato de compra e venda de quotas sociais, na parte que previa indenização e o valor final do preço de aquisição das quotas societárias, o relator do recurso, Desembargador Eduardo Azuma Nishi consignou que por exercer a jurisdição, o árbitro possui o dever de fundamentar a sua decisão, com a finalidade de atender ao princípio do livre convencimento motivado e como forma de pacificação da disputa, especialmente quando se tratar de decisão por equidade, a fim de garantir que seja observado o que dispõe o art. 26, II, da Lei de Arbitragem.

Estabelece o artigo 26, III, da Lei de Arbitragem, que no dispositivo os árbitros deverão resolver as questões que lhes forem submetidas, estabelecendo, se for o caso, prazo para cumprimento.

Conforme anota Carmona (2009), constitui a parte mais importante do laudo, devendo ser claro para possibilitar que as partes compreendam a solução determinada para a disputa e as obrigações dela resultantes.

No caso de alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, a parte poderá opor os “embargos arbitrais” ou “embargos de declaração”, previstos no artigo 30, II da Lei de Arbitragem (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 309).

Da mesma maneira como acontece no processo judicial, o dispositivo deve observar o princípio da congruência, que limita o árbitro a proferir decisão dentro dos limites da convenção de arbitragem, de forma a preservar o procedimento estipulado pelas partes (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019).

Por fim, a sentença arbitral deverá consignar a data e o lugar em que foi proferida, o que ganha importância para a definição da sua nacionalidade. A falta de indicação desses dados somente ensejará a nulidade da sentença se não for possível deduzir por outro meio essas informações (CARMONA, 2009).

iv) nulidade da sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem: nessa hipótese, destaca-se a total desvinculação do procedimento arbitral com relação à jurisdição estatal, fundando-se a solução da disputa no que as partes pactuaram no exercício da sua autonomia privada, pois “é na convenção que os árbitros encontram os limites do encargo que lhes foi atribuído” (YARSHELL, 2021a).

Assim, abre-se a possibilidade do ajuizamento de ação anulatória se a sentença tratar de um litígio não abrangido pela convenção “seja porque o tribunal arbitral decidiu algo que não foi pedido, seja por ter ultrapassado os limites do que foi pedido”, versando o dispositivo legal em análise sobre as sentenças *extra petita* e *ultra petita* (SESTER, 2020).

Destaca-se que o STJ já decidiu no REsp. 1.636.102-SP (BRASIL, 2017d), que se aplica à arbitragem, a exemplo do que ocorre no processo judicial, a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá lhes atribuir a qualificação jurídica que entender mais adequada ao caso.

vi) sentença arbitral proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva: diante da equiparação dos árbitros aos funcionários públicos para fins penais, torna-se possível que sejam proferidas sentenças arbitrais mediante a prática dos crimes de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, descritos no CP (SCAVONE JUNIOR, 2020).

Nessa hipótese, é dispensada a prévia condenação criminal do árbitro, podendo a prova da prática desses crimes ser produzida na própria ação anulatória, tendo em vista que o seu desfecho não depende do resultado do processo criminal (CAHALI, 2018).

vii) sentença arbitral proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, III, da Lei de Arbitragem: nos termos do art. 23, da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral deverá ser proferida no prazo estipulado pelas partes e, caso não tenha sido estipulado, em seis meses.

No entanto, para que seja configurada a nulidade em estudo, é necessária a prévia notificação do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral pela parte interessada, concedendo-lhe o prazo de 10 dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral, nos termos do art. 12, III, da Lei de Arbitragem.

Ressalta-se que a inobservância do referido prazo enseja a extinção da convenção de arbitragem, não apenas do compromisso arbitral, sendo a legitimidade para a propositura da ação anulatória da parte que realizou a notificação (FERREIRA, ROCHA, FERREIRA, 2019).

viii) forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem: conforme salientado neste trabalho, o procedimento arbitral deve obedecer aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre

convencimento, que fazem parte do devido processo legal, sob pena de configuração da nulidade em estudo.

Conforme já se adiantou, além das hipóteses previstas no art. 32, da Lei de Arbitragem, também será nula a sentença arbitral que violar os bons costumes ou a ordem pública, que limitam a autonomia das partes, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

Diante da ausência de previsão da ordem pública nos incisos do artigo 32 da Lei de Arbitragem, que estabelece os casos de nulidade da sentença arbitral, da mesma forma que ocorre no sistema italiano, o legislador considerou subentendida a necessidade de os árbitros obedecerem a ordem pública, sob pena de nulidade (CARMONA, 2009).

No entanto, o juiz do controle deve limitar a sua atuação aos casos em que a sentença arbitral contrariar de forma manifesta e grave as regras de ordem pública que forem aplicáveis ao caso concreto (AGUIAR, 2019).

Em igual sentido, Sester (2020) assevera que a possibilidade de constatação de uma ofensa à ordem pública na arbitragem representa uma grande exceção, reservada para a correção de decisões absurdas que dispensam pesquisa aprofundada e são passíveis de reconhecimento *prima facie*.

Seguindo essa linha de pensamento, a jurisprudência considera que não é possível a revisão dos índices de correção monetária e juros estipulados pelo árbitro (SÃO PAULO, 2020k, 2017a, 2016a).

Nota-se, nesse ponto, que a própria jurisprudência diferencia o conceito de ordem pública que deve ser observado na arbitragem com relação ao ordenamento jurídico em geral, considerando as questões pertinentes à discussão de juros moratórios e correção monetária como “matéria de ordem pública”¹¹², que deve ser conhecida de ofício pelo juiz independentemente de pedido ou recurso da parte.

Carmona (2009, p. 399) aponta como exemplo de nulidade da sentença arbitral não prevista no artigo 32 da Lei de Arbitragem a situação de um litígio que não seja arbitrável, no qual o laudo arbitral tenha sido proferido e que não houve o ajuizamento de demanda de anulação, tornando a sentença arbitral definitiva, ensejando uma situação de “perplexidade”.

Importante destacar que nenhuma das hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas em lei, mesmo que se trate de questão de ordem pública, permite ao Judiciário adentrar no mérito da sentença arbitral.

¹¹² Confira-se: REsp nº 1.898.908/PE (BRASIL, 2021e); AgInt no AREsp nº 662.842/RS (BRASIL, 2021b); e AgInt no REsp nº 1.874.050/RS (BRASIL, 2020b).

4.4.1 Efeito vinculante do controle abstrato de constitucionalidade, precedentes vinculantes, súmulas vinculantes, repercussão geral e a nulidade da sentença arbitral

Diante do que se expôs anteriormente, resta analisar se o árbitro tem o dever de observar e aplicar os precedentes vinculantes e, em caso positivo, se a sua violação pode se enquadrar como ofensa à ordem pública e ensejar o controle judicial da arbitragem.

Com relação ao efeito vinculante do controle abstrato de constitucionalidade das leis, Abboud (2019) observa que o árbitro, assim como qualquer outro juízo ou tribunal estatal, é plenamente vinculado à decisão que julga procedente a ADI, não se verificando isso com relação às decisões declaratórias de constitucionalidade ou às interpretativas, diante da impossibilidade da fixação da interpretação correta em abstrato para todos os possíveis casos futuros.

Desta forma, caso a sentença arbitral tenha adotado como fundamento lei declarada inconstitucional em sede de controle abstrato, será cabível apenas o ajuizamento de ação anulatória, com fundamento no art. 32, III da Lei de Arbitragem, considerando que se baseou numa fundamentação nula e violou o art. 93, IX, da CRFB/88 (ABBOUD, 2019).

Em sentido contrário, Mariani (2018) sustenta que os árbitros não se vinculam às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, possuindo essas decisões caráter apenas persuasivo que geram, no máximo, um maior ônus argumentativo para afastar a sua aplicação.

No tocante aos precedentes vinculantes, a sua regulamentação na CRFB/88 e nas leis é uma característica particular do direito brasileiro, sendo encontrados com mais ou menos força vinculante em todos os sistemas jurídicos, com variações nos modelos anglo-saxão e continental, mas apenas o Brasil possui regra constitucional dispondo sobre o sistema de precedentes que vinculam (AGUIAR, 2019).

O artigo 927 do Código de Processo Civil estabeleceu uma sistemática de precedentes normativos formalmente vinculantes que devem ser observados pelos juízes e tribunais. O inciso III desse dispositivo legal ampliou o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante de acordo com a Constituição Federal, estabelecendo que produzirão efeitos vinculantes “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”. Essa

vinculação é alvo de críticas de Nery Júnior e Nery (2015) que sustentam a falta de legitimidade constitucional, diante da ausência de texto expresso na Constituição Federal.

A despeito da questão referente à constitucionalidade do efeito vinculante previsto pelo CPC, que foge aos limites desta pesquisa, resta apurar se é cabível ação anulatória nos casos em que a decisão arbitral contraria precedentes vinculantes, considerando que o provimento jurisdicional que desatende precedentes vinculantes pode ser enfrentado por meio de recurso ou de reclamação, diante da inexistência de previsão legal de anulação da sentença arbitral que ofende a lei ou que descumpre precedente jurisprudencial (AGUIAR, 2019).

Nesse contexto, Bellocchi (2017) aponta que os precedentes obrigatórios devem vincular os árbitros. Já Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) observam que a questão deve ser analisada a partir de duas situações: i) a primeira no caso de existir convenção de arbitragem determinando que o árbitro deve respeitar os precedentes vinculantes; ii) a segunda, no caso de não existir previsão na convenção de arbitragem estabelecendo que o árbitro deve respeitar os precedentes obrigatórios.

Considerando que a convenção de arbitragem é fundamentada na autonomia privada, o que pode ser observado nos artigos 1º e 2º da Lei nº 9.307/1996, resta evidenciado que as partes têm a faculdade de escolher livremente as regras de direito que desejam que sejam aplicadas na arbitragem, desde que respeitados a ordem pública e os bons costumes.

Nessa linha, Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) assentam que se as partes convencionarem que os precedentes obrigatórios serão aplicados na arbitragem, não há como o árbitro afastá-los, sob pena de se proferir decisão fora dos limites da convenção, afrontando o artigo 32, IV, da Lei de Arbitragem, gerando a nulidade da sentença arbitral. Esse também é o entendimento de Abboud (2019).

No caso de não existir previsão na convenção de arbitragem sobre a aplicação pelo árbitro dos precedentes obrigatórios, Tucci (2019, p. 43), após ponderar que a sentença arbitral no direito brasileiro é plenamente equiparável ao pronunciamento decisório da Justiça estatal, formando, da mesma forma, um título executivo judicial e que, nos termos do artigo 18 da Lei de Arbitragem, o árbitro é juiz de fato e de direito, assenta que o ordenamento jurídico brasileiro, “em todas as suas dimensões”, deve servir como base para fundamentar a sentença que decidirá o litígio existente no processo arbitral.

Desta forma, segundo o autor, o tribunal arbitral tem o dever inarredável de tomar a sua decisão de acordo com as normas do direito positivo brasileiro e, a exemplo do que acontece com o juiz togado, o árbitro não poderá ignorar interpretação consagrada pelos

tribunais brasileiros, constituindo o precedente judicial importante subsídio para que o árbitro cumpra a sua missão de julgar (TUCCI, 2019)¹¹³. Na lição de Amaral (2021):

[...] o árbitro vincula-se aos precedentes judiciais na medida em que as partes elegem *arbitragem de direito* e que os precedentes judiciais vinculantes integram o Direito brasileiro. É dizer: não está o árbitro vinculado aos precedentes por conta da (inexistente) aplicação direta de dispositivos do CPC à arbitragem, mas pela vontade das partes que dera ao árbitro a missão de julgar *conforme o direito*.

Em reforço, Tucci (2019) assevera que não teria lógica aceitar que o juiz estatal está adstrito à incidência do precedente e permitir que o árbitro afaste a sua aplicação, concluindo que isso ofenderia o princípio da isonomia e contribuiria para o descrédito do juízo arbitral, ressalvada a arbitragem por equidade, que conferiria maior liberdade de decisão ao árbitro.

Destarte, para os autores que entendem que os árbitros têm o dever de aplicar os precedentes vinculantes nas suas decisões, eventual inobservância consciente e expressa poderá ser enfrentada por meio da ação anulatória ou eventual impugnação ao cumprimento de sentença, apesar da falta de enquadramento expresso no artigo 32 da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, há uma corrente doutrinária que defende que se o árbitro deixar de aplicar os precedentes obrigatórios do artigo 927 do CPC não haverá nulidade, em razão da ausência da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na arbitragem e de previsão para tanto na Lei de Arbitragem.

Ferreira, Rocha e Ferreira (2019, p. 302) sustentam que se o legislador tivesse a intenção de que fosse aplicado o CPC na arbitragem, teria incluído regra expressa determinando a observância dos precedentes sob pena de nulidade da sentença arbitral, tratando-se de uma hipótese de “silêncio eloquente”, afirmando Faria (2016) que o CPC não criou nenhuma nova hipótese de anulação de sentença arbitral para o caso de o árbitro deixar de observar os precedentes vinculantes, sendo o artigo 927 do CPC, com todas as suas decorrências, inaplicável em matéria de arbitragem.

Da mesma forma, Beraldo (2016) defende que o precedente vincula apenas o juiz e não o árbitro, considerando que o procedimento arbitral possui suas próprias nuances e peculiaridades.

Abboud (2019) assevera que a sentença arbitral que aplicar o precedente incorretamente não poderá ser objeto de revisão judicial, diante da vedação ao Judiciário de

¹¹³ Ferreira, Rocha e Ferreira (2019) sustentam a necessidade de os árbitros observarem os precedentes vinculantes com a finalidade de preservar a segurança jurídica.

ingressar no mérito da decisão proferida pelo árbitro, ressalvada a hipótese do cabimento de ação anulatória contra a ausência de fundamentação com relação a não aplicação de uma decisão vinculante por violação expressa ao dever de fundamentação, nos termos do art. 26 da Lei de Arbitragem ou se a aplicação incorreta do provimento vinculante representar violação aos princípios constitucionais previstos no § 2º, do art. 21, da mesma norma.

Em sentido contrário, Takeishi e Souza Junior (2018), sustentam que “a decisão arbitral que não aplica um precedente vinculante não fica sujeita à revisão judicial por tratar-se de *error in judicando*”.

Já Aguiar (2019), ao reconhecer que a sentença que viola a ordem pública é passível de anulação, não com fundamento no artigo 32 da Lei de Arbitragem, mas sim com base no artigo 2º, assevera que quando não se tratarem de precedentes vinculantes do STF, o árbitro não precisará observá-los, a não ser que a sentença que desconhecer ou contrariar tal precedente viole norma de ordem pública.

Nessa linha, Abboud (2019) aponta que no silêncio da convenção de arbitragem deve ser presumida a vinculação do árbitro apenas às súmulas vinculantes e repercussão geral pela sua posição constitucional expressa que decorre do art. 103-A, da CRFB/88, não sendo a vinculação infraconstitucional suficiente para limitar a autonomia das partes.

No presente estudo, adota-se a posição de que as partes podem optar livremente pela aplicação dos precedentes na convenção, independentemente da forma de arbitragem escolhida, desde que não se tratem de precedentes vinculantes do STF (súmula vinculante, controle concentrado de constitucionalidade ou repercussão geral) que deverão ser obrigatoriamente observados em qualquer tipo de arbitragem, por constituírem normas de ordem pública, sob pena de eventual anulação da sentença arbitral pelo Judiciário, ressalvada a necessidade de que o árbitro enfrente na fundamentação da sentença arbitral qualquer provimento vinculante alegado pelas partes, sob pena de vício de fundamentação que poderá ensejar o ajuizamento de eventual ação anulatória, diante do que dispõem os art. 26, II e 32, III, da Lei de Arbitragem, conforme destaca Abboud (2019).

Esse também é o entendimento de Mariani (2018), segundo o qual se a parte alegar o precedente ou jurisprudência, cabe ao árbitro explicar as razões pelas quais não aplicou esse entendimento.

Quando a convenção for omissa, somente devem ser aplicados pelo árbitro os precedentes vinculantes do STF, independentemente do tipo de arbitragem eleita, considerando

que procedimento arbitral possui regras próprias e que não existe nenhum dispositivo legal autorizando a aplicação do CPC de forma subsidiária.

Com a conclusão de que o árbitro deve aplicar os precedentes vinculantes da Corte Suprema, surgem dúvidas com relação ao cabimento da Reclamação em face das decisões proferidas na arbitragem, afirmando Amaral (2021) que, por não existir hierarquia entre o Judiciário e a Administração, não há restrição para a utilização da Reclamação contra as sentenças arbitrais, da mesma forma que não se verifica no tocante aos atos administrativos.

Em sentido oposto, Abboud (2019) sustenta que não cabe reclamação para o STF contra a decisão proferida pelo árbitro, tendo em vista que ele, apesar de exercer a jurisdição, não faz parte do Poder Judiciário e em razão do princípio da competência-competência.

Por fim, o autor chama a atenção para o fato de que o árbitro não possui plena liberdade nem sequer para ignorar decisões interpretativas do Pretório Excelso, considerando que a concepção do direito como integridade pressupõe que o árbitro e todos os juízes ou tribunais levem em consideração toda a principiológica e a cadeia de precedentes do sistema jurídico, de modo a preencher o requisito da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, em obediência ao art. 93, IX, da CRFB/88, a fim de evitar a adoção de qualquer forma de decisionismo ou arbitrariedade (ABBOUD, 2019).

Concluimos que aceitar que a inobservância dos precedentes vinculantes do artigo 927 do CPC possa ensejar possibilidade de propositura de ação anulatória ou a apresentação de impugnação ao cumprimento da sentença arbitral significa a criação pelo intérprete de uma nova modalidade no rol do artigo 32, da Lei de Arbitragem, quando o Legislador não o fez, mesmo tendo a oportunidade para tanto com a alteração da Lei de Arbitragem promovida pela Lei nº 13.129/2015, destacando-se que disposições excepcionais comportam sempre interpretação restritiva.

Em poucas palavras, os limites de controle judicial da arbitragem são dados pela Lei de Arbitragem e lá não consta a violação a precedente vinculante previsto no CPC.

4.4.2 Controle jurisdicional da sentença arbitral coletiva com fundamento na proporcionalidade

Conforme já se destacou, se é certo que o controle de constitucionalidade constitui matéria de ordem pública, ensejando até mesmo a possibilidade de controle judicial da sentença

arbitral, a impossibilidade da revisão do mérito da sentença arbitral, ao seu turno, representa um consenso no âmbito das arbitragens internacionais e nacionais.

A propósito, Lamas (2021) adverte que o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de vários outros, não prevê a possibilidade da interposição de recurso contra a sentença arbitral, inexistindo qualquer possibilidade de reanálise do mérito pelo Judiciário da decisão proferida pelo árbitro.

Nesse contexto, a autora assevera que é possível sustentar até mesmo a existência no direito brasileiro de um princípio que obsta a revisão do mérito da sentença arbitral pela Justiça estatal (LAMAS, 2021).

Esse é, inclusive, o entendimento adotado pela jurisprudência, tendo essa tese sido acolhida pelo STF desde 1956 (BRASIL, 1956) e pelos nossos tribunais em geral, desde então, conforme se observa de várias decisões recentes (BRASIL, 2020d, 2020a, 2019e, 2017d, 2016b; SÃO PAULO, 2020j, 2020b; PARANÁ, 2021).

Assim, diante da ausência de estudos específicos sobre o tema no direito brasileiro, ao contrário do que se observa na seara internacional, surgem dúvidas se a proporcionalidade pode ser utilizada como fundamento para a revisão do mérito da sentença arbitral em sede de ação anulatória ou de eventual cumprimento de sentença arbitral e, em caso positivo, quais seriam os limites e contornos desse tipo de controle judicial.

A questão é ainda mais complexa diante da advertência que o então Ministro Cezar Peluso fez por ocasião do julgamento da já mencionada ADI 855, no sentido de que “quando se invoca a proporcionalidade, se invoca num conflito de valores constitucionais. Ninguém invoca a proporcionalidade aleatoriamente, só para discutir teorema, mas para resolver conflito entre valores constitucionais”, tendo o Ministro Carlos Britto, nesse mesmo julgamento, assentado que a proporcionalidade “é juízo de ponderação”, considerando que também não cabe ao poder Judiciária examinar e valorar as provas que foram produzidas na arbitragem, constituindo a ação anulatória arbitral, conforme já se discorreu, medida excepcional e que não enseja a possibilidade de o Judiciário atuar como um “mecanismo geral de revisão do mérito das decisões arbitrais” (ABBOUD, 2019, p. 1.197).

Existem, ainda, outras questões que interessam diretamente à abordagem do problema, que são o princípio da competência-competência, que se relaciona intimamente com a autonomia da convenção de arbitragem, fundada na autonomia privada das partes, e a coisa julgada arbitral.

Destaca-se que muito além do mero interesse acadêmico na abordagem do assunto, diante da ausência de estudos específicos na doutrina brasileira, a análise da possibilidade de aplicação e eventual extensão da proporcionalidade na via arbitral pode contribuir para a solução de diversos casos práticos pelos árbitros, bem como para definir se é possível e os eventuais contornos do exercício do controle judicial nesses casos, se admitido.

Como prova disso, destaca-se, recentemente, o emblemático Agravo de Instrumento nº 2240601-35.2020.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2021d), interposto nos autos de um cumprimento de sentença arbitral em face de decisão do juízo de piso que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença, na qual o impugnante, um famoso clube de futebol, sustentou que seria absurda a cominação de multa compensatória no valor de dez milhões de euros, no caso de inadimplemento de parcela devida e que, após o pagamento de 75,3% do débito, inadimpliu a última parcela, diante da indisponibilidade de caixa, não pretendendo a declaração de nulidade da sentença arbitral, mas somente a redução equitativa da multa, requerendo a aplicação do disposto nos arts. 413 e 844 do CC, como forma de afastar a possibilidade de enriquecimento sem causa, considerando que o valor da multa corresponderia a 200% do valor da parcela inadimplida.

Ao rejeitar a impugnação, o juiz de piso destacou que a situação descrita pela impugnante não se enquadrava em nenhuma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, não havendo, em razão disso, como a Justiça estatal alterar o mérito da decisão proferida pelo árbitro por mero inconformismo da parte.

A princípio, o Agravo de Instrumento não foi conhecido, tendo sido interposto agravo interno com a retratação do relator, tendo sido deferida, em parte, a tutela recursal.

Por ocasião da apreciação do mérito, o relator do caso, Desembargador Alcides Leopoldo, destacou que o art. 413 do CC constitui norma de ordem pública que deve ser aplicada no cumprimento de sentença arbitral, sem que se possa sustentar ofensa à coisa julgada arbitral, independentemente da presença das causas de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem, citando lições de Judith Martins-Costa e Nelson Rosenvald sobre o art. 413, do CC e acórdão proferido pelo STJ no REsp nº 1.447.247/SP (BRASIL, 2018f), interposto em face de acórdão do TJSP, proferido em processo judicial de conhecimento, que negou provimento a apelação que analisou relação jurídica proveniente de contrato de compra e venda de árvores em pé, no qual a Corte paulista negou provimento ao recurso e reduziu de ofício e por “equidade” cláusula penal para o percentual de 10% do valor do contrato, levando em

consideração o preço e o período decorrido desde o início do contrato, tendo sido a decisão proferida pela segunda instância mantida pela Corte Especial.

Segundo Alcides Leopoldo, evidenciou-se no caso concreto dois pressupostos legais que autorizam a revisão da cláusula penal, o cumprimento parcial da obrigação e a desproporcionalidade da penalidade, tendo em vista o objetivo do negócio realizado, no qual as partes firmaram um acordo no curso da arbitragem no valor de EUR 20.250.000,00, mediante o pagamento de três parcelas, a primeira de EUR 10.250.000,00 e as demais de EUR 5.000.000,00, com a fixação de uma multa compensatória no valor de R\$ 10.000.000,00, para o caso de inadimplemento.

Considerando a ausência de pagamento da terceira parcela do acordo, a agravada ingressou com o cumprimento de sentença visando receber a multa compensatória de EUR 10.000.000,00, acrescida de juros compensatórios de 3% ao ano, totalizando o débito, em 06/11/2019, a quantia de R\$ 68.527.519,76.

A impugnação apresentada no cumprimento de sentença, conforme já se destacou, foi rejeitada pelo juiz de primeiro grau, tendo sido determinada a imediata constrição sobre créditos do agravante, no valor atualizado da dívida de R\$ 85.362.682,25.

De acordo com o relator do recurso, a redução equitativa da penalidade, diante do art. 413 do CC, é questão que diz respeito ao cumprimento de sentença, competindo ao juiz a sua apreciação, ainda que o título judicial se origine de sentença arbitral, sendo dispensada a submissão a novo procedimento arbitral ou mesmo a declaração de nulidade da sentença arbitral que a estipulou.

Com base nisso, foi dado provimento ao recurso e determinada a revisão da penalidade para que fosse calculada em 20% sobre o valor ainda devido, acrescido dos respectivos encargos, devendo o bloqueio de ativos se restringir a esse limite.

Esse tipo de posicionamento também foi recentemente adotado pelo TJGO, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5500701-89.2020.8.09.0000 (GOIÁS, 2021), interposto em face de decisão do juízo de primeiro grau que rejeitou impugnação ao cumprimento de sentença arbitral homologatória de acordo apresentada sob a alegação de que o atraso no pagamento das parcelas pactuadas para todo dia 20, com início em 20/01/2018, foi mínimo, tendo o primeiro sido efetivado em 23/01/2018 e o segundo em 21/02/2018, tendo sido assentado na decisão recorrida que:

“Em que pese o atraso mínimo no pagamento das parcelas, destaco que cabe ao Judiciário tão somente analisar a regularidade formal do título, não devendo se

imiscuir na excessividade ou não da multa estipulada, sobretudo por se tratar de sentença arbitral (título executivo judicial), o que poderia importar em ofensa à coisa julgada.

Portanto, considerando que a alegação de excesso de execução se calca na multa e, uma vez verificado que o pagamento não se deu nos dias estritamente estipulados pelas próprias partes (documentos trazidos pela própria executada na movimentação 37 - arquivo 2), não merece ser acolhida a tese.”

A Segunda Câmara Cível do TJGO decidiu que a redução do valor da cláusula penal fixada em acordo homologado não contaria a coisa julgada arbitral, sustentando o relator do caso, Desembargador Leobino Valente Chaves, a aplicabilidade do art. 413 do CC, que permite que o juiz reduza equitativamente o valor da cláusula penal, quando a obrigação tiver sido cumprida em parte ou o seu montante se mostrar manifestamente excessivo, considerando a natureza e a finalidade do negócio.

Segundo consignado no referido acórdão, esse tipo de intervenção judicial não contraria a coisa julgada, diante da função social que permeia o instituto da cláusula penal, que constitui obrigação secundária e acessória e nem mesmo se trataria de uma faculdade do juiz, considerando que se reveste do atributo de norma de ordem pública, com natureza cogente.

O Desembargador relator asseverou que, em casos como esse, admite-se que o julgador “ultime a sua revisão e interpretação à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, sem importar em violação ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal”, citando o que restou decidido no REsp. nº 1.447.247/SP, já mencionado anteriormente, o Agravo de Instrumento nº 5106160-40.2020.8.09.0000 (GOIÁS, 2020), interposto em sede de execução de acordo homologado no juízo arbitral, o Agravo de Instrumento nº 5264392-24.2018.8.09.0000 (GOIÁS, 2018a), interposto em ação judicial de obrigação de fazer em fase de cumprimento de sentença e o Agravo de Instrumento nº 2984-72.2016.8.09.0000 (GOIÁS, 2016), interposto nos autos de um divórcio litigioso em fase de cumprimento de sentença.

Em situação diversa, envolvendo a execução de astreintes em sede de decisão arbitral¹¹⁴, o TJRJ apreciou o Agravo de Instrumento nº 0001909-19.2016.8.19.0000 (RIO DE JANEIRO, 2016) interposto em face de decisão de primeiro grau que, com fundamento na proporcionalidade e na razoabilidade, em cumprimento de sentença arbitral na qual foi fixada multa diária de R\$ 500,00 pelo descumprimento da obrigação de fazer, consistente na entrega

¹¹⁴ Registra-se que existe divergência de posicionamentos com relação à possibilidade de o árbitro fixar astreintes: i) sustentando a impossibilidade (TALAMINI, 2015); ii) admitindo a possibilidade, além do julgado em análise (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2021, no prelo; SÃO PAULO, 2019).

de material fonográfico, tendo a multa atingido a quantia de R\$ 1.053.479,76, limitou as astreintes a R\$ 50.000,00, montante equivalente a menos de 5% do valor cobrado.

O relator do caso, desembargador Gilberto Matos, afirmou que o valor da multa contratual em comparação com o provável valor do material fonográfico na posse dos agravados excedeu em muito o montante do restante da execução, acrescentando que a jurisprudência reconhece que deve haver uma proporcionalidade entre o objeto da execução e a multa fixada.

Gilberto Matos concluiu que “a R. Decisão agravada, quanto à redução do valor das astreintes para R\$ 50.000,00, que se mostra em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.

No caso das astreintes, contudo, existe previsão legal para a aplicação do art. 525 e seguintes, do CPC, nos termos do artigo 33, § 3º, da Lei de Arbitragem, tratando-se de hipótese diversa da multa prevista em contrato ou acordo firmado pelas partes, no exercício da autonomia privada, escapando aos limites deste trabalho.

O que foi decidido nos Agravos de Instrumento nºs 2240601-35.2020.8.26.0000, 5500701-89.2020.8.09.0000 e 5106160-40.2020.8.09.0000 reflete o posicionamento da nossa jurisprudência em processos judiciais que não se referem a ações anulatórias de sentenças arbitrais ou impugnações ao cumprimento de sentenças proferidas em sede de arbitragem, sendo frequente o abrandamento do valor da cláusula penal pelo Judiciário, sob os fundamentos de que constitui dever do juiz e direito do devedor a observância da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações¹¹⁵.

Esse tipo de posicionamento em processos judiciais em geral, repisa-se, que não se referem à arbitragem, pode ser observado, por exemplo, no TJSP em acórdão proferido em 30 de março de 2021, no Agravo de Instrumento nº 2225171-43.2020.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2021b), analisando caso no qual as partes formularam um acordo na fase de cumprimento de sentença para pagamento do débito em 12 prestações mensais, sob pena de incidência de uma cláusula penal equivalente a 30% sobre o saldo devedor, tendo sido pagas as 5 primeiras parcelas do acordo, verificando-se a mora a partir da sexta prestação, quitada com 40 dias de atraso; a sétima, paga com atraso de 19 dias; a nona, paga com atraso de 10 dias; e a décima, paga com atraso de 19 dias entre a r. decisão que rejeitou impugnação da ré e a protocolização

¹¹⁵ Segundo Filgueira (2006), a possibilidade de redução judicial da cláusula penal permite o balanceamento entre a prestação e a contraprestação, evitando que o contrato se transforme em meio de exploração do mais fraco pelo mais forte.

do recurso, sob os fundamentos de que: i) aplica-se ao presente caso a teoria da “*substantial performance*”; ii) vivencia-se os percalços provocados pela pandemia, com reflexos na economia; iii) a multa estipulada pelas partes é desproporcional; iv) o art. 2.035 do CC dispõe que nenhuma convenção prevalecerá se for contrária a preceitos de ordem pública; v) nos termos do art. 421 do CC, os contratos devem cumprir a sua função social, assegurando o equilíbrio entre as partes; vi) trata-se de questão de ordem pública, que deve ser conhecida, inclusive, de ofício; vii) o enunciado nº 22, da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, prevê que o art. 421, do CC, constitui cláusula geral; viii) o art. 413, do CC, autoriza a possibilidade de redução da penalidade nas cláusulas penais, a critério do juiz, por apreciação equitativa; e ix) o enunciado nº 356, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que determina o dever do juiz de reduzir a cláusula penal de ofício, decidiu que “é bastante proporcional que a penalidade fique reduzida a 5%”.

A Corte paulista, no Agravo de Instrumento nº 2226638-57.2020.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2021c), interposto em face de decisão proferida em sede de cumprimento de sentença na qual o juiz de piso acolheu em parte impugnação para o fim de reduzir multa estipulada para o caso de descumprimento do avençado pelas partes de 30% sobre a quantia de R\$ 1.169.000,00, tendo o acordo sido estipulado em R\$ 1.205.000,00, com o pagamento da quantia de R\$ 36.000,00, para 5% sobre o valor de R\$ 284.444,00, correspondente ao valor da parcela com vencimento em 07/05/2020 (quitada com atraso de 5 dias), negou provimento ao recurso, com fundamento no art. 413, do CC, considerando que a penalidade aplicada foi desproporcional e desarrazoada, implicando em enriquecimento sem causa, mantendo a decisão monocrática.

Em seu voto, o relator do recurso, Desembargador Alcides Leopoldo, que também foi responsável pela relatoria do já mencionado Agravo de Instrumento nº 2240601-35.2020.8.26.0000, interposto contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença arbitral, destacou que o art. 413, do CC constitui norma de ordem pública que deve ser aplicada, inclusive, de ofício pelo juiz, com a redução equitativa se a obrigação tiver sido cumprida em parte ou se o montante da penalidade se revelar excessivo, considerando a natureza e a finalidade de negócio, invocando lições de Judith Martins-Costa e de Nelson Rosenvald sobre o artigo 413 do CC, tal como no Agravo de Instrumento nº 2240601-35.2020.8.26.0000, mencionado ainda os REsp nº 1.466.177/SP (BRASIL, 2017b), nº 1.186.789/RJ (BRASIL, 2014b) e nº 1.641.131/SP (BRASIL, 2017e).

O STJ, conforme se observa da decisão proferida no REsp nº 1.898.738/SP (BRASIL, 2021d), que apreciou a possibilidade de redução de cláusula penal em sede de cumprimento de sentença de um acordo homologado judicialmente, no qual a dívida originária era de aproximadamente R\$ 32.000,00 e, na hipótese de atraso, o valor seria o primitivo, que representava mais de R\$ 54.000,00, acrescido de multa no montante de 20%, assentou que é dever do magistrado o abrandamento da cláusula penal, constituindo o art. 413, do CC norma cogente e de ordem pública e que esse tipo de interferência judicial não contraria os princípios da autonomia da vontade, da liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos, que foram ressignificados em decorrência da interpretação constitucional do Direito Privado, que passou a atenuar os seus contornos.

Sob esses fundamentos, assentou-se que a redução da cláusula penal com fundamento no art. 413, do CC, deve ser realizada mediante “apreciação equitativa do juiz, não havendo uma equivalência matemática a ser necessariamente seguida”.

Desta forma, depois de afirmar que não existe a necessidade de correspondência exata entre a redução da cláusula penal e o quantitativo da mora, com fundamento na equidade e na proporcionalidade, o tribunal entendeu por bem reduzir a multa penal para 20% do valor das parcelas pagas em atraso.

Em reforço à essa linha de raciocínio, da ampla possibilidade da intervenção judicial nas relações firmadas entre particulares, com a restrição da autonomia privada manifestada por meio da estipulação de cláusulas penais, o STJ já se assentou que: i) “a fixação da cláusula penal não pode estar indistintamente ao alvedrio dos contratantes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes” (BRASIL, 2016g); ii) o juiz possui o dever de reduzir equitativamente o valor da cláusula penal no caso de cumprimento parcial da obrigação (BRASIL, 2015f); iii) o controle judicial da “cláusula penal abusiva” constitui norma de ordem pública que objetiva a concreção do princípio da equidade, de modo a preservar a equivalência material do pacto (BRASIL, 2018g); iv) não existe uma relação de proporcionalidade matemática exata entre o grau de inexecução da prestação e o percentual de redução da cláusula penal (BRASIL, 2020e, 2018e, 2014b).

Ressalta-se, aqui, que não se trata da análise da “justiça” dessas decisões que, diga-se de passagem, foram muito bem fundamentadas e refletem exatamente o entendimento pacífico da jurisprudência em processos judiciais, mas apenas se o ordenamento jurídico comporta esse mesmo tipo de desfecho no que se refere ao controle judicial da sentença arbitral via ação anulatória ou impugnação ao cumprimento de sentença.

Tendo em vista que foge ao objetivo e aos limites do presente estudo a análise da possibilidade de redução da cláusula penal em processos judiciais em geral (que não se referem à arbitragem), resta analisar se é cabível o controle judicial da sentença arbitral, com fundamento na proporcionalidade, considerando que os casos acima mencionados evidenciam que o Judiciário é muito menos comprometido com a autonomia privada e o *pacta sunt servanda* do que os árbitros, conforme também observa Sester (2020)¹¹⁶.

Nesse contexto, no que se refere ao alcance da ordem pública em matéria de homologação de sentença arbitral estrangeira, o STJ, na já mencionada SEC nº 9.412, na qual foi requerida a homologação de duas sentenças por Tribunal Arbitral constituído de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), ao analisar a alegação da parte requerida em sede de contestação, dentre outras, se houve a “**violação dos princípios da reparação legal e da legalidade** e o **desrespeito**, no momento da fixação da indenização, à lei acordada e aplicável à controvérsia (**brasileira**) objeto da sentença (CCI n. 16.513)”, assentou que não é cabível o reexame do mérito da decisão homologanda, salvo se for constatada ofensa à soberania nacional ou à ordem pública.

A Corte Especial afirmou que, diante do caráter indeterminado desses conceitos (afronta à soberania nacional e ordem pública), eles devem ser interpretados de forma a arrostar apenas atos e efeitos jurídicos que se revelem absolutamente incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, para que não seja subvertido o papel homologatório do STJ.

O parecer do Subprocurador-Geral da República que atuou nos autos, Humberto Jacques de Medeiros, observou que o procedimento de homologação de sentença estrangeira é de “contenciosidade limitada”, devendo se ater apenas à análise de determinadas formalidades e da ausência de incompatibilidade entre a decisão proferida pela autoridade estrangeira e o ordenamento jurídico brasileiro.

Desta forma, conforme destacou o MPF, a homologação de sentença arbitral estrangeira pelo STJ não abre a possibilidade de discussão e análise de teses compatíveis com a ação ordinária de desconstituição da sentença arbitral, sendo o conceito ordem pública plurissignificante, mas para que seja denegada a homologação da sentença estrangeira com base

¹¹⁶ O autor observa que a diferença de visões do juiz estatal e do árbitro poderá ter um enorme impacto sobre o mérito da decisão que será tomada, considerando que em questões envolvendo o mundo empresarial, por exemplo, um árbitro especializado na matéria poderá analisar o contrato de forma diferente de alguns juízes estatais, que talvez irão apreciar esse tipo de caso uma única vez durante toda a carreira (SESTER, 2020, 269-270).

na sua ofensa, a decisão deve ofender flagrantemente o ordenamento jurídico nacional e produzir efeitos jurídicos absolutamente “impossíveis”.

Em conclusão, Humberto Jacques consignou que “Se aquilo que foi decidido pela sentença arbitral pode lícitamente no Brasil ser conteúdo de uma avença entre as partes, não se pode invocar a ‘ordem pública’ para obstar a homologação da sentença arbitral, que é heterocomposição calçada na autonomia da vontade”.

Segundo o Ministro Felix Fischer, relator da ação, a alegada infringência ao princípio da reparação integral e da legalidade com relação ao cálculo e a forma de aplicação da indenização estipulada pelo Tribunal Arbitral estrangeiro não caracteriza ofensa à ordem pública, tendo em vista que se trata de demanda oriunda de contrato de compra e venda no qual o regramento foi “pactuado de acordo com a vontade de ambos os contratantes”.

Esse sempre foi o caminho trilhado pela jurisprudência brasileira, ainda quando competia ao STF realizar a homologação da sentença estrangeira, a exemplo do que se decidiu no SEC nº 4.738/EU (BRASIL, 1994c), em que se consignou que o direito brasileiro adotou um sistema de controle limitado em matéria de homologação de sentença estrangeira, que não permite que a Corte competente para a homologação atue como “tribunal de foro”, procedendo ao exame da matéria de fundo ou apreciando questões relativas ao mérito da causa, devendo se ater à análise de aspectos relacionados à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes, não havendo espaço para a discussão da relação de direito material subjacente.

Adotando essa mesma linha de raciocínio, a jurisprudência do STJ¹¹⁷, já decidiu que: i) não é possível a análise de questão relativa a nulidade do contrato em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, diante da necessidade de se proceder à análise do mérito da decisão proferida pelo árbitro (BRASIL, 2014e); ii) não é possível impugnar o mérito da decisão estrangeira, ressalvada eventual infringência à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes (BRASIL, 2013i); iii) a homologação da sentença estrangeira deve se restringir à análise dos requisitos formais, sendo vedadas eventuais incursões no mérito (BRASIL, 2013h); iv) alegações genéricas de prejuízo pelo fim da relação comercial não implicam em violação da ordem pública, não sendo possível debater o mérito da decisão arbitral estrangeira (BRASIL, 2014g); v) o juízo exercido pelo STJ em sede de homologação de sentença estrangeira é de delibação, devendo se restringir à verificação dos requisitos formais, sem qualquer incursão no mérito (BRASIL, 2014f); v) discussões sobre a relação de direito

¹¹⁷ Fichtner e Monteiro (2010) observam que a Lei de Arbitragem brasileira, no que se refere aos requisitos necessários para a homologação da sentença estrangeira, foi inspirada na Convenção de Nova Iorque.

material refogem ao juízo de delibação próprio do procedimento de homologação de sentença estrangeira (BRASIL, 2014d).

Conforme já assentado nesta pesquisa, refuta-se qualquer possibilidade de reapreciação do mérito da sentença arbitral estrangeira em sede de homologação, sustentando que as causas de não homologação devem sempre ser interpretadas de forma restritiva (ABBUD, 2021).

A propósito, Sylvestre e Lima (2016) observam que a tendência da jurisprudência, direcionada por importantes julgamentos proferidos pelo STJ, é no sentido de prestigiar as decisões proferidas pelo(s) árbitro(s), o que pode ser verificado em ações de homologação de sentença estrangeira e, também, nos Recursos Especiais decididos por essa Corte Especial, que apreciam a possibilidade de controle judicial de arbitragens nacionais.

No que se refere a esse último ponto (arbitragens nacionais), no já mencionado REsp nº 1.636.102/SP (BRASIL, 2017d), interposto em face de acórdão do TJSP que manteve sentença de improcedência proferida em sede de ação anulatória de sentença arbitral, o STJ consignou que não obstante a autonomia privada represente a principal característica da arbitragem, não são raros os casos nos quais a validade da sentença arbitral é objeto de questionamento judicial, devendo a discussão, entretanto, se restringir às hipóteses que constam do art. 32 da Lei de Arbitragem.

Diante dessa premissa, a Corte Especial salientou que o controle judicial está restrito à análise de aspectos de ordem formal, em especial aqueles que se referem às garantias constitucionais que se aplicam a qualquer tipo de processo ou procedimento e que não podem ser afastadas pela vontade das partes, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, não constituindo motivo para a revisão judicial da sentença arbitral o mero inconformismo com o mérito da decisão proferida pelo árbitro.

Em reforço a esse raciocínio e em sentido oposto ao que se decidiu nos Agravos de Instrumento nºs 2240601-35.2020.8.26.0000, 5500701-89.2020.8.09.0000 e 5106160-40.2020.8.09.0000, na Apelação Cível nº 1094462-30.2017.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2019d), interposta contra sentença que indeferiu petição inicial e julgou extinta, sem análise do mérito, uma ação anulatória de sentença arbitral na qual o apelante visava o reconhecimento de violação a matéria de ordem pública consistente no: i) reconhecimento de violação à cláusula contratual de não concorrência baseada em provas indiretas e por presunção, em afronta ao direito constitucional ao livre trabalho; ii) negativa da vigência dos arts. 884 e 885, do CC, gerando enriquecimento sem causa da parte apelada; ii) não aplicação de ofício do art. 413, do CC, que

imporia ao julgador o dever de reduzir equitativamente a multa contratual não apenas pelo aspecto proporcional, mas também diante do seu caráter manifestamente excessivo, o TJSP afirmou que a possibilidade de redução de multa contratual diz respeito ao próprio mérito da sentença arbitral, escapando da possibilidade do exercício do controle judicial.

No entendimento do relator do recurso, Desembargador Alexandre Lazzarini, as questões invocadas pelo apelante, sejam ou não de ordem pública, foram analisadas na sentença arbitral e constituem o seu próprio mérito, não podendo ser reanalisadas pelo Judiciário.

Com relação especificamente à eventual possibilidade de revisão judicial do valor da multa, Alexandre Lazzarini afirmou que se trata de matéria de competência do árbitro que foge ao alcance do controle judicial da sentença arbitral.

Consignou-se no acórdão que “a mera discordância das partes acerca da interpretação dos fatos, do conjunto probatório e das normas invocadas, sejam ou não de ordem pública, não justifica a propositura da ação anulatória da sentença arbitral, tendo em vista que não cabe ao Judiciário rever o mérito da decisão”.

Ainda sobre a possibilidade de revisão da sentença arbitral com fundamento na ofensa à ordem pública, na Apelação nº 1099246-21.2015.8.26.0100 (SÃO PAULO, 2019e), interposta em face de sentença que indeferiu petição inicial de ação anulatória de sentença arbitral, sob o fundamento de que a sentença arbitral violou norma de ordem pública ao reconhecer a prescrição, o TJSP decidiu que a ação anulatória somente é admitida no caso de flagrante e manifesta violação à norma de ordem pública, não sendo cabível para fins de “revisão judicial de mérito” da decisão proferida na arbitragem.

Sobre a questão, Sylvestre e Lima (2016) observam que a decisão proferida pelo(s) árbitro(s) é revestida de definitividade (*finality*), restringindo a possibilidade de revisão pelo Judiciário, conforme ressaltado no REsp nº 693.219/PR (BRASIL, 2005d) que afirmou que “não é possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário”, devendo esse controle se limitar a aspectos relacionados a eventuais nulidades que dizem respeito ao procedimento.

Em igual sentido, Alves (2021, p. 280) adverte que a possibilidade de anulação da sentença arbitral é sempre excepcional e que as partes, ao optarem pela arbitragem, esperam que o julgamento de mérito do árbitro seja preservado e respeitado o máximo possível, sendo o controle judicial “limitado, restritivo e excepcional”, apenas nos casos de vício insanável, ilegalidade ou ofensa a garantias processuais.

O autor acrescenta que é necessário preservar o julgamento de mérito do árbitro e evitar ataques sem fundamento ou meramente formais à sentença arbitral, em respeito ao espírito do que preconiza a Lei de Arbitragem brasileira, considerando que esse tipo de impugnação esconde, na maioria das vezes, o mero inconformismo da partes com o resultado da disputa (ALVES, 2021), devendo ser impedido o que Sester (2020, p. 270) denomina de abertura da “Caixa de Pandora”, representada pela legitimação da “**invasão do mérito**” da sentença arbitral.

Assim, quem escolhe a arbitragem deve ter consciência que as suas vantagens exigem alguma contrapartida, como a impossibilidade de interposição de recursos para a rediscussão do mérito da decisão proferida pelo árbitro, que serve para combater o potencial inconformismo que poderia vir a prolongar o conflito, a exemplo do que se verifica na via judicial (YARSHELL, 2021a).

No tocante ao problema analisado neste tópico, considerando que o exame da proporcionalidade implica, inevitavelmente, na análise do próprio mérito da disputa e na valoração de provas¹¹⁸, eventuais decisões desproporcionais que vierem a ser proferidas pelo(s) árbitro(s) se enquadram na hipótese de *error in judicando*, escapando da possibilidade de controle judicial, lembrando que a observância das normas constitucionais também constitui um dever inarredável do(s) árbitro(s) no exercício da jurisdição privada, a quem compete, com exclusividade, a aplicação da proporcionalidade, sob pena de ofensa ao princípio da *kompetenz-kompetenz* e à coisa julgada arbitral¹¹⁹.

Com todo respeito ao que foi determinado nos acórdãos que admitiram a aplicação do art. 413, do CC para redução de multa fixada no exercício da autonomia das partes no processo arbitral, defende-se a impossibilidade da realização desse tipo de controle judicial da sentença arbitral, sob a suposta alegação de ofensa à ordem pública, ainda que ocorra, como é possível sustentar nesses casos concretos, evidente violação à proporcionalidade.

Reforçando essa tese, Pinho e Mazzola (2019) destacam que mesmo que as partes não se conformem com o resultado da sentença arbitral em caso de *error in judicando*, não é possível nem sequer a pactuação de eventual hipótese adicional de invalidação da sentença.

¹¹⁸ Conforme ensina Grinover (2008) a arbitragem subtrai do Poder Judiciário o conhecimento do mérito que abrange todas as questões de fato e de direito envolvendo o conflito.

¹¹⁹ Sester (2020) pontua que a sentença arbitral faz coisa julgada e o seu efeito vinculante constitui um dos grandes pilares da arbitragem internacional que independe da lei nacional aplicável seguir a tradição do *Civil Law* ou *Common Law*.

Evidentemente que o ajuizamento de ação anulatória é um direito da parte, mas se for proposta de forma "substancialmente desleal ou danosa à outra parte", sem fundamento nas hipóteses previstas na Lei de Arbitragem e buscando obstaculizar o cumprimento da sentença ou rediscutir o mérito da decisão poderá implicar em violação ao princípio da boa-fé objetiva (VISCONTE, 2011).

A tentativa de rediscussão do mérito da sentença arbitral perante o Judiciário da parte derrotada via ação declaratória de nulidade da sentença arbitral ou por impugnação ao cumprimento de sentença arbitral não atenta apenas contra os deveres de lealdade e boa-fé¹²⁰, bem como contra a vinculação das partes à arbitragem no exercício da sua autonomia privada (YARSHELL, 2021a).

Se a parte já elegeu a arbitragem como meio adequado para a solução das suas disputas com a finalidade de afastar a competência da Justiça estatal, não faz o menor sentido a possibilidade de se permitir o controle judicial além das hipóteses previstas na Lei de Arbitragem, considerando, conforme amplamente destacado neste estudo, que a autonomia privada constitui verdadeira expressão da dignidade humana.

Aspectos culturais, como a formação jurídica processual dos operadores envolvidos na arbitragem (alguns com sólida formação no contencioso judicial) não podem representar um entrave para o reconhecimento da ampla liberdade das partes na arbitragem, diante do que dispõe a própria lei de arbitragem brasileira e diversas outras legislações nacionais (MANGE, 2012).

Correta ou não, a sentença arbitral não pode ter o seu mérito reanalisado pelo Judiciário, considerando que as partes devem ter consciência e assumir o risco de receber uma decisão tecnicamente incorreta (NERY, 2020), baseando-se a confiança no sistema jurídico na aplicação da lei e no respeito aos institutos "evitando-se que sejam distorcidos e relativizados sem nenhum critério" (NANNI, 2014, p. 92).

Assim, tendo em vista que a instituição da arbitragem é baseada na autonomia privada, cabendo ao árbitro proferir a sua decisão interpretando as disposições contratuais estipuladas pelas partes, uma eventual decisão arbitral "injusta" equivaleria a um mau negócio ou a um bom negócio que deu errado, não se justificando a sua revisão judicial com fundamento na proporcionalidade (SWEET, 2011), considerando que o controle judicial não pode significar uma espécie de instância recursal que possibilite a revisão ou a reapreciação do mérito da

¹²⁰ Segundo Nanni (2014), a boa-fé e a cooperação constituem elementos básicos do contrato que é firmado com fundamento na confiança e na lealdade de que será cumprido.

decisão proferida pelo árbitro, devendo prevalecer a autonomia privada que norteia a relação arbitral (TORRE, 2013).

Nesse contexto, a doutrina é uníssona ao descartar qualquer possibilidade de manejo da ação anulatória visando a reanálise da decisão proferida pelo árbitro pelo Judiciário, devendo essa forma de impugnação da decisão arbitral contribuir para o incremento da arbitragem e não para o seu descrédito (BELLOCCHI, 2017), sendo utilizada, inclusive, a expressão “abuso de processo judicial” para representar a distorção que pode ser causada pelo excessivo contencioso judicial ao redor da arbitragem, provocando a perda do foco sobre o conflito (LESSA NETO, 2016, p. 39).

Em que pese o inegável fundamento constitucional da proporcionalidade, considerar a possibilidade da sua invocação para a revisão do mérito da decisão arbitral pode colocar em risco a própria arbitragem, gerando insegurança e incertezas às partes plenamente capazes que elegeram esse método adequado, no exercício da autonomia privada, para a resolução dos seus conflitos (ou aspectos deles) estritamente patrimoniais.

Caso qualquer decisão proferida pelo árbitro¹²¹ não se revele proporcional, inclusive e especialmente a sentença arbitral, poderá a parte formular pedido de esclarecimentos, que não possui natureza de recurso, mas constitui uma garantia de aperfeiçoamento da decisão, não sendo comum, mas possível até mesmo o reconhecimento de efeitos infringentes¹²², devendo ser destacado que os árbitros conservam a sua jurisdição até o fim do prazo para a apresentação do pedido de esclarecimentos (MAIA, 2020).

Por fim, Nanni (2014, p. 106-118) sustenta que diante da inexistência de qualquer vedação expressa, seria possível as partes estipularem, no exercício da autonomia privada, na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, a previsão de um “recurso arbitral”, com a criação de um “sistema arbitral global com duas instâncias”, facultando à parte vencida a possibilidade da interposição de recurso contra a decisão desfavorável, permitindo que o árbitro único ou o tribunal arbitral reaprecie o caso ou que seja constituído um outro painel para novo julgamento, ressaltando, contudo, que tal previsão deve ser muito bem ponderada, tendo em vista que irá acarretar um maior custo e tempo para a solução definitiva da disputa, podendo

¹²¹ De acordo com Maia (2020) é cabível pedido de esclarecimentos em face de qualquer pronunciamento dos árbitros durante o procedimento.

¹²² Cahali (2018, p. 348-350) leciona que o pedido de esclarecimento se assemelha aos Embargos de Declaração, servindo para a correção de erro material, para sanar “obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral” ou para que o juízo arbitral se manifeste sobre eventual ponto omitido sobre o qual deva se manifestar, sendo raríssimas as possibilidades de atribuição de efeitos infringentes.

ser uma opção interessante especialmente em casos de grande complexidade com longa duração e envolvendo elevados valores¹²³.

De qualquer forma, conclui-se que o ordenamento jurídico não permite que o Judiciário venha a exercer controle de mérito sobre a sentença arbitral individual ou coletiva, ainda que desproporcional.

¹²³ No mesmo sentido, Carmona (2009) após afirmar a possibilidade de estipulação de recursos pelas partes dentro do próprio procedimento arbitral, observa que a experiência internacional não costuma adotar tal prática, seja por aumentar a duração do processo, seja por gerar custos adicionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A morosidade estatal na prestação da tutela jurisdicional tem representado um obstáculo para a concreção de direitos individuais e coletivos. Diante dessa problemática, o processo civil vem sofrendo uma rápida e constante transformação e o acesso à Justiça já não significa somente o ingresso perante o Poder Judiciário, sendo pacífica a existência de um verdadeiro modelo “multiportas”, representando a arbitragem uma dessas importantes “portas” de acesso que, por vezes, atendidos determinados requisitos, pode se revelar até mais adequada do que a própria Justiça estatal, diante das suas possíveis vantagens em comparação com processo convencional.

Uma dessas possíveis vantagens é a celeridade, considerando que o procedimento deverá ser finalizado no prazo fixado pelas partes ou, no silêncio delas, após seis meses, contados da instituição da arbitragem, não sendo possível a interposição de recursos, enquanto a duração do processo judicial é imprevisível, tendo sido apontado neste estudo o notório caso envolvendo a disputa sobre o Palácio Guanabara, sede do Governo do Estado do Rio de Janeiro, que foi iniciado no ano de 1895 e se arrastou no Judiciário brasileiro até o seu trânsito em julgado, que ocorreu em 2020, atravessando três séculos distintos.

É bem verdade que existem arbitragens complexas, nas quais as partes podem convencionar a dilatação do prazo, diante da necessidade da produção de provas e que há registro de uma arbitragem que consumiu quatro anos para a prolação da sentença arbitral, mas mesmo assim é inegável que essa via adequada pode se revelar vantajosa, especialmente em disputas complexas que demandam decisões especializadas. Por outro lado, quando a controvérsia envolver valores baixos ou, versando sobre valores elevados, cuidar de matéria de menor complexidade, caso não seja possível uma solução por meio da conciliação ou da mediação, talvez o Judiciário se revele como a porta de acesso mais adequada para a solução da contenda.

Na via arbitral, a forma de tratamento da lide e a possibilidade de escolha de árbitro especializado permitem a adoção de um tratamento mais dedicado e com melhor estrutura à disputa, com a escolha de um árbitro ou árbitros com conhecimento especializado sobre o assunto que envolve a disputa, o que pode constituir uma grande vantagem em uma controvérsia sobre assunto específico, como aqueles casos que normalmente não são apreciados pelo Poder Judiciário, a exemplo de uma disputa envolvendo a fusão de grandes empresas ou alguma questão específica sobre o agronegócio, que muitos magistrados talvez nunca irão julgar na

carreira ou somente irão decidir casos assim uma única vez ao longo das suas vidas profissionais, diante das especificidades desse tipo de litígio.

A adoção da arbitragem possibilita, ainda, uma flexibilidade procedimental, considerando que as regras do CPC se aplicam indistintamente a qualquer tipo de litígio, apresentando a vantagem de permitir a adoção de regras elaboradas de acordo com as características específicas da disputa, sem contar a possibilidade de se estipular a confidencialidade no procedimento, o que é fundamental em algumas atividades econômicas, a exemplo dos conflitos envolvendo transferência de tecnologia.

Outra importante vantagem da via arbitral é a possível redução de custos, considerando que embora a arbitragem possa parecer, num primeiro momento, mais cara do que a via judicial, diante da necessidade do adiantamento das despesas para a sua instauração, para a escolha da porta de acesso mais adequada à resolução da contenda é necessário, conforme se destacou nesse estudo, levar em conta os custos totais envolvidos em cada caso concreto, incluindo o tempo dispendido pelas partes no tratamento do caso, em reuniões com advogados e para a tomada de providências, por exemplo, considerando a possível agilidade na prolação de uma sentença arbitral que não se sujeita à interposição de recursos, a eventual privação dos bens ou direitos em litígios, talvez por anos, à espera de uma solução definitiva do caso pela Justiça estatal, que gera o denominado “custo de oportunidade”, bem como a possibilidade de criação de incentivos para que as partes cumpram as suas obrigações contratuais, tendo em vista que não poderão contar com a demora na solução da questão e nem se valer da interposição de sucessivos recursos muitas vezes interpostos com caráter meramente protelatório.

Ainda, as decisões proferidas pelo árbitro ou tribunal arbitral possuem caráter final e vinculante, considerando que a sentença arbitral produz coisa julgada material, não se sujeitando à interposição de recursos, não sendo possível a reanálise do seu mérito pelo Poder Judiciário, mesmo que se invoque a proporcionalidade, em que pese o seu fundamento constitucional e o conteúdo de norma de ordem pública, conforme se defende neste trabalho.

Diante das possíveis vantagens da adoção da arbitragem, respeitadas as vedações que constam na legislação e com as devidas e necessárias cautelas que devem ser observadas em algumas áreas específicas do direito, a exemplo da arbitragem de consumo, na qual a eficácia da cláusula compromissória fica condicionada à iniciativa do consumidor em instituir a arbitragem ou à sua concordância expressa, e da arbitragem no âmbito da Administração Pública, que não pode abranger atos de império do Estado, diante da sua relação com o interesse público primário da coletividade, da impossibilidade de contratação de arbitragem por

equidade, sendo permitida apenas a arbitragem de direito, e da estipulação de cláusula de sigilo, considerando a necessidade de se observar o princípio da publicidade, defende-se neste trabalho, com fundamento na doutrina e na própria jurisprudência, a adoção da arbitragem em qualquer área do direito, desde que se tratem exclusivamente de interesses patrimoniais e disponíveis de pessoas físicas maiores e capazes ou jurídicas, inclusive a Administração Pública.

Apesar da existência de divergência doutrinária sobre o assunto, especialmente diante da ausência de regulamentação legislativa da matéria, defende-se nesta tese a possibilidade de adoção da arbitragem como método adequado para a resolução de questões exclusivamente patrimoniais e disponíveis de qualquer tipo de disputa coletiva em sentido amplo, diante do seu emprego com sucesso no âmbito internacional e em alguns países como os Estados Unidos, inclusive em casos envolvendo o meio ambiente.

A sua possível utilização é sustentada até mesmo nos denominados conflitos estruturais, compreendidos como aqueles que envolvem uma realidade multifacetada e tanto estruturas públicas quanto privadas na solução da questão, podendo a arbitragem ser eventualmente mais vantajosa do que a via judicial nesses casos. Pode-se mencionar, a título de exemplo, a fixação de indenizações por danos materiais e morais das vítimas do rompimento das barragens de Mariana e de Brumadinho, considerando que uma ação coletiva ou mesmo individual ajuizada perante o Judiciário para a solução desse tipo de controvérsia, diante da provável interposição de sucessivos recursos, inclusive perante os Tribunais Superiores, poderia consumir anos ou até mesmo décadas para uma solução definitiva, deixando desamparadas, inclusive, pessoas que foram privadas do mínimo existencial e poderiam ser assistidas pelas Defensoria Pública em eventual arbitragem, em que pese a necessidade da realização de um estudo específico sobre o assunto que ultrapassa os limites desta pesquisa.

Ainda, a análise da arbitragem como método adequado de resolução de disputas individuais ou coletivas em sentido amplo não se esgota nas suas possíveis vantagens, tendo esta tese também, ocupado-se do estudo da eficácia dos direitos fundamentais e da proporcionalidade no procedimento arbitral, considerando que a relativização de conceitos como a autonomia privada das partes e o *pacta sunt servanda* promovida pelo judiciário, inclusive pelos Tribunais Superiores, com fundamento na proporcionalidade, caso efetivada na arbitragem, pode gerar algum tipo de insegurança, especialmente diante da escassez de estudos específicos no direito brasileiro sobre institutos já consagrados na doutrina e jurisprudência com

relação aos processos judiciais em geral.

Não obstante a proporcionalidade ser inerente às relações humanas, impondo a necessidade de reações “proporcionais” às ações, por se tratar de um conceito essencial para a própria distribuição da justiça e da sua origem remontar às épocas primitivas, a sua discussão no Brasil é relativamente recente, inclusive em processos judiciais que não estão relacionados à arbitragem, ganhando destaque em razão da possibilidade da sua utilização como parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade concentrado ou incidental, verificando-se uma grande discussão na doutrina com relação à sua natureza jurídica, fundamento constitucional e implicações práticas, sendo a questão objeto de polêmicas inclusive no âmbito da Corte Suprema.

No que se refere à jurisprudência, o próprio STF costuma empregar as expressões “proporcionalidade” e “razoabilidade” como sinônimas, gerando críticas sobre a sua pouca contribuição para a discussão e aprofundamento do tema e pelo uso do instituto como uma forma de recurso meramente retórico, lançado quando se deseja afastar uma conduta “abusiva”, sem qualquer análise dos seus subprincípios ou rigor científico, sendo esse também o entendimento seguido pelos nossos tribunais em geral nas mais diversas instâncias.

Nessa perspectiva, a proporcionalidade tem sido invocada com grande frequência, especialmente pela jurisprudência, como uma espécie de cláusula geral que autorizaria a restrição da autonomia privada em qualquer situação “desproporcional”, muitas vezes sem levar em conta que não há dignidade sem o reconhecimento do direito da realização de escolhas, constituindo a autonomia privada uma inafastável expressão da dignidade humana. Inexiste, ainda, norma expressa na CRFB/88 com relação à resolução das colisões entre direitos fundamentais, a exemplo do que se observa no art. 18, nº 1, da Constituição portuguesa e na Constituição suíça, que abordam a temática ao menos de maneira ampla sem, da mesma forma que ocorre no Brasil, prescindir do auxílio da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista que é impossível a construção de uma solução pré-determinada para esse tipo de situação, considerando que isso implicaria no estabelecimento de uma hierarquia entre direitos fundamentais e poderia resultar no reconhecimento de direitos absolutos.

Embora os direitos fundamentais possam ser limitados, na imposição de restrições não se pode ir além dos limites definidos pelo próprio âmbito de proteção do direito, sendo necessário identificar os bens juridicamente tutelados pelos direitos fundamentais, a definição do alcance da efetiva tutela da norma fundamental, com a observação dos seus limites imanentes e, por fim, os limites dos limites, que impõem a necessidade de proteção do núcleo

essencial do direito fundamental, assim como a proporcionalidade da restrição.

A proteção do núcleo essencial tem por finalidade evitar a imposição de restrições desproporcionais ou desarrazoadas que possam significar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, sendo esse tipo de limitação expressamente previsto, conforme se apontou, em alguns ordenamentos jurídicos como a Lei Fundamental alemã de 1949 e a Constituição portuguesa, devendo também ser observada no direito brasileiro como uma decorrência da proporcionalidade.

Com relação aos processos judiciais em geral (que não cuidam da análise de procedimentos arbitrais), a jurisprudência brasileira admite de forma bastante ampla a eficácia dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares, apesar de, na maioria das vezes, como se destacou, não empregar rótulos como “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ou “direitos fundamentais nas relações entre particulares”. Dessa forma, direitos individuais previstos na CRFB/88 são aplicados diretamente pelos tribunais brasileiros na solução de disputas privadas, envolvendo as mais variadas questões, tais como exclusão de perfil, publicação em rede social, conta no WhatsApp e jogo virtual, proteção contra as *fake news*, casos de expulsão ou inadmissão de cooperado, sócios ou associados de pessoas jurídicas de direito privado, imposição de restrições ao direito de propriedade dos condôminos (tema de grande alcance prático em tempos de pandemia) e em intervenções em contratos em geral, o que interessa diretamente ao presente estudo, considerando que o Judiciário costuma afastar, com frequência, cláusulas contratuais referentes a direitos patrimoniais e disponíveis estipuladas pelas partes no exercício da sua autonomia privada, despertando a necessidade de se analisar se esse tipo de posicionamento se aplicaria à arbitragem e, em caso positivo, de que forma e em que extensão.

Isso tudo tendo em vista que, na arbitragem, as partes possuem ampla liberdade, inclusive para a escolha do procedimento e das regras que nele serão adotadas, podendo afastar, até mesmo, a aplicação do próprio direito e optar pela arbitragem por equidade ou com base na *soft law*, desde que não haja violação aos bons costumes e às normas de ordem pública. Em razão disso, a arbitragem deve conviver em harmonia com a ordem pública, o que de certo modo restringe a autonomia privada com relação a aspectos fundamentais à sociedade, como aqueles que se referem, por exemplo, a valores sociais, morais, econômicos, sem perder de vista que nem toda norma constitucional possui conteúdo de ordem pública e que nem toda matéria de ordem pública envolve direitos indisponíveis.

No âmbito internacional, tem sido discutido cada vez mais se a atuação do árbitro

deve se restringir ao de um agente das partes, limitando-se ao que foi estipulado por elas, ou se também deve levar em conta normas cogentes que versem sobre direitos humanos básicos ou associadas a garantias processuais, ao devido processo legal e ao acesso à justiça, verificando-se, apesar de alguma resistência, uma tendência do reconhecimento da incidência dos direitos e garantias fundamentais em qualquer procedimento arbitral, com a identificação de elementos com conteúdo “constitucional”, que necessitam de uma proteção especial, aproximando a atuação dos árbitros do que se observa na Justiça estatal.

No direito brasileiro, em que pese a escassez de pesquisas sobre essa temática específica, a doutrina e a jurisprudência, inclusive a Corte Suprema, sustentam a ampla incidência dos direitos fundamentais em todos os ramos do direito, servindo como diretriz para todos os órgãos e Poderes. A questão é particularmente interessante em razão do fundamento constitucional da proporcionalidade e do entendimento de que as normas constitucionais e o controle de constitucionalidade constituem matéria de ordem pública, o que permitiria, em tese, até mesmo o controle judicial da decisão arbitral desproporcional.

Além do interesse teórico na abordagem do tema, o estudo da proporcionalidade apresenta interesse prático, seja em razão da necessidade de analisar a sua aplicação pelo árbitro ao proferir as suas decisões, seja pela eventual possibilidade de controle judicial da decisão desproporcional com fundamento na violação de norma constitucional de ordem pública (proporcionalidade). Desse modo, defende-se nesta pesquisa a ampla incidência dos direitos fundamentais em qualquer relação jurídica firmada entre os particulares e o dever do árbitro de aplicar a proporcionalidade como forma de restringir a autonomia privada, ou seja, os parâmetros jurídicos constitucionais devem ser observados em qualquer decisão arbitral, ainda que se trate de arbitragem por equidade, diante do seu conteúdo de norma constitucional de ordem pública.

Por outro lado, a autonomia privada representa um dos mais importantes princípios da arbitragem, ao lado do devido processo legal, que deve ser interpretado à luz daquela, não se mostrando adequado na via arbitral semelhante nível de interferência que o Poder Judiciário tem exercido no âmbito das relações de direito privado em geral, com fundamento no reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em detrimento da autonomia das partes e do *pacta sunt servanda*.

Não obstante a ampla liberdade das partes na arbitragem, que encontra limites apenas nos bons costumes e na ordem pública, o conceito dessa última, diante da impossibilidade de definição precisa das suas hipóteses, deve ser interpretado de maneira

restritiva, configurando-se a sua ofensa apenas no caso de vícios insanáveis, de manifesta ilegalidade ou de ofensa às garantias processuais do devido processo legal. Tudo, repisa-se, sempre em harmonia com a autonomia privada. O conceito de “ordem pública” que justifica ao árbitro restringir a autonomia privada das partes não diz respeito à disponibilidade ou patrimonialidade da causa, mas sim aos valores de natureza política, econômica, social, moral e cultural relevantes para o Estado.

Assim, a linha seguida pela jurisprudência nos processos judiciais em geral sobre a possibilidade de ampla interferência na esfera da autonomia privada das partes não se revela adequada na via arbitral, devendo o árbitro realizar um juízo de ponderação entre a proporcionalidade, a autonomia privada e o princípio do *pacta sunt servanda*. Em outras palavras, nem tudo aquilo que é considerado “abusivo” pela jurisprudência nos processos judiciais em geral o será no procedimento arbitral, o qual se encarrega apenas da análise de conflitos envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis e tem como fundamento a autonomia privada, que não pode ser suprimida nem mesmo sob o argumento de atendimento ao devido processo legal.

Se uma cláusula penal, por exemplo, em razão da sua evidente desproporcionalidade violar valores de natureza política, econômica, social, moral ou cultural relevantes, como uma multa que extrapola em muitas vezes o valor da obrigação principal e enseja evidente enriquecimento sem causa da parte por ela beneficiada, contrariando valores morais e sociais relevantes, deverá o árbitro reduzi-la com fundamento na proporcionalidade, com a própria finalidade de prestigiar e resguardar a segurança jurídica que as partes buscam ao eleger a via arbitral para a solução das suas controvérsias de forma justa, mas sempre levando em conta a extensão da autonomia privada na via arbitral e fundamentando a sua decisão com base na proporcionalidade e nos seus subprincípios.

No que diz respeito ao controle judicial das decisões proferidas na arbitragem coletiva ou individual, a possibilidade de intervenção judicial é considerada uma forma de controle de riscos, cabível apenas em casos de má-fé ou de ofensa a princípios processuais básicos, representando uma tendência mundial o prestígio à autonomia privada e o respeito às decisões proferidas pelo árbitro, não se permitindo, em hipótese alguma a revisão do mérito das decisões arbitrais pela justiça estatal, mesmo na hipótese de julgamento proferido com erro ou de forma contrária à lei.

Esse, inclusive, é o entendimento adotado há décadas pela Corte Suprema, desde quando lhe competia a homologação da sentença arbitral estrangeira, pelo STJ e pelos nossos

tribunais em geral. O desenvolvimento da arbitragem como método adequado de resolução de disputas individuais ou coletivas depende de uma atuação complementar, mas deferente por parte do Judiciário, que deve atuar (ou deixar de atuar) de forma a preservar a harmonia e o equilíbrio desta forma de jurisdição privada, sob pena de inviabilizar o próprio instituto como forma de acesso efetivo à justiça.

Conforme se destacou neste estudo, não podem as partes nem sequer convencionar a ampliação das hipóteses de controle judicial sobre a arbitragem, sendo esse também o entendimento adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que não admite esse tipo de revisão judicial expandida. Mesmo nas hipóteses de nulidade da sentença arbitral, salvo se for constatada a impossibilidade de prosseguimento da arbitragem, como no caso de um vício insanável da própria convenção ou inarbitrabilidade da disputa, não existe qualquer possibilidade de se promover a revisão do mérito da decisão proferida pelo árbitro, cabendo ao Judiciário apenas e tão somente declarar a nulidade e determinar que o árbitro ou tribunal profira nova decisão sobre o caso.

Conceitos amplos e abstratos como ordem pública não podem servir como pretexto para as partes buscarem a revisão judicial da decisão proferida na arbitragem diante do seu mero inconformismo, estando a maioria das questões de ordem pública já contempladas pela Lei de Arbitragem, no seu art. 32. Nessa direção, os limites do controle judicial das decisões arbitrais são aqueles que foram conferidos pela Lei de Arbitragem, não sendo possível nem sequer se sustentar eventual nulidade do provimento que deixou de observar precedente vinculante previsto no CPC, ressalvado o dever do julgador privado de enfrentar na fundamentação da sentença arbitral qualquer precedente vinculante ou argumento sustentado pelas partes, sob pena de possível caracterização de vício de fundamentação que poderá abrir margem para o ajuizamento de ação anulatória, com fundamento nos arts. 26, II e 32, III, da Lei de Arbitragem.

Apesar de a impossibilidade da revisão do mérito das sentenças arbitrais constituir uma regra universal já consagrada pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, não se observam estudos analisando o cabimento do controle judicial de tais decisões com fundamento específico na proporcionalidade, possuindo a questão relevante alcance prático, a exemplo das decisões proferidas nos Agravos de Instrumento nºs 2240601-35.2020.8.26.0000, 5500701-89.2020.8.09.0000 e 5106160-40.2020.8.09.0000, que reduziram cláusulas penais fixadas pelas partes no exercício da sua autonomia privada em sede arbitral.

Embora a proporcionalidade seja norma constitucional com conteúdo de ordem pública que, a princípio, ensejaria a possibilidade de controle judicial via ação anulatória ou

impugnação ao cumprimento de sentença arbitral, obtempera-se nessa pesquisa que não é cabível o controle judicial da decisão arbitral desproporcional, constituindo dever do árbitro realizar o controle de constitucionalidade e aplicar com exclusividade a proporcionalidade, haja vista a impossibilidade do Judiciário reapreciar provas ou mesmo se manifestar sobre o mérito das decisões arbitrais.

Por fim, enfatiza-se que esse tipo de interferência judicial violaria, ainda, o princípio da competência-competência e a coisa julgada arbitral, concluindo-se que não existe hipótese alguma que autorize a Justiça estatal a atuar como órgão revisor da arbitragem, sob pena de comprometer um instituto potencialmente eficaz do sistema de justiça multiportas para a resolução de conflitos individuais ou coletivos e culminar em retrocesso ao atual regime instituído pela Lei de Arbitragem, na contramão da tendência observada no âmbito internacional, notadamente nos países mais desenvolvidos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. Homologação de sentença arbitral estrangeira. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AGÊNCIABRASIL (Brasília). *Após nova decisão de Moraes, redes sociais bloqueiam perfis: usuários são investigados por supostas ameaças contra ministros do STF*. Usuários são investigados por supostas ameaças contra ministros do STF. 2020. Elaborada por André Richter. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-07/apos-nova-decisao-de-moraes-redes-sociais-bloqueiam-perfis>. Acesso em: 24 jul. 2020.

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2008.

AGRA, Walber de Moura. Direitos Fundamentais e Legitimação da Jurisprudência. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (Coord.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

AGUIAR, Ruy Rosado de. Arbitragem, os Precedentes e a Ordem Pública. In: MARQUES, Mauro Campbell (org.). *Doutrina: edição comemorativa 30 anos do STJ*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. p. 191-224. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout30anos/issue/view/463/showTo>. Acesso em: 01 abr. 2020.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

ALBUQUERQUE, Fabíola. Propriedade e autonomia privada. *Direito e Práxis*, v. 02, n. 01, 2011.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. *DOXA*, n. 5, p. 139 - 151, 1988.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução de: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ALVIM, Arruda, et al. *Código do consumidor comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem: Lei nº 9.307, de 23/9/1966*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.

ALVIM, José Manoel de Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun., 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>. Acesso em: 05 out. 2020.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AMENDOEIRA JÚNIOR, Sidnei. Execução e impugnação da sentença arbitral. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, ano 3, n. 9, p. 13-21, abr./jun. 2006.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. 329 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARGOLLO, Oscar. Anotações históricas sobre a arbitragem, desde os primórdios até a atualidade. In: PANTOJA, Teresa Cristina G. (Coord.). *Prática em arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991. Disponível em: <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *UNCITRAL Arbitration Rules*. 1976. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. 1985. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

ASSIS, Natália Maria Freitas de; ARAÚJO, LÍlian Gabriele de Freitas. A arbitragem aplicada ao conflito ambiental. *Revista Direito E-nergia*, v. 3, n. 2, 14 mar. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5004>. Acesso em: 02 nov. 2020.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20831/15109>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BACK, Gabriela Cristina. *Arbitragem como método de resolução de conflitos de natureza transindividual*. 2018. 178 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <https://www.fmp.edu.br/wp-content/uploads/2019/01/Gabriela-Back.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BARALDI, Eliana; MARIANI, Rômulo. Intervenção de terceiros em arbitragens coletivas. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROS, Vera Cecília Monteiro de Barros. *Exceção de Ordem Pública na Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012a.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012b. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 65-78, 1998.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 12, p. 198-211, 1996.

BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 307 - 314, jul./set. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes Vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Herman Benjamin, ministro do STJ: O CDC é o habeas corpus do consumidor*. Brasília, 16 mar. 2009. Senado notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/03/16/herman-benjamin-ministro-do-stj-o-cdc-e-o-habeas-corpus-do-consumidor>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BERALDO, Leonardo de Faria. O impacto do novo código de processo civil na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, v. 49, p. 175-200, abr./jun. 2016.

BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Boston: Kluwer Law International, 1999.

BERNARDES, Juliano Taveira. Evolução Histórica da Disciplina Normativa do Controle Judicial da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (Coord.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

BEUCHOT, Mauricio. *Perfiles esenciales de la hermenéutica*. México: FCE: UNAM, 2008.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. *Revista de processo*, v. 42, n. 274, p. 543-578, dez. 2017.

BORGES NETTO, André L. A razoabilidade constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 2, n. 12, maio 2000. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1030/1014#>. Acesso em: 04 ago. 2020.

BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. 2. ed. The Hague: Kluwer, 2014.

BRAGHETTA, Adriana. *Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais: visão a partir do Brasil*. 2008. 339 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-13042010-082514/publico/TEXT0_DA_TESE-versao_completa_USP_impressao_proart_3.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores de seu papel e de seus limites*. 2008. 393 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/5128>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 631.111/GO*. Relator: Min. Teori Zavascki, 07 de agosto 2014j. Plenário.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 635.659/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de agosto 2015p. Voto proferido

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 42/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 28 de fevereiro 2018j.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”*. Brasília, 2016a. Disponível em: http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2016/09/Enunciados_I_Jornada.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil. Enunciado 92*. Brasília, 2002a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Comercial*. Brasília, 2013a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-de-direito-comercial/livreto-i-jornada-de-direito-comercial.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *II Jornada de Direito Comercial. Enunciado 75*. Brasília, 2015a. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/789>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *V Jornada de Direito Civil. Enunciado 508*. 2012a. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/577>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Morosidade da justiça é a principal reclamação recebida pela ouvidoria do CNJ*. 2014a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62126-morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Morosidade processual corresponde a 50% das demandas na Ouvidoria do CNJ*. 2015b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/morosidade-processual-corresponde-a-50-das-demandas-na-ouvidoria-do-cnj/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução Nº 125 de 29/11/2010*. 2010a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 10 de novembro de 1937. Diário Oficial da União, Brasília, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 17 fev. 2020.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Coleção de Leis do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*. Diário Oficial da União. Brasília, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929*. Diário Oficial da União. Brasília, 1929. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002*. Presidência da República. Brasília, 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Brasília, 1992a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008*. Diário Oficial da União. Brasília, 2008a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6514.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Brasília, 1992b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Diário Oficial da União. Brasília, 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010*. Diário Oficial da União. Brasília, 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011*. Diário Oficial da União. Brasília, 2011a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7526.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850*. Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça. Rio de Janeiro, 1850a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.760, de 11 de abril de 2019*. Diário Oficial da União. Brasília, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9760.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941*. Diário Oficial da União. Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000*. Diário Oficial da União. Brasília, 2000a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm#:~:text=LEI%20No%2010.101%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202000.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20dos,empresa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004*. Diário Oficial da União. Brasília, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.848.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Diário Oficial da União. Brasília, 2004b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Diário Oficial da União. Brasília, 2005a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005*. Diário Oficial da União. Brasília, 2005b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11196compilado.htm. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Diário Oficial da União. Brasília, 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Diário Oficial da União. Brasília, 2015d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%209.307,a%20conce%C3%A3o%20de%20tutelas%20cautelares. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Diário Oficial da União. Brasília, 2015e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Diário Oficial da União. Brasília, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/L13467.htm#art1. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019*. Diário Oficial da União. Brasília, 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13867.htm. Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021*. Diário Oficial da União. Brasília, 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 06 mai. 2021.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Diário Oficial da União. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Diário Oficial da União. Brasília, 1973a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 556, de 25 de junho de 1850*. Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça. Rio de Janeiro, 1850b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 25 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Diário Oficial da União. Brasília, 1976a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 24 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Diário Oficial da União. Brasília, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989*. Diário Oficial da União. Brasília, 1989a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Diário Oficial da União. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Diário Oficial da União. Brasília, 1995a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 22 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Diário Oficial da União. Brasília, 1996a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13867.htm. Acesso em: 31 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997*. Diário Oficial da União. Brasília, 1997a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Diário Oficial da União. Brasília, 1999a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. *Medida Provisória nº 59, de 26 de maio de 1989*. Diário Oficial da União. Brasília, 1989b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/059.htm. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.257, de 2019*. Senado Federal. Brasília, 2019d. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>. Acesso em: 19 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). *EDcl no REsp 1.657.156-RJ*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 12 de setembro 2018d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *AgInt no AREsp 662.842/RS*. Relator: Min. Gurgel de Faria, 08 de fevereiro 2021b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *REsp 788.006/PB*. Relator: Min. Francisco Falcão, 09 de maio 2006b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 Turma). *REsp 1.709.539/MG*. Relator: Min. Herman Benjamin, 05 de junho 2018g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *AgRg no CC 116.395/RO*. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de junho 2013b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). *CC 113.260/SP*. Relator: João Otávio Noronha, 08 de setembro 2010c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *AgInt no REsp 1.874.050/RS*. Relator: Min. Og Fernandes, 23 de novembro 2020b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp 1.171.688/DF*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 01 de junho 2010d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp 1.186.389/PR*. Relator: Min. Herman Benjamin, 07 de abril 2015g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp 1.788.596/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 04 de agosto 2020e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *REsp 1.898.908/PE*. Relator: Min. Og Fernandes, 16 de março 2021e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). *REsp 1.736.646/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de junho 2018h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). *REsp 1.742.547/MG*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de junho 2019h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgInt no AgInt no AREsp 1.143.608/GO*. Relator: Min. Moura Ribeiro, 18 de março 2019e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *AgRg no AREsp 592.075/RJ*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 05 de março 2015f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.169.841/RJ*. Relatora: Nancy Andrighi, 06 de novembro 2012c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.297.974/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 12 de junho 2012d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.355.831/SP*. Relator: Min. Sidnei Beneti, 19 de março 2013c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.424.074/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 10 de novembro 2015i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.500.667/RJ*. Relator: João Otávio de Noronha, 09 de agosto 2016f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.519.041/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 01 de setembro 2015k.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.636.102/SP*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 13 de junho 2017d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.641.131/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 16 de fevereiro 2017e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.660.963/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 26 de março 2019g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.785.783/GO*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de novembro 2019i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.898.738/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 23 de março 2021d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.900.136/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 06 de abril 2021f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 944.917/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de setembro 2008d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). *AgRg nos EDcl no Ag 1.101.015/RJ*. Relator: Aldir Passarinho Junior, 17 de março 2011b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *AgInt no AREsp 1.152.469/GO*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 08 de maio 2018b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *AgInt no AREsp 1.566.306/SP*. Relator: Min. Marco Buzzi, 30 de março 2020a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.186.789/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de março 2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.189.050/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 01 de março 2016d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.353.927/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 17 de maio 2018e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.365.279/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 25 de agosto 2015h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.414.672/MG*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 de novembro 2013d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.447.247/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de abril 2018f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.466.177/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 20 de junho 2017b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.473.393/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 04 de outubro 2016e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.481.644/SP*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 01 de junho 2021c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.520.327/SP*. Relator: Luis Felipe Salomão, 05 de maio 2016g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). *REsp 1.586.383/MG*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 05 de dezembro 2017c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgInt na SEC 11.845*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 5 de setembro 2018a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgInt nos EDcl na Carta Rogatória 14.886*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 09 de junho 2020c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgRg na Carta Rogatória 535*. Relator: Min. Barros Monteiro, 23 de novembro 2006a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *AgRg na Carta Rogatória 5.490*. Relator: Min. Ari Pargendler, 02 de maio 2012b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 10.643*. Relator: Min. Humberto Martins, 19 de novembro 2014g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 12.236*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 16 de dezembro 2015l.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 15.750*. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 21 de novembro 2018i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 2.410*. Relator: Min. Francisco Falcão. Relatora para o acórdão: Min. Nancy Andrighi, 18 de dezembro 2013f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 5.543*. Relator: Min. Ari Pargendler, 20 de fevereiro 2013g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 5.692*. Relator: Min. Ari Pargendler, 20 de agosto 2014c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 5.828*. Relator: Min. Felix Fischer, 19 de junho 2013h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 6.197* Relator: Min. Herman Benjamin, 29 de maio 2014d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 6.761*. Relatora: Nancy Andrighi, 02 de outubro 2013i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 802*. Relator: Min. José Delgado, 17 de agosto 2005e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 854*. Relator: Min. Massami Uyeda. Relator para o acórdão: Min. Sidnei Beneti, 16 de outubro 2013e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 866*. Relator: Min. Felix Fischer, 17 de maio 2006c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 9.412*. Relator: Min. Felix Fischer. Relator para o acórdão: Min. João Otávio de Noronha, 19 de abril 2017f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 9.502*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 01 de julho 2014e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 9.600*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 01 de outubro 2014f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *SEC 967*. Relator: Min. José Delgado, 15 de fevereiro 2006d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1.436.563/SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 22 de março 2019f. Decisão monocrática.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 1.662.996/SP*. Relatora: Maria Isabel Gallotti, 03 de agosto 2020d. Decisão monocrática.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AREsp 404.752/GO*. Relatora: Maria Isabel Gallotti, 30 de agosto 2016b. Decisão monocrática.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CC 157.099/RJ*. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 10 de outubro 2018c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência no REsp 59.870/SP*. Relator: Min. Barros Monteiro, 10 de abril 2002c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MC 14.295-SP*. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 09 de junho 2008b. Decisão Monocrática

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.518.525/SE*. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 19 de maio 2015j.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 330.494/SP*. Relatora: Min. Isabel Gallotti, 29 de setembro 2016c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 469.484/MG*. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, 06 de dezembro 2007a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 606.345-RS*. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 17 de maio 2007b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 612.439-RS*. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 25 de outubro 2005c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 63.981/SP*. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, Relator para o acórdão: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 11 de abril 2000b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 693.219-PR*. Relatora: Min. Nancy Andrichi, j. 19 de abril 2005d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 907.856/DF*. Relator: Min. Sidnei Beneti, 19 de junho 2008c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 803.481-GO*. Relatora: Ministra Nancy Andrichi, 28 de junho 2007c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 819.519-PE*. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, 09 de outubro 2007d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 904.813-SP*. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 20 de outubro 2011c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Ag. Reg. no RE com Agravo nº 1.008.625/SP*. Relator: Min. Luiz Fux, 17 de março 2017h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *AP 341/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio, 25 de agosto 2015o.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *ARE 792.562 AgR/SP*. Relator: Min. Teori Zavascki, 18 de março 2014h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 657.718/MG*. Relator: Min. Marco Aurélio. Red. para o acórdão: Min. Roberto Barroso, 22 maio 2019k. Plenário.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 9/DF*. Relatora: Min. Ellen Gracie, 13 dezembro 2001a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.158 MC/AM*. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de dezembro 1994b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.407 MC/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 07 de março 1996b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.719/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho 2007f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.910 MC/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 16 de junho 2004c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.946/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches, 03 de abril 2003a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 15/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de junho 2007e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 173/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 25 de setembro 2008e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.024/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 03 de maio 2007g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.076/AC*. Relator: Min. Carlos Velloso, 15 de agosto 2002d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.158/PR*. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 de setembro 2010e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.191 MC/AL*. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de abril 2000c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.579 ES*. Relator: Min. Carlos Velloso, 21 de agosto 2003b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2.667 MC/DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de junho 2002e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.112/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 02 de maio 2007h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.168/DF*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 08 de junho 2006e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.470/RJ*. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro 2017g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510/DF*. Relator: Min. Carlos Britto, 29 de maio 2008g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.815/DF*. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 10 de junho 2015m.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.874/DF*. Relator: Min. Rosa Weber, 01 de fevereiro 2018k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 855/PR*. Relator: Min. Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 06 de março 2008f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 892/RS MC*. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de outubro 1994a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130/DF*. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril 2009b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132/RJ*. Relator: Min. Carlos Britto, 05 de maio 2011d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 291/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 28 de outubro 2015n.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 33/PA*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 07 de dezembro 2005f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 54/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril 2012e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Sentença Estrangeira nº 5.206-7*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, 12 de dezembro 2001b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 167.444/PR*. Relator: Min. Carlos Velloso, 30 de maio 1995b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 168.149/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio, 26 de junho 1995c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 472.897 AgR/PR*. Relator: Min. Celso de Mello, 18 de setembro 2007i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 52.181/GB*. Relator: Min. Bilac Pinto, 14 de novembro 1973b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 595.395/SP*. Relator: Min. Celso de Mello, 20 de junho 2007j.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 838.188 RG/RS*. Relator: Min. Cezar Peluso, 23 de junho 2011e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI-AgR 346.501/SP*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 16 de dezembro 2004d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 705.316 AgR/DF*. Relator: Min. Luiz Fux, 12 de março 2013j.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 69.912*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 16 de dezembro 1993. Plenário.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 73.351*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 09 de maio 1996c. Plenário.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 76.060/SC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 31 de março 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.424/RS*. Relator: Min. Moreira Alves, 17 de setembro 2003c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 82.959/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de fevereiro 2006f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 2.257/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 26 de março 2003d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *IF 2.915/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 03 de fevereiro 2003e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 2.424/RJ*. Relator: Min. Cezar Peluso, 26 de novembro 2008h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 23.452/RJ*. Relator: Min. Celso de Mello, 16 de setembro 1999b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET 3.388/RR*. Relator: Carlos Britto, 19 de março 2009c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 2.040/DF*. Relator: Min. Néri da Silveira, 21 de fevereiro 2002f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 4.335/AC*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março 2014i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.083.955 AgR/DF*. Relator: Luiz Fux, 28 de maio 2019l.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 145.023/RJ*. Relator: Min. Ilmar Galvão, 17 de novembro 1992c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 158.215/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de abril 1996d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 161.243-6/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso, 29 de outubro 1996e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 184.093*. Relator: Min. Moreira Alves, 29 de abril 1997b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 201.819/RJ*. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro 2005g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 219.934/SP ED*. Relatora: Min. Ellen Gracie, 13 de outubro 2004e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 240.096/RJ*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 30 de março 1999c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 319.181/DF*. Relatora: Min. Ellen Gracie, 21 de maio 2002g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 32.226*. Relator: Min. Macedo Ludolf, 16 de agosto 1956.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 361.829 ED/DF*. Relatora: Min. Ellen Gracie, 02 de março 2010f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 387.945/AC*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de fevereiro 2006g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 404.280/SP*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 23 de março 2004f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 418.376/MS*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 09 de fevereiro 2006h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 433.806/SP*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 08 de março 2005h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 45.453/SP*. Relator: Min. Ribeiro da Costa, 23 de maio 1961.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 453.744*. Relator: Min. Cezar Peluso, 25 de agosto 2006i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 482.090/SP*. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho 2008i.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 511.961 ED/SP*. Relatora: Min. Rosa Weber, 30 de agosto 2019j.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 544.246 ED/SE*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14 de agosto 2007k.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 566.471/RN*. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de março 2020f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 639.138/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Relator para o acórdão: Min. Edson Fachin, 18 de agosto 2020g.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 1.077/RJ*. Relator: Min. Moreira Alves, 28 de março 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rp 930/DF*. Relator: Min. Cordeiro Guerra, 05 de maio 1976b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SE 2.766*. Relator: Min. Oscar Correa, 01 julho 1983.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *SEC 4.738*. Relator: Min. Celso de Mello, 24 de novembro 1994c. Tribunal Pleno.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR 1.475/2000-193-05-00*. Relator: Min. Pedro Paulo Manus, 17 outubro 2008k.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR 2.547/2002-077-02-40*. Relator: Min. Ives Gandra Martins Filho, 08 de fevereiro 2008j.

BRITO, Rildo Albuquerque Mousinho de. *Mediação e arbitragem de conflitos trabalhistas no Brasil e no Canadá*. São Paulo: Editora LTr, 2010.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. 1997. 210 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-151, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A razoabilidade na dogmática jurídica contemporânea: em busca de um mapa semântico. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

BUZAID, Alfredo. *Do juízo arbitral*. Texto da prova escrita do Professor Alfredo Buzaid no concurso à cátedra de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, iniciado em 15 de março de 1958. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21161/2/Maristela%20Aparecida%20Dutra.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2020.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. *Impecuniosidade e Arbitragem: Uma análise da ausência de recursos financeiros para a instauração do procedimento arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. Notas sobre os rejeitados arts. 40-A e 40-B do anteprojeto de modernização da Lei de Arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n° 9.307/96*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CAMARGO, Júlia Schledorn de. A ação anulatória com base na violação à ordem pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMPOS JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo. Jurisdição e segurança jurídica. In: ONODERA, Marcus Vinícius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De (Coords.). *Brasil e EUA: Temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria nel sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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

CARMONA, Carlos Alberto. Julgamento por equidade em arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 7, v. 30, jul./set. 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, p. 21-31, jan/abr. 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova lei de arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem*: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1989. v. 1.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas*: limites, controle e medidas judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CARVALHO, Mariana Freitas Caniello de; MATEUS, Cristielle Andrade. Fake News e desinformação no meio digital: análise da produção científica sobre o tema na área de ciência da informação. *Múltiplos Olhares em Ciência da Informação*, v. 8, n. 2, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/moci/article/view/16901>. Acesso em: 24 jul. 2021.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. *Arbitragem*. 2014. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/arbitragem_2014-2.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. *Processo nº 0206781-77.2021.8.06.0001*. 13ª Vara Cível. Juíza: Francisca Francy Maria da Costa Farias, 04 de fevereiro 2021.

CEBOLA, Cátia Marques. A arbitragem no contexto ambiental e urbanístico. In: FONSECA, Isabel Celeste (Coord.). *Arbitragem Administrativa e Tributária*: problemas e desafios. Coimbra: Almedina, 2012.

CERBINO, Grasiela. Arbitrabilidade das demandas coletivas. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 1.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, Governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 7, p. 155-204, 2015. Ago/2015.

COLOMBO, Silvana. *A arbitragem como método de solução de conflitos na área ambiental: limitações e possibilidades*. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-arbitragem-como-metodo-de-solucao-de-conflitos-na-area-ambiental-limitacoes-e-possibilidades>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)*. São Paulo: Almedina, 2015.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. Tradução: Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr, 2011.

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. 1950. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 07.01.2021.

CORDERO-MOSS, Giuditta. Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration. *Oslo Law Review*, n. 1, p. 47-66, 2014.

CORREIA, Belize Câmara. *O princípio da proporcionalidade no direito penal: a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais incriminadoras à luz da proporcionalidade no direito brasileiro*. 2004. 116 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4135/1/arquivo5050_1.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

COSTA, Roberto Teixeira de. Arbitragem Coletiva Societária. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. O Guardião da Constituição e sua Legitimidade ou Ativismo Judicial: entre a fórmula vazia e o sinal de alerta. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Balanço Crítico da Jurisdição Constitucional Brasileira nos 30 anos da CF: um Contraponto entre os Modelos Difuso e Concentrado. *In*: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (Coord.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Dúvidas frequentes*. 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=3094>. Acesso em: 15 jan. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Editora LTr, 2011.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; PEREIRA, Diogo Abineder Nolasco. Justiça Multiportas e os conflitos envolvendo a Administração Pública: arbitragem e os interesses públicos disponíveis. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 60, p. 361-383, jul/set. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Processos estruturais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIMOULIS, Dimitri *et al.* *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para a escolha da lei aplicável no direito internacional privado brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007a.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007b.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

ESCOBAR, Marcelo Ricardo. O Paradoxo da Escolha dos Árbitros para a Configuração de um Processo Tributário Equitativo e a Proposta de um Sistema Elástico Pragmático-Acadêmico Escalonado Aberto de Escolha dos Julgadores. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Arbitragem: 5 anos da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2020.

ESCOURA, Juliano Fernandes. *Controle de constitucionalidade e a tendência da abstrativização*. São Paulo: Fiuza, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

FARIA, Marcela Kohlbach de. A produção de prova no procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, a. 9, n. 32, p. 207-226. jan/mar. 2012.

FARIA, Marcela Kohlbach de. *Vinculação do árbitro aos precedentes judiciais após a vigência do CPC/2015*. 2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/412259718/vinculacao-do-arbitro-aos-precedentes-judiciais-apos-a-vigencia-do-cpc-2015>. Acesso em: 07 mai. 2020.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ativismo judicial e a ingerência do Poder Judiciário na escolha de políticas públicas. *Revista dos Tribunais do Nordeste*, p. 127-150, set./out. 2014. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000171931282035c44ba49&docguid=Ia584e69085b611e4ad6a010000000000&hitguid>

=Ia584e69085b611e4ad6a01000000000&spos=1&epos=1&td=36&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2014.21269-n2. Acesso em: 28 fev. 2021.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Controle de constitucionalidade e seus efeitos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Lei de Arbitragem comentada: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. No prelo.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Sistema constitucional das crises: restrições a direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2009.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; CASTRO, Luiz Guilherme Castro. Aplicação do Artigo 97 da Constituição Federal na Arbitragem. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Arbitragem: 5 anos da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. O direito fundamental de propriedade nos condomínios edilícios em tempos de pandemia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8. 2020, Ribeirão Preto. *Anais [...]*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2020. p. 617-630

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. *Lei de Arbitragem comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FICHTNER, José Antonio. MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis (Coord.). *Temas de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. Os “embargos arbitrais” contra sentença na lei de arbitragem brasileira. In: FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis (Coord.). *Temas de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FILGUEIRA, Fábio Antônio Correia. *O princípio da função social do contrato e o seu controle jurisdicional*. 2006. 161 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

FINKELSTEIN, Cláudio. Flexibilidade e autonomia da vontade em arbitragem: aprendendo com os erros. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, p. 155-176, abr./jun. 2020.

FINKELSTEIN, Cláudio; MONTES, Maria Isabel Gori. Análise crítica da cultura da confidencialidade na arbitragem coletiva societária. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FONSECA, Maria Augusta. Macunaíma, Horácio e Virgílio. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, n. 36, p. 67-80, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/71781>. Acesso em: 24 jul. 2021.

FOSTER, George K.; BIGGE, David M. U.S. Supreme Court Closes one door to expanded judicial review of arbitral awards, but leaves others open. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 19, p. 365-371, 2008.

FREGNI, Gabriela. *O direito ao desenvolvimento como preceito norteador na interpretação dos negócios jurídicos*. 2019. 178 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-07082020-004107/publico/824423_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de; COLOMBO, Silvana Raquel Brendler. Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 7, n. 2, 2017, p. 7-27. Disponível em: <http://ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/viewFile/3378/3089>. Acesso em: 30 jan. 2021.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Interpretação do direito privado: o direito civil constitucional prospectivo em diálogo com a crítica hermenêutica do direito. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. *Pensar*, Fortaleza, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 7. ed. Lisboa: Fundação Colouste Gulbenkian, 2013.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Acesso à justiça: uma nova perspectiva global*. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/?lang=pt-br>. Acesso em: 12 jun. 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de Instrumento* 2984-72.2016.8.09.0000. 1ª. Câmara Cível. Relator: Luiz Eduardo de Souza, 03 de maio 2016.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de Instrumento* 5106160-40.2020.8.09.0000. 4ª. Câmara Cível. Relator: Carlos Hipolito Escher, 15 de junho 2020.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de Instrumento* 5264392-24.2018.8.09.0000. 5ª. Câmara Cível. Relator: Guilherme Gutemberg Isac Pinto, 29 de novembro 2018a.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Agravo de Instrumento* 5500701-89.2020.8.09.0000. 2ª. Câmara Cível. Relator: Leobino Valente Chaves, 01 de fevereiro 2021.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. *Apelação* 0237312-21.2016.8.09.0137. 5ª. Câmara Cível. Relator: Delintro Belo de Almeida Filho, 27 de março 2018b.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMM-SANTOS, Mauricio; SMITH, Quinn. On dangerous footing: the nos-statutory standard for reviewing an arbitral award. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 21, p. 327-349, abr./jun. 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem: ação anulatória e embargos do devedor - Parecer. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 18, p. 154-181, abr./jun.2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Rio de Janeiro, v. 2, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Fundamentos Legitimantes da Arbitrabilidade de Conflitos Derivados de Atos de Gestão da Administração Pública. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: Temas polêmicos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos.; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, ano 31, São Paulo, 2006, p. 249-267.

GRISEL, Florian. Control of Awards and Re-centralisation of International Commercial Arbitration. *Civil Justice Quarterly*, v. 25, p. 166-180, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001a.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001b.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitrabilidade: Algo de Revolucionário nos 5 anos da lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015? In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Arbitragem: 5 anos da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2020.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de resolução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GUZMÁN, Vanessa Aguirre. El arbitraje y las normas de procedimiento ordinario: una interacción incomprensida, *Iuris Dictio*, v. 22, n. 22, p. 37 - 46, 13 dic. 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das Constituições*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. Tradução de Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HUCK, Hermes Marcelo; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Árbitro: juiz de fato e de direito. *Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo*, v. 40, p. 181-192, jan./mar. 2014.

JAKUBOWSKI, Jerzy. Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation. In: *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration: Liber Amicorum*, Pieter Sanders, 12 september 1912 - 1982. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law, 1982. p. 175 - 188.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. t. 1.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado-editor Sucessor, 1962.

KUYVEN, Fernando. Arbitragem coletiva e responsabilidade da companhia aberta. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à lei de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. Niterói: Impetus, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora LTr, 2013.

LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007a.

LEMES, Selma Ferreira. A sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 4, p.1-12, jan./mar. 2005.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. 2017. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007b.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 686, p. 73 - 89, dez., 1992.

LEMES, Selma Ferreira. *O Uso da Arbitragem nas Relações de Consumo*. 12 ago. 2003. Disponível em: http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/noticia_27.htm. Acesso em: 25 jan. 2021.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva*. 2013. 204 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em:

https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-19092014-162900/publico/DISSERTACAO_INTEGRAL_Cesar_Augusto_Luiz_Leonardo.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A. KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer, 2003.

LIMA, Bernardo. *A arbitrabilidade do dano ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas*. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 27 fev. 2021.

LOPES, Ana Beatriz Lima Pimentel; SOUSA, Raphaela Prado Aragão. A utilização dos precedentes judiciais como instrumento da metodologia do Direito Civil Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LUZ, Eduardo Silva; SAPIO, Gabriele. Métodos alternativos de resolução de conflitos e a problemática do acesso à justiça em face da cultura do litígio. *Interfaces Científicas*, Aracajú, v. 6, n. 1, p. 9-22, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Interf-Dir_v.06_n.1.02.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda Pública e arbitragem: do contrato ao processo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MANGE, Flavia Fóz. *Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem*. 2012. 331 p. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-16052013-134325/publico/Mange_Flavia_Foz_Tese_versao_corrigida13_08_2012_completa.pdf. Acesso em: 26 ago. 2020.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MARIANI, Rômulo Greff. *Arbitragens Coletivas no Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

- MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Nova linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARTÍNEZ, José Maria Roca. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona, J. M. BoschEd., 1992.
- MARTINS, Humberto. O Poder Judiciário no Século XXI: Recriando e Consolidando a Democracia, a Cidadania e a Justiça. In: BARBOSA, Amanda; BERTIPAGLIA, Guilherme (Coord.). *Tratamento adequado dos conflitos: volume II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. São Paulo, n. 550, jan. 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível 28544*. Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, 24 de janeiro 2012.
- MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Apelação 00060154720078110037 93085/2010*. Relatora: Desa. Marilsen Andrade Addario, 02 de fevereiro 2011.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da atividade do árbitro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 08, n. 03, p. 1827-1858, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176193>>. Acesso em: 14 fev. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Acórdão na Apelação Cível 1.0549.09.014555-4/002*. 9ª. Câmara Cível. Relator: Des. Márcio Idalmo Santos Miranda. Belo Horizonte, 07 de julho 2015c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0000.20.561772-3/001*. 11ª. Câmara Cível. Relator: Adriano de Mesquita Carneiro, 03 março 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento 1.0024.09.709385-0/004*. 18ª. Câmara Cível. Relator: Guilherme Luciano Baeta Nunes, 08 fevereiro 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0024.12.037411-1/001*. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Rogério Medeiros, 16 fevereiro 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0074.11.001031-6/001*. 17ª. Câmara Cível. Relator: Des. Luciano Pinto, 25 junho 2015a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0408.08.019351-4/001*. 15ª. Câmara Cível. Relator: Des. Maurílio Gabriel, 01 agosto 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 1.0521.10.008673-0/001*. 13ª Câmara Cível. Relator: Des. Rogério Medeiros. Belo Horizonte, 07 de maio 2015b.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível 2.0000.00.404886-4/000*. Relatora: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 03 de dezembro 2003.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. t. 1.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. t. 4.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. 15.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo. *Impossibilidade da abstrativização dos efeitos do controle incidental de constitucionalidade como forma de proteção dos direitos coletivos*. 2019. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Ribeirão Preto, 2019.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; GERAIGE NETO, Zaiden. A legitimidade das associações no processo coletivo segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 7., 2019, Ribeirão Preto. *Anais [...]*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2020. p. 67-87.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Maria Celina de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 103, 2017, p. 121-137. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000172e226603f2052079b&docguid=I3976ed709dbb11e791b0010000000000&hitguid=I3976ed709dbb11e791b0010000000000&spos=2&epos=2&td=123&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 fev. 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas e soluções em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O Modelo de Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, v. especial, p. 288-311, dez. 2018.

MURIEL, Marcelo A. A Arbitragem Frente ao Judiciário Brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 1, p. 27-39, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=RBA2004002>. Acesso em: 24 mar. 2020.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas*: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

NAÓN, Horacio A. Grigera. Orden público y arbitraje. Arbitragem comercial internacional. PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Escolha Esclarecida de Tratamento Médico por Pacientes Testemunhas de Jeová como exercício harmônico de direitos fundamentais*. São Paulo: [s.n], 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. Julgamento arbitral por equidade e prescrição. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 45, p. 323-373, jan./mar. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Ana Luiza; NERY JUNIOR, Nelson. Legitimidade e coisa julgada na arbitragem coletiva: um olhar voltado ao mercado de capitais. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

NERY, Maria Carolina. *Arbitragem e Poder Judiciário: proposta para um diálogo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NEUNER, Jörg. O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

NOVAIS, Fabrício Muraro. Abstrativização do Judicial Review no Brasil: Alcance eficaz do art. 525, § 12, do Código de Processo Civil e Mutação Constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NUNES, Danilo Henrique; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; MONTES NETTO, Carlos Eduardo; MATTOS, Isabella. Relação entre o Estado e a sociedade: a arbitragem como instrumento adequado de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. In: JORNADA CIENTÍFICA DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 14., 2020, Araraquara, SP. *Anais [...]*. Araraquara: FCL-UNESP, 2020. p. 871-889.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 970, p. 77-108, ago. 2016.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. *Livro 3 Tit. 16: Dos Juízes árbitros*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l3p578.htm>. Acesso em 24/03/2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 24/03/2020.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016,

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação 00096194020178160194*. Relator: Des. Luiz Macedo Junior, 02 de julho 2019.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação 0051089-46.2020.8.16.0000*. 4ª. Câmara Cível. Relatora: Desa. Regina Afonso Portes, 02 de março 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação 957.743*. 10ª. Câmara Cível. Relator: Des. Arquélau Araujo Ribas, 13 de dezembro 2012.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Arbitragem tributária. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (Coord.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARIZATTO, João Roberto. *Arbitragem: Comentários à Lei 9.307, de 23-09-96*. Leme: Editora de Direito, 1997.

PARK, William W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 3, p. 161-176, set./dez. 2004.

PEREIRA, Camilla Martins Mendes. Considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 159-176, jul./dez., 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERPETUO, Rafael Silva; MIRANDA, Vanessa Diniz Mendonça; NABHAN, Francine A. Rodante Ferrari; ARAÚJO, Jakeline Nogueira Pinto de. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, v. 24, n. 2, p. 20, 18 dez. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.24_n.2.01.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Ygor Ramos Cunha. *Arbitragem notarial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

PRUX, Oscar Ivan. Justiça e positivismo no pensamento de Hans Kelsen. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 7, p. 7443-7473, 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/07/2013_07_07443_07473.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

PRYLES, Michael. Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure. *Journal of International Arbitration*, v. 24, n. 3, p. 327-339, 2007.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova lei 9.307, de 23.9.1996: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin H. *International Arbitration*. Oxford University Press, 2009.

REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin H. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

RIBEIRÃO PRETO. *Lei nº 2.972, de 25 de julho de 2019*. Dispõe sobre normas em defesa dos contribuintes no município de Ribeirão Preto – SP. Ribeirão Preto: Câmara Municipal de Ribeirão Preto. Ribeirão Preto, 2019. Disponível em: https://legislativo.camararibeiraopreto.sp.gov.br/consultas/norma_juridica/norma_juridica_mostrar_proc?cod_norma=10777. Acesso em: 28 jan. 2021.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2006.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Processo nº 0007114-08.2021.8.19.0209*. 5ª Vara Cível. Juíza Adriana Angeli de Araújo de Azevedo Maia, 25 de março de 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento 0001909-19.2016.8.19.0000*. 15ª. Câmara Cível. Relator: Gilmar Matos, 03 de maio 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento 0007652-44.2015.8.19.0000*. 7ª. Câmara Cível. Relator: Claudio Brandão de Oliveira, 28 de outubro 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação 0020151-67.2014.8.19.0203*. 25ª. Câmara Cível. Relator: Des. Werson Franco Pereira Rêgo, 29 de agosto 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação 0181458-93.2010.8.19.0001*. 2ª. Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 30 de março 2011.

RIVERA, Julio César. El derecho privado constitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 725, p. 11-28, mar. 1996.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Limites no controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil*. 2012. 316 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-07062013-135315/pt-br.php>. Acesso em: 26 mar. 2020.

ROCHA, Gerson Luiz. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade da Lei: a problemática do decisionismo judicial. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 9, p. 99-134, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/149>. Acesso em: 18 fev. 2021.

ROCHA, José e Albuquerque. *A lei de arbitragem*: Lei 9.307, de 23.09.1996, uma avaliação crítica. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A cláusula compromissória prevista na lei 9.307, de 23.09.1996 e as relações de consumo. In: Claudia Lima Marques. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 21, jan. 1997.

RODOVALHO, Thiago. *Cláusula Arbitral nos Contratos de Adesão*. São Paulo: Almedina, 2016.

ROQUE, André Vasconcelos. A Evolução da Arbitrabilidade Objetiva no Brasil: tendências e perspectivas. *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, v. 33, p. 301-337, jun. 2012.

ROQUE, André Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura*. 2014. 286 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10454&PHPSESSID=m3t8jn7u nlmmq40gg845gjc553. Acesso em: 15 jun. 2021.

ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem: a solução viável*. São Paulo: Ícone, 1997.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. *L'arbitrage: nature juridique"droit interne et droit international privé*. Paris: LGDJ, 1965.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Bruno Freire e. É possível a utilização da arbitragem no direito ambiental? CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 2., 2014. *Anais [...]*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2015. p. 169-175.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1994.

SANT'ANNA, Valéria Maria. *Arbitragem: comentários à Lei nº 9.307 de 23-9-96*. São Paulo: EDIPRO, 1997.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação 0300697-73.2019.8.24.0054*. 5ª. Câmara de Direito Comercial. Relator: Des. Jânio Machado, 04 junho 2020.

SANTOS, Isadora Beatriz Magalhães. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais frente a mitigação do princípio da autonomia privada*. 2019. 138 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", 2019. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/191154/Santos_IBM_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 12 mai. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2212809-43.2019.8.26.0000*. Órgão Especial. Relator: Renato Sartorelli, 13 de maio 2020a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento 0166160-98.2012.8.26.0000*. 6ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Paulo Alcides, 30 de agosto 2012a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 0333524-03.2009.8.26.0000. 6ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Costabile e Solimene, 10 de dezembro 2009a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2014653-51.2015.8.26.0000. 29ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Neto Barbosa, 25 de março 2015a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2022916-62.2021.8.26.0000. 5ª. Câmara de Direito Privado. Relator: A. C. Mathias Coltro, 12 de fevereiro 2021a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2111856-76.2016.8.26.0000. 6ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Percival Nogueira, 10 de novembro 2016a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2137254-88.2017.8.26.0000. 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Claudio Godoy, 13 de dezembro 2017a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2193202-10.2020.8.26.0000. 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Grava Brasil, 27 de outubro 2020b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2225171-43.2020.8.26.0000. 12ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Cerqueira Leite, j. 30 mar. 2021b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2226638-57.2020.8.26.0000. 4ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Alcides Leopoldo, 18 de março 2021c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 2240601-35.2020.8.26.0000. 4ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Alcides Leopoldo, 25 de março 2021d.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 3001192-12.2013.8.26.0114. 8ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Grava Brazil, 30 de junho 2016b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 9026023-20.2006.8.26.0000. Relator: José Roberto Bedran, 21 de novembro 2006.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento* 9044554-23.2007.8.26.0000. Relator: Pereira Calças, 25 de junho 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível* 0003122-32.2010.8.26.0079. Relator: Des. Flavio Abramovici, 28 de agosto 2013a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível* 0027296-08.2011.8.26.0003. Relator: Des. Helio Faria, 03 de julho 2013b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 0048590-78.2012.8.26.0554*. 25ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Marcondes D'Angelo, 08 de maio 2014a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 0064613-66.2009.8.26.0114*. Relator: Des. João Batista Vilhena, 24 de setembro 2013c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 0144646-17.2011.8.26.0100*. 11ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Gil Coelho, 27 de agosto 2015b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 0154127-09.2008.8.26.0100*. 8ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Ribeiro da Silva, 03 de outubro 2012b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 0176616-06.2009.8.26.0100*. 35ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Melo Bueno, 26 março 2012c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1002375-47.2019.8.26.0274*. Relator: Des. Carlos Dias Motta, 03 outubro 2017b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1002898-38.2019.8.26.0281*. Relator: Des. Walter Exner, 17 de agosto 2020c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1003184-55.2016.8.26.0302*. Relator: Des. Maria de Lourdes Lopez Gil, 15 de abril 2020d.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1007915-84.2017.8.26.0100*. 25ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Hugo Crepaldi, 14 de setembro 2017c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1008573-55.2015.8.26.0302*. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Fortes Barbosa, j. 07 dez. 2016c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1010893-44.2016.8.26.0011*. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Fortes Barbosa, 03 de agosto 2017d.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1013048-39.2019.8.26.0003*. 10ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Jair de Souza, 20 de julho 2020e.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1013115-73.2019.8.26.0562*. Relator: Des. Carlos Dias Motta, 07 de abril 2020f.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1014513-81.2017.8.26.0576*. Relator: Des. João Pazine Neto, 29 de julho 2020g.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1014761-76.2019.8.26.0576*. 31ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Adilson de Araújo, 18 de junho 2020h.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1017500-23.2014.8.26.0309*. Relator: Des. Tercio Pires, 27 de novembro 2017e.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1019602-87.2019.8.26.0100*. 26ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Felipe Moreira, 18 de dezembro 2020i.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1019669-24.2014.8.26.0554*. 3ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Carlos Alberto Salles, 17 de janeiro 2017f.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1118383-81.2018.8.26.0100*. 2ª. Câmara Reservada de Direito Privado. Relator: Araldo Telles, 01 de dezembro 2020j.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1027970-85.2019.8.26.0100*. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Alexandre Lazzarini, 15 de julho 2020k.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1029307-52.2018.8.26.0001*. 34ª. Câmara de Direito Privado. Relator: L. G. Costa Wagner, 26 janeiro 2021e.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1031824-84.2015.8.26.0114*. 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Ricardo Negrão, 18 de julho 2019b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1033743-48.2018.8.26.0100*. 23ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Sebastião Flávio, 27 de novembro 2019c.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1038437-18.2018.8.26.0114*. 2ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. José Carlos Ferreira Alves, 06 de junho 2020l.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1047986-36.2014.8.26.0100*. 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Ricardo Negrão, 30 de julho 2018a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1048961-82.2019.8.26.0100*. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Azuma Nishi, 10 de março 2021f.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1050534-29.2017.8.26.0100*. 25ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Hugo Crepaldi, 16 de agosto 2018b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1062636-83.2017.8.26.0100*. Relator: Des. Ricardo Negrão, 18 março 2020m.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1085652-32.2018.8.26.0100*. 9ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Galdino Toledo Júnior, 31 de março 2020n.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1094462-30.2017.8.26.0100*. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Alexandre Lazzarini, 23 de outubro 2019d.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1099246-21.2015.8.26.0100*. 2ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Alexandre Marcondes, 29 de julho 2019e.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1110676-28.2019.8.26.0100*. 1ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Francisco Loureiro, 19 de maio 2020o.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 1110031-08.2016.8.26.0100*. 27ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Campos Petroni, 31 de janeiro 2020p.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 9206882-94.2007.8.26.0000*. 14ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Pedro Abilas, 19 de setembro. 2007.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível 9281671-30.2008.8.26.0000*. 10ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Roberto Maia, 11 de março 2014b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Embargos de Declaração Cível 0349971-66.2009.8.26.0000*. 4ª. Câmara de Direito Privado. Relator: Maia da Cunha, 10 de dezembro 2009b.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Justiça determina que rede social remova comentário sexista*. 25 mar. 2021g. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=64652&pagina=1>.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 1000951-76.2021.8.26.0022. 1ª Vara. Juiz: Fernando Leonardi Campanella, 1 de março 2021h.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo 1002209-42.2021.8.26.0016*. 2ª Vara do Juizado Especial Cível. Juíza: Tais Helena Fiorini Barbosa, 19 de fevereiro 2021i.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal do Estado de São Paulo. *Processo nº 1002005-48.2021.8.26.0161*. 2ª Vara Cível. Juiz: André Pasquale Rocco Scavone, 04 de março 2021h.

SÃO PAULO. *Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019*. Diário Oficial do Estado de São Paulo. 2019. São Paulo, 2019a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>. Acesso em: 23 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e insuficiência em matéria criminal. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-131, 2009. jan./mar. Disponível em: <<http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/4068>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. Parecer Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 7, jan./mar. 2016a.

SARMENTO, Leonardo. *Controle de constitucionalidade e temáticas afins: com inferências e cognições articuladas do novo CPC em capítulos exclusivos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016b.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. Da imprevisão ao equilíbrio contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SESTER, Peter Christian. *Comentários à Lei de Arbitragem e à Legislação Extravagante*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

SILVA, João Paulo Hecker da. Execução e cumprimento de sentença arbitral. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Joseph de Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SILVA, Paula Costa e. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternatividade Efectiva e Complementaridade. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coord.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. n. 798, São Paulo, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Wellyngton Marcos de Ataíde da. *A colisão dos direitos fundamentais de reunião e de locomoção a partir das manifestações de rua*. 2016. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19252#preview-link0>>. Acesso em: 12 fev. 2021.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem internacional. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 7.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais decisões*. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

SOUZA, Zoraide Amaral de. *Arbitragem: conciliação: mediação nos conflitos trabalhistas*. São Paulo: Ltr, 2004.

STRAUBE, Frederico José. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, p. 177-183, 2016. Jul./set.

STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

SWEET, Alec Stone. Arbitration and Judicialization. *Oñati Socio-Legal Series*, Oñati, v. 1, n. 9, 2011.

SWEET, Alec Stone. The new Lex Mercatoria and transnational governance. *Journal of European Public Policy*, p. 627-646, aug. 2006.

SYLVESTRE, Fábio Zech; LIMA, Tiago Asfor Rocha. Aspectos processuais da ação de nulidade de sentença arbitral: perspectivas reformistas. In: CAHALI, Francisco José;

RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TAKEISHI, Guilherme Toshihiro; SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira. Arbitragem e agronegócio: algumas questões polêmicas que merecem enfrentamento pelos arbitralistas. In: Marcos Hokumura Reis. (Org.). *Arbitragem no agronegócio*. São Paulo: Verbatim, 2018. v. 1.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: ano 12, n. 46, jul./set. 2015.

TAMAKI, Luiz Henrique. *A preclusão no processo de arbitragem*. 2016. 139 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6970/1/Luiz%20Henrique%20Tamaki.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

TAVARES, André Ramos. O STF e os Direitos Sociais em 30 anos da Constituição no Brasil. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (Coord.). *Constituição Federal 30 anos*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MORAES, Maria Celina Bodin de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar*, Fortaleza v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Fake news: como garantir liberdades e conter notícias falsas na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEMER, Sofia. Precedentes Judiciais e arbitragem: Reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 43, n. 278, p. 523-543, abr. 2018. Disponível em: [https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001711c774a1046aa7217&docguid=I14bff140267611e8820a01000000000&hitguid=I14bff140267611e8820a0100000000000&spos=3&epos=3&td=1945&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001711c774a1046aa7217&docguid=I14bff140267611e8820a0100000000&hitguid=I14bff140267611e8820a0100000000000&spos=3&epos=3&td=1945&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 27 mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Arbitragem e autonomia privada: a importância da boa-fé objetiva na delimitação do consentimento. *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 09, n. 1, p. 604-619, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Teoria da interpretação e relações privadas: A razoabilidade e o papel do juiz na promoção dos valores constitucionais. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Dignidade da pessoa humana e liberdade. Crítica ao desprestígio da autonomia privada. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. Mutação constitucional e ativismo judicial. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*: Direito Constitucional, ano 16, n. 40, p. 115-130, abr./jun., 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Arbitragem e terceiros: litisconsórcio fora do pacto arbitral: outras intervenções de terceiro. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTR, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

TIBURCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira. Controle judicial do processo arbitral? *Revista de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, v. 38, p. 283-320, jul./set. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Questões polêmicas do processo arbitral*: subsídios para o advogado do contencioso arbitral. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

UYEDA, Massami. Da homologação de sentença arbitral estrangeira no Brasil e a ordem pública nacional. In: MARQUES, Mauro Campbell (Org.). *Doutrina*: edição comemorativa 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019. p. 191-224. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout30anos/issue/view/463/showToc>. Acesso em: 01 abr. 2020.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*: lei nº 9.307/96. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

VALLE, Martim Della. *Da decisão por equidade na arbitragem comercial internacional*. 2009. 440 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102009-154326/publico/Martim_Della_Valle_Tese.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

VERÇOSA, Fabiane. O desafio da audiência de instrução na arbitragem coletiva societária. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

VIANNA, Duval. *Lei de arbitragem: comentários à lei 9.307, de 23-9-96*. Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 1998.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional. In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; NASCIMENTO, Uelton David do. *A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas*. 2019. Disponível em: http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170728105436.pdf. Acesso em: 12 abr. 2021.

VILAR, Silvia Barona. De la anulación y de la revisión del laudo. In: BARONA VILAR, Silvia (Coord). *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo de 2011*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2011.

VISCONTE, Debora. A boa-fé objetiva na arbitragem: a conduta da parte deve ser orientada no sentido de respeitar as regras escolhidas, a convenção de arbitragem e a sentença arbitral. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: ano 8, n. 29, abr./jun. de 2011.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

WALD, Arnold. A dupla função econômica e social do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 17, jan./mar. 2004a.

WALD, Arnold. Jurisprudência comentada: STJ, Corte Especial, SEC n. 802, Min. José Delgado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 7, 2005. out./dez.

WALD, Arnold. Os meios judiciais do controle da sentença arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 1, p. 40-65, 2004b. jan./abr.

WANDERLEY NETO, João Bosco de Barros. *Ativismo judicial: entre a efetividade e a autocontenção*. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18872#preview-link0>. Acesso em: 25 fev. 2021.

WASHINGTON. *Convenção para a resolução de diferendos relativos a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados*. 1965. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/dec15-1984.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*: São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo; GABBAY, Daniela Monteiro. Admissibilidade e adequação da arbitragem coletiva como um mecanismo de acesso à justiça no mercado de capitais e seus aspectos procedimentais. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 68 - 94, out./dez. 2020.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *Autonomia privada e vulnerabilidade do empregado: critérios e limites para o exercício da liberdade negocial individual no direito do trabalho*. 2019. 295 p. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8451/1/ADRIANA%20BRASIL%20VIEIRA%20WYZYKOWSKI%20-%20DISSERTA%C3%87%C3%83O.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

XIULI, Han. On the Application of the Principle of Proportionality in ICSID Arbitration and Proposals to Government of the People's Republic of China. *JCULawRw* 11, p. 233-258, 2006.

YAMAMOTO, Ricardo. *Arbitragem e administração pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos*. 2018. 188 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25820/Disserta%c3%a7ao_Mestrado_versao_definitiva_para_deposito.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 12 mai. 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 2, n. 5, abr./jun, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021a.

YARSHELL, Flávio Luiz. Processo arbitral coletivo: breve reflexão sob a ótica da segurança e da confiança. In: MONTEIRO, André Luís; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; BENEDUZI, Renato (Coord.). *Arbitragem Coletiva Societária*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021b.

YEAZELL, Stephen C. *From Medieval group litigation to the modern class action*. Yale University Press, 1987.

ZAKIA, José Victor Palazzi. Os efeitos da convenção arbitral e a parte sem recursos. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 17, n. 68, p.11 - 41, out./dez. 2020.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; MONTES NETTO, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais: análise da jurisprudência em tempos de pandemia. In: CONGRESSO POLÍTICAS PÚBLICAS, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS, 1., 2020, Ribeirão Preto. *Anais [...]*. Ribeirão Preto: UNAERP, 2020.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde sob a perspectiva das teorias do ativismo e da autocontenção judicial. *Revista Paradigma*, v. 29, n. 2, p. 146-165, mai./ago. 2020.

ZAVASCKI, Teori. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 8.

ZAVASCKI, Teori. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York, Oxford, 1999.