



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

ATIVISMO JUDICIAL: DESJUDICIALIZAÇÃO E A ARBITRAGEM

Por

GIOVANNA CABOUDY MIZRAHI

ORIENTADOR: Rafael da Mota Mendonça

2022.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

ATIVISMO JUDICIAL: DESJUDICIALIZAÇÃO E A ARBITRAGEM

por

GIOVANNA CABOUDY MIZRAHI

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) como
requisito parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Rafael da Mota Mendonça

2022.2

Dedico este trabalho à minha mãe, ao meu pai e à minha irmã, por acreditarem no meu potencial, por sempre torcerem por mim, e por serem o meu aconchego. Obrigada por tudo!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a D's pela oportunidade de estar aqui concluindo mais uma etapa importantíssima da minha vida e por me guiar sempre.

Aos meus pais, Ester e Isaac, que não medem esforços para proporcionar uma educação de qualidade e fazem o possível e o impossível para a felicidade de nossa família. Agradeço imensamente a presença de vocês em todos os momentos em que eu mais precisei, e por acreditarem em mim e no meu potencial. Com o carinho e amor de vocês, tudo ficou mais leve e prazeroso.

À minha irmã Isabella, a quem nutro tamanha admiração, pela parceria em todos os momentos e pela torcida de sempre. Obrigada por me incentivar ao máximo e pelo seu jeito cativante de ser, Bel!

Ao meu irmão canino Benny, por nos iluminar com a sua meiguice há 16 anos e por ser tão especial em nossas vidas, estando ao meu lado durante toda a elaboração da monografia inclusive.

Aos meus avós maternos, Gracinda e Moysés, grandes exemplos de seres humanos para mim, que me incentivam dia após dia a ser uma pessoa melhor e a conquistar todos os meus maiores sonhos. Só tenho a agradecer pela presença de vocês dois em minha vida e por trazerem tanta felicidade e esperança!

À minha avó Nazle (*In Memoriam*) pela cumplicidade, trocas e pelos momentos que ficam guardados na memória e no coração.

Ao meu namorado Eduardo, por todo o companheirismo, amor e carinho e por ser essa pessoa extraordinária em minha vida. Que possamos compartilhar infinitas risadas e trilhar uma linda história juntos. No ensejo, agradeço à Heidi, ao Sergio e ao Boris por estarem sempre presentes, de braços e peitos abertos e na torcida por mim.

À Dinda Yeti e Tio Mauro, ao Dindo Raul e Tia Lili e às minhas queridas tias Marina, Sarina, Angela e Ivone, pelas infinitas trocas e demonstrações de afeto.

Aos meus (vários) primos pelos momentos de descontração, em especial, Vini e Maurício por estarem presentes e trazerem felicidade nas reuniões familiares e festividades, Tati e Dani, por acompanharem o meu crescimento e por me incentivarem ao estudo e atualizações no meio jurídico e na minha vida acadêmica.

Aos meus indescritíveis amigos do Liessin, pela amizade verdadeira, união durante todos esses anos e por celebrarem a vida ao meu lado. Agradeço a vocês na figura de Beatriz Futer, Deborah Ghelman, Gabriella Britz e Giovanna Malka Y Negri, que chegaram há vinte anos, sempre dispostas a transmitir uma palavra amiga. Obrigada por torcerem por mim de forma ímpar!

Aos meus queridíssimos amigos Puquianos, que embarcaram comigo nessa aventura, e só vieram para acrescentar. O meu agradecimento vai muito além das ajudas nos trabalhos da faculdade e da companhia no Pilotis. Afirmo, com convicção, que em tão pouco tempo se tornaram muito especiais para mim e trouxeram leveza nesses 5 anos de aprendizado constante. Obrigada, de coração, aos meus amigos Bruno Chor, Thales e Allan e às minhas amigas Alessandra, Amanda, Christine, Eleonora, Hannah, Julia, Luciana, Mariane, Petra e Stephane.

À Tereza Cristina Lopes Machado pela rede de apoio e por me ajudar a manter a calma e a paciência nos momentos em que mais precisei.

Aos meus chefes e colegas do Batista Martins Advogados e do Mannheimer, Perez e Lyra Advogados. Os primeiros, por despertarem o meu interesse pela arbitragem e por me incentivarem a continuar aprendendo sobre esse instituto tão relevante. Os segundos, pelo aprendizado no âmbito do contencioso cível e pelas inúmeras discussões travadas.

Ao Professor José Ribas Vieira, a quem tive o prazer de ser monitora de Teoria do Estado ao longo de 3 anos consecutivos. Sem você, a minha paixão pela temática do ativismo judicial não estaria tão presente quanto está nos dias de hoje. Obrigada, inclusive, pela oportunidade que tive em ministrar uma aula na PUC-RJ em 2019.2 sobre aspectos que tangenciam o tema deste trabalho.

Ao Professor Vladimir Cardoso que ensinou com maestria as primeiras matérias de Direito Civil que tive contato na faculdade, sempre me incentivando na realização de projetos acadêmicos, estando integralmente à disposição durante esses 5 anos.

Ao meu querido orientador Rafael da Mota Mendonça, que apesar de ter passado por um ano difícil que exigiu uma luta incansável, soube superar perfeitamente os obstáculos, sendo solícito sempre que requisitado, respeitando o meu tempo e planejamento. Quero levar você comigo como um grande amigo e um exemplo não só de professor, como de ser humano. Saiba que você, logo no 2º período, despertou o meu desejo em entender de forma mais aprofundada sobre o ativismo judicial. Foi um prazer ter sido sua orientanda e aluna!

RESUMO

MIZRAHI, Giovanna Caboudy. *Ativismo judicial: desjudicialização e a arbitragem*. Rio de Janeiro, 2022. 81 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

O presente trabalho de conclusão de curso possui o objetivo de demonstrar a atuação do fenômeno do ativismo judicial, tendo como fulcro o processo de desjudicialização e, sobretudo, a busca por métodos alternativos, dentre os quais se destaca a arbitragem. Nesta senda, busca-se, primeiramente, averiguar a ascensão do Poder Judiciário e, principalmente, do Supremo Tribunal Federal (STF) nas últimas décadas, seja na perspectiva da crise institucional e democrática, seja enfatizando o papel contramajoritário da Corte. A partir disso, serão analisadas as críticas e os argumentos justificadores à expansão da intervenção judicial na vida brasileira, destrinchando a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário na tomada de certas decisões, o que acarreta a busca incessante por métodos alternativos. Dentre esses, a arbitragem será esmiuçada no âmbito de seus aspectos principiológicos, reconhecendo a participação de cada um dos integrantes no referido método. Exauridas as considerações atinentes às principais diretrizes da arbitragem, será feita uma breve explicação do caso *Libra v. Codesp*, na tentativa de indicar o estímulo do instituto inclusive no campo da Administração Pública. Por fim, será examinado criticamente o PL 3293/2021 que objetiva desconstruir a liberdade das partes e a confidencialidade, em nítido descompasso com o ambiente negocial. Assim, faz-se mister reafirmar o instituto da arbitragem, reconhecendo-o como um meio de excelência e uma importantíssima alternativa à morosidade do Poder Judiciário.

Palavras-Chave: Ativismo judicial; Desjudicialização; Métodos alternativos; Arbitragem; Ascensão do Poder Judiciário e do STF; Crise institucional e democrática; Papel contramajoritário; Legitimidade democrática; Morosidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 - ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1 Contextualização do ativismo judicial e a juristocracia.....	11
1.2 Ascensão institucional do Poder Judiciário.....	14
1.3 Judicialização quantitativa, qualitativa e decisões históricas do STF	18
1.4 Poderes em crise: crise institucional e democrática.....	22
1.5 Da decadência da democracia	27
1.6 Atuação do STF no processo do ativismo judicial e o seu papel contramajoritário.....	29
CAPÍTULO 2 - DESJUDICIALIZAÇÃO E PORTA DE ENTRADA PARA A ARBITRAGEM	34
2.1 Críticas e argumentos justificadores à expansão da intervenção judicial na vida brasileira.....	34
2.2 Falta de legitimidade do Poder Judiciário e a busca por “métodos alternativos”	38
2.3 Panorama geral da arbitragem e princípios norteadores	40
2.4 A Convenção arbitral e os seus principais contornos	47
2.5 Tripé: Tribunal Arbitral, advogados e partes	51
CAPÍTULO 3 - ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM E ANÁLISE DA ARBITRAGEM LIBRA X CODESP.....	55
3.1 Procedimento arbitral e o nº de arbitragens em andamento no país ..	55
3.2 Noções gerais do Princípio da Competência-Competência.....	59
3.3 Explicação do Caso.....	62
3.4 Novo Projeto de Lei sob uma perspectiva crítica	64
3.5 Vantagens na adoção do método da arbitragem.....	68
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

LISTA DE ABREVIACÕES

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa Brasileira de 1988

CPC – Código de Processo Civil

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a ser visto como um receptor das insatisfações para com o Executivo e o Legislativo, deixando o postulado da inércia sem objeto. Aqueles que viessem a ter lesão ou ameaça a direito não viam outra solução senão recorrer à jurisdição estatal.

Paralelamente, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a ocupar uma posição de destaque no enredo político brasileiro, tomando decisões emblemáticas e sensíveis sobre os mais diversos assuntos em efervescência na sociedade, assumindo, portanto, um papel importantíssimo na democracia, ao assegurar direitos fundamentais e individuais da sociedade.

Ao mesmo tempo em que o STF apresenta um traço contramajoritário, ao defender as minorias, trazendo como plano de fundo múltiplos direitos que, em sinergia, se resumem no princípio motor da dignidade da pessoa humana, carrega consigo o ativismo judicial, aplicando soluções irrazoáveis e ineficientes em determinados momentos.

O fenômeno em alusão é compreendido como uma extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário, gerando, por vezes, um desequilíbrio no Estado Democrático de Direito, posto que abala de forma tamanha a legitimidade do sistema jurídico. Nesta toada, o ativismo judicial se instala, sobretudo, nas situações perpetradas por omissões intermináveis dos demais poderes, que acabam por deixar a sociedade desguarnecida.

Os vácuos do Legislativo e do Executivo e a atuação desmedida do Poder Judiciário podem contribuir para um quadro de insegurança jurídica e um cenário nefasto à democracia brasileira.

Nota-se, a propósito, que a ingerência do Poder Judiciário é alvo de questionamentos concernentes à legitimidade democrática, sendo certo que os juízes e tribunais devem ser cautelosos para não se transformarem em uma

instância hegemônica que exorbita de suas capacidades institucionais e limita o debate público de modo impróprio.

É nesse cenário que se intensifica o processo de desjudicialização e a busca por métodos alternativos, a partir da ideia do sistema multiportas em que o cidadão possui a liberdade de escolher o mecanismo que melhor se adequa ao seu litígio: mediação, conciliação, negociação, *dispute boards*, arbitragem. Esta última será explorada no presente trabalho, representando um instituto maduro e solidificado na órbita nacional e internacional. O intuito é justamente demonstrar uma das alternativas ao Poder Judiciário, que se mostra, muitas vezes, moroso e ineficiente ao remediar as disputas.

Busca-se, assim, averiguar tanto um panorama geral do instituto da arbitragem, tendo como fulcro os princípios que rodeiam o referido método, quanto a contribuição de cada um dos envolvidos para a solução final materializada na sentença arbitral. Para isso, serão esmiuçadas as principais etapas que compõem o procedimento arbitral, pautado na eficiência, celeridade e, principalmente, na autonomia da vontade das partes.

Serão traçadas, ainda, as principais diretrizes da arbitragem Libra v. Codesp na tentativa de enfatizar que a Administração Pública caminha para a adoção plena do instituto.

No mais, o referido trabalho busca tecer críticas ao PL 3293/2021, que visa extirpar a liberdade das partes, bem como quebrar a confidencialidade do sistema, sendo absolutamente devastador para o ambiente negocial. Para tanto, é essencial explicitar e aprofundar cada uma das vantagens da arbitragem, quando comparada ao Poder Judiciário, com base na desjudicialização e na busca por uma maior transparência.

CAPÍTULO 1 - ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Contextualização do ativismo judicial e a juristocracia

Originalmente, o Poder Judiciário ocupava posição mais fraca, ao passo em que hoje, verifica-se um deslocamento de poder das instituições representativas para as judiciais, erigindo um novo tipo de regime político intitulado de *juristocracia* pelo cientista político canadense Ran Hirschl. Em sua obra *Towards Juristocracy*¹, extrai-se a hipótese central, isto é, o fato de as elites políticas, econômicas e sociais transferirem poder ao Judiciário, voluntariamente, quando ameaçadas de perder a hegemonia na esfera política.

Em seu turno, o autor analisa os diversos cenários de constitucionalização de direitos pós Segunda Guerra, destacando o Brasil entre os exemplos do estabelecimento do *judicial review* como corolário da transição de um país “quase democrático” ou ditatorial para o regime democrático, que ele chama de *single transition* (transição singular).

Ran Hirschl elenca determinadas razões para que as elites políticas defendam a delegação de poder ao Judiciário, tais como (i) redução do risco para si mesmas por meio da transferência de responsabilidade sobre as decisões para as cortes; (ii) evitar decisões difíceis e/ou o colapso de um governo de coalização; (iii) medo de perder o controle sobre sua própria agenda de implementação de políticas públicas ou, no caso da oposição, para obstruir ações governamentais. Segundo os ensinamentos de Hirschl, o crescente protagonismo do Poder Judiciário no contexto político brasileiro já atingiu a mega política².

¹ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. 1. ed. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press, 2007.

² MIZRAHI, Giovanna Caboudy. *A Ordem Jurídica e o Papel do Judiciário tendo como fulcro a crise institucional*. 2021. [s.p.].

Nota-se, a propósito, que *ativismo judicial* é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi utilizada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte ao longo dos anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Durante esse lapso temporal, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a diversas práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

As ditas transformações foram realizadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial, sendo certo que a partir daí, por força de uma reação conservadora, a expressão *ativismo judicial* assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial³.

Em linhas gerais, a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Poder Legislativo e Executivo. Em muitos momentos, sequer existe confronto, mas a mera ocupação de espaços vazios.

Há diversos precedentes de postura ativista do STF, manifestada por distintas linhas de decisão, tais como:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde⁴.

³ BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a. p. 47-48. [Livro eletrônico].

⁴ *Ibid.*, p. 49. [Livro eletrônico].

Como se vê, as referidas hipóteses afastam os juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente, e os aproximam de uma função de criação do próprio direito, o que se observa bastante no panorama atual não só do Brasil, mas do mundo afora.

O que se percebe, entretanto, é que embora o fenômeno da judicialização se aproxime ao do ativismo judicial, ambos os conceitos não se confundem. Enquanto o primeiro constitui uma circunstância do desenho institucional brasileiro, o segundo traduz-se em escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição, culminando na expansão de seu sentido e alcance. Basicamente, o supracitado ativismo se instala nas situações em que há a retração do Poder Legislativo, obstando que determinadas demandas sociais sejam atendidas em sua plenitude.

No cenário brasileiro, o ativismo judicial é analisado como uma extrapolação das funções inerentes ao Poder Judiciário. De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, o instituto em alusão é pernicioso para o Estado Democrático de Direito, uma vez que ativista seria toda decisão judicial que se fundamentasse em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente, entendida como legitimidade do sistema jurídico⁵.

O autor Carson Holloway, em seu artigo intitulado *Judicial Activism, by liberal and conservatives, is a danger to America*⁶ (O ativismo judicial, seja ele progressista ou conservador, representa um perigo para América) demonstra que tanto os progressistas, quanto os conservadores podem ser ativistas e que o cultivo desenfreado dessa conduta impõe uma reconsideração sobre o papel do Poder Judiciário.

⁵ ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. Revista dos Tribunais, v. 1008/2019, p. 43-54, out., 2019 p. 45.

⁶ HOLLOWAY, Carson. Judicial activism, by liberals and conservatives, is a danger to America. In: BERLATSKY, Noah. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012. p. 39.

A noção de ativismo judicial corresponde a uma mais intensa e alargada participação do Poder Judiciário em áreas de atuação originária típica dos outros dois poderes, a fim de concretizar valores e princípios adotados pela Constituição de 1988.

Desta forma, tendo exposto a contextualização do ativismo judicial e as principais diretrizes da juristocracia, cabe agora adentrar na ascensão institucional do Poder Judiciário, para averiguar de modo mais aprofundado esse acúmulo de funções pelo órgão jurisdicional.

1.2 Ascensão institucional do Poder Judiciário

De início, faz-se mister destacar que a vertiginosa ascensão do Poder Judiciário é vista como fenômeno universal, atrelado ao final da Segunda Guerra Mundial. A partir deste marco, o mundo deu-se conta de que a presença de um Poder Judiciário independente e forte seria um fator de suma importância na preservação dos direitos fundamentais e das instituições democráticas.

Sob a ótica interna, nota-se que, com a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político⁷. A bem da verdade, o processo de redemocratização aumentou a demanda por justiça na sociedade e, por conseguinte, os juízes e os tribunais foram, cada vez mais, chamados a atuar, acarretando uma judicialização ampla das relações sociais.

Nesta toada, com o advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a ser visto como um receptor de insatisfações para com o Executivo e o Legislativo, sendo chamado a dar respostas que o colocaram na posição de guardião da Constituição. Fato é que a omissão do Legislativo e do Executivo tem colaborado para tal acúmulo de funções por parte do Judiciário.

⁷ BARROSO, 2018a, p. 94. [Livro eletrônico].

Sabe-se, inclusive, que o Poder Legislativo não tem conseguido dar respostas céleres às necessidades da sociedade pós-moderna esculpidas na Carta Magna, muitas das quais como direitos econômicos, sociais, os quais têm a conformação de prestações positivas de direitos fundamentais, conectadas com o mínimo existencial e aptos a serem exigidos na via de direitos qualificados como subjetivos, coletivos e difusos⁸.

Somado a tal circunstância, a democratização ocorrida com o novo ambiente de constitucionalização trouxe um novo papel ao Poder Judiciário, diante da inércia dos demais poderes e da necessidade de garantir direitos à sociedade. Em relação a este ponto, vale comentar que muitas das decisões que deveriam ser tomadas pelo Poder Legislativo, mas que são impopulares, acabam por desaguar no Judiciário, assim como, uma vez tomada uma decisão pela maioria do congresso, fica aberta a via jurisdicional da minoria descontente para enfrentar a legislação no Judiciário.

É nesse panorama de um novo modelo de Estado, o qual prima pela Constituição e por uma supremacia judicial que, aos poucos, foi se dando a ascensão institucional do Poder Judiciário. Mediante o referido fenômeno – que não se restringe à realidade brasileira, atingindo também diversas democracias espalhadas pelo mundo – que ocorre a judicialização da política e das relações sociais, isto é, questões consideradas relevantes passam a ser decididas, de forma definitiva, pelo Poder Judiciário e, no Brasil, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

O efeito que se pode observar dessa ampliação do acesso e engrenagens processuais introduzidas pela Constituição de 1988 e leis regulamentadoras cinge-se no aumento significativo das oportunidades para que o tribunal possa exercer o poder. Relembre-se que, o Poder Judiciário em sua função precípua é guiado pelos postulados normativos da inércia e da adstrição como forma de controle ao seu poder de dar a palavra final.

⁸ DE ARAÚJO, Eugênio Rosa. A Judicialização da Política e o ativismo Judicial: Distinção, Causas e Perspectivas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, jan./mar., 2018. p. 40.

Levando em consideração tais premissas, o Judiciário, ao contrário dos demais poderes, só pode atuar se e quando for provocado.

Sucedendo que não é isso o que geralmente ocorre. Basta uma simples reflexão para se concluir que o “se e quando provocado” converte-se em uma situação de “sempre provocado”, o que nos leva a questionar a efetividade real do postulado da inércia e, como se verá, parece transformar o STF em uma Assembleia Constituinte Permanente⁹.

Antes de adentrar na judicialização propriamente dita, é crucial pontuar que nem o constituinte nem o legislador são capazes de prever a totalidade das situações da vida, formulando respostas claras e objetivas frente às adversidades surgidas. Na moderna interpretação jurídica, a norma é vista como produto da interação entre o texto e a realidade, não havendo que se falar apenas em enunciado abstrato do texto. Não por outro motivo, diversas questões têm a sua decisão final deslocada ao juízo valorativo do julgador.

Nos últimos anos, tem-se verificado uma expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal. Em muitas situações, juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais:

Em curioso paradoxo, o fato é que em muitas situações juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. É estranho, mas vivemos uma quadra em que a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus parlamentares. Um exemplo ilustra bem a afirmação: quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional. É imperativo procurar compreender melhor este fenômeno, explorar-lhe eventuais potencialidades positivas e remediar a distorção que ele representa¹⁰.

⁹ LIMA, Gabriel Meira Nóbrega de. Direito Constitucional. *Conteúdo Jurídico*, 25 abr 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52827/ascensao-institucional-do-poder-judiciario-uma-analise-dos-fatores-institucionais-formais-e-informais-que-favorecem-o-ativismo-judicial>. Acesso em: 10 out. 2022.

¹⁰ BARROSO, 2018a, p. 112. [Livro eletrônico].

Não se há de negar que o Legislativo se coloca em uma posição confortável ao deixar que questões controversas e polêmicas sejam decididas pelo Judiciário: evita-se, assim, o desgaste frente à opinião pública e às bases eleitorais, por exemplo¹¹. Como se verá, a seguir, a judicialização é ainda mais reforçada diante do amplo modelo de constitucionalização no Brasil. Em sinergia, menciona-se a ampla extensão do exercício do controle de constitucionalidade que abarca características do modelo americano (difuso e concreto) com o modelo europeu (concentrado e abstrato).

Destarte, a ascensão institucional do Poder Judiciário é um fato evidente no cenário democrático da República brasileira. Os tribunais, e em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), têm ocupado, cada vez mais, posições centrais nas discussões e têm estado mais presentes na vida da população. As suas decisões passaram, de forma majoritária, a envolver questões de difícil solução, evidenciando que o Poder Judiciário tem adentrado em campos temáticos que abrangem tensas discussões nos mais variados âmbitos: político, moral, ideológico, religioso, entre outros. Frisa-se, por oportuno, que pairam determinadas dúvidas e indagações acerca da legitimidade dessas decisões e até que ponto elas podem alcançar a sociedade.

Resta cristalino que a omissão do Executivo e, principalmente, do Legislativo, alavancaram a ascensão do Poder Judiciário na órbita interna e internacional, visto que tais poderes começaram a perder a credibilidade e confiança por parte da população, que não via concretizados seus direitos assegurados na Magna Carta.

¹¹ ARABI, Abhner Youssif Mota. Ascensão do judiciário e tensão institucional: judicialização, ativismo e reação do poder legislativo (PEC 33/2011). *E-legis*, Brasília, n. 10, p. 42-55, jan/abr, 2013. p. 49.

1.3 Judicialização quantitativa, qualitativa e decisões históricas do STF

Tendo apresentado o fenômeno da ascensão institucional do Poder Judiciário, cabe agora relacioná-lo à judicialização, em ambas as suas perspectivas – quantitativa e qualitativa – para, após, trazer à tona decisões históricas do STF que materializam a cosmovisão contemporânea no contexto da presente atuação do Poder Judiciário.

Como se pode notar, a vida brasileira se judicializou de forma tão profunda, a ponto de os juízes e tribunais serem chamados a decidir, por exemplo *(i)* se é legítimo o casamento entre pessoas do mesmo sexo; *(ii)* se uma mulher deve ter reconhecido o seu direito de interromper a gestação indesejada durante o seu primeiro trimestre de gravidez; *(iii)* se a lei pode autorizar pesquisas com células-tronco embrionárias; *(iv)* se os titulares de caderneta de poupança têm direito à reposição de perdas que teriam sofrido por ocasião da mudança do padrão monetário decorrente do Plano Real. Não há um dia sequer, no Brasil, em que alguma das principais manchetes do noticiário não envolva matéria decidida por algum tribunal¹².

Não obstante a ascensão institucional de juízes e tribunais seja um fenômeno mundial, há determinadas peculiaridades na intensidade do fenômeno no Brasil, provocando a judicialização da vida. O referido termo tem sido utilizado para fins de identificação de duas situações distintas. A primeira delas – a judicialização quantitativa – é atrelada a uma certa explosão de litigiosidade no país, que se traduz na existência de um número alarmante de ações judiciais em curso, sendo certo que tal judicialização demonstra uma ou outra faceta positiva: *(i)* a sociedade civil foi se tornando mais consciente sobre os seus direitos e sua cidadania; *(ii)* as instituições judiciais, em tempos de ceticismo generalizado, ainda despertam algum grau de confiança e de credibilidade.

¹² BARROSO, 2018a, p. 22. [Livro eletrônico].

Por outro lado, contudo, os aspectos negativos acabam sendo mais proeminentes. Isto porque a judicialização necessariamente pressupõe um litígio, que, por sua vez, não pôde ser resolvido de forma amigável, negociada ou administrativa. Conforme explicita o Min. Luís Roberto Barroso nessa passagem:

O excesso de litigiosidade documenta, portanto, (i) o reiterado descumprimento de deveres e obrigações por parte de grande número de pessoas ou (ii) grande espírito de emulação por parte de outras tantas. Ou, possivelmente, uma combinação de ambas as possibilidades¹³.

Diz-se que, como o sistema não consegue dar vazão de forma célere às demandas que lhe permeiam, a morosidade e ineficiência acabam prevalecendo, e, muitas vezes, a procrastinação toma conta da realidade de diversos processos, o que obsta a tutela dos direitos que deveriam ser assegurados, de pronto, aos cidadãos.

Sob outro ângulo, a judicialização qualitativa deve ser compreendida em sua inteireza. Ressalta-se, desde já, que este fenômeno não se confunde com a judicialização quantitativa, já abordada no presente trabalho.

O termo “judicialização qualitativa” significaria dizer que boa parte das grandes questões nacionais – políticas, econômicas, sociais e éticas – passaram a ter o seu último capítulo perante os tribunais¹⁴. Inexiste, portanto, tema relevante que não tenha chegado ao Judiciário.

Como se vê, as grandes questões nacionais acabam sendo judicializadas quando não são solucionadas a tempo e a hora pelas instâncias políticas tradicionais. Nesse sentido, mister se faz destacar ambos os espectros da moeda relativos a tal fenômeno. O primeiro deles – lado positivo – é o reconhecimento da importância do Poder Judiciário para atender demandas sociais que não foram satisfeitas pelos demais poderes. O segundo, por sua vez, – lado negativo – refere-se ao fato de que a judicialização de

¹³ BARROSO, 2018a, p. 23. [Livro eletrônico].

¹⁴ Ibid., p. 23. [Livro eletrônico].

questões políticas em sentido amplo significa que elas não estão sendo equacionadas por quem deveria fazê-lo.

A judicialização demonstra, afinal, que há uma nítida deficiência no funcionamento da política majoritária, isto é, aquela dirigida pelos órgãos eletivos (Legislativo e Executivo). Relembre-se, ademais, a distinção entre a judicialização e o ativismo, à luz dos ensinamentos do Min. Luis Roberto Barroso:

Judicialização identifica a possibilidade de ingressar em juízo para debater qualquer direito ou pretensão; ativismo, por outro lado, designa um modo proativo e expansivo de atuação judicial¹⁵.

O cenário de ampla judicialização não significa que o Judiciário e o Supremo Tribunal Federal acertem sempre. Muito pelo contrário, eles padecem de vicissitudes, e até mesmo cometem alguns erros, restando evidente que além da morosidade, a justiça, por vezes, também falha.

Com o intuito de explorar e materializar o fenômeno da judicialização qualitativa, no sentido de que há, de modo progressivo, a transferência significativa de poder das instituições políticas tracionais – ou seja, do Legislativo e do Executivo – para o Poder Judiciário, urge trazer à baila três decisões históricas do Supremo Tribunal Federal.

A primeira delas refere-se à constitucionalidade da lei que autorizou pesquisas com células-tronco embrionárias¹⁶. Esse foi um dos primeiros casos em que se confrontaram a visão secular e a visão religiosa da vida. A despeito disso, o Plenário do STF, por 6 votos a 5, considerou constitucional o dispositivo da Lei de Biossegurança, que autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização *in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. No caso em referência, o Tribunal compreendeu que a destruição de embriões que seriam, de todo modo, descartados em alguma oportunidade,

¹⁵ BARROSO, 2018a, p. 24. [Livro eletrônico].

¹⁶ STF, ADI nº 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

não violava o direito à vida, muito menos o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual norteia o ordenamento jurídico pátrio.

A segunda decisão histórica do STF diz respeito à equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas¹⁷. Em julgamento encerrado em 5 de maio de 2011, o Plenário do STF garantiu aos casais homoafetivos os mesmos direitos dos casais heteroafetivos que viviam em união estável, sustentando, de forma legítima, que a exclusão pautada na orientação sexual seria incompatível com (i) direito à busca da felicidade, (ii) o princípio da igualdade, (iii) a proibição do preconceito, (iv) a ideia de liberdade, bem como com a própria dignidade da pessoa humana, o que obsta o Estado de negar a autodeterminação individual e de impor determinada visão do que seja a vida boa. Relembre-se, ainda, que em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, em desdobramento dessa decisão, assegurou o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, vedando aos juízos do registro civil a recusa na respectiva celebração.

A terceira decisão emblemática do STF que merece atenção especial trata da legitimidade das cotas raciais em favor de negros para o ingresso em universidades públicas¹⁸ e em cargos públicos¹⁹. Tendo como fulcro esta temática, o Plenário do STF concluiu, em 26 de abril de 2012, o julgamento pelo qual considerou constitucional o sistema de reserva de vagas com base em critério étnico- racial (cota de 20%), adotado pela Universidade de Brasil (UnB). Tal decisão se coaduna perfeitamente com o princípio da igualdade material, o qual pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual. Como já dizia Nery Junior, “*dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades*”²⁰. Em outra decisão, proferida em 08 de junho de 2017, o STF também considerou legítima a

¹⁷ ADPF nº 132 e ADI nº 4277, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

¹⁸ ADPF nº 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁹ ADC nº 41, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42.

reserva de 20% das vagas em concurso público para candidatos negros, sob a ótica da igualdade, levando em conta também o dever de reparação histórica oriundo da escravidão e do racismo estrutural existente na sociedade brasileira.

As decisões acima referidas tomadas pelo STF, elucidam o fenômeno da judicialização, segundo o qual emerge tanto de um contexto social de exigência de direitos, bem como de um arranjo político de desídia de implementação destes fora da jurisdição, ao passo em que o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica, referindo-se a uma conduta dos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições²¹. É evidente, portanto, que a judicialização e o ativismo judicial têm notas características distintas, apesar de se colocarem em um contexto comum.

1.4 Poderes em crise: crise institucional e democrática

Tendo apresentado já os dois institutos – ativismo judicial e judicialização –, cabe agora esmiuçar fenômenos de crise institucional. Nesta toada, serão analisadas práticas políticas lesivas à ordem constitucional protagonizadas essencialmente por partidos políticos. Tais práticas podem culminar em danos à estabilidade democrática e ao princípio da separação de poderes, como será exposto, com base no artigo intitulado “*A Ordem Jurídica e o Papel do Judiciário tendo como fulcro a crise institucional*”²².

Nos últimos anos, a terminologia “crise constitucional” foi alvo de uma superutilização e consiste em algo gravíssimo durante a vida de uma Constituição, colocando em risco a própria existência do Estado Democrático de Direito. De acordo com o professor Jack Balkin, as crises constitucionais

²¹ VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional In: KIM, Renato Siqueira de Pretto Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil: Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 245.

²² MIZRAHI, 2021, [s.p.].

equivaleriam a um fenômeno denominado como “*constitutional rot*”²³ (apodrecimento constitucional), o que o Professor Mark Tushnet classifica de “*constitutional hardball*” (Jogo-Duro Constitucional).

Sob a ótica de Balkin, o apodrecimento constitucional corresponderia a um evento em que os dispositivos constitucionais perderiam a sua normatividade frente a sociedade civil, com o decorrer do tempo. Nesse contexto, o *constitutional rot* representa uma espécie de degradação sistêmica, em que, segundo Balkin, quatro fatores poderiam acelerar tal apodrecimento constitucional, quais sejam: (i) a deterioração de confiança entre o Estado e o indivíduo ou entre os próprios cidadãos; (ii) a polarização, tendente a romper o tecido social, por meio da qual os concidadãos com visões políticas distintas se enxergam como inimigos; (iii) o aumento da desigualdade econômica e (iv) a perda de confiança nos governos diante da “policy disasters”, termo cunhado por Stephen Griffin para descrever as más-decisões no âmbito de política pública pelos governantes, que aumentam, ainda mais, o sentimento de falta de representatividade e o relacionamento entre o cidadão e seu representante. O autor em alusão sugere que a presença desses elementos, que se retroalimentam, seria capaz de influenciar na degradação dos institutos republicanos, favorecendo a ascensão de líderes políticos detentores de discursos pautados na demagogia, e, por conseguinte, acarretariam o apodrecimento constitucional.

Na perspectiva de Tushnet, o *constitutional hardball* consistiria na capacidade de líderes políticos dotados de habilidade, atuarem em situações de instabilidade, com o fito de desafiar as normas constitucionais e o *modus operandi* institucional tácito para se manterem no poder.

É importante esclarecer que essa dureza constitucional depende da própria percepção dos líderes políticos de que estão vivenciando um

²³ BALKIN, Jack M. *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*: Faculty Scholarship Series. New Heaven, Estados Unidos: 5158, 2017; BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. *Constitutional Crises*. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, Estados Unidos, v. 157, n. 3, 707. ed, 2009. p. 415.

momento de instabilidade do poder, e, após esta constatação, sugerem a implementação de certas medidas que apesar de não serem flagrantemente inconstitucionais, desafiam constantemente o entendimento comum aceito, no que tange às normas constitucionais. Há atores políticos que acreditam que o “jogo duro constitucional” viabilizará a tomada de controle do poder, mas que, simultaneamente, poderão seus oponentes desfrutar da oportunidade, para ganhar poder e excluí-los de potência.

Cinge-se analisar que o debate travado entre Joseph Fishkin e David Pozen, autores do artigo “*Assymetric Constitutional Hardball*” é de suma importância. Em linhas gerais, ambos destacam que o *hardball* é praticado de forma mais acentuada pelos políticos conservadores do que pelos democratas. Já os autores David Bernstein e Jed Shugerman entendem pela inexistência de *hardball* assimétrico, explorando, assiduamente, uma nova categoria: *beanball*, que será explicitada a seguir.

Com o intuito de responder Joseph Fishkin e David Pozen, o Professor Jed Shugerman avançou nos seus estudos, desenvolvendo a seguinte obra textual: “*Hardball vs. Beanball: Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics*”²⁴, em que o autor objetiva distinguir o clássico Jogo-Duro Constitucional, de práticas agressivas, e fundamentalmente antidemocráticas.

O termo “*beanball*” é expressão dotada de coloquialidade, utilizada como metáfora do *baseball* e consiste no ato do jogador que arremessa agressivamente a bola, almejando ferir e nocautear o jogador adversário, agindo contrariamente às regras básicas do jogo. As táticas políticas que são essencialmente contrárias à democracia constituem o supracitado *beanball*. Neste contexto, Jed Shugerman aponta como exemplo paradigmático os esforços para suprimir a votação e restringir o acesso ao voto, acarretando a privação formal de direitos. Todavia, assevera corresponder a outros atos, a saber: a politização do *Department of Justice* e o uso agressivo de

²⁴ SHUGERMAN, Jed. Constitutional Hardball v Beanball, Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics. *Columbia Law Review Online*, v. 119, 2019, p. 3. [No prelo].

gerrymandering como instrumento para dirimir direitos de minorias. Dessarte, ao passo em que a metáfora do *hardball constitution* explorada por Mark Tushnet refere-se aos arremessos de reviravolta a fim de intimidar, mas não de atacar o bateador, o *beanball* estudado por Shugerman consiste em não apenas revidar, mas machucar, obter retribuição ou tirar o jogador do jogo, sendo contra as regras e, portanto, ilegítimo.

Após analisar os principais pensamentos dos autores norte-americanos sobre a crise institucional e democrática, cabe tecer determinados comentários sob a perspectiva nacional. Cumpre registrar, de início, que a Constituição Federal de 1988 é reconhecida como a mais democrática e avançada na história constitucional brasileira, seja em razão de seu processo de elaboração, seja em função da acumulação de experiência concernente aos acontecimentos constitucionais pretéritos.

É inegável que a Constituição de 1988 visou garantir um distanciamento do passado autoritário vivido pela sociedade, tendo como âmagos os princípios, bem como os direitos e garantias fundamentais, na tentativa de consolidar a sistemática de um país em prol dessas diretrizes e abordagens inclusivas.

Contudo, com o passar do tempo, verificou-se que o suposto Estado almejado seria alvo de uma instabilidade político-institucional tamanha. O crescimento das crises em diversos âmbitos acentuou, ainda mais, os questionamentos sobre a maturidade do constitucionalismo brasileiro, e aprofundou o ceticismo de alguns em relação à robustez das instituições nacionais.

Desde que se promulgou a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi, aos poucos, ocupando papel de centralidade no enredo político, uma Corte bastante diversa do tribunal que os anos de Ditadura Militar apequenaram. Nesse viés, observou-se uma possível ameaça aos aspectos democráticos e a esse despeito preceitua-se que:

O Supremo chegou ao ápice da sua capacidade de exercer o poder que lhe foi dado pela Constituição; talvez tenha até mesmo criado para si certos poderes e tarefas que não lhe foram dados pelos constituintes²⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio, o Judiciário, *a priori*, não pode ocupar espaços do Parlamento sob o fundamento de que este não está cumprindo as suas devidas funções, haja vista que, em se tratando do Poder Judiciário, é necessário haver, a depender do contexto, uma autocontenção, em prol da democracia. Deve-se, portanto, resguardar a Teoria dos Três Poderes de Montesquieu, à luz dos ensinamentos do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho acerca do tema:

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um sistema de freios e contrapesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual²⁶.

Nesse cenário de crise, a tensão institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo tem aumentado fortemente. Denota-se, pois, que o exercício da Jurisdição Constitucional estaria sendo ativista, projetando-se sobre assuntos tipicamente políticos e adentrando em esferas de competência do Poder Legislativo enquanto órgão de representação política da República.

Tal conflito institucional gerou, recentemente, reações do Poder Legislativo, que, omissos em questões que precisam de regulamentação, viu o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, agir em searas que *prima facie* seriam àquele atribuídas²⁷. Essas reações foram evidenciadas com a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011, a qual propõe novas medidas que aumentem o controle sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, criando mecanismos de revisão, ou ratificação de seus julgados.

²⁵ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 333.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Capítulo 15: A “Separação de poderes”: critérios de divisão do Poder. Editora Saraiva, 2015. p. 160-161.

²⁷ ARABI, 2013, p. 44.

1.5 Da decadência da democracia

Tendo exposto então o plano de fundo das crises institucionais, é preciso tecer algumas observações quanto à ordem democrática. Conforme amplamente salientado no artigo “*A Ordem Jurídica e o Papel do Judiciário tendo como fulcro a crise institucional*”²⁸, Tom Gerald Daly utiliza a seguinte explicação para melhor elucidar o que seria a decadência da democracia:

In this article ‘democratic decay’—an existing term used in both public law and political science (see e.g. Huq and Ginsburg 2018b; Ottaway 2013)—is repurposed as an umbrella term for a variety of concepts which all, in different ways, focus on the creeping deterioration of democratic rule in states worldwide²⁹.

Trata-se de um processo físico de degeneração em termos sociais, políticos e constitucionais. É de se notar, também, que o próprio Tom Gerald Daly esclarece que no Brasil, a democracia encontra-se minada não apenas pelo Executivo, mas também pelo poder Judiciário. O autor realça que no STF, determinados juízes apresentam laços estreitos com atores políticos e que o declínio da fé pública na democracia pode fazer com que os políticos tenham uma maior vontade de violar as normas fundamentais do “jogo político”.

Hodiernamente, o fenômeno do enfraquecimento difuso das estruturas democráticas é bastante evidente, contribuindo na deterioração dos sistemas democráticos. Como é cediço, a democracia corre perigo diante da existência de determinados fatores, a saber: (a) o desafeto de grande parte dos cidadãos no que concerne à política; (b) a falta de instrução política; (c) o baixo nível de satisfação e confiança nos governantes e políticos; (d) o declínio na adesão de partidos políticos; (e) o poder crescente dos atores sem responsabilidade eleitoral, entre outros.

²⁸ MIZRAHI, 2021, [s.p.].

²⁹ Neste este artigo, decadência democrática - um termo existente usado tanto no direito público quanto na ciência política (ver, por exemplo, Huq e Ginsburg 2018b; Ottaway 2013) - é reaproveitado como um termo abrangente para uma variedade de conceitos que, de maneiras diferentes, focam sobre a crescente deterioração do regime democrático em estados em todo o mundo. DALY, Tom G. Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field. *Hague Journal on the Rule of Law*, Haia, Países Baixos, v. 11, n. 1, abr., 2019. (Tradução nossa).

Os vácuos na atividade do Legislativo e do Executivo e a atuação desmedida do Poder Judiciário, solucionando determinados conflitos, muitas vezes, a desejar, são questões que podem gerar desdobramentos nefastos à democracia brasileira. Dito isso, é importante que se revigore a estabilidade dos princípios democráticos, preceituados na Lei Maior, tendo em vista que a democracia apresenta como supedâneo, o combate ao exercício monocrático do poder, buscando no consenso popular e na divisão do poder, a legitimidade das decisões.

Cumprir notar que a autocontenção do Judiciário é essencial para a própria democracia, uma vez que este poder não pode ocupar espaços do Parlamento sob o fundamento de que o Parlamento não está cumprindo a sua função. Pelo contrário, estando ele fraco, deve ser ajudado e fortalecido, a não ser que se queira dizer que o Parlamento é dispensável em uma sociedade democrática³⁰.

O ativismo judicial estaria contribuindo para um quadro de insegurança jurídica e um cenário prejudicial à democracia, no qual o agigantamento do Judiciário estaria atraindo questões relevantes do Poder Legislativo.

Por outro lado, um tribunal constitucional, no caso brasileiro, o STF, é o responsável por resguardar os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático. Nas demais situações, ou seja, quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador. Afinal, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz nas ruas, o movimento social, restando cristalino que o poder emana do povo e não dos juízes³¹. Em suma, o estudo das profundezas da democracia e da separação dos poderes são capazes de orientar que ambos os institutos objetivam rechaçar o monopólio do poder, na medida em que um governo, para ser democrático,

³⁰ RECONDO; WEBER, 2019, p. 61.

³¹ BARROSO, 2018a, p. 54-55. [Livro eletrônico].

deve acolher os anseios populares. Nas democracias representativas, a separação de poderes é de extremo valor, a fim de afastar a concentração de poderes em um único representante.

1.6 Atuação do STF no processo do ativismo judicial e o seu papel contramajoritário

Cumprе salientar que a expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou contornos ainda mais acentuados no Brasil, por conta de certos fatores, quais sejam: (i) a ambição do texto constitucional de 1988 e (ii) a concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal evidenciada ao longo dos últimos vinte anos, a qual contribuiu para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil³².

Por intermédio da Constituição de 1988, o STF deslocou-se para o centro do enredo político brasileiro, gerando fragilidade do sistema representativo, tendo em vista que o Tribunal em questão vem exercendo, ainda que de forma subsidiária, o papel de criador de regras. Seguindo essa linha de entendimento, conforme proposto por Oscar Vilhena Vieira, observa-se a Supremocracia: singularidade do arranjo institucional brasileiro. A Supremocracia, por sua vez, apresenta duplo sentido. O primeiro deles refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Poder Judiciário, sendo certo que o Supremo Tribunal Federal se tornou supremo. O segundo, relaciona-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos outros poderes.

Em linhas gerais, o Supremo acaba, em muitos momentos, exercendo uma suposta espécie de poder moderador, além de atuar como responsável por emitir a última palavra sobre diversos temas de natureza substantiva. No decorrer dos anos, o Supremo não somente vem exercendo a função de órgão de “proteção de regras” constitucionais, diante dos potenciais ataques do

³² MIZRAHI, 2021, [s.p.].

sistema político, como também vem exercendo, ainda que de forma subsidiária, a função de “criador de regras”³³. Afinal, o Supremo estaria levando adiante uma acumulação de exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder.

Importante deixar claro que na sociedade brasileira permeia a “injustiça estrutural” para com os grupos minoritários, traduzindo-se em atos de exclusão social e de intolerância, e, muitas vezes, desprezo para com o diferente. Nesta senda, o Estado Democrático de Direito ainda é o melhor, e talvez o único, modo pelo qual sejam garantidos os direitos de tais minorias, restando cristalino que o traço contramajoritário do Judiciário desempenha um papel fundamental. As palavras de Abhner Youssif Mota Arabi são bastante esclarecedoras sobre esse assunto:

Nesse sentido, importante papel tem o Judiciário com seu traço contramajoritário, e o desenvolvimento, dentro de tal paradigma de Estado, de um modelo jurídico e político capaz de se adequar a diferentes contextos e a distintas realidades étnicas, culturais, regionais e religiosas e de contribuir para uma maior justiça social, e para um maior reconhecimento efetivo de camadas da população que, a priori, se encontram excluídas em muitas das esferas sociais³⁴.

Sob esse ângulo, o STF assume um papel fundamental na democracia brasileira, uma vez que garante direitos fundamentais e individuais da sociedade. Inclusive, se o STF não atuasse, os setores que compõem as minorias legislativas estariam desguarnecidos, com os seus direitos tolhidos, diante da omissão legislativa.

Revela-se, assim, ambas as facetas do STF. A positiva, no que concerne à defesa dos direitos das minorias, priorizando a concretização dos direitos fundamentais sob a lógica contramajoritária. A negativa, uma vez que, o próprio ativismo judicial fez com que algumas soluções dadas aos litígios não fossem tão eficientes e condizentes à realidade, como de fato deveriam. O inchaço do Judiciário tomou conta do panorama brasileiro,

³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. p.446.

³⁴ ARABI, 2013, p. 46.

tornando-se, cada vez mais evidente a usurpação dos demais poderes, em flagrante desrespeito à separação almejada por Montesquieu.

Como se pode perceber, é diante do vácuo e da omissão dos poderes Executivo e principalmente Legislativo que se deu a ascensão institucional do Poder Judiciário, o qual acabou adquirindo um papel de maior destaque na democracia brasileira, servindo, também, como referência para os anseios populacionais. O espaço de poder ocupado pelo Judiciário, foi, na verdade, cedido pelos demais poderes, haja vista que estes não exerciam as atribuições que lhe eram atribuídas.

É nesse contexto que se insere o crescimento do Poder Judiciário e, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal que, conforme já explicitado, passou a ocupar um papel central no enredo político, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, a Constituição alçou o Supremo à última arena das disputas políticas do país.

Nota-se, também, que os próprios parlamentares começaram a levar ao Supremo demandas pendentes no Congresso, ou a usar o STF como campo de disputa política³⁵. Tudo isso por conta da corrosão progressiva da imagem do Executivo e do Legislativo.

Não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal, como as cortes constitucionais em geral, exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, inclusive os oriundos do Poder Legislativo e do Executivo. Ao desempenhar o referido papel, pode invalidar atos do Congresso Nacional – composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro – e do Presidente da República, eleito com mais de meia centena de milhões de votos. Assim, onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática³⁶.

³⁵ RECONDO; WEBER, 2019, p. 45-46.

³⁶ BARROSO, 2018a, p. 108. [Livro eletrônico].

Como se pode perceber, nos dias de hoje há um certo consenso de que o conceito de democracia vai muito além da ideia de governo da maioria, uma vez que se exige, cada vez mais, a incorporação de outros valores fundamentais. Um desses valores que merece ser comentado cinge-se no direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, ou seja, ser tratado com a mesma dignidade dos demais, o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em consideração.

Dito de outra forma, a democracia, além de ser o governo da maioria, apresenta uma dimensão substantiva, que deve ser pautada pela tríade: igualdade, liberdade e justiça. Nesta toada, o Ministro Barroso traz à tona a seguinte reflexão para os dias atuais:

Mais do que o direito de participação igualitária, democracia significa que os vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, não estão desamparados e entregues à própria sorte. Justamente ao contrário, conservam a sua condição de membros igualmente dignos da comunidade política³⁷.

Fato é que mundo afora, o guardião de tais promessas é a suprema corte ou o tribunal constitucional, justamente pela capacidade de ser um fórum de princípios – ou seja, de valores constitucionais que norteiam o ordenamento – e de razão pública, isto é, de argumentos que possam ser aceitos por todos aqueles envolvidos nos debates.

A despeito da expansão do Poder Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, cabe comentar que em grande parte das situações, os juízes e tribunais se tornaram mais representativos dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais³⁸. Afinal de contas, a sociedade brasileira acaba se identificando mais com os juízes que sequer são eleitos, do que com os seus parlamentares, os quais são escolhidos pelo próprio povo. Vale dizer: quando o Congresso Nacional aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, a presente temática passou despercebido.

³⁷ BARROSO, 2018a, p. 109. [Livro eletrônico].

³⁸ Ibid., p. 112.

Quando a lei foi questionada no STF, emergiu um debate nacional, com a troca de infinitas ideias e especulações sobre o assunto.

Denota-se, pois, que o STF é incumbido de remediar determinados males da democracia, contrapondo, para isso, uma pretensa “ditadura da maioria”. Neste panorama, haveria um papel de representação das minorias ao Poder Judiciário, que deve atuar sempre que se vislumbre um conflito entre o constitucionalismo e seu poder limitado de defesa dos direitos fundamentais, e a democracia, tendo como fulcro o papel de prevalência do desejo da maioria.

CAPÍTULO 2 - DESJUDICIALIZAÇÃO E PORTA DE ENTRADA PARA A ARBITRAGEM

2.1 Críticas e argumentos justificadores à expansão da intervenção judicial na vida brasileira

Após esmiuçar a expansão da intervenção judicial na vida brasileira e, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, cabe analisar criticamente esse fenômeno, bem como observar os argumentos justificadores para melhor entendê-lo. Muito embora existam aqueles que defendam o supracitado ativismo, há variadas objeções opostas a esse alargamento do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos, sob a sustentação de que o ativismo judicial seria nocivo ao bem-estar do direito e das instituições.

Deve-se levar em consideração, como ponto de partida para tal reflexão, o fato de que nenhum cidadão deseja o Judiciário como instância hegemônica. Isso porque a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa.

No tocante à crítica político-ideológica, cabe comentar que os juízes e os membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos, isto é, sua investidura não possui o batismo da vontade popular³⁹. Apesar disso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desenvolve um papel político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais fazerem prevalecer as suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera a dificuldade contramajoritária.

A jurisdição constitucional e a atuação exacerbada do Judiciário têm recebido, portanto, críticas de cunho político que questionam sua legitimidade democrática, bem como críticas de natureza ideológica, que veem no Judiciário uma instância conservadora das distribuições de poder e

³⁹ BARROSO, 2018a, p. 50. [Livro eletrônico].

de riqueza na sociedade. Assim, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização.

No que concerne à crítica quanto à capacidade institucional, vale ressaltar, *a priori*, que os três Poderes são responsáveis por interpretar a Constituição e basear-se nela ao atuarem, sendo certo que em caso de divergência, o Judiciário dará a palavra final. Contudo, ao contrário do que muitos pensam, essa hegemonia não significa que todas as matérias devem ser decididas em um tribunal.

Com o fito de evitar que o Judiciário se transforme em uma instância dotada de primazia, a doutrina constitucional tem enfatizado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Conforme leciona o Ministro Barroso sobre tais questões exploradas:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público⁴⁰.

Uma terceira crítica que merece ser observada com cautela cinge-se na limitação das discussões. Explique-se: o corolário lógico da judicialização é a elitização do debate, bem como a exclusão daqueles que não dominam a linguagem nem têm acesso às abordagens jurídicas.

Outrossim, o deslocamento do debate público para o Judiciário acaba trazendo uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão⁴¹.

⁴⁰ BARROSO, 2018a, p. 52. [Livro eletrônico].

⁴¹ Ibid., p. 53. [Livro eletrônico].

Levando em consideração que no Estado de Direito o Governo da Lei está acima do Governo dos Homens, o ativismo judicial poderia ser visto como um regresso histórico. Torna-se evidente que o absolutismo da Corte Constitucional, ao tomar uma decisão ativista, estaria contrariando veementemente o principal âmagô do Estado de Direito, isto é, a própria lei. Daniel Sarmento denomina “tecnocracia da toga” o fato de onze ministros decidirem que o que está fora da lei seria supostamente o correto, trazendo em seu entendimento que as aludidas decisões não decorreriam de cidadãos democraticamente eleitos.

Recorda-se, ademais, que para grande parte dos críticos do ativismo judicial, o papel contramajoritário seria, em verdade, uma substituição da vontade da maioria do povo pela vontade da maioria do Tribunal, sob a pretensa argumentação de que o povo nem sempre é capaz de decidir o que é melhor para si, pelo simples fato de não saber exatamente o que é melhor para si⁴².

Outro argumento importantíssimo para se tecer críticas ao ativismo judicial, trata-se da interferência na repartição dos poderes. Convém salientar que o ativismo judicial viola o princípio da separação de poderes, esculpido no art. 2º da CRFB/88. Sob essa ótica, aqueles que defendem a autocontenção do Judiciário o fazem, pois, nos casos de ativismo, decisões arbitrárias, e até mesmo despóticas podem vir a ser proferidas.

Por último, mas não menos importante, a usurpação de competência pelo Judiciário é alvo de críticas constantes, uma vez que o referido Poder assume para si competências que são originárias dos demais poderes. Assim, é inconstitucional e injusto o fato de não ser o povo que define seus rumos, por meio de seus representantes eleitos.

Ultrapassadas as críticas à expansão judicial, vale ressaltar os argumentos mais adotados pela doutrina favorável à postura ativista, a

⁴² GREIN, Dante Giovanni Carminati; WIVIURKA, Eduardo Seino; ARRAES, Roosevelt. *O ativismo judicial no Brasil: Definições e críticas*, 2021. p. 24.

começar pelo argumento do “ativismo por legítima defesa”. Em outras palavras, tal argumento justifica-se pelo fato de que a sociedade demanda respostas dos demais poderes e, diante da omissão destes em solucionar situações emergentes da coletividade, é que se abre uma brecha para que o Poder Judiciário os substitua na tarefa.

Recorda-se, também, que o ativismo é necessário, em determinados momentos, para cumprir com os ditames de uma suposta “justiça natural”, ou seja, há normas naturais e valores morais que se encontram acima do texto jurídico positivo e que devem ser invocados para se tomar uma decisão⁴³.

Acrescente-se, ainda, que na obra “*Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*”, Barroso defende que um dos papéis das Cortes Constitucionais consiste no exercício da vanguarda iluminista, qual seja, o de promover e contribuir, em nome de valores racionais, para avanços civilizatórios e empurrar a história para frente, em prol das democracias da atualidade⁴⁴. O caso *Brown vs. Board of Education*, de 1954, é considerado paradigmático em que o ativismo foi capaz de superar a segregação racial nos Estados Unidos.

Para além disso, o ativismo colabora para a mobilização social, sendo certo que as Cortes Constitucionais conseguiram, de forma mais adequada que os poderes legitimados atender às demandas sociais, uma vez que aos Ministros se atribui um poder constitucional permanente, ainda que limitado, que lhes permite utilizar a Constituição Federal da melhor forma possível para promover seu espírito⁴⁵. A referida ação relaciona-se ao papel contramajoritário da Corte Constitucional, devendo-se deixar claro que a

⁴³ GREIN; WIVIURKA; ARRAES, 2021. [s.p].

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas*. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018b. p. 2207-2210.

⁴⁵ GREIN; WIVIURKA; ARRAES, op. cit., [s.p].

judicialização da política no Brasil é tida como instrumento de ação das minorias no âmbito de reformas das estruturas básicas do Estado.

2.2 Falta de legitimidade do Poder Judiciário e a busca por “métodos alternativos”

Inicialmente, é imperativo dizer que a legitimidade democrática do Judiciário, sobretudo quando interpreta a Constituição, está associada à sua capacidade de corresponder ao sentimento social, sendo certo que as Cortes constitucionais, como os tribunais em geral, não podem prescindir do respeito, da adesão e da aceitação da sociedade⁴⁶. Nesse sentido, a autoridade, para fazer valer a Constituição, depende da confiança dos cidadãos.

Caso os tribunais interpretem a Constituição em termos que divirjam fortemente do sentimento social, a sociedade encontrará mecanismos de transmitir suas objeções e, no limite, resistirá ao adimplemento da decisão. Extrai-se daí que, a ingerência do Poder Judiciário enfrenta questionamentos no que tange à sua legitimidade democrática.

Como é cediço, juízes e tribunais devem ter bastante cuidado para não se transformarem em uma instância hegemônica, comprometendo a legitimidade democrática de sua atuação, exorbitando de suas capacidades institucionais e limitando de forma imprópria o debate público.

É nesse contexto das críticas relacionadas à ascensão do Poder Judiciário que se observa, de forma cristalina, a falta de legitimidade democrática nesse processo de avanço das instâncias judiciais na tomada de decisões. Muito disso se justifica pelo silêncio sepulcral dos demais poderes, deixando alguns à beira da vulnerabilidade.

Essa ausência da legitimidade democrática faz com que a busca por métodos alternativos – que não o Judiciário – se torne ainda maior, intensificando dia após dia. Dentre esses métodos, cabe ressaltar a mediação,

⁴⁶ BARROSO, 2018a, p. 81. [Livro eletrônico].

negociação, conciliação, *dispute boards* e arbitragem. Este último será o foco do presente trabalho, cumprindo, portanto, destrinchar o que propõe esse método em sua inteireza.

Em 1976, Frank Sander, professor da Harvard Law School, apresentou na *Pound Conference*, realizada em Saint Paul (no Estado de Minnesota), a palestra intitulada “Variedades de processamento de conflitos”, na qual defendeu a contenção da litigiosidade por meio da utilização de métodos alternativos ao Poder Judiciário para solucionar e pacificar conflitos⁴⁷. Naquela oportunidade, então, nascia o conceito de “Tribunal Multiportas”, isto é, a depender do problema, as partes seriam conduzidas para a porta da mediação, conciliação, arbitragem ou da própria justiça estadual.

O sistema multiportas fornece variados mecanismos para solucionar conflitos, que não apenas o Poder Judiciário, atribuindo ao cidadão a liberdade de escolher o mecanismo que melhor se adeque ao seu litígio. Assim, “*o modelo multiportas é essencialmente democrático e participativo, uma vez que parte da noção de empoderamento e de que o cidadão deve ser o principal ator da solução de seu conflito*”⁴⁸.

Nota-se que o manejo dos métodos adequados de resolução de conflitos apenas ganhou dimensão prática na segunda década do século XXI, atingindo o seu ápice com o Código de Processo Civil de 2015⁴⁹. O artigo 3º do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 1º, 2º e 3º, prevê que (i) “é permitida a arbitragem”, (ii) “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que (iii) “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados

⁴⁷ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 251, p. 391-426, jan., 2016. [Livro eletrônico] apud CABRAL, Thiago Dias Delfino. “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) no Sistema Multiportas do Código de Processo Civil. The dispute boards in the multiport system of the Code of Civil Procedure. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Ed. RT, v. 59, a. 15, p. 35, out./dez., 2018.

⁴⁸ LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, n. 244, jun., 2015. p. 432.

⁴⁹ CABRAL, 2018, p. 36.

por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Feitas tais considerações, faz-se necessário conceituar o instituto da arbitragem para melhor entendê-lo. Em linhas gerais, pode-se dizer que a arbitragem consiste em um método alternativo ao modelo usual para resolução de litígios, onde os casos são submetidos à tutela do Estado (representado na figura do Poder Judiciário), configurando-se, assim, como uma solução cuja escolha é facultativa às partes e limitada a questões patrimoniais.

Nesta senda, a arbitragem visa a solucionar litígios que abrangem estritamente direitos patrimoniais disponíveis, de natureza contratual, em que os litigantes, mediante compromisso arbitral ou cláusula contratual, elegem um ou mais árbitros que emitirão uma decisão com força executória, proferindo uma sentença⁵⁰.

Passa-se, agora, a explorar o panorama geral da arbitragem, em especial, a atuação de tal instituto no Brasil, tendo como fulcro os princípios que norteiam o referido meio de solução de controvérsias.

2.3 Panorama geral da arbitragem e princípios norteadores

A arbitragem como mecanismo alternativo de solução de conflitos vem ganhando espaço no Brasil e no mundo, pois representa uma saída ao Poder Judiciário, muitas vezes moroso e ineficiente. Tal método se resume, basicamente, na resolução de conflitos, em que são conferidos poderes a uma ou mais pessoas para decidirem a controvérsia posta em tela, sem intervenção estatal, mas com força de sentença judicial. Como se verá de forma mais

⁵⁰ BRILHANTE, Pedro; PORTO, Eduardo. *O que é arbitragem e alguns dos motivos da sua popularidade*. 3 dez. 2021.

detalhada, tais poderes emanam de uma convenção privada e a controvérsia deve ser decidida com base em tal convenção⁵¹.

Como é desse notar, quatro são as principais características que norteiam o instituto da arbitragem: (i) a natureza heterocompositiva, em que um terceiro impõe a sua decisão às partes; (ii) é considerado um meio de resolução de litígios privado contratado por meio de negócio jurídico; (iii) é um mecanismo escolhido e controlado pelas partes e (iv) a força vinculante de suas decisões⁵².

No Brasil, o referido método extrajudicial de conflitos vem se consolidando de forma exponencial nas últimas décadas, desde a promulgação da Lei de Arbitragem Brasil (Lei 9.307/1996), passando por sua declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em 2001⁵³, até a Lei 13.129/2015.

A liberdade das partes respalda o procedimento da arbitragem do início ao fim, uma vez que a escolha pela via arbitral se dá pelos próprios envolvidos, podendo, ainda, as partes elegerem o direito aplicável ao litígio, sendo ele material ou processual. Dessa forma, o princípio da autonomia da vontade tem enorme prestígio ao longo do procedimento arbitral:

Prestigiou-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da lei. Sabe-se que no Brasil o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação, afirmando Irineu Strenger que o princípio foi abandonado pela Lei de Introdução do Código Civil, porque ‘dava margem a muita controvérsia, a muita discussão’. Em sede de arbitragem, porém, muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto. Faz-se mister frisar que as ‘regras de direito’, a que se refere o art. 2º, § 1º, são tanto de direito material quanto processual: quanto às regras de direito processual, nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar o

⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 33.

⁵² MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 21.

⁵³ STF, *AgRg no SE no 5.206*, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado em: 12/12/2001.

litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou até mesmo adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro⁵⁴.

Observa-se que este princípio não se limita à escolha do direito aplicável, sendo da própria essência do instituto, haja vista que as partes têm ampla liberdade para ditar o procedimento a ser adotado. Nas palavras de Francisco José Cahali:

A utilização da arbitragem tem caráter voluntário; é a expressão da liberdade de escolha das partes. É fundamental vontade dos interessados em estabelecer este método de solução do conflito⁵⁵.

As próprias partes afastam a jurisdição estatal e submetem a resolução do litígio a um procedimento particular, sendo certo que tal manifestação de vontade se dá mediante convenção arbitral, seja por meio de uma cláusula compromissória ou de um compromisso arbitral.

A liberdade das partes é tão evidente no procedimento arbitral que a Lei de Arbitragem, em seu art. 2º, faculta que a resolução dos conflitos se dê por equidade. Em uma arbitragem por equidade, atribui-se ao árbitro o papel de não só julgar, mas também de legislar no caso concreto, pois não é necessária a observância do direito positivo. As partes autorizam que se julgue o que, para os árbitros, seja justo no caso concreto, restando cristalino que o árbitro cumula, nesse contexto, a função de árbitro (julgador), bem como legislador.

Cabe comentar, ainda, que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, consagrado no art. 5, XXXV da CRFB/88 não é impeditivo para que as partes, no âmbito de sua autonomia da vontade, resolvam submeter o seu litígio à arbitragem. O que se observa, a propósito, é que o Judiciário não aprecia o mérito de algo que foi previamente analisado em sede arbitral. Apesar de existirem hipóteses específicas que ensejam a ação anulatória de sentença arbitral, o que se nota, em verdade, é uma forte cooperação entre o

⁵⁴ CARMONA, 2004, p. 34.

⁵⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7 ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico].

Judiciário e a arbitragem e prestígio do referido instituto pelo Judiciário brasileiro, com certas ressalvas atinentes ao novo Projeto de lei que será abordado mais adiante.

O princípio da competência-competência também é considerado basilar na arbitragem e, conforme será explorado, determina que o árbitro possui a competência primária para julgar a própria competência. Em outras palavras, assegura-se ao árbitro a possibilidade de dizer se há jurisdição arbitral para dirimir a disputa e se a convenção de arbitragem é existente, válida e eficaz.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é favorável ao princípio da competência-competência, consagrando a vontade das partes e, por conseguinte, a própria higidez do processo arbitral. É inegável que o respeito ao dito princípio por parte do STJ vem auxiliando no saudável desenvolvimento da arbitragem no Brasil, ao trazer tanto a segurança jurídica, quanto a previsibilidade, o que é considerado fundamental para fins de futura atração de investimentos domésticos e estrangeiros.

Após detalhar a firme os princípios norteadores da arbitragem e as principais características do mecanismo em alusão, faz-se mister compreender o que seria a arbitrabilidade objetiva e subjetiva, a fim de investigar, futuramente, a convenção de arbitragem, a formação do tribunal arbitral e as etapas que compõem o mecanismo em comento.

A arbitrabilidade é um termo caro e comum para todos aqueles que atuam e estudam o tema. Apesar de o vocábulo extenso e da complicação aparente, na verdade seu significado é simples. Conceituam-se como arbitrabilidade aquelas questões passíveis de serem resolvidas por arbitragem⁵⁶.

⁵⁶ SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2020. p. 359. [Livro eletrônico].

Conforme previamente adiantado, a arbitrabilidade, esculpida no art. 1º da Lei de Arbitragem, pode ser tanto objetiva quanto subjetiva, sendo certo que para verificar se uma demanda é arbitrável, deve-se examinar não apenas o seu objeto, mas também os sujeitos envolvidos.

Sob a perspectiva subjetiva, pode se valer da arbitragem aquela pessoa que for capaz de contratar. Neste aspecto, as pessoas físicas plenamente dotadas de suas capacidades para celebração e o exercício de atos da vida civil, ou se desprovidos de tal capacidade, devidamente representados. Em seu turno, as pessoas jurídicas devem estar devidamente representadas de acordo com seus documentos constitutivos e posteriores alterações, aplicando-se o mesmo raciocínio às *quasi* pessoas, espólio e condomínio⁵⁷. De outro lado, sob a ótica objetiva, a arbitragem se aplica às questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, isto é, aqueles que abarquem os bens contidos na esfera patrimonial dos indivíduos, passíveis de alienação ou até mesmo transferência para terceiros.

Uma das questões mais tormentosas relativa à arbitrabilidade atine a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público participarem de arbitragem, não apenas pela capacidade em si desses entes de se submeter ao referido mecanismo, mas também por eles lidarem com interesse público, que *a priori*, seria indisponível e, portanto, não arbitrável⁵⁸. O Caso Lage – *leading case* do Supremo Tribunal Federal da década de 1970 – reconheceu não haver proibição para que pessoa de direito público participasse da arbitragem.

Há de se atentar que a maior controvérsia concernente à possibilidade de entes estatais submeterem-se ao processo arbitral refere-se à arbitrabilidade objetiva, diante da indisponibilidade do interesse público. Relembre-se, todavia, que existem determinados autores os quais

⁵⁷ SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 359.

⁵⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. Comentários ao texto completo. In: MOTTA JR., Ademar et al.. *Reforma da Lei de Arbitragem*. CEMCA/COPREMA. [s.a.]. p. 14.

diferenciam os “atos de império” dos “atos de gestão”. Nas escuras palavras de Hely Lopes Meirelles:

Os atos de império (*ius imperium*) são praticados por entes estatais com supremacia sobre as demais partes. Nos atos de gestão (*ius gestionis*), por sua vez, o Estado encontra-se no mesmo patamar das demais partes⁵⁹.

À luz das teorias de Direito Administrativo, enquanto os direitos e interesses relativos às finalidades primárias do Estado e os atos de império seriam indisponíveis e, portanto, inarbitráveis, os atos atinentes às funções instrumentais, mesmo que realizados por pessoas jurídicas de direito público, estariam interligados aos direitos disponíveis e transacionáveis, no âmbito da exploração de atividades econômicas por parte dos entes estatais. É evidente, assim, que os limites da arbitralidade objetiva e subjetiva encontram-se em constante movimento, sobretudo pela atuação jurisprudencial e pelos trabalhos acadêmicos.

Antes de adentrar na temática da convenção arbitral propriamente dita, cabe fazer um breve comentário quanto à diferenciação da arbitragem institucional da *ad-hoc*, sendo a primeira delas mais complexa, conforme prevê o art. 5º da Lei 9.307:

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

A arbitragem institucional e a arbitragem *ad-hoc* são duas espécies de procedimento arbitral. Na *ad-hoc* inexiste uma instituição capaz de administrar o procedimento, ao passo em que a institucional é conduzida de acordo com regras procedimentais publicadas por uma determinada instituição arbitral (um Centro de Arbitragem), que geralmente “administra” a arbitragem.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. Malheiros Editores, 1996. p. 148 apud MUNIZ, [s.a.], p. 14.

Se as partes optarem por uma arbitragem institucional, a designação da instituição arbitral deverá constar da convenção de arbitragem, embora também possa ser convencionada em momento posterior⁶⁰. Dentre as instituições internacionais de arbitragem, a ICC é bastante preparada, e possui (i) um regulamento próprio de arbitragem; (ii) um órgão de decisão que nomeia árbitros e toma outras decisões, bem como (iii) uma equipe responsável por administrar as arbitragens.

O que, em geral, motiva a recomendação da arbitragem institucional em detrimento da *ad-hoc* consiste na maior previsibilidade e regularidade que a arbitragem institucional proporciona, além dos benefícios da incorporação de regras institucionais⁶¹. Sem dúvidas, a instituição apresenta um papel fundamental, primordialmente no início da arbitragem, momento no qual as partes, não possuem tanta experiência sobre o método.

No mais, a arbitragem institucionalizada acaba por libertar as partes da necessidade de negociar e até mesmo redigir as regras processuais, uma vez que a submissão de um conflito a uma instituição de arbitragem acarreta a aceitação do respectivo regulamento.

De outro lado, a arbitragem *ad-hoc* é conduzida sem o recurso a uma autoridade administrativa e, geralmente, sem o auxílio de regras processuais institucionais, dependente, portanto, da cooperação entre as partes, as quais designam um árbitro ou árbitros que solucionam a controvérsia sem a supervisão institucional⁶². A escolha pela arbitragem *ad-hoc* prevalece, muitas vezes, quando (i) as partes almejam controlar o procedimento arbitral, ao invés de se sujeitarem à administração ou controle institucional; (ii) o valor da disputa não é tão elevado.

⁶⁰ RECURSOS de Arbitragem Internacional. *Aceris Law LLC*. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc/>. Acesso em: 31 out. 2022.

⁶¹ RECURSOS de Arbitragem Internacional. *Aceris Law LLC*. Acesso em: 31 out. 2022.

⁶² *Ibid.*, Acesso em: 1 nov. 2022.

Realizadas as pertinentes considerações sobre o panorama geral da arbitragem, os princípios norteadores e as duas espécies do procedimento arbitral, passa-se a discorrer sobre a convenção arbitral e os seus principais contornos sob a lógica de um processo de desjudicialização e estímulo à arbitragem, diante dos inúmeros benefícios extraídos do mecanismo em epígrafe, que tanto se amolda conforme a vontade das partes.

2.4 A Convenção arbitral e os seus principais contornos

A convenção arbitral é o meio pelo qual as partes contratantes decidem, de comum acordo, submeter-se à arbitragem para solucionar o litígio existente entre elas, seja pela cláusula compromissória, seja pelo compromisso arbitral. Segundo o art. 3º da Lei de Arbitragem:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A convenção arbitral se enquadra perfeitamente no conceito de negócio jurídico processual. A esse despeito, o ilustre Carlos Alberto Carmona entende que:

Diante de tais percalços, o legislador brasileiro abandonou o modelo clássico francês – de resto já superado até mesmo no país de origem – procurando dar tanto à cláusula quanto ao compromisso os mesmos efeitos jurídicos. Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)⁶³.

Conforme previamente salientado, o princípio da autonomia da vontade é basilar no instituto da arbitragem, sendo certo que a convenção arbitral deve representar uma real manifestação de vontade dos envolvidos no litígio. Cabe, agora, diferenciar as duas espécies de convenção arbitral, quais sejam: (i) cláusula compromissória e (ii) compromisso arbitral.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 102.

Como já dizia Nilton César Antunes da Costa, a distinção fundamental entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral reside na temporalidade em relação ao litígio⁶⁴.

A cláusula compromissória, ora definida no art. 4, *caput* da Lei de Arbitragem, é um negócio jurídico – normalmente já inserido em contrato – em que os próprios contratantes acordam em submeter determinadas controvérsias futuras ao crivo do tribunal arbitral. Nota-se, a propósito, que a Lei de Arbitragem conferiu tanto um efeito positivo à cláusula compromissória ao reconhecer que o Tribunal Arbitral deve solucionar a disputa, quanto um efeito negativo, derogando o direito de provocar o Poder Judiciário.

Em seu turno, o compromisso arbitral é um negócio jurídico celebrado de forma posterior à ocorrência do litígio. Diante de tal premissa, as partes celebram o compromisso arbitral com o fito de submeter à arbitragem um conflito presente e determinado, sendo o próprio conflito o objeto do compromisso⁶⁵, segundo prevê o art. 9, *caput*, da Lei de Arbitragem brasileira⁶⁶.

Nas palavras de José Alexandre Tavares Guerreiro, o compromisso arbitral "*institui a arbitragem já com a determinação do litígio a ser dirimido*", enquanto "*o núcleo da cláusula compromissória qualifica-se como o compromisso das partes em louvar-se em árbitros para dirimir controvérsias futuras*"⁶⁷. Extraí-se, da definição supracitada, que a atualidade

⁶⁴ ANTUNES DA COSTA, Nilton César. *Efeitos processuais da convenção de arbitragem*. Campinas: Editora Servanda, 2006. p. 106.

⁶⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008. p. 106.

⁶⁶ BRASIL. Art. 9o, *caput*, LArb: "O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial."

⁶⁷ LEVITINAS, Marcelo; COELHO, Luisa Cabral de Mello Marques. O compromisso arbitral e o momento de nomeação dos árbitros: por uma interpretação razoável do artigo 10 da Lei de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, a. 17, n. 65, jan./mar., 2020. p. 45.

da disputa é capaz de distinguir as duas espécies de convenção de arbitragem⁶⁸.

Após consignar as principais diferenças entre o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, cabe agora discriminar as modalidades de cada um deles, a começar pela cláusula compromissória, que poderá ser cheia ou vazia.

A cláusula compromissória cheia é aquela que apresenta todas as condições necessárias para o início do procedimento arbitral. Nota-se que a apresentação da totalidade das informações no momento de pactuação do contrato é facultada às partes, já que para a lei bastaria a presença dos requisitos das arbitrabilidades subjetiva e objetiva⁶⁹.

Já a cláusula arbitral vazia é aquela que somente determina a submissão das partes à arbitragem, sem estar presente a forma de instituir o procedimento, seja porque assim não está previsto diretamente na própria cláusula, seja porque ela não se reporta às regras de uma instituição arbitral⁷⁰. Seja como for, ambas as cláusulas ora comentadas devem respeitar determinados requisitos formais, a saber: (i) a forma escrita, sendo a inserção no próprio contrato ou em outro documento que a ele faça referência; e (ii) a cláusula compromissória em contrato de adesão deve estar presente em um documentado apartado, bem como em negrito, em face da situação de vulnerabilidade que um dos contratantes, o aderente, enfrenta nesse tipo de contrato. No caso, a cláusula compromissória deve ser celebrada por escrito, em destaque, e fica condicionada à iniciativa do aderente⁷¹.

⁶⁸ LEVITINAS; COELHO, 2020, p. 45.

⁶⁹ LACRETA, Isabela. Aspectos Contratuais da Cláusula Compromissória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, *Revista de Direito Empresarial*, v. 20, nov., 2016. p. 258.

⁷⁰ CONVENÇÃO de arbitragem: distinções entre cláusula compromissória (cheia e vazia), compromisso arbitral e termo de arbitragem. *Arbipedia*. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/convencoes-de-arbitragem-clausula-compromissoria-cheia-clausula-compromissoria-vazia-compromisso-arbitral-e-termo-de-arbitragem.html>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁷¹ SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 359.

No que concerne ao compromisso arbitral, este congrega duas variações judiciais e duas extrajudiciais, que serão exploradas a seguir, como forma de se compreender as peculiaridades de tal espécie de convenção de arbitragem.

A primeira hipótese de compromisso arbitral judicial se dá quando uma das partes contratantes da cláusula compromissória resiste quanto à instituição da arbitragem, conforme prevê o art. 7º da Lei de Arbitragem. Dessa forma, garante-se à outra parte o ingresso em juízo para lavrar o compromisso arbitral.

A segunda hipótese do compromisso arbitral judicial encontra-se disposta no art. 9º, § 1º da Lei de Arbitragem, possibilitando às partes já litigantes em juízo estatal optarem pela submissão daquela controvérsia à jurisdição arbitral, desistindo, portanto, do processo judicial e firmando o referido compromisso.

A terceira hipótese é aquela esculpida no art. 9º § 2º, da Lei de Arbitragem, em que as partes, após a instauração do conflito, porém sem cláusula compromissória previamente pactuada e sem processo judicial tramitando no juízo estatal, decidem, no âmbito da autonomia, submeter o litígio à jurisdição arbitral. Nesta senda, o compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público, conforme determina o artigo em alusão.

Por fim, a última hipótese é a situação de restar evidenciada uma cláusula compromissória vazia e uma parte interessada em dar início ao procedimento arbitral. Ressalta-se que a lavratura voluntária do compromisso arbitral se dá mediante a notificação pela parte interessada, nos termos do art. 6º da Lei de Arbitragem.

Após averiguar a convenção arbitral e os seus principais contornos, faz-se mister pincelar como ocorre a formação do tribunal arbitral, na tentativa de demonstrar *(i)* que o procedimento arbitral não é engessado, tendo como ponto nodal a autonomia das partes; *(ii)* que a arbitragem se vê,

muitas vezes, livre das amarras e vícios que o Poder Judiciário enfrenta diariamente.

2.5 Tripé: Tribunal Arbitral, advogados e partes

Relembre-se, inicialmente, que o Grande Tribunal Arbitral é aquele integrado por pessoas qualificadas e colaborativas, sob cujo procedimento é conduzido com segurança e imparcialidade e em tempo razoável, a depender da complexidade da demanda, pautado no devido processo legal⁷². É, também, conhecedor dos fatos, prolatando decisão, a partir de seu livre convencimento, que, em geral, acaba sendo bem recebida pelas partes.

Certo é que as partes, os advogados e o Tribunal Arbitral devem, em sinergia, atuar de forma cooperativa, pois de nada adianta partes e advogados serem colaborativos, cumprindo os prazos com a devida diligência, se os árbitros não agirem com bom senso em suas decisões procedimentais ou não se dedicarem a atender o âmago da controvérsia. Do mesmo modo, pouco importa ser o procedimento impulsionado a tempo e hora pelo Tribunal Arbitral, e que os árbitros coíbam pretensões descabidas ou protelatórias, se as partes ou seus advogados insistirem em emulações e artimanhas no curso do procedimento⁷³.

Assim dizendo, cumpre esclarecer que as partes são responsáveis por escolherem os seus advogados, que podem vir a aceitar o patrocínio na demanda. Ademais, cada parte escolhe um árbitro e os dois eleitos escolhem o presidente do Tribunal Arbitral, que deverá conduzir o trabalho com tamanha destreza, restando evidente o acúmulo de esforços dessas três figuras – partes, advogados e árbitros – para atingir o resultado.

Conforme salienta Giovanni Ettore Nanni, as partes ao abordarem determinada pessoa para atuar como potencial árbitro no procedimento

⁷² MARTINS, Pedro A. Batista. O Grande Tribunal Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Ed. RT, v. 59, a. 15, out./dez., 2018. p. 79.

⁷³ *Ibid.*, p. 80.

arbitral lhe fazem uma oferta e o árbitro indicado poderá, então, aceitar ou rejeitar essa proposta, dando ou não início ao contrato de árbitro a depender de sua aceitação⁷⁴. Dessa forma, a escolha do árbitro pelas partes é somente uma etapa na formação do negócio jurídico arbitral.

No que concerne às contribuições dos árbitros, nota-se que a primeira delas diz respeito à disponibilidade, que caminha ao lado da confidencialidade, celeridade e especialidade, aspectos estes vantajosos do procedimento arbitral, quando comparado ao Poder Judiciário. Há determinadas instituições de arbitragem que têm verificado previamente a disponibilidade dos árbitros indicados, tendo como base os compromissos agendados pelos profissionais. Confira-se o entendimento do ilustre Pedro Batista Martins acerca de tal elemento da disponibilidade:

Afinal, há profissionais que podem atuar em mais de 20 disputas, e outros que não podem exceder a cinco processos. Tudo é relativo. Há uma série de dados e indicadores objetivos, e outros tantos subjetivos, a determinar a real disponibilidade do árbitro. Depende, muito, do perfil de cada um e de sua atividade profissional⁷⁵.

Como se vê, o ritmo de vida e a dinâmica psíquica são características da personalidade de cada um, sendo certo que a aferição da (in)disponibilidade dos árbitros reclama a análise de um conjunto de fatores que trespasa a visão simplista que a resume a um critério objetivo, uma vez que a disponibilidade psíquica, e outras de caráter subjetivo, não podem ser esquecidas⁷⁶.

Para além da disponibilidade, é essencial que o procedimento arbitral seja conduzido por árbitros práticos e objetivos. Ao aceitar o encargo, o árbitro deve se afastar de teses e convencimentos prévios, posto que cada disputa possui as suas peculiaridades. Em consonância, é importantíssimo

⁷⁴ NANNI, Giovanni Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016. p. 263-284.

⁷⁵ MARTINS, 2018, p. 79.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 81.

que o árbitro conheça o procedimento arbitral em sua inteireza e os princípios que gravitam em torno de tal mecanismo.

O presidente do Tribunal Arbitral deve, primordialmente, buscar a harmonia e se esforçar para que a sentença seja unânime, envidando os seus esforços em prol da duração razoável do procedimento. Nota-se que os coárbitros, tanto da Requerente, quanto da Requerida podem fazer ajustes que, muitas vezes, agregam valor ao produto final⁷⁷.

Os árbitros devem atuar de forma imparcial e independente, conceitos estes inconfundíveis, conforme será esmiuçado a seguir. A imparcialidade impõe o dever de não proceder com tendenciosidade em favor de uma das partes, isto é, o árbitro não poderá ter favoritismo em relação a um dos polos, devendo se conectar com ambos de forma equânime.

De outro lado, a independência determina que não haja inaceitáveis relações externas entre o árbitro e uma das partes e/ou seus advogados (por exemplo, uma dependência econômica ou uma relação profissional, empregatícia ou pessoal)⁷⁸. Assim é que o árbitro não deve possuir vinculação com o tema, muito menos com as pessoas envolvidas, pois isto poderá vir a comprometer a neutralidade que deve pautar a sua atuação.

A “pedra de toque” da independência e imparcialidade do árbitro é o seu dever de revelação, pelo qual o árbitro é incumbido de revelar às partes a totalidade das circunstâncias, cuja natureza possa afetar seu julgamento. Tal dever deve ser mantido ao longo de todo o procedimento arbitral, cabendo ao árbitro revelar às partes eventuais fatos novos que possam impactar na sua imparcialidade e independência, conforme os ditames do art. 14 da Lei de Arbitragem.

No que diz respeito à figura dos advogados, estes devem atuar com base no espírito colaborativo, que deve se perpetuar em diversos momentos, isto é, desde a assinatura do termo de arbitragem, até mesmo na elaboração

⁷⁷ MARTINS, 2018, p. 83.

⁷⁸ Ibid., p. 93.

do cronograma, a fim de se alcançar uma maior simplicidade e agilidade. A colaboração entre patronos não só é recomendável como favorece o diálogo e aproxima as partes, o que distende a relação litigiosa e dá amparo à resolução do conflito por transação⁷⁹.

A civilidade no trato das questões conflituosas é capaz de reduzir a litigiosidade, devendo ser evitada a linguagem agressiva comumente utilizada por advogados que, por sinal, é irrelevante para o deslinde da disputa e para o convencimento dos árbitros. Sem dúvidas, as peças de mais fácil leitura para a apreciação dos árbitros são aquelas que primam pela objetividade, sem o manejo de expressões supérfluas e desnecessárias.

Ainda no tocante à civilidade, esta também se manifesta nos modos como se impugna um árbitro. A parte tem o total direito de questionar, indagar ou impugnar o árbitro indicado, desde que o faça de forma fundamentada e com razão para tal, sem que desague na seara do abuso de direito.

O advogado também deve se preparar para as audiências, de forma a traçar estratégias, que variam de caso a caso:

No mais, o advogado não está obrigado a perguntar; sábio é aquele que sabe dosar e sopesar a inquirição, ciente do momento em que é oportuno dar-la por finda, por vislumbrar a inutilidade ou a adversidade das respostas, ou mesmo abrir mão dela por completo⁸⁰.

No que concerne ao último e não menos importante elemento do tripé – as partes –, vale destacar a necessidade de uma ampla colaboração e proatividade destas ao longo do procedimento. Para isso, é crucial que a parte perceba a dinâmica da arbitragem e se empenhe, sem pressionar os seus advogados de forma incessante, dando lugar para exercerem o seu trabalho com maestria.

⁷⁹ MARTINS, 2018, p. 86.

⁸⁰ Ibid., p. 89.

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM E ANÁLISE DA ARBITRAGEM LIBRA X CODESP

3.1 Procedimento arbitral e o nº de arbitragens em andamento no país

Após explorar o tripé da arbitragem – Tribunal Arbitral, partes e advogados –, cabe mencionar as etapas que compõe o método ora comentado, fazendo uma breve relação com o crescimento do número de arbitragens no Brasil, uma vez que a busca por esse mecanismo tem se tornado cada vez mais aparente, em vista das vantagens até então observadas.

Apesar de alguns regulamentos de arbitragem congregarem regras específicas e detalhadas sobre o procedimento que o processo arbitral terá até o proferimento da sentença, grande parte dos regulamentos prevê regras mais genéricas. São, portanto, propositalmente lacunosas para que as próprias partes adaptem o procedimento arbitral às suas necessidades.

Enquanto no processo judicial há um juiz aguardando a distribuição da causa, com as consequentes etapas clássicas de postulação, instrução e decisão, na arbitragem, cada procedimento se distingue na medida em que os regulamentos apresentam as suas devidas peculiaridades, assim como as controvérsias envolvidas podem se diferenciar bastante umas das outras.

O procedimento arbitral se divide em três grandes etapas, sendo a primeira delas a fase de instauração do procedimento arbitral que se inicia com o requerimento de arbitragem, cujo conteúdo depende do regulamento da instituição e se prolonga até o momento em que os árbitros são investidos.

Segundo o disposto no art. 19 da Lei de Arbitragem, a arbitragem é instituída quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. A prática hodierna mostra que o Tribunal Arbitral tem prevalecido frente ao papel do árbitro único, sendo amplamente recomendado ao propiciar um ambiente de maior troca de ideias e reflexões.

Superadas as noções da instauração, parte-se para a fase intermediária do procedimento arbitral. A organização nesse estágio se dá, principalmente, mediante um documento firmado pelos árbitros e pelas partes denominado de Termo de Arbitragem ou Ata de Missão, cujo objetivo reside no estabelecimento de normas procedimentais que serão utilizadas ao longo da arbitragem. Toda a parte procedimental que não estiver regulada na lei ou no regulamento da instituição de arbitragem será prevista no dito documento. Afinal, é cada vez mais comum e recomendado que os árbitros, ao tomarem conhecimento do litígio e das alegações das partes, tenham em mente a adoção de um Termo de Arbitragem ou uma Ata de Missão, na qual com as partes serão pormenorizadas todas as questões atinentes ao litígio, não só aquelas questões presentes na convenção de arbitragem, mas também as questões surgidas quando já iniciado o processo, especialmente a indicação de modo claro das demandas apresentadas pelas partes.

Nesse momento, também se costuma indicar um cronograma do processo arbitral que não precisa seguir, necessariamente, o prazo estabelecido na segunda parte do art. 23 da Lei de Arbitragem⁸¹. É inclusive razoável que tais prazos sejam negociados, pois grande parte deles podem se tornar inatingíveis.

Ultrapassada a fase intermediária, caminha-se para a fase de desenvolvimento, em que resta observada a postulação, instrução e, por fim, a decisão. Da assinatura do Termo de Arbitragem em diante, debruça-se sobre as questões postulatórias, com a apresentação das Alegações Iniciais, Resposta às Alegações Iniciais, Réplica, Tréplica, Alegações Finais, a depender do calendário fixado.

No que concerne à fase de instrução, é comum a realização de provas periciais, testemunhais, dentre outras. As audiências são frequentes e os advogados devem se preparar para tanto. Comumente são utilizados *powerpoints* para a apresentação do caso ou até mesmo para averiguar com

⁸¹ SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 373.

maior profundidade as questões de direito relevantes para solucionar a controvérsia observada.

Em seu turno, a estrutura da sentença arbitral não diverge muito de uma sentença judicial, visto que deve ser expressa e escrita, abarcando o relatório, os fundamentos, o dispositivo, a data e o local do proferimento. De igual forma, a sentença arbitral terá os mesmos efeitos da sentença judicial, nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem e será considerada título executivo judicial nos termos do art. 515, VII, do CPC.

No procedimento arbitral é comum a figura da sentença parcial, especialmente em pronunciamentos sobre a jurisdição dos árbitros, primeiro decidindo-se pela sua existência e, eventualmente, em momento futuro acerca do mérito do litígio; ou na dissolução parcial de sociedades, decidindo-se em um primeiro momento pela dissolução e depois pela apuração de haveres e indenizações, ou, ainda, primeiro decidindo-se pelo *an debeatur* e depois pelo *quantum debeatur*⁸².

Após a prolação da sentença arbitral, é facultado às partes a apresentação de pedidos de esclarecimentos para correção de erro material ou esclarecimento de obscuridades, contradições e dúvidas, nos termos do art. 30 da Lei de Arbitragem. Se comparados com o processo judicial, tais pedidos de esclarecimentos funcionariam como os já reconhecidos embargos de declaração, opostos, muitas vezes, de forma protelatória no âmbito do processo judicial. Conforme leciona o renomado Dr. Pedro Batista Martins:

A arbitragem – é preciso entender, digerir, se conformar e difundir – não tem recurso. É bala de prata. Um tiro só. Essa é uma das peculiaridades da jurisdição arbitral, muito bem aceita em diversas outras jurisdições, onde o embargo arbitral é exceção⁸³.

⁸² SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 376.

⁸³ MARTINS, 2018, p. 89.

Para além da sentença arbitral – seja parcial ou final –, o Tribunal Arbitral profere certos despachos ao longo do procedimento denominados de ordens processuais, sobre os quais as partes podem se manifestar.

Feitos os esclarecimentos necessários sobre o procedimento arbitral, faz-se mister analisar o crescimento das arbitragens no Brasil. Em 2021, o número de arbitragens em andamento no país bateu recorde e atingiu a marca de 1047 casos, um aumento de 5% em relação ao ano anterior, quando foram contabilizados 996 processos arbitrais, enquanto em 2019, foram 967 casos. Os dados postos em tela são oriundos da Pesquisa Arbitragem em Números, da professora e advogada Selma Lemes⁸⁴.

Observa-se, assim, que a arbitragem bate recorde na pandemia e o Brasil ocupa a segunda posição em ranking mundial, ficando atrás apenas dos Estados Unidos⁸⁵. Explica-se: a crise sanitária suspendeu a prestação de serviços e a entrega de insumos, o que levou muitas empresas a terem dificuldades para cumprir suas obrigações contratuais.

O cenário em questão contribuiu para o crescimento do número de disputas, aumentando-se, nitidamente, a procura pela arbitragem para a solução das controvérsias mundo afora.

No Brasil, especificamente, as demandas societárias e contratuais alavancaram, bem como as discussões atinentes ao mundo trabalhista e do esporte.

É evidente a consolidação da prática da arbitragem no Brasil, que tem se beneficiado de inovações jurídicas, tais como (i) a estipulação de arbitragem nos contratos com a Administração Pública Direta e Indireta; (ii) o futuro aproveitamento pelas Sociedades Anônimas do Futebol. A pandemia

⁸⁴ ARBITRAGEM registra recorde no país; veja dados do estudo. *Migalhas*, 18 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/375457/arbitragem-registra-recorde-no-pais-veja-dados-do-estudo>. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁸⁵ ARBITRAGEM bate recorde na pandemia e Brasil ocupa segunda posição em ranking mundial. *Jota*, 17 out. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/arbitragem-bate-recorde-na-pandemia-e-brasil-ocupa-segunda-posicao-em-ranking-mundial-17102022>. Acesso em: 07 nov. 2022.

da Covid-19 foi um evento que desbalanceou as relações comerciais, gerando atritos no mundo dos negócios, o que levou a expansão da arbitragem em diversos setores.

A arbitragem registrou em 2020 e 2021, cerca de R\$120 bilhões nos novos casos em discussão. Um conflito entre a Petrobrás e a Agência Nacional Petróleo (ANP) atingiu o valor recorde de maior arbitragem já feita no Brasil: R\$ 2 bilhões, restando evidente que além das cifras elevadas, a quantidade de casos entrantes no sistema também tem crescido exponencialmente⁸⁶.

Tal constatação nos leva a crer que inúmeras são as vantagens na adoção desse mecanismo, conforme será explicitado com maior clareza, adiante. Uma delas se refere à celeridade, quando comparada ao Poder Judiciário que tem se mostrado moroso ao extremo ao solucionar determinadas demandas.

A esse despeito, cumpre notar que em 2020, a média de duração das arbitragens nas câmaras indicadas foi de 19,12 meses. A câmara com menor tempo foi a CAM-FGV com a média de 10,13 meses. Em comparação com 2019, os processos ficaram 8% mais rápidos. Já em 2021, a média de tempo foi de 18,41 meses, sendo a CAMARB com duração mais curta, levando aproximadamente 14 meses⁸⁷.

3.2 Noções gerais do Princípio da Competência-Competência

Antes de mais nada, deve-se atentar que o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, originário do direito alemão, é exclusivo da arbitragem e foi adotado, no Brasil, pelo parágrafo único, do art. 8º, e § 1º, do art. 20, da Lei

⁸⁶ NÚMERO de novos casos de arbitragem em câmaras aumenta 600% em uma década. *Jota*, 4 out. 2022. <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/numero-de-novos-casos-de-arbitragem-em-camaras-aumenta-600-em-uma-decada-04102022>. Acesso em: 07 nov. 2022.

⁸⁷ ARBITRAGEM registra recorde no país; veja dados do estudo. *Migalhas*, 18 de outubro de 2022. Acesso em: 07 nov. 2022.

de Arbitragem⁸⁸. À luz da referida principiologia, cabe ao árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

O corolário lógico do princípio *Kompetenz-Kompetenz* é a competência negativa do judiciário e, por sua vez, a positiva do árbitro, cristalizando a derrogação da jurisdição estatal para uma justiça privada. Ao mesmo tempo em que se permite aos árbitros conhecerem dos litígios cobertos pelo escopo da convenção de arbitragem, é gerado um óbice aos juízes estatais de se pronunciarem sobre os referidos litígios. Resguarda-se, no entanto, o exame da existência, validade e eficácia por parte do Poder Judiciário nas restritas condições esculpidas na Lei (art. 32).

Cumprе distinguir os princípios da competência-competência e da separabilidade da cláusula compromissória. Partindo do conceito do princípio da competência-competência supracitado, tem-se que o princípio da separabilidade da cláusula compromissória é atinente à autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato no qual está inserida ou ao qual faz referência. Nesse contexto, a nulidade do contrato não contamina, necessariamente, a convenção.

Depreende-se, assim, que as partes, ao celebrarem cláusula compromissória, criam relação jurídica diversa daquela contida no contrato principal, sendo certo que a manifestação de vontade relativa à cláusula compromissória cinge-se à resolução de eventuais conflitos pela via arbitral, com ligação meramente instrumental ao objeto principal da avença⁸⁹.

Com efeito, a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato principal, o que resulta em sua existência, validade e eficácia também ser autônoma⁹⁰. Não por outro motivo, o Tribunal Arbitral continua

⁸⁸ TEODORA, Viviane Rosalia. Princípios da arbitragem: o princípio Kompetenz-kompetenz e suas consequências. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 51, a. 13, p. 221-248, Ed. RT, out./dez., 2016. p. 237.

⁸⁹ CARMONA, 2009, p. 173.

⁹⁰ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000. p. 234.

competente para solucionar o litígio, mesmo diante de vício maculando o contrato principal.

Como se pode perceber, a competência dos árbitros para decidirem sobre a sua própria competência está fortemente atrelada à separabilidade e autonomia da cláusula compromissória. Faz-se mister, agora, observar a aplicabilidade do princípio da competência-competência no Brasil.

O Superior Tribunal de Justiça já consignou que o princípio em comento atribui ao árbitro a prerrogativa de decidir sobre a sua própria competência, conforme explicitado em trecho do voto do Ministro João Otávio de Noronha, nos autos da SEC nº 12.781/EX:

Questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deverão ser apreciadas pelo árbitro, a teor do que dispõem os arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei n. 9.307/1996. Trata-se da denominada kompetenz-kompetenz (competência-competência), que confere ao árbitro o poder de decidir sobre a própria competência, sendo condenável qualquer tentativa das partes ou do juiz estatal de alterar essa realidade⁹¹.

Importante realçar, ademais, que o efeito negativo do princípio da competência-competência não exclui de forma absoluta a apreciação pelo Judiciário da competência do Tribunal Arbitral. Em verdade, o que se estabelece é a prioridade na manifestação do árbitro acerca de sua competência. A despeito disso, vislumbra-se que o princípio da competência-competência é um dos mais caros à arbitragem, aplicado de formas distintas nos ordenamentos jurídicos do mundo afora, sendo certo que o Brasil é um dos países que mais leva a ferro e fogo o princípio em alusão.

Conforme salientado anteriormente, a arbitrabilidade objetiva reúne direitos tanto patrimoniais, quanto disponíveis. Ocorre que eventual declaração de nulidade não é arbitrável, fazendo com que algumas legislações como a alemã e a portuguesa não tragam o conceito de disponibilidade, mas o de patrimonialidade.

⁹¹ STJ, SEC nº 12.781/EX, Corte Especial, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em: 07/06/2020.

É essencial deixar claro que o próprio árbitro tem competência para declarar a nulidade da cláusula arbitral que deu ensejo à arbitragem na qual ele foi constituído. Melhor dizendo, o tribunal arbitral tem a competência primária para julgar as questões concernentes à sua própria competência.

No tocante ao reconhecimento internacional do princípio da competência-competência, vale comentar que este é aceito praticamente universalmente em convenções internacionais de arbitragem, legislações nacionais, regras institucionais de câmaras de arbitragem, decisões judiciais e, principalmente, em sentenças arbitrais.

3.3 Explicação do Caso

Exaurida a discussão atinente às noções introdutórias do Princípio da Competência-Competência, passa-se então à explicação da arbitragem Libra x Codesp, tendo como plano de fundo o processo de desjudicialização.

O caso em referência é um típico litígio sobre a interpretação contratual e reequilíbrio econômico-financeiro em contratos administrativos. No fim da década de 1990, o Grupo Libra obteve, mediante licitação, dois arrendamentos portuários no Porto de Santos. Pouco depois, instaurou-se uma controvérsia em que os arrendatários e a autoridade portuária (na época, Codesp) imputavam-se, mutuamente, inadimplementos contratuais. Os arrendatários objetivavam alcançar o reequilíbrio contratual em face de tais descumprimentos e de outros fatores. A Codesp demandava pagamentos que reputavam devidos e as sanções correspondentes.

É essencial lembrar que o processo tramitou no Poder Judiciário até 2015, com decisões parcialmente favoráveis a ambas as partes, sem solução definitiva. Em 2012, por sua vez, foi editada a Lei 12.815, que substituiu a legislação sobre arrendamentos portuários vigente à época dos contratos (Lei 8.630). Vale dizer que a nova lei mencionava expressamente a arbitragem,

inspirando a edição do Decreto 8645, regulamentando a arbitragem no setor portuário.

Logo após, os arrendatários, a Codesp e a União firmaram um compromisso arbitral, o qual previa a extinção das ações judiciais e a resolução dos litígios correspondentes por meio da arbitragem⁹². Ultrapassados os trâmites, a arbitragem iniciou-se em 2016 por uma Câmara escolhida pelas partes no compromisso arbitral e no início de 2019, já havia sido prolatada uma sentença parcial. E mais: no final de 2019, foi proferida a sentença final, demonstrando a agilidade do procedimento arbitral, quando comparado com o Judiciário, que em razão da omissão do Legislativo e do Executivo, tem se tornado moroso e, muitas vezes, até ineficiente ao solucionar certas demandas.

Percebe-se, então, que em menos de três anos, as partes obtiveram a solução definitiva de um litígio que se prolongara no Poder Judiciário por mais de uma década, sem um desfecho.

Relembre-se, porém, que as vias para impugnar sentenças arbitrais são, sobretudo (i) a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem) e (ii) a ação de nulidade (art. 33, § 1º da Lei de Arbitragem). Os arrendatários promoveram ações anulatórias, mas a Justiça Federal de Brasília negou o pedido do Grupo Libra, de revogar a sentença arbitral que o condenou a pagar R\$ 2,8 bilhões em dívidas à Santos Port Authority (SPA), antiga Codesp. Na grande maioria dos casos, o Poder Judiciário confirma a validade da sentença arbitral, depositando confiança nos árbitros e no instituto da arbitragem como um todo. Há estudos indicadores de que o Judiciário confirma a validade de 85% a 95% das sentenças impugnadas⁹³.

⁹² GUIMARÃES, César Pereira. Mediação e arbitragem ganham espaço na indústria marítima. *Portos e Navios*, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/mediacao-e-arbitragem-ganham-espaco-na-industria-maritima>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁹³ Ibid., Acesso em: 09 nov. 2022.

Esse caso emblemático demonstra que a escolha da arbitragem permitiu às partes obter com rapidez, uma decisão final com força de coisa julgada. Para além disso, a arbitragem em questão possibilitou ao Tribunal de Contas da União (TCU) examinar por diversas vezes o tema da arbitragem em contratos administrativos e solidificar a evolução da sua perspectiva sobre o referido assunto. E mais: a arbitragem *Libra v. Codesp* provê fortes indícios de que a Administração Pública no Brasil caminha para a adoção plena da arbitragem como um mecanismo eficiente e legítimo de resolução de litígios.

3.4 Novo Projeto de Lei sob uma perspectiva crítica

Após esmiuçar as principais diretrizes da arbitragem *Libra v. Codesp* na perspectiva da desjudicialização, cabe analisar criticamente o Novo Projeto de Lei (PL 3293/2021), refletindo os medos e resistências manifestadas pela comunidade jurídica.

Em setembro de 2021, a deputada federal Margarete Coelho apresentou o PL 3293/2021, que visa alterar a Lei de Arbitragem (Lei 9307/1996) e objetiva disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias. Este projeto é absolutamente devastador para o ambiente negocial e, sem dúvidas, está em descompasso com o que se pratica no mundo inteiro, uma vez que as mudanças propostas acabam por restringir a liberdade das partes, bem como quebrar a confidencialidade do sistema.

Não obstante o fracasso dessa iniciativa parlamentar isolada, a arbitragem vem ganhando, cada vez mais, notoriedade no Brasil, se consolidando como um meio legítimo e confiável de resolução de litígios, elevando, portanto, o patamar de aceitação e eficácia perante os jurisdicionados. Diante da flexibilidade procedimental e adaptabilidade à solução de conflitos nos diversos ramos da atividade econômica e financeira, a autorregulamentação da arbitragem, por meio dos regulamentos das

câmaras arbitrais e diretrizes internacionais de *soft law*, tem se afigurado suficiente para atender aos seus objetivos, dispensando a interferência suplementar do legislador⁹⁴.

No que concerne à figura do árbitro, pretende a propositura acrescentar um § 8 ao art. 13 da LA, obstando o árbitro de “*atuar concomitantemente, em mais de dez arbitragens, seja como árbitro único, coárbitro ou como presidente do tribunal arbitral*”. A preocupação do legislador visa evitar a ocorrência de conflitos de interesses que possam vir a comprometer a independência do julgador.

Muito embora exista tal preocupação do legislador, limitar a atuação concomitante do árbitro em até dez arbitragens não é uma prática saudável para o correto e imparcial desempenho de seu mister, como também não se afigura tão frequente a ponto de justificar a iniciativa parlamentar sob o ponto de vista do conflito de interesses⁹⁵.

Diz-se também que a presença de um mesmo árbitro em algumas dezenas de casos simultâneos poderia abrir um espaço para o ajuizamento de uma maior quantidade de ações anulatórias. Todavia, a justificativa supramencionada carece de lógica e fundamentação, dado que nenhuma ação anulatória de sentença arbitral se pautou, nem poderia se pautar, no fato de o árbitro ter mais de dez processos sob sua análise⁹⁶.

Nesse sentido, eventuais anulações existentes pautam-se na inobservância das formalidades necessárias e esculpidas pela Lei de Arbitragem. E mais: não há juiz de direito com essa limitação de processos que se pretende impor ao instituto da arbitragem.

⁹⁴ BONIZZI, Marcelo; AVOLIO, Luiz Francisco. Notas sobre o projeto de lei que disciplina a atuação do árbitro. *Migalhas*, 23 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/372075/notas-sobre-o-projeto-de-lei-que-disciplina-a-atuacao-do-arbitro>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁹⁵ Ibid., Acesso em: 10 nov. 2022.

⁹⁶ SILVA, Gabriel de Britto. PL que altera Lei de Arbitragem é impertinente e contraria legislações globais. *Jota*, 20 jul. 2022. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pl-que-altera-lei-de-arbitragem-e-impertinente-e-contraria-legislacoes-globais-20072022>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Não há sentido algum a inclusão do §8 ao art. 13, também porque as próprias partes, no âmbito da autonomia da vontade, escolhem livremente o árbitro com base na experiência e especialização, não podendo ficar a mercê de uma possível regra que negligencia a essência da arbitragem e representa intromissão do Estado.

Sob esse prisma, limitar a dez o número de arbitragens por árbitro é sinônimo de enfraquecimento da arbitragem, fazendo com que o mercado não seja mais rentável, o que faz com que as arbitragens passem a ser implementadas no exterior, onde inexistente tal limitação.

Além de limitar o número de nomeações concomitante, impõe a propositura no §9 uma vedação genérica para a atuação do árbitro, conforme explicitado abaixo:

§9º Não poderá haver identidade absoluta ou parcial dos membros de dois tribunais arbitrais em funcionamento, independentemente da função por eles desempenhada.

A redação do dispositivo encerra uma impropriedade terminológica, por abarcar no termo “tribunais arbitrais”, o “tribunal”, propriamente dito (o painel arbitral, ou conjunto de julgadores) com “câmara arbitral” (a instituição)⁹⁷, o que pode acarretar diversos questionamentos e impugnações.

No que tange ao dever de revelação, é de se observar o art. 14, §1 que preceitua os seguintes ditames:

A pessoa indicada para funcionar como árbitro tem o dever de revelar, antes da aceitação da função e durante todo o processo a quantidade de arbitragens em que atua, seja como árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal, e qualquer fato que denote dúvida mínima quanto à sua imparcialidade e independência.

É desnecessário mencionar a quantidade de arbitragens em que atue o árbitro ou tenha atuado, fazendo mais sentido acrescentar “*tão somente no que concerne a possível conflito de interesses com as partes da causa*”.

⁹⁷ BONIZZII; AVOLIO, 2022. Acesso em: 10 nov. 2022.

Ademais, registre-se que o projeto de lei em comento adiciona ao art. 14, o §3, prevendo que:

Os integrantes da secretaria ou diretoria executiva da câmara arbitral não poderão funcionar em nenhum procedimento administrado por aquele órgão, seja como árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal, ou ainda como patrono de qualquer das partes.

A inclusão do §3 se mostra totalmente descabida, ao restringir o livre exercício de uma atividade profissional, em nítida afronta ao art. 5º, inciso XIII, da CRFB/88. Frisa-se, ainda, que um secretário, um diretor e um árbitro possuem funções e interesses inconfundíveis, e, portanto, não conflitantes entre si.

Cumpre notar, também, que o PL 3293/2021 acrescenta ao art. 33, §1 da LA, a observância ao princípio da publicidade e menciona, de forma equivocada, o procedimento comum do CPC de 1973, revogado em março de 2015, pelo advento da Lei 13.105.

Compreende-se que a publicidade destrói o instituto da arbitragem, uma vez que pode causar irreparáveis prejuízos às empresas ou pessoas participantes do referido método, primordialmente no que se refere aos segredos comerciais e industriais ou ao sigilo de dados⁹⁸. A confidencialidade, portanto, deve prevalecer em face da publicidade.

Importante consignar que a arbitragem possui base contratual, restando definidos todos os fatores que regularão eventual instituição da arbitragem e seu procedimento, cabendo, assim, a opção pela confidencialidade. Nesse contexto, a imposição genérica da publicidade – que a lei apenas reserva às arbitragens com a Administração Pública – representaria mácula exorbitante ao princípio *pacta sunt servanda*, base da liberdade contratual e da livre iniciativa econômica.

Para além disso, o PL 3293/2021, em seu artigo 5º A, exige a publicação da composição do painel e o valor envolvido na controvérsia, sob

⁹⁸ BONIZZII; AVOLIO, 2022. Acesso em: 10 nov. 2022.

o raso argumento de que a repetição dos painéis arbitrais deve ser evitada. Ao revés do que o PL pretende fazer, impende salientar que a matéria é submetida ao dever de revelação dos árbitros que devem declinar de arbitragens que ensejam possíveis conflitos. Quanto ao valor envolvido, apenas se justificaria em se tratando de arbitragens envolvendo a Administração Pública, uma vez que a questão atinente ao valor se encontra no âmbito da proteção à confidencialidade e ao sigilo de dados.

Ainda na seara do conflito publicidade-confidencialidade, o PL objetiva a publicação na íntegra da sentença arbitral, conforme dispõe o art. 5º B do referido projeto, em tentativa escancarada de arruinar o instituto da arbitragem e afastar as suas principais bases principiológicas.

É evidente que o projeto de lei em epígrafe acaba por desestimular a arbitragem, acarretando a mazela social, ao gerar riscos intermináveis ao setor industrial e comercial que, como se sabe, são tratados sobretudo via métodos extrajudiciais, estando fora da órbita do Judiciário há algum tempo. Os litígios dotados de maior complexidade não vêm sendo pacificados no Judiciário em razão da morosidade e falta de especialização do julgador neste sistema⁹⁹.

3.5 Vantagens na adoção do método da arbitragem

Expostos os norteadores da arbitragem, cabe comentar as vantagens do referido método de resolução de controvérsias. Não se pode olvidar que a arbitragem se coloca como uma alternativa para julgamentos produzidos com uma melhor relação de custo-benefício, se apresentando como uma oportunidade para as partes obterem uma decisão mais equitativa, possibilitando-as de fugir de um sistema de justiça sobrecarregado e moroso em sua essência.

⁹⁹ SILVA, 2022. Acesso em: 10 nov. 2022.

Nesta toada, a justiça estatal pode não ser a alternativa de maior eficiência, como também pode não se apresentar como a melhor alternativa para efeito de um trato equitativo entre as partes¹⁰⁰, o que leva a busca, cada vez mais incessante, por outros métodos, como por exemplo, a arbitragem.

Dentre os benefícios do procedimento arbitral menciona-se, em primeiro lugar, a celeridade. Enquanto uma demanda pode se alastrar durante anos e até mesmo décadas no Judiciário, as disputas solucionadas mediante arbitragem tendem a ser resolvidas mais rapidamente e de modo mais eficaz. Isto em muito se relaciona com a perspectiva crítica do ativismo judicial, uma vez que o fenômeno em referência faz com que o Judiciário dê soluções não tão eficientes por estar assoberbado de demandas, primordialmente diante da omissão dos demais Poderes. A demora em solucionar eventual litígio faz com que este perca, muitas vezes, o seu próprio objeto.

Afinal, a morosidade da Justiça gera descrença nas instituições do Estado, favorece o comportamento oportunista, e, por isso, é vista como um obstáculo ao desenvolvimento, sendo certo que a morosidade do Judiciário aumenta a litigiosidade social com a não solução do litígio em tempo razoável¹⁰¹.

Além disso, a especialidade também se mostra como uma vantagem da arbitragem, uma vez que são as próprias partes que escolhem os árbitros, especialistas, portanto, na matéria em discussão e com reconhecida capacidade técnica. A bem da verdade, a expectativa de que o processo arbitral seja conduzido por especialistas reduz os custos de negociações desnecessárias ou medidas de caráter protelatório.

De forma a exemplificar, enquanto um árbitro pode ser especialista nos assuntos envolvendo energia, espera-se que um juiz não tenha tal conhecimento de forma aguçada. Assim, resta cristalino que os litígios de

¹⁰⁰ SALLES; LORENCINI; SILVA, 2020, p. 338.

¹⁰¹ PILGER, Márcia Ester Castro; TIMM, Luciano Benetti. Da arbitragem como ferramenta de gestão empresarial: investigação empírica nas empresas do Rio Grande do Sul. *Revista de Arbitragem e Mediação* v. 41/2014, p. 175-203, abr./jun., 2014. p. 8.

maior complexidade vêm sendo pacificados mediante arbitragem, uma vez que no Judiciário, a ausência de especialização do julgador acaba imperando.

Para além de tal vantagem, observa-se também a flexibilidade do procedimento arbitral. Em outras palavras, são as partes que estabelecem a fluência do processo, fixando as datas para apresentarem as manifestações e escolhendo os julgadores de suas demandas. Os regulamentos das instituições de arbitragem acabam sendo utilizados de forma efetiva, e em alguns momentos são costurados para se adequarem as peculiaridades das partes, que, como se observa, ditam o processo, em conjunto com os árbitros.

A despeito disso, enquanto o processo civil é marcado por prazos infinitos e regras intermináveis com base no Código de Processo Civil de 2015, a arbitragem é dotada de flexibilidade e se amolda aos litígios conforme as partes bem entenderem, segundo as premissas do princípio motor da autonomia da vontade.

Outrossim, a confidencialidade também é vista como uma das vantagens da arbitragem, ao resguardar segredos comerciais e industriais, garantindo o sigilo de dados. A par disso, a garantia da confidencialidade é diminuidora potencial dos custos de transação quando se trata de informações sigilosas, que envolvem operações comerciais confidenciais ou sensíveis à concorrência¹⁰².

No mais, a eficácia e transparência, lado a lado são extraídas do instituto da arbitragem, acompanhada da ideia de economia. Para as empresas, o tempo do processo acaba impactando no fluxo de caixa. Dito de outra forma, o tempo corrói as relações jurídicas e intensifica o descrédito da Justiça.

Hoje, no Brasil, a arbitragem é um instituto sólido, desenvolvido e congrega múltiplas vantagens, quando comparada ao Poder Judiciário. Espera-se, assim, que o PL 3293/2021 seja extirpado por completo, para que

¹⁰² PILGER; TIMM, 2014, p. 8.

o instituto em epígrafe continue em efervescência, vindo a ser utilizado para as mais variadas formas de conflitos.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, espera-se que seja possível vislumbrar a ascensão do Poder Judiciário e, especialmente, do STF, que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ocupar um papel de prestígio no enredo político brasileiro. Se por um lado, a liberdade com que o Supremo Tribunal Federal vem resolvendo sobre matérias tão relevantes evidencia a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas últimas duas décadas, favorecendo o fortalecimento do Estado de Direito e do constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo¹⁰³.

Afinal, o Direito não é monopólio do Judiciário, cabendo ao parlamento o controle abstrato de normas, uma vez que este detém mais condições de examinar os aspectos referentes à materialidade da lei, com respaldo em um exame de fundamentação. As falhas no sistema representativo e o crescimento da complexidade das relações jurídicas repercutem no protagonismo dos juízes sobre os pedidos inerentes ao corpo social.

Há, portanto, um certo estímulo ao ativismo judicial brasileiro, na medida em que é evidente a existência de falhas de natureza substancial e sistemática na representatividade dos desejos populares, por parte daqueles que são eleitos como representantes. Estes colaboram para a ineficiência da atividade legislativa e do executivo, haja vista a ascensão de coalizações políticas caracterizadas pelo imediatismo e pelo pragmatismo¹⁰⁴.

Em alguns momentos, a interferência do Poder Judiciário se faz razoável quando realizada com a finalidade de extirpar com as injustiças e reforçar os princípios de matriz democrática, esculpidos pela Constituição de 1988. Em seu turno, o Judiciário deve atuar em consonância com os

¹⁰³ MIZRAHI, 2021, [s.p.].

¹⁰⁴ Ibid., [s.p.].

dispositivos normativos, pois, caso contrário, ensejará na degradação da democracia.

Constata-se, então, que as omissões intercorrentes do Legislativo e do Executivo, bem como a atuação exacerbada do Poder Judiciário podem contribuir para um quadro de insegurança jurídica e um cenário preocupante à democracia brasileira, sendo necessário que os juízes e tribunais atuem de forma cautelosa para não se transformarem em uma instância hegemônica.

É sob esse contexto que se observa o processo de desjudicialização e a busca por métodos alternativos em detrimento do Poder Judiciário, que tem sido moroso e até mesmo ineficiente ao propor soluções para certos casos.

A arbitragem, por sua vez, é o mecanismo explorado no presente trabalho, tendo como fulcro os princípios que giram em torno de tal instituto, bem como as vantagens na adoção do procedimento arbitral.

Intentou-se, assim, compreender o panorama geral da arbitragem e o seu crescimento nos últimos anos, inclusive no âmbito da Administração Pública, como restou cristalino com a exposição da arbitragem *Libra v. Codesp*. O papel das partes se mostra importantíssimo para o referido método, com base na autonomia da vontade e na flexibilidade do procedimento que se amolda conforme os anseios dos participantes.

Esmiuçadas as principais diretrizes do instituto, buscou-se criticar fundamentadamente o PL 3293/2021, o qual objetiva dilacerar a arbitragem como um todo, ao afastar a ideia de liberdade das partes e a confidencialidade do sistema, em nítida tentativa de gerar impactos negativos para o ambiente negocial brasileiro.

Deve-se sempre rememorar que a busca pela arbitragem tem se tornado uma realidade não só mundial, como também brasileira, sendo certo que o fenômeno do ativismo judicial levou o Poder Judiciário a propor soluções não tão equilibradas e em descompasso com a realidade de cada caso. Não há dúvidas de que o silêncio do Legislativo e do Executivo

impactou fortemente na ascensão desordenada do Judiciário, que se viu assoberbado com demandas intermináveis, tomando muitas decisões sem resguardar a reconhecida legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. *Revista dos Tribunais*, v. 1008/2019, p. 43-54, out., 2019.

ANTUNES DA COSTA, Nilton César. *Efeitos processuais da convenção de arbitragem*. Campinas: Editora Servanda, 2006.

ARABI, Abhner Youssif Mota. Ascensão do judiciário e tensão institucional: judicialização, ativismo e reação do poder legislativo (PEC 33/2011). *E-legis*, Brasília, n. 10, p. 42-55, jan/abr, 2013.

ARBITRAGEM bate recorde na pandemia e Brasil ocupa segunda posição em ranking mundial. *Jota*, 17 out. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/arbitragem-bate-recorde-na-pandemia-e-brasil-ocupa-segunda-posicao-em-ranking-mundial-17102022>. Acesso em: 07 nov. 2022.

ARBITRAGEM registra recorde no país; veja dados do estudo. *Migalhas*, 18 de outubro de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/375457/arbitragem-registra-recorde-no-pais-veja-dados-do-estudo>. Acesso em: 07 nov. 2022.

BALKIN, Jack M. *Constitutional Crisis and Constitutional Rot*: Faculty Scholarship Series. New Heaven, Estados Unidos: 5158, 2017.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Constitutional Crises. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, Estados Unidos, v. 157, n. 3, 707. ed, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a. [Livro eletrônico].

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018b.

BONIZZZI, Marcelo; AVOLIO, Luiz Francisco. Notas sobre o projeto de lei que disciplina a atuação do árbitro. *Migalhas*, 23 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da->

arbitragem/372075/notas-sobre-o-projeto-de-lei-que-disciplina-a-atuacao-do-arbitro. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. PL 3293/2021. *Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para disciplinar a atuação do árbitro, aprimorar o dever de revelação, estabelecer a divulgação das informações após o encerramento do procedimento arbitral e a publicidade das ações anulatórias, além de dar outras providências*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2300144>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRILHANTE, Pedro; PORTO, Eduardo. *O que é arbitragem e alguns dos motivos da sua popularidade*. 3 dez. 2021.

CABRAL, Thiago Dias Delfino. “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) no Sistema Multiportas do Código de Processo Civil. The dispute boards in the multiport system of the Code of Civil Procedure. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Ed. RT, v. 59, a. 15, p. 35, out./dez., 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 7 ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020. [Livro eletrônico].

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 60, p. 59-117, abr./jun., 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. Crise da democracia representativa e os reflexos sobre a separação dos poderes: o enfraquecimento do Estado. Constituição, Economia e Desenvolvimento: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 339-361, jul./dez., 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial. Proposta para uma discussão conceitual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 193, jan./mar., 2012.

CONVENÇÃO de arbitragem: distinções entre cláusula compromissória (cheia e vazia), compromisso arbitral e termo de arbitragem. *Arbipedia*. Disponível em: <https://www.arbipedia.com/conteudo-exclusivo/convencoes-de-arbitragem-clausula-compromissoria-cheia-clausula-compromissoria-vazia-compromisso-arbitral-e-termo-de-arbitragem.html>. Acesso em: 02 nov. 2022.

COURA, Alexandre Castro; DE PAULA, Quenya Correa. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 116, p. 63-112, jan./jun., 2018.

DALY, Tom G. Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field. *Hague Journal on the Rule of Law*, Haia, Países Baixos, v. 11, n. 1, abr., 2019.

DE ARAÚJO, Eugênio Rosa. A Judicialização da Política e o ativismo Judicial: Distinção, Causas e Perspectivas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, jan./mar., 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Capítulo 15: *A “Separação de poderes”*: critérios de divisão do Poder. Editora Saraiva, 2015.

FISHKIN, Joseph; POZEN, David E. Asymmetric Constitutional Hardball. *Columbia Law Review*, v. 118, p. 915-82, 2018.

FISHKIN, Joseph; POZEN, David E. Evaluating Constitutional Hardball: Two Fallacies and a Research Agenda. *Columbia Law Review Online*, v. 119, p. 12, 2019. [No prelo]

FRANCO, Tiago Bana. Ativismo judicial: A desarrazoada busca do razoável. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 32/2013, p. 59-83, jul./dez., 2013.

GREIN, Dante Giovanni Carminati; WIVIURKA, Eduardo Seino; ARRAES, Roosevelt. *O ativismo judicial no Brasil*: Definições e críticas. 2021.

GROLA, Fúlvia Bolsoni. Arbitragem *ad hoc*, institucional e regimental: uma análise sobre vantagens e desvantagens. o que considerar no momento da escolha do tipo de arbitragem? *Revista de Direito Empresarial*, v. 1/2014, p. 223-248, jan./fev., 2014, Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, v. 5, 2014, p. 1267-1296, set., 2014.

GUIMARÃES, César Pereira. Mediação e arbitragem ganham espaço na indústria marítima. *Portos e Navios*, 17 jun. 2021. Disponível em: <https://www.portosenavios.com.br/noticias/portos-e-logistica/mediacao-e-arbitragem-ganham-espaco-na-industria-maritima>. Acesso em: 09 nov. 2022.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. 1. ed. Cambridge, Estados Unidos: Harvard University Press, 2007.

HOLLOWAY, Carson. Judicial activism, by liberals and conservatives, is a danger to America. In: BERLATSKY, Noah. *Judicial activism: opposing viewpoints*. Estados Unidos: Greenhaven Press, 2012.

JOBIM, Marco Félix. Ativismo judicial e suas múltiplas definições. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n. 3, set./dez., 2021.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v. 3/2014, p. 131-152, jan./fev., 2014.

LACRETA, Isabela. Aspectos Contratuais da Cláusula Compromissória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, *Revista de Direito Empresarial*, v. 20, nov., 2016.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, n. 244, jun., 2015.

LEVITINAS, Marcelo; COELHO, Luisa Cabral de Mello Marques. O compromisso arbitral e o momento de nomeação dos árbitros: por uma interpretação razoável do artigo 10 da Lei de Arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, a. 17, n. 65, jan./mar., 2020.

LIMA, Gabriel Meira Nóbrega de. Direito Constitucional. *Conteúdo Jurídico*, 25 abr 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52827/ascensao-institucional-do-poder-judiciario-uma-analise-dos-fatores-institucionais-formais-e-informais-que-favorecem-o-ativismo-judicial>. Acesso em: 10 out. 2022.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro. 2008. 130 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, 2008.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, Colorado, Estados Unidos, v. 73, p. 101-40, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Grande Tribunal Arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: Ed. RT, v. 59, a. 15, out./dez., 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo, n. 58, p. 183-202. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MIZRAHI, Giovanna Caboudy. *A Ordem Jurídica e o Papel do Judiciário tendo como fulcro a crise institucional*. 2021.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Comentários ao texto completo. In: MOTTA JR., Ademar et al.. *Reforma da Lei de Arbitragem*. CEMCA/COPREMA. [s.a.].

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: Teoria e Prática*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

NANNI, Giovani Ettore. Notas sobre os negócios jurídicos da arbitragem e a liberdade de escolha do árbitro à luz da autonomia privada. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. Soluções Práticas de Direito. Convenção de Arbitragem e Compromisso Arbitral - Aplicabilidade do Princípio kompetenz-kompetenz. *Revista dos Tribunais*, v. 5, 2014, p. 71-150, set., 2014.

NÚMERO de novos casos de arbitragem em câmaras aumenta 600% em uma década. *Jota*, 4 out. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas->

especiais/seguranca-juridica-investimento/numero-de-novos-casos-de-arbitragem-em-camaras-aumenta-600-em-uma-decada-04102022. Acesso em: 07 nov. 2022.

PILGER, Márcia Ester Castro; TIMM, Luciano Benetti. Da arbitragem como ferramenta de gestão empresarial: investigação empírica nas empresas do Rio Grande do Sul. *Revista de Arbitragem e Mediação* v. 41/2014, p. 175-203, abr./jun., 2014.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RECURSOS de Arbitragem Internacional. *Aceris Law LLC*. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc/> Acesso em: 31 out. 2022.

SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2020. [Livro eletrônico].

SHUGERMAN, Jed. Constitutional Hardball v Beanball, Identifying Fundamentally Antidemocratic Tactics. *Columbia Law Review Online*, v. 119, 2019. [No prelo]

SILVA, Gabriel de Britto. PL que altera Lei de Arbitragem é impertinente e contraria legislações globais. *Jota*, 20 jul. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pl-que-altera-lei-de-arbitragem-e-impertinente-e-contraria-legislacoes-globais-20072022>. Acesso em: 10 nov. 2022.

STF, *AgRg no SE no 5.206*, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado em: 12/12/2001.

STJ, *SEC no 12.781/EX*, Corte Especial, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Julgado em: 07/06/2020.

TEODORA, Viviane Rosalia. Princípios da arbitragem: o princípio Kompetenz-kompetenz e suas consequências. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 51, a. 13, p. 221-248, Ed. RT, out./dez., 2016.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, *The John Marshall Law Review*, 37, p. 523-553, 2003-2004.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Judicialização, ativismo judicial e interpretação constitucional In: KIM, Renato Siqueira de Pretto Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). *Interpretação Constitucional no Brasil: Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008.

WALD, Arnold; NANNI, Giovanni Ettore. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 15, v. 59, out./dez., 2018.