

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Paola Cantarini²⁰³

Ricardo Sayeg²⁰⁴

RESUMO

Pretende-se abordar alguns dos principais aspectos controvertidos envolvendo o tema da arbitragem no Brasil, em especial quanto à sua natureza jurídica, trazendo repercussões práticas em tal seara. Em um segundo momento visa-se analisar a possível inconstitucionalidade do instituto jurídico tendo em vista o desvirtuamento que está a ocorrer, particularmente quando se fala na arbitragem na Bolsa de Valores de São Paulo, por trazer um sistema incompatível com a principal característica qual seja, sua facultatividade. Por derradeiro, passa-se à análise sistêmica do instituto à luz da Teoria dos Sistemas Sociais de N. Luhmann, questionando a autonomia do direito arbitral como um sistema social, face ao sistema do Direito, uma vez que se reputa indispensável a aplicação subsidiária do CPC – Código de Processo Civil na arbitragem, não configurando, por conseguinte, um microsistema no sentido de sua completa autonomia frente a outros subsistemas jurídicos, como o Processual.

PALAVRAS-CHAVE:

Constitucionalidade da Arbitragem.

Teoria dos Sistemas Sociais. Natureza jurídica. Bolsa de Valores de São Paulo

ABSTRACT

It is intended to address some of the main controversial aspects involving the subject of arbitration in Brazil, especially regarding its legal nature, bringing practical repercussions in this area. In a second moment, the aim is to analyze the possible unconstitutionality of the legal institute in view of the distortion that is occurring, particularly when it comes to arbitration on the São Paulo Stock Exchange, as it brings a system incompatible with the main characteristic, namely: its facultativity. Finally, there is the systemic analysis of the institute in the light of N. Luhmann's Theory of Social Systems, questioning the autonomy of arbitral law as a social system, compared to the system of law, since the subsidiary application of the law is indispensable. CPC - Code of Civil Procedure in arbitration, therefore not configuring a micro system in the sense of its complete autonomy from other legal subsystems, such as the Procedural.

KEY WORDS: *Constitutionality of Arbitration. Social Systems Theory. Legal nature. Sao Paulo Stock Exchange*

²⁰³ Pós-Doutora em Filosofia, Arte e Pensamento Crítico na European Graduate School (EGS). Pós-Doutora em Sociologia no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, Pós-Doutoranda em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP) em Filosofia na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), e em Antropologia na PUCSP. Mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutora em Filosofia do Direito pela Università del Salento (Itália).

Visiting researcher na Scuola Normale Superiore de Pisa – Itália. Doutoranda em Filosofia pela PUCSP. Advogada, artista plástica e professora Universitária – FATEC- Bahia.

²⁰⁴ Professor Livre-Docente em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da PUC-SP, Mestre e Doutor pela PUC-SP, advogado, membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da Federação das Indústrias de São Paulo. Membro do Conselho Superior da CAPES.

1. PROBLEMATIZAÇÃO

A arbitragem assim como os demais meios de solução extrajudicial ou alternativa de conflitos, também denominadas de ADRs - Alternative Dispute Resolution nos países que seguem o sistema da Common Law, situa-se dentro dos escopos de socialização do processo e de justiça participativa, podendo ser caracterizados como instrumentos de democratização da Justiça, ou de privatização da Justiça, sendo essencial diante da crise do Judiciário e da crise do processo.

A arbitragem encontra-se prevista em nosso ordenamento jurídico, desde as Ordenações Filipinas de 1595, ratificadas em 1603, desde a Constituição Federal do Império de 1824, encontrando atualmente previsão na Lei 9.370/96, com alterações promovidas pela Lei 13.129/2015.

Envolvendo o direito de acesso à justiça como direito fundamental e essencial à garantia de uma ordem jurídica justa, a arbitragem é um dos meios extrajudiciais ou alternativos de resolução de conflitos, ao lado da mediação, da conciliação e segundo alguns da negociação. Trata-se de um sistema pluriprocessual de solução de

litígios, denominado pelos americanos de “tribunais ou sistema multi-portas” (Multi-door Courthouse System), consoante conceito da lavra de Frank E. A. Sander, professor da Universidade de Harvard. O sistema multiportas é um modelo alternativo de solução de litígios que prevê a integração de diversos modos de processamento de conflitos, judiciais ou extrajudiciais. Segundo tal instituto a parte após uma triagem realizada por um profissional especializado seria encaminhada à porta mais adequada para solução de seu caso.

Na década de 1970, também surgia o projeto de pesquisa denominado Projeto Florença, desenvolvido pelos professores Mauro Cappelletti e Bryan Garth, conhecido pela denominação de “as três ondas do acesso à justiça”. A primeira onda abrange a assistência judiciária aos necessitados; a segunda onda, a representação dos interesses difusos e a terceira, a arbitragem, a conciliação e a mediação. Em tal estudo foram identificados como principais entraves do acesso à Justiça o aspecto econômico, a natureza organizacional e o aspecto processual²⁰⁵, envolvendo a busca de soluções práticas para o problema do acesso à justiça.

²⁰⁵ Fredie Didier Jr., “Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios

de solução adequada de conflitos”. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

A arbitragem relaciona-se com a busca pela Justiça e com a efetividade do Direito, bem como com a denominada deformalização do contencioso, por consubstanciar a própria deformalização das controvérsias, pois é instrumento propício para a deformalização também do processo, já que as regras procedimentais podem ser estabelecidas pelos interessados, havendo certa flexibilidade procedimental, que resulta em um procedimento pragmático e com maior informalidade (art. 2º, p. 1º, 11, IV, 19, p. 1º., 21 caput e p. 1º. e 2º. da Lei de arbitragem).²⁰⁶

Arelado à natureza jurídica da arbitragem está o conceito que se tem de jurisdição, sendo certo que a análise de qualquer instituto jurídico demanda a correta compreensão de sua natureza jurídica, considerando esta uma questão teórica com diversas implicações práticas. Neste sentido, pretende-se abordar as diversas teorias e entendimentos doutrinários acerca de tal questão, envolvendo em um segundo momento a questão da obrigatoriedade ou facultatividade da arbitragem e da constitucionalidade ou não de legislações que prevejam tal instituto de forma compulsória.

Questiona-se: como pode ser a arbitragem considerada jurisdição se esta é um atributo exclusivo do Poder Judiciário? Como pode ser a sentença arbitral equiparada à sentença judicial, se carece de coercibilidade e autoexecutoriedade?

2. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM E CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Não há um entendimento pacífico da doutrina acerca da natureza jurídica da arbitragem, sendo que tal questão afeta ao conceito de jurisdição. Considerando-se a jurisdição como atribuição, poder e atividade do Estado, por intermédio do Judiciário, de aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto, teríamos afastada a natureza jurisdicional da arbitragem, pois sua organização não integra o Estado, sendo um sistema privado de solução de conflitos. Caso seja entendido, ao contrário, que a jurisdição é o poder de solucionar um conflito independentemente da qualidade pública ou privada de quem a exerce, seguirá o entendimento de que arbitragem é jurisdição.

²⁰⁶ Francisco José Cahali, “Curso de arbitragem”, p. 79.

Segundo entendimento de Scavone, a arbitragem é um meio privado, jurisdicional e alternativo para a solução de conflitos disponíveis, sendo a sentença arbitral título executivo judicial, prolatada pelo árbitro especialista da área. As partes, ao abdicarem da jurisdição estatal, submetem-se à decisão da sentença arbitral por livre iniciativa de vontade.²⁰⁷

Para Guilherme a convenção arbitral é de natureza contratual, devendo ser revestida pelos princípios do consensualismo, obrigatoriedade da convenção, relatividade dos efeitos do contrato, confidencialidade e competência-competência, sob pena de restar prejudicada²⁰⁸.

Cahali afirma que não há mais razão de se manter a crença no dogma da exclusividade do Estado no exercício da função jurisdicional e na indelegabilidade da jurisdição, considerando a arbitragem uma jurisdição privada e sua natureza jurisdicional.²⁰⁹ Para Cahali²¹⁰(*ibidem*) há 4 quatro teorias acerca da natureza jurídica da arbitragem. A privatista ou contratualista, entendendo ser a

arbitragem um negócio jurídico, perdeu sua justificação com o advento da Lei 9.307/96 ao dispensar a homologação pelo Judiciário do laudo arbitral. A jurisdicional ou publicista, entendendo sua natureza como jurisdicional, como forma de exercício da função jurisdicional, aos árbitros confere uma jurisdição extraordinária de caráter público. A decisão arbitral é denominada pela Lei da Arbitragem, Lei nº 9.307/96, sentença arbitral, enfatizando-se ainda, nos termos dos artigos 18 e 23, que o árbitro é juiz de fato e de direito, sendo este um dos principais argumentos da tese doutrinária que afirma ter a arbitragem natureza jurídica de jurisdição. A teoria intermediária ou mista, abrangendo o aspecto contratual e o jurisdicional, e a teoria autônoma, entendendo ser a jurisdição um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente, sendo de relevância no tocante à arbitragem internacional.

Dinamarco afirma de forma original uma diversa natureza jurídica quanto à função do árbitro, qual seja, parajurisdicional, em suas palavras:

²⁰⁷ Luiz Antônio Scavone Junior, “Manual de arbitragem, mediação e conciliação”, 7ª.ed., São Paulo: Ed. Forense, 2016, p. 02 e ss.

²⁰⁸ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “Manual de arbitragem”, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 36-37, p. 222.

²⁰⁹ Francisco José Cahali, “Curso de arbitragem”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 82, p.83-88.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 84 e ss.

“embora ele não exerça com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito mais forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal”.²¹¹

Por sua vez, Neto define a arbitragem²¹² como jurisdição do árbitro, possuindo uma dupla faceta, sendo ao mesmo tempo um mecanismo judicialiforme, e procedimento, revelando-se verdadeiro contrato (litígios nacionais) ou tratado internacional (litígios interestatais). Sustenta que o Estado conferiu o poder de julgar também aos particulares, em determinadas situações e relativamente a certas matérias, havendo, portanto, dois mecanismos de solução de litígios, o estatal ou jurisdicional e o particular ou arbitral. Segundo Neto (*ibidem*) há duas correntes principais quanto à natureza jurídica da arbitragem, a contratualista e a jurisdicionalista. A corrente contratualista, defendida principalmente por Balladore-Palieri e Klein, consagrada em decisão na França no caso *Roses* de 1937, entende, em suma, que a arbitragem possui natureza jurídica de obrigação criada por contrato, já que se baseia na autonomia de vontade das

partes, enquanto que a jurisdição baseia-se no “*ius imperium*” estatal, imposto a todos. Esta corrente encontrava fundamento no fato de ser exigida a homologação judicial do laudo arbitral, sendo tal exigência retirada, contudo, posteriormente pela Lei 9307/86; o laudo arbitral deverá ser cumprido de forma voluntária pela parte, caso contrário será necessária a intervenção do Poder Judiciário. Ou seja, como o árbitro não dispõe de “*ius imperium*”, do poder de fazer cumprir coativamente a decisão arbitral, a parte vencedora deverá entrar com ação de execução no Poder Judiciário, com base na sentença arbitral que vale como título executivo judicial, não sendo dotada de coercibilidade.

A segunda corrente, conforme expõe Neto sustenta que o árbitro é dotado de “*ius dicere*”, equiparando-se ao poder estatal de julgar, pois na arbitragem estão contidos os mesmos elementos daquela, quais sejam, a “*notio*”, a “*avocatio*” (poder de convocar as partes), a “*coercio*” (poder de dispor de força para forçar o cumprimento das ordens e diligências), e a “*executio*” (poder de obrigar o vencido à execução da decisão). Segundo seu entendimento a corrente jurisdicionalista encontra-se

²¹¹ Cândido Rangel Dinamarco, “Nova era do processo civil”, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28-29.

²¹² José Cretella Neto, “Curso de arbitragem”, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 11; p. 22-23.

superada e a doutrina moderna veria a arbitragem como instituto misto, “sui generis”, com os traços de contratualidade e jurisdicionalidade, embora ressalve que o árbitro exerce verdadeira jurisdição. Tal posição é defendida atualmente por Lalive e Fouchard, contando com o prestígio do Instituto de Direito Internacional representado pelo Prof. Sauser-Hall.²¹³ Segundo tal entendimento, portanto,²¹⁴ a natureza da arbitragem é contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma de solução de litígios.

Destacam os autores Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira as quatro correntes doutrinárias principais acerca da natureza jurídica da arbitragem, sendo estas²¹⁵ contratual, com fundamento anterior à edição da Lei 9.307-96, portanto com base no CC de 1916, o qual previa a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral; jurisdicional, sendo esta a corrente predominante atualmente, entendendo que apesar da arbitragem ser instituída por negócio jurídico, que o artigo 18 ao prever o árbitro como juiz de fato e de

direito, e o artigo 31 ao equiparar a sentença arbitral à judicial, corroborariam a natureza jurisdicional do instituto; teoria mista ou híbrida ou sincrética, afirmando haver um contrato na origem da arbitragem e sua função jurisdicional quanto a sua finalidade; teoria autônoma, afirmando a natureza autônoma da arbitragem internacional.

Referidos autores entendem ser a natureza jurisdicional, por ter o artigo 18 da Lei 9.307 afirmado tal natureza e em razão de serem aplicados aos árbitros os mesmos impedimentos e suspeições para os juízes, bem como em razão da sentença arbitral produzir os mesmos efeitos da sentença judicial, configurando título executivo judicial. Alegam ainda que o CPC equiparou a carta arbitral à carta precatória, corroborando mais uma vez a natureza jurisdicional da arbitragem. No mesmo sentido os ensinamentos de Carmona, afirmando que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado²¹⁶, bem como Nelson Nery e Rosa Nery, afirmando possuir a arbitragem natureza de jurisdição, já que o árbitro aplica o

²¹³ “Comentários à lei de arbitragem brasileira”, p. 35.

²¹⁴ José Cretella Neto, “Curso de arbitragem”, p. 15-16.

²¹⁵ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira,

“Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 41 e ss.

²¹⁶ Carlos Alberto Carmona, “Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9307/96”, 3ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269.

direito ao caso concreto, colocando fim à lide.²¹⁷

Importa ressaltar a corrente que sustenta a natureza jurídica autônoma ou própria da arbitragem, que, embora seja uma corrente minoritária no Brasil é a teoria com maior destaque nos EUA e na França, entendendo que a arbitragem possui natureza jurídica autônoma ou própria, isto é, totalmente desvinculada de qualquer sistema jurídico existente. É considerada uma evolução da teoria intermediária ou híbrida e defende uma completa desvinculação do procedimento arbitral em face da lei do país sede da arbitragem.²¹⁸ Cahali assim dispõe: “essa teoria tem importância nos procedimentos de arbitragem internacional, nos quais há certa independência à ordem local de uma ou outra parte”. Strenger que sustenta que ao contrário da arbitragem brasileira a arbitragem internacional possui natureza autônoma e independente de qualquer ordenamento sistemático.²¹⁹

3. STF E NATUREZA FACULTATIVA DA ARBITRAGEM

²¹⁷ Nelson Nery e Rosa Nery, “Comentários ao Código de processo Civil”, São Paulo: Revista dos Tribunais; Edição: 1ª, 2015, p. 1531.

²¹⁸ Neste sentido Debora Visconte. “A jurisdição dos árbitros e seus efeitos”. Dissertação. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009, p. 21.

Apesar de alguns pontuais e antigos entendimentos acerca da inconstitucionalidade da arbitragem como o de Pontes de Miranda²²⁰, tal questão encontra-se atualmente pacificada pelo STF. Pontes de Miranda considerava a arbitragem, quando ainda prevista tão somente pelo CPC de 1939 e de 1973, dependente de homologação, sendo que tal homologação jamais poderia ser banida dos sistemas por absoluta impossibilidade jurídica decorrente da CF ao fixar os princípios do juiz natural e da garantia e monopólio da jurisdição estatal.

A questão, portanto, encontra-se superada, diante do posicionamento do Supremo Tribunal Federal a favor da constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei 9307/96), por maioria de votos, no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), sendo este também o entendimento do STJ, frisando este que não há que se falar em compulsoriedade na aplicação da arbitragem (RESP 1189050/SP). O Ministro Sepúlveda Pertence, relator do recurso, bem como Sydney Sanches,

²¹⁹ Irineu Strenger, “Arbitragem Comercial internacional”, Ed. LTR, 1996, p. 33.

²²⁰ Pontes de Miranda “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo XV/232-234, n. 7. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Segundo o Ministro Carlos Velloso por se tratar de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça, afirmando que o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.

Importante ressaltar que a constitucionalidade da arbitragem está condicionada à sua facultatividade, ou seja, deixaram claro os Ministros do STF que esta deve ser uma opção voluntária das partes e não uma imposição, mantendo assim íntegro aos interessados o acesso à jurisdição estatal.

Segundo Filomeno²²¹, há uma certa incompatibilidade na aplicação da arbitragem às relações de consumo, já que a autonomia da vontade é princípio fundador da arbitragem. Entende que seria inconstitucional portanto, a Lei 9307-96, por afrontar o inc. XXXV do art. 5 da CF que dispõe que a lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Acerca da não possibilidade de obrigatoriedade da arbitragem dispõe Araújo que se trata de jurisdição privada, não estatal, consensual, voluntária e, qualquer lei que imponha a arbitragem é inconstitucional por violar o direito fundamental de acesso à justiça. Dispõe ademais que “devido a esse caráter voluntário, a cláusula estabelecida em contrato de adesão que obriga as partes a solucionar seus conflitos por meio da arbitragem é abusiva”²²².

4. AUTONOMIA DA ARBITRAGEM E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

Parte da doutrina entende ser o processo arbitral um sistema autorreferente, logo, um sistema autônomo, merecendo um tratamento autônomo, considerando-se sistema, com características próprias, possuindo autonomia científica.²²³

Há divergência na doutrina quanto à possibilidade de aplicação do CPC de forma subsidiária, destacando-se dois entendimentos: parte da doutrina

²²¹ José Geraldo Brito Filomeno, “Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 81.

²²² Vitor Carvalho C. Costa de Araújo, “A arbitragem aplicada do Direito Internacional

Privado”. Conteúdo jurídico. Brasília. Ww.w conteúdojurídico.com.br.

²²³ Rômulo Greff Mariani, “Precedentes na arbitragem”, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 84.

defende a aplicação subsidiária da legislação processual civil, mesmo sem previsão na cláusula compromissória e no compromisso arbitral; é a posição de Cândido Rangel Dinamarco²²⁴; parte da doutrina entende não ser possível a aplicação subsidiária das normas do CPC, adotando tal posição Carlos Alberto Carmona²²⁵. Há alguns julgados do STJ neste sentido (RESP 1.519.041/RJ, RESP 1.636.102/SP), e decisão do TJSP (APL 1771302220108260100 SP 0177130-22.2010.8.26.0100, j. 03.12.2012). As partes podem convencionar no sentido de aplicação do CPC. Neste sentido, pronuncia-se Elio Fazzalari²²⁶. Adotam a segunda corrente Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira²²⁷, salvo se a convenção de arbitragem previr expressamente a aplicação subsidiária.

Por sua vez, Fredie Didier Júnior²²⁸ afirma, ao analisar a natureza jurídica da arbitragem, que tal questão foi solucionada pelo artigo 3º. do novo

CPC, sendo jurisdição, dispondo que há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante. O art. 3º do NCPC indicaria a opção do legislador corroborando o entendimento da doutrina majoritária: a arbitragem é, no Brasil, jurisdição. O “caput” do art. 3º repete o enunciado constitucional que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. O § 1º do art. 3º, assim estabelece: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”, deixando claro, segundo parte da doutrina, que o processo arbitral seria uma espécie de microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, assim como o Código de Defesa do Consumidor, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.

Apesar da questão ser altamente complexa e ainda controvertida na doutrina e jurisprudência, alguns autores afirmam não haver mais dúvidas nem divergências à não aplicação subsidiária

²²⁴ Cândido Rangel Dinamarco “Arbitragem na teoria geral do processo”. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 46.

²²⁵ Carlos Alberto Carmona, “O processo arbitral”, Revista da arbitragem e mediação. São Paulo, ano 1, jan.-abr. 2004, n. 9, p. 28; “Lei da arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 48-49.

²²⁶ Elio Fazzalari, “L’ arbitrato”, Turim, UTET, 1997, p. 55.

²²⁷ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 50

²²⁸ Fredie Didier Júnior, “A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira)”, https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didier_jr.pdf?sequence=1&isAllowed=y), p. 05 e ss

do CPC à arbitragem, tal como Leonardo de Faria Beraldo²²⁹, entrando todavia em contradição ao alegar que seria consenso a não aplicação do CPC como fonte subsidiária da lei de arbitragem, mas que seriam utilizadas algumas regras do CPC pelo árbitro, sendo portanto incorreta a afirmação de que o CPC nunca seria aplicável. O CPC estabelece a diferença entre regras de natureza processual e de natureza procedimental, afirmando que apenas as de natureza procedimental não seriam aplicáveis à arbitragem.

Um dos mais importantes princípios previstos tanto no CC como no CPC e aplicado pela jurisprudência à arbitragem trata-se do princípio da boa-fé objetiva, abrangendo o dever de cooperação (art.6º. CPC). A boa-fé objetiva é um princípio dividido em três funções: interpretativa, integradora e limitadora, sendo a função integradora a que cria os deveres anexos da boa-fé objetiva, aplicáveis à arbitragem, tais como os deveres de lealdade, informação e de cooperação, dever de prevenção, de esclarecimento, de prestar assistência e de consulta às partes. Tais deveres, no

entender de Beraldo, devem ser cumpridos pelos árbitros, concluindo, contudo, de forma novamente contraditória²³⁰:

(...) é preciso haver coerência para aplicar o novo CPC no processo arbitral. Não se pode manter um discurso raso e horizontal de que essa lei não é aplicável à arbitragem, tão somente porque não consta da Lei de arbitragem que o CPC é sua fonte subsidiária ou norma supletiva

Em suma, entende o que não seria o CPC norma subsidiária ou supletiva, mas que são é utilizada tal lei, por exemplo, no tocante aos requisitos para a concessão e tutela de urgência e na coisa julgada, embora não para outros aspectos. Por derradeiro afirma que as regras de natureza processual do novo CPC na medida do possível devem ser aplicadas ao processo arbitral, exceto quando houver incompatibilidade com este.

Interessante observar que apesar dos autores Vianna, Rocha e Ferreira²³¹ afirmarem a completa autonomia da arbitragem, de modo a não ser aplicada a legislação processual civil nem sequer subsidiariamente, afirmam que deverão ser observados os princípios processuais

²²⁹ Leonardo de Faria Beraldo “Arbitragem e o novo CPC”, p. 01, http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.09.PDF, p. 05 e ss..

²³⁰ *Ibidem*, p. 14.

²³¹ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A.Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 72 e ss.

infraconstitucionais, evitando que a arbitragem não esteja eivada de vícios ou nulidades.

Relacionada à questão da aplicação subsidiária ou não do CPC à arbitragem encontra-se a questão de aplicação ou não dos precedentes vinculantes consoante disposição do artigo 927 do CPC. Caso as partes tenham convencionado que a arbitragem deverá observar os precedentes obrigatórios, estes devem ser observados, sob pena de afronta ao princípio da autonomia da vontade das partes e de nulidade da sentença arbitral. Contudo, no caso de silêncio das partes, não há entendimento pacífico na doutrina quanto à obrigatoriedade da aplicação dos precedentes do artigo 927 do CPC, havendo duas correntes distintas.

A corrente que postula pela obrigatoriedade da aplicação pelo árbitro dos precedentes vinculantes sustenta que o árbitro não pode violar a confiança e expectativa das partes²³². No mesmo

sentido Tucci, com fundamento no artigo 489, p. 1º., VI do CPC, e Bellochi²³³. A segunda corrente sustenta a inexistência de nulidade da sentença arbitral já que não haveria que se falar em aplicação subsidiária das normas sobre precedentes obrigatórios do CPC na arbitragem. Neste sentido André Vasconcelos Roque e Fernando Fonseca Gajardoni, Leonardo de Faria Beraldo, Leonardo Greco e Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira²³⁴.

Fredie Didier Junior²³⁵ afirma ser possível a aplicação subsidiária do CPC, apesar de se caracterizar a arbitragem como um microssistema, contrariando a lógica portanto, de ser um microssistema por pressupor autonomia completa quanto a outros subsistemas jurídicos.

Outro fundamento a favor da aplicação subsidiária do CPC à lei de arbitragem é lembrado por Joel Dias Figueira Júnior²³⁶ ao afirmar que no caso do microssistema dos Juizados Especiais, o procedimento arbitral será

²³² Guilherme Rizzo Amaral, “Arbitragem e precedentes” in Curso de Arbitragem, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 285-288.

²³³ José Rogério Tucci e Márcio Bellochi, “Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na Convenção de arbitragem”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 178-179.

²³⁴ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 304 e ss.

²³⁵ Fredie Didier Júnior, “A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira)”, https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didier_jr.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 05 e ss.

²³⁶ Joel Dias Figueira Júnior “Arbitragem, jurisdição e execução”, São Paulo: Editora RT, 1999, p. 146 e ss.

regulado pela Lei 9.099/95, apesar de ressalvar, com apoio também em Carlos A. Carmona e Cláudio Viana de Lima, haver inadequação da arbitragem em tal instância.

5. ARBITRAGEM OBRIGATÓRIA NA BOLSA DE VALORES DE SÃO PAULO

Em razão da característica essencial da arbitragem como instituto facultativo e não obrigatório, questiona-se acerca da constitucionalidade da Lei das Sociedades Anônimas - Lei 6.404/1976, ao prever a obrigatoriedade da arbitragem,²³⁷ consoante disposto em seu artigo 136-A, conforme alteração da Lei nº 13.129/2015,²³⁸ conflitando com o artigo 109, p. 3º, com redação dada pela

Lei 10.303/01,²³⁹ já que este último consagra a sua facultatividade.

Os juristas divergem sobre constitucionalidade de arbitragem compulsória, por entenderem alguns que afrontaria o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagrando norma idêntica às anteriores Cartas políticas do Brasil, prevendo o princípio da reserva legal, ou da inafastabilidade da jurisdição. Observa-se que o caput do artigo 3º do novo Código de Processo Civil reitera essa mesma regra, reservando ao Estado-juiz o monopólio da jurisdição. Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira entendem ser difícil aceitar a constitucionalidade diante da afronta ao princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva que impede que a lei exclua da

²³⁷ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “A arbitragem no mercado de capitais- o novo mercado da Bovespa”, <https://luizfernandodovale.jusbrasil.com.br/artigos/121943921/a-arbitragem-no-mercado-de-capitais-o-novo-mercado-da-bovespa>, e “A arbitragem na bolsa de valores de São Paulo e Madrid”, Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019.

²³⁸ Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45. § 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da assembleia geral que a aprovou. § 2º O direito de retirada previsto

no caput não será aplicável: I — caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe; II — caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.

²³⁹ O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos que especificar.

apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo aplicáveis os fundamentos externados pela doutrina portuguesa. Esclarecem²⁴⁰ que não há previsão no Direito Brasileiro vigente de hipóteses de arbitragem obrigatória, tendo sido abolida em 1866, havendo tentativa de sua implementação pela MP 2221/2001, revogada pela Lei 10.931/2004. Adotam a lição de José Emilio Nunes Pinto no sentido de inexistência de caráter compulsório da arbitragem na comercialização de energia elétrica.

Acerca da obrigatoriedade da arbitragem esclarece José Cretella Neto ser contrária ao verdadeiro espírito da arbitragem²⁴¹, sendo tal obrigatoriedade prevista, por exemplo, no Código Comercial de 1850, em alguns casos (arbitragem compulsória – artigos 20 c/c 783); e nas matérias relativas ao direito marítimo, sendo abolida já em 1860, passando-se a considerar como inconstitucional tal obrigatoriedade, havendo decisões jurisprudenciais do STF de 1918 a 1923 neste sentido, considerando não obrigatório o disposto

no artigo 783 do Código Comercial, assim como as determinações de arbitragem compulsória no direito marítimo²⁴².

Joel Dias Figueira Júnior²⁴³, por sua vez, entende ser da essência do instituto a faculdade concedida às partes litigantes de buscarem tal forma alternativa de solução de conflitos, afirmando que ocorreria inconstitucionalidade caso as partes estivessem sempre obrigadas a buscar a solução de seus conflitos por intermédio do juízo arbitral, por significar a inadmissível exclusão e afronta ao artigo 5º., XXXV e art. 126 da CF88. Em sentido semelhante esclarecem os autores Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira²⁴⁴ afirmando que a arbitragem compulsória deverá ser considerada inconstitucional, por violar o princípio do acesso à justiça. No entender de José Cretella Neto a facultatividade na adoção da arbitragem é elemento essencial desta, devido a seu caráter facultativo, essencial para que a cláusula compromissória adquira eficácia.

²⁴⁰ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 157 e ss.

²⁴¹ José Cretella Neto, “Curso de Arbitragem”, p. 11; p. 22.

²⁴² José Cretella Neto, “Comentários à lei de arbitragem brasileira”, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007, p. 11.

²⁴³ Joel Dias Figueira Júnior, “Arbitragem, jurisdição e execução”, p. 26 e ss.

²⁴⁴ Olavo Augusto Vianna A. Ferreira, Matheus Lins Rocha e Débora Cristina F. A. A. Ferreira, “Lei de arbitragem comentada artigo por artigo”, p. 20 e ss.

Importante destacar que em Portugal há previsão de arbitragem necessária, quando inexistir convenção arbitral, mas a lei impuser tal solução²⁴⁵, como em matéria de medicamentos de referência e medicamentos genéricos previstos pelo art. 2º, da Lei 62/2011. Há, contudo pareceres de Gomes Canotilho e Paulo Otero²⁴⁶ no sentido da inconstitucionalidade por violar o princípio da igualdade e o princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, contemplados, respectivamente nos artigos 13 e 20 da Constituição. Paulo Otero assim dispõe:

O direito de escolher entre o acesso aos tribunais do Estado ou a mecanismos de arbitragem voluntária. A criação pelo legislador de arbitragens necessárias retira, visto deste último ângulo, esse direito de escolha do modo de acesso à justiça que todos os restantes particulares têm em áreas ou matérias suscetíveis de arbitragem.²⁴⁷(...).O Estado não pode renunciar ao exercício da função jurisdicional; o Estado não pode privatizar o exercício da justiça, enquanto função típica de soberania do próprio Estado; o Estado não pode desrespeabilizar-se da garantia dos direitos fundamentais através dos seus tribunais.

²⁴⁵ Susana Filipa Pereira Bastos, “Arbitragem necessária”, Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado.

²⁴⁶Gomes Canotilho, parecer de 15.03.2011, p. 04, e Paulo Otero, parecer de 01.06.2012, pp. 12-18, in Susana Filipa Pereira Bastos, “Arbitragem necessária”, Universidade de Coimbra, dissertação de mestrado.

²⁴⁷ Paulo Otero, Parecer, 12-18; p. 67.

Portanto há a barreira intransponível da inconstitucionalidade, sendo ainda da essência do conceito de arbitragem a facultatividade, não podendo esta ser imposta. No sentido da inconstitucionalidade da arbitragem compulsória o Tribunal Constitucional de Portugal²⁴⁸ proferiu importante decisão quanto à previsão de arbitragem necessária nos artigos 4º e 5º do Decreto 128/XII, editado pela Assembleia da República Portuguesa criando o Tribunal Arbitral do Desporto, submetendo alguns litígios ao regime de arbitragem necessária. Tal disposição foi julgada inconstitucional por violar o direito de acesso aos tribunais e o princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 268 n. 4 da Constituição da República Portuguesa²⁴⁹.

As recomendações da BM&FBOVESPA, bem como a governança corporativa, o princípio da transparência e a adesão à arbitragem, seguindo as disposições da Lei das S/As (§3º do art. 109 da Lei 6.404/76), visando à proteção dos investidores e a

²⁴⁸Tribunal Constitucional de Portugal, julgado n. 251/2017 de 7/7, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20170251.html

²⁴⁹Tribunal Constitucional de Portugal, processo 230/2013, disponível em www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130230.html.

adequação das empresas abertas a uma política de governança corporativa.

Em 2000, a Bovespa – Bolsa de Valores de São Paulo, atual BM&FBovespa, instituiu o denominado “Novo Mercado”, bem como o “Bovespa Mais”, o “Bovespa Mais Nível 2” e “Nível 1”, consistindo estes em segmentos especiais de governança corporativa, ou seja, classificações a que as empresas fariam jus no caso de apresentarem níveis diferenciados de governança corporativa, após a adoção de uma série de medidas com vistas ao incremento do mercado de investimentos no Brasil em razão de maior segurança e proteção fornecidos pelo mercado e Sistema Judiciário.

Existem, portanto, três níveis de governança corporativa, dependendo do grau de compromisso adotado pela empresa. As companhias de nível “2” e do “novo mercado” são obrigadas a aderir à Câmara de Arbitragem da própria Bovespa para dirimir conflitos societários, sendo obrigadas a se vincular ao regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado, enquanto que as companhias de nível “1” não necessitam adotar tal medida. Os participantes da Câmara de Arbitragem do Mercado, instituída pela Bovespa são: a própria Bovespa, companhias abertas do “novo mercado” e do nível “2”,

controladores das companhias, administradores, membros do Conselho Fiscal, investidores e acionistas (vinculados a Companhias listadas no nível “2” e “novo mercado”).

No Brasil, com fulcro na Lei nº 9.307/96, foi instituída a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), à composição de conflitos no Mercado de Capitais, oferecendo foro adequado e julgamentos especializados.

É certo que a adoção das boas práticas de governança pelas Sociedades é uma exigência do mercado financeiro, do capitalismo neoliberal e da globalização, como forma de se fomentar o interesse dos investidores no mercado de capitais no Brasil. A adoção da governança corporativa visa a dar maior transparência às companhias por meio da adoção de valores como *fairness* (senso de justiça), *disclosure* (transparência nas informações), *accountability* (prestação de contas) e *compliance* (conformidade no cumprimento de normas).

O Regulamento do Novo Mercado traz um conjunto de regras e práticas de governança, conforme Anexo I À Resolução CMN nº 2.829/ 2001, entre eles a obrigatoriedade da adoção da arbitragem, mediante cláusula compromissória arbitral, para as Sociedades Anônimas classificadas como Novo Mercado e Nível 2,

estipulando-se ainda compulsoriamente o árbitro, qual seja, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). Os participantes do mercado de ações se tornam automaticamente, após assinarem o Termo de anuência, subordinados ao Regulamento da CAM.²⁵⁰

Contudo, questiona-se se é possível em termos de legitimidade e constitucionalidade a adoção da governança corporativa a ponto de alterar a natureza jurídica e característica de um instituto jurídico implicando em abusiva interferência do poder econômico e do sistema econômico no Direito.

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme²⁵¹ aponta que as Instituições do mercado de capitais vêm

investindo cada vez mais na implementação da Governança Corporativa, tendo em vista inúmeras vantagens, como a utilização da arbitragem, criticando a Diretiva 2014-65 adotada pela União Europeia, por apenas encorajar o uso dos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, mas não os obrigar, como presenciado no mercado financeiro brasileiro, questionando, contudo, a obrigatoriedade apenas no tocante ao investidos de fundos atrelados a papéis Nível Novo mercado.

Por conseguinte é de se frisar o entendimento do Brasil nesta questão contrário ao da Europa consoante seu principal instrumento jurídico, a Diretiva pela União Europeia 2014-65 do Parlamento Europeu, o qual ressalva a

²⁵⁰ Anexo I À Resolução CMN nº 2.829/ 2001. Cláusula compromissória” consiste na cláusula de arbitragem, mediante a qual a companhia, seus acionistas, administradores, membros do conselho fiscal e a BM&FBovespa obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, no estatuto social da Companhia, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes deste Regulamento de Listagem, do Regulamento de Arbitragem, do Regulamento de Sanções e do Contrato de Participação no Novo Mercado.

13.1 Arbitragem. A BM&FBovespa, a Companhia, o Acionista Controlador, os demais acionistas da Companhia, os Administradores e os membros do conselho fiscal da Companhia comprometem-se a resolver toda e qualquer disputa ou controvérsia relacionada com ou oriunda deste Regulamento de Listagem, do Contrato de Participação no Novo Mercado, do Regulamento de Sanções, das Cláusulas Compromissórias, em especial, quanto à sua aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, nos termos do seu Regulamento de Arbitragem.

13.2 A informação sobre a existência e a vinculação da Companhia à Cláusula Compromissória de arbitragem deve constar da página da Companhia na rede mundial de computadores.

²⁵¹ Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, “Arbitragem na Bolsa de Valores de São Paulo (B3) e Madrid (Bme)”, p. 38-39; p. 40-43 e ss.; p. 93 e nota 52 e ss.

natureza facultativa da adoção do instituto da arbitragem, ao apenas sugerir sua utilização por parte dos agentes econômicos de meios extrajudiciais de solução de controvérsias.

6. CONCLUSÃO

Partindo-se do conceito de Niklas Luhmann do Direito como sistema imunológico da sociedade, ocorre o risco da autoimunidade, quando o Direito (Estado) ao invés de defender ataca membros da sociedade. A crise autoimunitária revela-se também como uma crise de desdiferenciação, como corrupção sistêmica. Ocorre a crise autoimunitária como corrupção sistêmica quando a ordem jurídica não consegue mais decidir os conflitos com base no código binário direito/não direito (lícito/ilícito), passando a utilizar outros códigos, de outros subsistemas, como ter/não ter, ou poder/não poder, ocorrendo a alopoiese do direito. O Direito, estaria situado entre o real da violência, que é atual, e o ideal da justiça, que é eterno e, logo, por definição, divino – com o potencial de suprimir cada vez mais a violência, nas relações humanas, para torná-las, propriamente, isso: uma relação proporcional entre seres dotados de humanidade, com respeito mútuo, e respeito pela diferença,

pelo diferente; aí estaria a santidade, com tudo que tem de próximo, não só semanticamente, da sanidade, do que é são e saudável.

Por conseguinte, ao analisarmos a obrigatoriedade da utilização da arbitragem em certos casos afetos ao Mercado de Capitais no Brasil, promovendo-se com isso interesses econômicos do mercado de capitais e do sistema neoliberal, excludente, egoísta, que promove uma verdadeira lei da selva e da seleção natural, descartando milhões de pessoas de todos os aspectos sociais, promovendo a pobreza da grande parcela da população, verifica-se a (i)legitimidade do Direito como aí está produzido, já que altera a natureza jurídica do instituto jurídico da arbitragem, afrontando o Princípio da inafastabilidade da jurisdição, e tampouco promove a proteção adequada do consumidor, direito fundamental consagrado na Constituição Federal. Os excluídos vinculam-se ao conceito de *homo sacer* desenvolvido por Giorgio Agamben, vinculando-se ao de “estado de exceção”, o qual se faz presente quando o Estado ao não mais cumprir seu papel de proteção da dignidade humana e direitos fundamentais e humanos de todas as parcelas da população, deixa grande parte desta à

deriva, para além da linha abissal, tornando-se invisíveis ou mortos-vivos.

Destarte, do que se trata é da constatação de que vivemos em verdadeira corrupção sistêmica, tomando-se como ponto de partida a teoria de Niklas Luhmann, já que os subsistemas do sistema global da sociedade mundial, com ênfase aqui ao Direito e à Política, não vêm cumprindo com sua função, encontrando-se em processo de desacoplamento estrutural e desdiferenciação. Vivemos um momento de todo o tipo de crises. “Crise” etimologicamente significa “julgar”, “separar”. A crise da modernidade pode ser constatada como uma crise de desdiferenciação, que é o que estamos vivendo em escala mundial. A crise vem justamente da diferenciação, da individuação. Há uma crise da diferenciação social, pois tem um sistema devorando outros sistemas. Anarquia sistêmica. *Inputs* e *outputs* desgovernados na nova Torre de Babel pós-apocalíptica. Algumas das atuais crises em que vivemos podem ser verificadas com características sistêmicas, as quais, por sua vez, agravam as incertezas já dominadoras de nossa subjetividade. Crise sistêmica

como resultado da dupla excesso e mal-estar, mas, visto de forma positiva, as crises propiciam o questionamento, como uma espécie de *pharmakon*, fonte de perigo, mas também de oportunidade.

Marcelo Neves explica o conceito de alopoiese do direito atrelado ao conceito por ele desenvolvido de “Constituição simbólica”, quando há uma expansão da esfera do político em detrimento do desenvolvimento autônomo de um código específico de diferença entre lícito e ilícito. Isto aconteceria no caso de leis supraconstitucionais ou de textos constitucionais de exceção²⁵². Com relação à legislação simbólica sustenta Kinderman, lembrado pelo A., que se trata de um mecanismo de negação da diferença entre sistemas político e jurídico, em detrimento da autonomia do último. É colocada em xeque a autonomia do Direito. Segundo Marcelo Neves ocorre a politização dejuridicizante da realidade constitucional, respaldada nas relações econômicas. Parafraseando Habermas: trata-se da colonização política e econômica do mundo do Direito. A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um

²⁵² Marcelo Neves. “A constitucionalização simbólica”, 3ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 130 e ss.; p. 147.

problema típico de um Estado periférico como o Brasil.²⁵³

Trata-se, portanto, da questão estudada desde sempre e cada vez mais tanto na filosofia como nas ciências sociais, da origem das sociedades e seu vínculo com a violência, mais recentemente relacionada com o tema do bando e do abandono (banimento), através de conceitos como o de *homo sacer*. Um Estado Democrático de Direito, portanto, deverá estar comprometido com o respeito aos direitos fundamentais de todas as parcelas da população e não fomentar ainda mais a discriminação por meio de políticas públicas na maioria das vezes voltadas a setores abastados da população ou então pela não observância dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição. Somente desta forma o Estado de Direito não será mais um estado de exceção, em que grande parcela da população se vê em uma situação de exclusão-inclusiva, ou de suspensão.

Verifica-se, destarte, a necessidade de se considerar o Direito, posto e em discussão, fonte de sentido para a vida humana, desmistificando-o como ciência e prática distantes do

cotidiano, para além, portanto, da positividade e do formalismo que atualmente predominam, favorecendo o debate de ideias e uma melhor consideração de questões atuais de suma importância para uma maior compreensão do ser humano próprio Direito. Assim, ao nos aprofundarmos na questão do que se anuncia como uma crise autoimunitária do Direito e buscarmos alternativas à ela, evitaremos com isso que o Direito destrua quem deveria proteger, os seres humanos, quer seja por um excesso de proteção, quer seja pelo fenômeno da exclusão, evidenciada nos casos que se repetem com cada vez mais frequência, do *homo sacer*, do “estado de exceção” que se tornou a regra (Giorgio Agamben/Walter Benjamin), o que pode ser vislumbrado em qualquer ordenamento jurídico das sociedades de cunho ocidental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e precedentes. *In Curso de Arbitragem*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ARAÚJO, Vitor Carvalho C. Costa de. *A arbitragem aplicada do Direito Internacional Privado*. Conteúdo jurídico. Brasília. Disponível em: <<http://www.conteúdojurídico.com.br>>

²⁵³ *Ibidem*, p. 147 e ss.

BASTOS, Susana Filipa Pereira. *Arbitragem necessária*. Universidade de Coimbra, Dissertação de Mestrado. Portugal.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Arbitragem e o novo CPC*, p. 01, Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.49.09.PDF>

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O acesso à justiça no plano dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *O processo arbitral*, Revista da arbitragem e mediação. São Paulo, ano 1, jan.-abr. 2004, n. 9.

CARVALHOSA, Modesto. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: inovações e questões controvertidas da Lei nº 10.303, de 31.10.2001*. In: LOBO, Jorge (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETTELA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: *O direito internacional do terceiro milênio*, São Paulo: Ed. LTR, 1998.

CRETTELA NETO, José. *Curso de arbitragem*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

_____. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

DIAS, João Álvaro. “Porquê a arbitragem? Idoneidade e Eficácia”, in “Estudos em memória do prof. Doutor José Dias Marques”, Coimbra, Almedina, 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

_____. *A arbitragem no novo Código de Processo Civil* (versão da Câmara dos Deputados – Dep. Paulo Teixeira). <Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/55987/004_didier_jr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FAZZALARI, Elio, *L' arbitrato*, Turim, UTET, 1997.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna A., ROCHA, Matheus Lins e FERREIRA, Débora Cristina F. A. A. *Lei de arbitragem comentada artigo por artigo*, São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, São Paulo: Editora RT, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). *Soluções extrajudiciais de controvérsias empresárias*, volume 2. Editora Casa do Direito, 2017.

_____. “Arbitragem na Bolsa de Valores de São Paulo (B3) e Madrid (Bme)”, Disponível em <<https://luizfernandodovale.jusbrasil.com.br/artigos/121943921/a-arbitragem-no-mercado-de-capitais-o-novo-mercado-da-bovespa>>

_____. *A arbitragem no mercado de capitais- o novo mercado da Bovespa*. Disponível em <<https://luizfernandodovale.jusbrasil.com.br/artigos/121943921/a-arbitragem-no-mercado-de-capitais-o-novo-mercado-da-bovespa>>

_____. *A arbitragem na bolsa de valores de São Paulo e Madrid*, Belo Horizonte: Editora Letramento, 2019.

MARIANI, Rômulo Greff. *Precedentes na arbitragem*, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XV/232-234, n. 7. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

NERY, Nelson e NERY, Rosa. *Comentários ao Código de processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais; Edição: 1ª, 2015.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 3ªEd. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio, *Manual de arbitragem, mediação e conciliação*, 7ª.ed., São Paulo: Ed. Forense, 2016.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial internacional*, Ed. LTR, 1996.

TUCCI, José Rogério e BELLOCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na Convenção de arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VISCONTE, Debora. *A jurisdição dos árbitros e seus efeitos*. Dissertação. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.