

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

Programa de Pós Graduação em Direito

Ana Cristina Koch Torres de Assis

A ARBITRAGEM COMO CONTRIBUTO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
AO ACESSO À JUSTIÇA

Juiz de Fora

2012

Ana Cristina Koch Torres de Assis

A ARBITRAGEM COMO CONTRIBUTO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL
AO ACESSO À JUSTIÇA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, UNIPAC, Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em “Hermenêutica e Direitos Fundamentais”.

Orientador: Prof. Doutor Antônio Pereira Gaio Jr.

Juiz de Fora

2012

A848a

Assis, Ana Cristina Koch Torres de

A arbitragem como contributo à efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça . / Ana Cristina Koch Torres de Assis – Juiz de Fora, 2012.

124f

Orientador: Prof. Dr. Antonio Pereira Gaio Jr.

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2012.

1. Estado (Direito) 2. Acesso à justiça 3. Arbitragem I.
Título II. Universidade Presidente Antônio Carlos

CDD - 341.4618

BANCA

ORIENTADOR

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior

MEMBRO EXTERNO

Prof. Dr. Wesllay Carlos Ribeiro

MEMBRO INTERNO

Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes

DEDICATÓRIA

Dedico essa Dissertação a meus filhos, amados e queridos, Ana Clara e Antônio, para que realizem seus sonhos, onde, como e quando for possível, pois a conquista de um objetivo é um dos momentos mais felizes na vida da gente.

Ao meu marido Nilton, na certeza que o sonho de um se torna o sonho de dois quando há companheirismo.

E ainda, a todos aqueles, especialmente às mulheres, que conciliam seus sonhos em meio ao atribulado dia-a-dia.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela presença e a Nossa Senhora, pela proteção.

Ao Nilton e às crianças, pela paciência.

À minha mãe, Clara, por tudo, e ao meu pai, Maurício, pela oportunidade; aos meus irmãos, Andy, Lourinha, pela força e, especialmente ao Dé, pela troca de ideias.

Ao Sr. Nilton e à Adeltize, pelo apoio.

Aos colegas do Cartório, pela torcida.

Ao meu Orientador, Prof. Gaio, pela segurança.

Aos Professores, Aloísio, Bruno, Chamon, Cleyson, Elena, José Luiz e Nuno, pelos ensinamentos.

Aos colegas de mestrado, Ana, Belgo, Bruno, Conrado, Patrícia e Rodrigo, pela cumplicidade.

À Isis, Luciana, Aline, Delma, Maria Antônia, Eduarda, Raquel e a todos aqueles que de alguma forma participaram deste projeto.

“Realizar-se, repetia, eis o mais
alto e nobre objetivo humano.”

Clarice Lispector

RESUMO

O Estado e o Direito contemporâneos caracterizam-se por novas demandas, em qualidade e quantidade, exigindo de todos novos olhares e práticas. O Estado brasileiro, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, ao garantir direitos fundamentais, notadamente o do acesso à justiça, necessita efetivá-los, a despeito da crise do fundamento e da crise do Judiciário.

Diante de novos paradigmas, relacionados à jurisdição e aos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade privada e da política do consenso, meios propícios (alternativos) à solução de conflitos são importantes e essenciais, especialmente se aplicam o direito ao caso concreto e colocam fim à lide.

Daí o destaque para o instituto da arbitragem, apto a cumprir a função de grande aliado na busca da paz social, tendo em vista seu histórico, suas características, notadamente, a celeridade, a informalidade, o custo e o sigilo, sintetizadores da conciliação almejada e necessária para quem vive em sociedade, sociedade esta cada vez mais pluralista e complexa.

Palavras-chave: Estado. Direito. Acesso à Justiça. Arbitragem.

ABSTRACT

The Contemporary's State and Law are characterized by new demands in quality and quantity, requiring from everyone new views and practices. The Brazilian state, especially after the 1988 Federal Constitution, by ensuring fundamental rights, notably access to justice, needs to effect them, despite the crisis of the foundation and of the judiciary.

Faced with new paradigms, related to jurisdiction and the principles of human dignity, autonomy of private will and political consensus, enabling environments (alternative) dispute resolutions are important and essential, especially if these new means apply the law to the concrete case and finish with the dispute.

Hence the emphasis on the arbitration's institute, able to fulfill the role of major ally in the quest for social peace, in view of its history and characteristics, notably, speed, informality, the cost and secrecy, synthesizers of the desired and necessary conciliation for anyone who lives in society, this society increasingly pluralistic and complex.

Key-words: State. Law. Access to justice. Arbitration.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O ESTADO COMO LEGITIMADOR DE DIREITOS	12
2.1	A Origem e a Formação do Estado	12
2.2	Os Elementos do Estado	15
2.3	O Estado Moderno como Paradigma	20
2.4	O Estado e o Direito	24
2.4.1	Teorias Justificadoras de suas Relações.....	24
2.4.2	O Estado e o Direito Contemporâneos	29
2.5	O Estado Brasileiro	30
2.5.1	As Constituições Brasileiras: Momento Histórico e Social, Principais Características e Concepção do Humano	31
3	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO GARANTIA DO ESTADO	38
3.1	Os Direitos do Homem e da Sociedade	38
3.2	A Teoria dos Direitos Fundamentais	39
3.3	A Implicação do Conceito Jurídico de Pessoa na Compreensão dos Direitos Fundamentais	43
3.4	Os Direitos Fundamentais no Estado Brasileiro	46
3.4.1	Do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça	46
3.4.1.1	Evolução Histórica	47
3.4.1.2	Do Acesso à Justiça no Brasil	49

3.4.1.3	Questões Afetas ao Acesso à Justiça	50
3.4.1.3.1	A Crise do Fundamento	50
3.4.1.3.2	A Crise do Judiciário	59
4	A ARBITRAGEM	63
4.1	Os Meios Propícios (Alternativos) à Solução de Conflitos	63
4.2	A Arbitragem	65
4.2.1	Evolução Histórica	65
4.2.2	Características	69
4.2.3	Constitucionalidade	75
4.2.4	Natureza Jurídica	76
5	A ARBITRAGEM COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA	79
5.1	Os Novos Paradigmas	79
5.1.1	Da Jurisdição	79
5.1.1.1	Prestação Jurisdicional Estatal como Exercício de Governo	85
5.1.1.2	Prestação Jurisdicional Estatal como Serviço Público	86
5.1.1.3	Prestação Jurisdicional Estatal como Instrumento de Garantia de Direitos	89
5.2	Da Dignidade da Pessoa Humana, da Autonomia da Vontade Privada e da Política do Consenso	90
5.3	Algumas Leis, Projetos e Práticas	99
5.4	A Arbitragem como Efetivação do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça	100

6	CONCLUSÃO	107
	Referências	114
	Anexo: Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem)	124

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto a pesquisa acerca do instituto da arbitragem e sua possível contribuição na efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

Filia-se ‘a linha de pesquisa “Da pessoa, do direito e da efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo”, que abrange a relação homem-comunidade, a imagem contemporânea do humano e a investigação do impacto do paradigma da dignidade na redefinição dos conceitos e categorias fundamentais da Teoria do Direito.

Os objetivos são:

- a) atestar que o Estado e o Direito contemporâneos caracterizam-se por novas demandas que exigem novas soluções, notadamente o Estado brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988;
- b) analisar a necessidade de efetivação do direito fundamental do acesso ‘a justiça, afetado pelas crises do fundamento e do Judiciário;
- c) discorrer sobre o instituto da arbitragem, um dos meios propícios (alternativos) ‘a solução de conflitos;
- d) apresentar os novos paradigmas da jurisdição e os princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade privada e da política do consenso e
- e) destacar a possível contribuição da arbitragem na conquista do acesso ‘a justiça e da paz social

A dissertação se justifica na medida em que o direito fundamental de acesso ‘a justiça é constitucionalmente assegurado e necessita de efetivação, especialmente no cenário social e jurídico em que a sociedade se encontra, sendo que existem meios propícios para tanto como o instituto da arbitragem.

A metodologia será a descritiva, com busca de aproveitamento do extenso material bibliográfico acessado durante o curso e atividades correlatas, de forma a demonstrar um raciocínio coeso.

O problema, portanto, é saber se a arbitragem contribui para a efetivação do direito fundamental do acesso ‘a justiça.

Para tanto, a dissertação foi dividida em seis capítulos.

Na Introdução (ora em análise), apresenta-se o tema, a linha de pesquisa, os objetivos, a justificativa, e a metodologia do trabalho, com a divisão dos capítulos e tópicos.

No segundo capítulo, é descrito o Estado como legitimador de direitos, inquirindo acerca de sua formação, elementos e teorias, para, tomando o Estado moderno como paradigma, chegar-se ao Estado e ao Direito contemporâneos, especificamente com assertiva sobre o Estado brasileiro, abrangendo suas Constituições, notadamente a de 1988.

No terceiro capítulo, tem-se os direitos fundamentais como garantia do Estado, abordando o direito fundamental do acesso à justiça na ordem constitucional brasileira, destacando as crises do fundamento e do Judiciário.

No quarto capítulo, analisa-se o instituto da arbitragem, apresentando-o como possível via de satisfação de direitos, em função de suas características e especificidades.

No quinto capítulo, diante dos novos paradigmas da jurisdição e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade privada e da política do consenso, verifica-se a contribuição ou não da arbitragem como instrumento legítimo de acesso ‘a justiça em seu amplo sentido e na satisfação ou não da pretensão dos cidadãos que buscam a paz social.

Para, no sexto e último capítulo, concluir acerca da efetivação ou não do direito fundamental ao acesso ‘a justiça pelo instituto da arbitragem.

2 O ESTADO COMO LEGITIMADOR DE DIREITOS

2.1 A origem e a formação do Estado

A denominação *Estado* (do latim *status*=estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*.¹

Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVIII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional.²

De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores que não admitem a existência do Estado antes do século XVII. Para eles, entretanto, sua tese não se reduz a uma questão de nome, sendo mais importante o argumento de que o nome Estado só pode ser aplicado como propriedade à *sociedade política dotada de certas características* bem definidas.³

A maioria dos autores, no entanto, admitindo que a sociedade ora denominada é, na sua essência, igual à que existiu anteriormente, embora com nomes diversos, dá essa designação a todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.⁴

Oportuna, portanto, a afirmação de Bobbio no sentido de que a questão de saber se o Estado sempre existiu ou se se pode falar de Estado apenas a partir de uma certa época é uma questão cuja solução unicamente depende de

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

determinada definição de Estado de que se parte: se de uma definição mais ampla ou estreita.⁵

Como ele afirma, a escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade.⁶

Assim, se o critério for mais amplo, utilizando argumentos pró-continuidade de uma organização política, assimilando mais analogias, sempre houve Estado, no entanto, se o critério for mais restrito, utilizando argumentos pela descontinuidade, realçando as diferenças, nem sempre houve Estado.⁷

Numerosas e variadas teorias tentam explicar a origem do Estado. A ciência não dispõe de elementos seguros para reconstituir a história e os meios de vida das primeiras associações humanas.⁸

Os primeiros Estados, ao que se tem apurado por indução dos sábios, teriam surgido, originariamente, como decorrência natural da evolução das sociedades humanas. Emergiram do seio das primitivas comunidades e caminharam, paulatinamente, para a instauração de forma política e específica.⁹

O debate quanto a seu nascimento abrange a dissolução da comunidade primitiva formada pelo parentesco e da formação de comunidades maiores derivada da união de grupos familiares por motivos de sustento ou defesa.¹⁰

Divergem as teorias acerca da explicação da origem do Estado, se de origem familiar (matriarcal ou patriarcal), patrimonial ou da força.

A teoria da origem familiar, a mais antiga, apoia-se na derivação da humanidade de um casal originário. Portanto, é de fundo bíblico.¹¹ Cada família primitiva se ampliou e deu origem a um Estado.¹²

Segunda ela, a autoridade suprema caberia ao patriarca, ascendente varão mais velho (teoria patriarcal) ou à mãe (matriarcal).

⁵ BOBBIO, Norberto, tradução de Marco Aurélio Nogueira. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 69.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

⁹ Id, p. 55.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, Op. cit., p.73.

¹¹ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 70.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 62

Já pela teoria da origem patrimonial, o Estado teria sido formado a partir do fator econômico, até porque o direito de propriedade era considerado um direito natural, anterior ao Estado.¹³

Segundo alguns autores, esta teoria tem raízes na *República* de Platão, que assim se expressa: “Um Estado nasce das necessidades dos homens; ninguém basta a si mesmo, mas todos nós precisamos de muitas coisas”, e também no pensamento de Heller, dizendo que a posse da terra gerou o poder e a propriedade gerou o Estado.¹⁴

Pela terceira teoria, a da força, também chamada de teoria violenta do Estado, o poder de dominação dos fortes sobre os fracos resultou na organização política.

Defensores: Bodin, ao dizer que o que dá origem ao Estado é a violência dos mais fortes; Oppenheimer, que escreveu que o Estado é organização imposta por um grupo vencedor a um grupo vencido, para manutenção do domínio e proteção de ataques exteriores e Thomas Hobbes, ao afirmar que os homens, no estado de natureza, eram inimigos uns dos outros e viviam em guerra permanente.¹⁵

Diz-se que um Estado é instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua, cada um com cada um dos outros, que, a qualquer homem ou assembleia de homens, seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles. Um Estado por aquisição é aquele onde o poder soberano foi adquirido pela força.¹⁶

Certo é que em cada um dos grandes estágios da civilização, há traços característicos dominantes da organização estatal¹⁷:

1º O Estado oriental: teocrático e politeísta,

2º O Estado grego, que se caracteriza por uma nítida separação entre a religião e a política,

¹³ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 71.

¹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 62 e 63.

¹⁵ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 72.

¹⁶ Malmesbury, Thomas Hobbes de, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, in: *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999, p. 145 e 163.

¹⁷ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 108.

3º O Estado romano, expressão máxima da concentração política e econômica,

4º O Estado feudal, conseqüente da invasão dos bárbaros, com descentralização política, administrativa e econômica,

5º O Estado medieval, a partir do séc. XI, que foi uma nova expressão da centralização do poder, com a preeminência do Papado sobre o governo temporal,

6º O Estado moderno, que reagiu contra a descentralização feudal da Idade Média e contra o controle da Igreja Romana, revestindo a forma do absolutismo monárquico,

7º O Estado liberal, implantado pela revolução francesa e baseado no princípio da soberania nacional,

8º O Estado social, com suas variantes, a partir da 1a. Guerra Mundial.

2.2 Os elementos do Estado

Concorrendo os três elementos necessários – população, território e governo – nasce um Estado.¹⁸

A população é o primeiro elemento formador do Estado. Sem essa *substância humana* não há que cogitar da formação ou existência do Estado.¹⁹

Uma das primeiras discussões que se apresentou a seu respeito, especialmente entre os pensadores políticos gregos, foi a necessidade de se estabelecer uma quantidade mínima a partir da qual existiria o Estado, fixando-a arbitrariamente em vinte, trinta ou quarenta mil habitantes.²⁰

Na verdade, nunca foi nem será possível fixar o número de habitantes do Estado. O que se pode afirmar apenas é que uns poucos indivíduos, uma dúzia de famílias, não poderão formar um Estado, pois lhes faltaria o poder necessário. O Estado ultrapassa os limites da tribo, do clã, da reunião de algumas famílias: não há, porém um máximo nem um mínimo certo para sua população.²¹

¹⁸ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55.

¹⁹ Id, p. 23.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

²¹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4 ed., São Paulo: Globo, 2008,p.35.

Assim, a discussão quantitativa assume valor histórico.

Há outra questão: uma discussão doutrinária acerca da necessidade ou não de haver unidade étnica para a configuração da população de um Estado.

Sahid Maluf insiste no requisito da homogeneidade em relação ao fator população. Para ele, a base humana há de ser, em regra, uma unidade étnico-social que, embora integrada por tipos raciais diversos, vai se formando como unidade política através de um lento processo de estratificação, de fusão dos elementos no cadinho da convivência social.²²

Já Bigne de Villeneuve e Roger Bonnard, citados pelo mesmo Sahid Maluf²³, sustentam que o elemento população se entende, em sentido amplo e puramente formal, como reunião de indivíduos de várias origens, os quais se estabelecem num determinado território, com ânimo definitivo, e aí se organizam politicamente.

A visão de que não existem grupos étnicos morfologicamente homogêneos que possam integrar uma determinada nação se mostra irrefutável, principalmente nos dias de hoje, de reinado da globalização, tendendo à predominância da segunda corrente de doutrinadores apresentada.

O segundo elemento formador do Estado é o território.

O território é a base física, o âmbito geográfico da nação, onde ocorre a validade de sua ordem jurídica – definiu Hans Kelsen.²⁴

Um Estado sem território não é Estado.²⁵

O território está para o Estado assim como o corpo para a pessoa humana.²⁶

Embora haja discussões acerca da situação das tribos nômades, já que lhes falta aquela característica de fixação estável que entra no conceito de território,²⁷ certo é que o Estado moderno é rigorosamente territorial.²⁸

²² MALUF, Sahid. Op. cit., p. 24.

²³ Id, p.23 e 24.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.300.

²⁵ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 25.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 95.

²⁷ Ibid.

²⁸ LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: A Casa do Livro Ltda, 1953, p. 129.

São partes do território a terra firme, com as águas aí compreendidas, o mar territorial, o subsolo e a plataforma continental, bem como o espaço aéreo²⁹, atualmente chamado suprassolo.³⁰

Uma curiosidade: tem sido apreciável nas últimas décadas o empenho dos juristas em fundar um novo direito acerca de cuja denominação não se colocam eles, todavia, de acordo: o chamado direito astronáutico, interestelar, interplanetário, espacial ou cósmico.³¹

A ONU, desde 1958, busca estabelecer disposições a respeito, desde a extensão das regras de direito internacional ao domínio cósmico até a interdição de experiências nucleares no referido espaço.

Vale lembrar que se admitem duas exceções ao poder de império do Estado sobre o território: a extraterritorialidade e a imunidade dos agentes diplomáticos.³²

Segundo Ranelletti, *apud* Paulo Bonavides³³, a extraterritorialidade significa o seguinte: “uma coisa que se encontra no território de um Estado é de direito considerada como se estivesse situada no território de outro Estado”. Por exemplo: os navios de guerra. Ainda em águas territoriais estrangeiras são eles considerados parte do território nacional.

Tocante à imunidade, os agentes diplomáticos, em termos de reciprocidade, se acham isentos do poder de império do Estado onde quer que venham ser acreditados. Essa imunidade, de caráter pessoal, decorre da conveniência de afiançar ao diplomata condições mínimas necessárias ao bom desempenho de sua missão.³⁴

O governo é o terceiro elemento do Estado.

Não há sociedade sem poder, que é ordem no seu aspecto dinâmico. Ao poder, expressão dinâmica da ordem política, denomina-se governo. O governo do Estado tem características especiais, que o distinguem do poder de outros grupos sociais. Assim, para constituir o Estado não basta a existência de um governo em uma sociedade qualquer, fixada em um território determinado. O

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 95.

³⁰ MALUF, Sahid, Op. cit., p. 26.

³¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 103.

³² Id, p. 105.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

poder estatal se distingue pelo fato de ser supremo, dotado de coação irresistível em relação aos indivíduos e grupos que formam sua população e ser independente em relação ao governo de outros Estados.³⁵

A esse poder do Estado, que é supremo, que é o mais alto em relação aos indivíduos e independente em relação aos demais Estados, os escritores clássicos denominam soberania.³⁶

Na verdade, a soberania é a força geradora e justificadora do elemento governo. Este pressupõe a soberania.³⁷

Soberania é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder, mas sim pelos princípios de direito natural, pelos direitos dos grupos que compõem o Estado (grupos biológicos, pedagógicos, econômicos, políticos, espirituais, etc.), bem como pelos imperativos da coexistência pacífica dos povos na órbita internacional.³⁸

Cumprir notar a crise contemporânea do conceito, dada a dificuldade de conciliar a noção de soberania do Estado com a ordem internacional,³⁹ especialmente em função de fenômenos contemporâneos como o da globalização e o da preservação do meio-ambiente.

Por exemplo, em questão ambiental afeta ao Estado brasileiro, há destaque no que tange à Amazônia: Soberania ou Internacionalização? É óbvio que todo cidadão brasileiro responderá que ela faz parte da soberania nacional e que está fora de controle internacional, mas os demais vão alegar que o ambiente é de responsabilidade coletiva e que todos devem cooperar. Vale transcrever declaração do ex Ministro da Educação, Cristovam Buarque, em debate ocorrido em novembro de 2000 nos Estados Unidos, sobre a Internacionalização da Amazônia:

De fato, como brasileiro eu simplesmente falaria contra a internacionalização da Amazônia. Por mais que nossos governos não tenham o devido cuidado com esse patrimônio, ele é nosso. Como humanista, sentindo o risco da degradação ambiental que sofre a Amazônia, posso imaginar a sua internacionalização, como também de tudo o mais que tem importância para a Humanidade. Se a

³⁵ AZAMBUJA, Darcy. Op. cit., p. 67 e 68.

³⁶ Id, p. 68

³⁷ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 27.

³⁸ Id, p. 29 e 37.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 133.

Amazônia, sob uma ótica humanista, deve ser internacionalizada, internacionalizemos também as reservas de petróleo do mundo inteiro. O petróleo é tão importante para o bem-estar da humanidade quanto a Amazônia para o nosso futuro. Apesar disso, os donos das reservas sentem-se no direito de aumentar ou diminuir a extração de petróleo e subir ou não o seu preço. Da mesma forma, o capital financeiro dos países ricos deveria ser internacionalizado. Se a Amazônia é uma reserva para todos os seres humanos, ela não pode ser queimada pela vontade de um dono, ou de um país. Queimar a Amazônia é tão grave quanto o desemprego provocado pelas decisões arbitrárias dos especuladores globais. Não podemos deixar que as reservas financeiras sirvam para queimar países inteiros na volúpia da especulação. Antes mesmo da Amazônia, eu gostaria de ver a internacionalização de todos os grandes museus do mundo. O Louvre não deve pertencer apenas à França. Cada museu do mundo é guardião das mais belas peças produzidas pelo gênio humano. Não se pode deixar esse patrimônio cultural, como o patrimônio natural amazônico, seja manipulado e destruído pelo gosto de um proprietário ou de um país. Não faz muito, um milionário japonês, decidiu enterrar com ele um quadro de um grande mestre. Antes disso, aquele quadro deveria ter sido internacionalizado. Durante este encontro, as Nações Unidas estão realizando o Fórum do Milênio, mas alguns presidentes de países tiveram dificuldades em comparecer por constrangimentos na fronteira dos EUA. Por isso, eu acho que Nova York, como sede das Nações Unidas, deve ser internacionalizada. Pelo menos Manhattan deveria pertencer a toda a Humanidade. Assim como Paris, Veneza, Roma, Londres, Rio de Janeiro, Brasília, Recife, cada cidade, com sua beleza específica, sua história do mundo, deveriam pertencer ao mundo inteiro. Se os EUA querem internacionalizar a Amazônia, pelo risco de deixá-la nas mãos de brasileiros, internacionalizemos todos os arsenais nucleares dos EUA. Até porque eles já demonstraram que são capazes de usar essas armas, provocando uma destruição milhares de vezes maior do que as lamentáveis queimadas feitas nas florestas do Brasil. Nos seus debates, os atuais candidatos à presidência dos EUA têm defendido a idéia de internacionalizar as reservas florestais do mundo em troca da dívida. Começamos usando essa dívida para garantir que cada criança do mundo tenha possibilidade de ir à escola. Internacionalizemos as crianças tratando-as, todas elas, não importando o país onde nasceram, como patrimônio que merece cuidados do mundo inteiro. Ainda mais do que merece a Amazônia. Quando os dirigentes tratarem as crianças pobres do mundo como um patrimônio da Humanidade, eles não deixarão que elas trabalhem quando deveriam estudar; que morram quando deveriam viver. Como humanista, aceito defender a internacionalização do mundo. Mas, enquanto o mundo me tratar como brasileiro, lutarei para que a Amazônia seja nossa. Só nossa⁴⁰.

Outro conceito a ser revisitado, é o do princípio da separação dos poderes.

⁴⁰ Disponível em <www.cristovam.org.br>. Acesso em 22 de junho de 2012.

Toda grandeza, toda força, toda potência é relativa. Deve-se tomar cuidado para que, ao buscar aumentar a grandeza real, não se diminua a grandeza relativa.⁴¹

Com base em pensamentos como este, Montesquieu criou a técnica da separação dos poderes, buscando a liberdade do indivíduo e evitando o abuso do governante.

Historicamente ligado ao liberalismo, como garantia das liberdades individuais, o princípio da separação dos poderes vê seus dias contados, exigindo reavaliação diante de uma sociedade em que a valoração política passou do plano individualista para o social.⁴²

2.3 O Estado moderno como paradigma⁴³

Avaliando a evolução histórica do Estado, tem-se o que se segue.

O Estado antigo, também chamado de oriental ou teocrático, tem como marcas fundamentais: a natureza unitária e a religiosidade.⁴⁴ Isso significa dizer que havia busca por uma unidade geral, sem divisões, seja em nível territorial, seja em nível de funções e também que a autoridade do governante expressava a vontade de um poder divino.

O Estado grego, por sua vez, tem como característica fundamental a cidade-Estado ou *polis*, com noção de autossuficiência, destacando uma classe de indivíduos, a elite política, para a influência na tomada de decisões.⁴⁵

Destaque para *A República* de Platão que defende o Estado justo, como a mais alta revelação da virtude humana, incumbindo aos sábios governar, aos guerreiros proteger e às classes obreiras obedecer. Cada um deverá desempenhar a sua função para toda a comunidade.⁴⁶

⁴¹ MONTESQUIEU, tradução de Roberto Leal Ferreira. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.150.

⁴² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.157.

⁴³ Na ideia de novo modelo preconizada por Thomas Kuhn, em função de novas condições históricas e do próprio desenvolvimento da ciência, que levam a evolução pendular, pelo entrelaçamento de fatores sociais, econômicos políticos e jurídicos. KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 20.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 70.

⁴⁵ Id, p.72.

⁴⁶ PLATÃO, tradução de Enrico Corvisieri. *A República*. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo:

Já Aristóteles, seu discípulo, encarava o Estado como instituição natural, necessária, decorrente da própria natureza humana. Em sua obra *Política* deu valor ao Estado possibilitador, com a ideia de que a função do Estado é tornar possível o desenvolvimento e a felicidade do indivíduo.⁴⁷

O ensinamento de Sócrates, outro pensador grego a merecer destaque, pode ser resumido em alguns pontos: versava, não sobre conteúdos já prontos, mas buscava, por meio do diálogo, alcançar a definição das virtudes humanas como a justiça, a piedade, a coragem, dentre outras que são potencialmente capazes de melhorar a alma humana.⁴⁸

Platão o apresenta como o único político da Atenas do seu tempo, já que somente ele possuía a arte do cuidado com a alma, verdadeira técnica política.⁴⁹ Já o Estado romano tem como uma das peculiaridades mais importantes a base familiar da organização,⁵⁰ e a ascendência da nobreza tradicional, sendo que a naturalização concedida a todos os povos conquistados tinha cunho de unificação do Império em todas as searas: política, religiosa, fiscal e social.

Por sua vez, o Estado medieval, ora chamado de *noite negra* da história da Humanidade, ora chamado de extraordinário período de criação,⁵¹ pode ser sintetizado pelos seguintes elementos: o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo.

Doutrinadores importantes dessa época: Santo Agostinho, segundo o qual a autoridade temporal está subordinada à autoridade espiritual e Santo Tomás de Aquino, que trata da política, dos assuntos de ordem social e das relações entre a Igreja e o Estado na obra *Summa Teologica*.

O cristianismo vai ser a base da aspiração à universalidade. Superando a ideia de que os homens valiam diferentemente, de acordo com a origem de cada um, faz-se uma afirmação de igualdade.⁵²

Editora Nova Cultural Ltda, 1999, p. 54.

⁴⁷ MAGEE, Bryan. Tradução de Marcos Bagno. *História da Filosofia*. 3 ed., São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 39.

⁴⁸ LACERDA, Bruno Amaro. *Direito Natural em Platão. As Origens Gregas da Teoria Jusnaturalista*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 71.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 72.

⁵¹ Id, p. 73

⁵² Id, p. 74.

A unidade é quebrada quando entram em choque as disputas de poder entre o Papa e o Imperador.⁵³

As invasões dos bárbaros, com a introdução de novos costumes e ideias, levou ao aparecimento de novos Estados.

A isso tudo se acrescenta a influência do feudalismo, marcado pela valorização da terra, já que as invasões e as guerras internas inviabilizavam o desenvolvimento do comércio.⁵⁴

Conforme geralmente é admitido, o Estado medieval, iniciado com a queda do império romano do ocidente, chega ao fim com o descobrimento da América em 1492.⁵⁵

Vê-se, portanto, o contexto em que se germinou o Estado Moderno: de instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade.⁵⁶

Desmoronado o velho edifício feudal, instituiu-se o monarquismo absolutista.

O fortalecimento do poder central era o único meio de se restabelecer a unidade territorial dos reinos.⁵⁷

A conclusão é simples, para sobreviver, o Estado precisa de uniformização.

A monarquia absoluta assentava-se sobre o fundamento teórico do direito divino dos reis. Luiz XIV, cognominado Rei Sol, que foi o paradigma dos monarcas absolutos, dizia-se a personificação do Estado – *l'Etat c'est moi*.⁵⁸

Doutrinadores importantes dessa época foram: Jean Bodin (*De La Republique*) e Giovanni Botero (*Raison d'Etat*).

⁵³ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 131. “Um dos episódios que assinalam o termo inicial dessa luta foi a prisão do Papa Bonifácio VIII por Felipe, o Belo, Rei da França, no século XIV. O Papado deslocou-se de Roma para Avinhão, no Reno, em território francês, permanecendo nesse *Cativeiro Babilônico* durante sessenta e oito anos. A volta do Papado com Gregório XI a Roma, em 1377, não restaurou o prestígio da Santa Sé, dado o advento do *Grande Cisma*, com a existência de dois Papas, um em Roma e outro em Avinhão, durante mais trinta anos aproximadamente. Liberadas do poder de Roma e fortalecidas pela dissolução do feudalismo, as monarquias medievais caminharam para a centralização absoluta do poder, chegando a suplantarem a própria autoridade eclesiástica”.

⁵⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 76.

⁵⁵ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 123.

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 76.

⁵⁷ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 135.

⁵⁸ Id, p. 137.

Acontece que as pregações racionalistas do Estado moderno, porém, incutiram no espírito das populações sofredoras e escravizadas uma clara consciência da noção de liberdade, dos direitos intangíveis dos indivíduos, abalando profundamente a estrutura do monarquismo absolutista.⁵⁹

Começaram a aparecer manifestações pela necessidade de racionalização e de limitação da atividade estatal, culminando na teoria da separação dos poderes, verdadeiro embrião do Estado contemporâneo, que vincula a atividade do governante aos preceitos predeterminados pela Constituição.

Além de Montesquieu (*Do Espírito das Leis*) e Rousseau (*Do Contrato Social*), destaque para John Locke (*Ensaio sobre o governo civil*), que prega a limitação da autoridade real pela soberania do povo. Suas ideias fomentaram a revolução inglesa de 1688 (Revolução Gloriosa), culminando na revolução francesa de 1789.

A revolução americana de 1776 e a revolução francesa de 1789 culminam num constitucionalismo liberal: importante valoração dos direitos individuais, afastando o Estado da relação privada e trazendo segurança jurídica, econômica e social nas relações sociais.

A esse movimento liberal, seguiram-se reações antiliberais, como o socialismo, o fascismo, o nazismo, etc. até se chegar ao Estado social-democrático, também chamado de constitucional, pós-moderno ou contemporâneo.⁶⁰

Cumprir notar que um ponto por meio do qual também sempre se buscou a unificação do Estado sempre foi o Direito.

É o que será examinado em seguida.

⁵⁹ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 137.

⁶⁰ Expressões utilizadas por MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 22.

2.4 O Estado e o Direito

2.4.1 Teorias Justificadoras de suas Relações

O *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar.⁶¹

Há discussão doutrinária se as duas realidades são ou não uma realidade única.

Para a Teoria Monista, ambos constituem uma mesma realidade, pois só existe o direito estatal, não sendo admitida a ideia de qualquer regra jurídica fora do Estado.⁶² Precusores do monismo jurídico: Hegel, Hobbes, Jean Bodin, Rudolf Von Ihering, Jellinek e Hans Kelsen.

Para a Teoria Dualista ou Pluralística, as realidades são distintas, sendo que o Direito é fato social em contínua mutação, e a função do Estado é positivar o Direito.⁶³ Principal defensor: Léon Duguit.

Já a Teoria do Paralelismo entende que as realidades são distintas mas interdependentes, pois, havendo o direito não estatal, os vários centros de determinação jurídica surgem e se desenvolvem fora do Estado, obedecendo a uma gradação de positividade.⁶⁴

Tem como expoente Giorgio Del Vecchio, segundo o qual o ordenamento jurídico estatal é o verdadeiramente positivo em relação a todos os ordenamentos jurídicos possíveis, em razão da sua conformidade com a razão social predominante.⁶⁵

Modernamente, há uma visão eclética, que busca o equilíbrio, entendendo que o Estado é uma realidade cultural constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem, que encontra a sua integração no ordenamento jurídico.⁶⁶

⁶¹ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 1.

⁶² Ibid.

⁶³ Id, p. 2.

⁶⁴ Id, p. 3.

⁶⁵ Id, p. 3.

⁶⁶ Id, p. 5.

Segundo Miguel Reale, o culturalismo integra-se no historicismo contemporâneo e aplica, no estudo do Estado e do Direito, os princípios fundamentais da axiologia, ou seja, da teoria dos valores em função dos graus da evolução social.⁶⁷

O certo é que os modernos filósofos da História muito embora diverjam na compreensão dos fatos históricos, acabam reconhecendo que toda civilização se funda em determinados pressupostos axiológicos (donde o caráter essencialmente valorativo do processo histórico) e, mais ainda, que nos distintos ciclos culturais, por mais remotos que sejam, será possível sempre vislumbrar identidade de fatores, o que demonstra a universalidade da fonte espiritual geradora das civilizações.

É a visão tridimensional, ao estudar o Estado como ideia, como fato social e como fenômeno jurídico.⁶⁸

Outro conceito é o de que o Estado é a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território.⁶⁹

Nesse conceito se acham presentes todos os elementos que compõem o Estado, e só esses elementos. A noção de poder está implícita na de soberania que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo, e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação política do Estado, está presente na menção a determinado território.⁷⁰

E há várias teorias que buscam justificar o Estado.

O poder de governo, sob o ponto de vista social, político ou jurídico, precisou sempre de crenças ou doutrinas que o justificassem, tanto para legitimar o comando quanto para legitimar a obediência.⁷¹

Refletem elas o pensamento político dominante nas diversas fases da evolução da humanidade e procuram explicar a derivação do Estado: a) do

⁶⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 509.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 122.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ MALUF, Sahid, Op. cit., p. 75.

sobrenatural (Estado divino); b) da lei ou da razão (Estado humano); e c) da história ou da evolução (Estado social).⁷²

Podem ser resumidas da seguinte forma:

a) Teorias teológico-religiosas, abrangendo as teorias do direito divino sobrenatural e providencial;

b) Teorias racionalistas, abrangendo o jusnaturalismo (Grotius e outros), o contratualismo (Hobbes e outros) e o contratualismo de J.J. Rousseau;

c) Teorias idealistas: panteísmo, organicismo e neopanteísmo;

d) Teorias socialistas (totalitárias)

e) Teorias sociais democráticas

Pela teoria do direito divino sobrenatural, o Estado foi fundado por Deus. O Rei é ao mesmo tempo sumo sacerdote, representante de Deus na ordem temporal e governador civil.⁷³

Essa concepção teocrática do poder, que dominou todo o panorama político da antiguidade, não continuou no mundo medieval submetido à influência do cristianismo, mas ressurgiu no fim da Idade Média, com o absolutismo monárquico, que foi uma reação do poder temporal contra o Papado.⁷⁴

A teoria do direito divino providencial, dominante na Idade Média e nos tempos modernos, é mais racional. Admite que o Estado é de origem divina, porém por manifestação providencial da vontade de Deus.⁷⁵

Pregou a separação dos dois poderes – temporal e espiritual – sob o dogma de que o poder divino é originário e superior, devendo o Estado respeitar as leis eternas e imutáveis do Criador na ordem temporal.⁷⁶

As teorias racionalistas, por sua vez, justificam o Estado como de origem convencional, isto é, como produto da razão humana.⁷⁷

O direito divino dos reis cedeu lugar ao direito humano.⁷⁸

⁷² MALUF, Sahid, Op. cit., p. 75.

⁷³ Id, p. 76.

⁷⁴ Id, p. 77.

⁷⁵ Id, p. 78.

⁷⁶ Id, p. 79.

⁷⁷ Id, p. 81.

⁷⁸ Ibid.

Destaques para os pensadores que se seguem.

Hugo Grotius acreditava ser o Estado uma sociedade perfeita de homens livres que tem por finalidade a regulamentação do direito e a consecução do bem-estar coletivo. Expoente do jusnaturalismo.⁷⁹

Emmanuel Kant concluiu que, ao saírem do estado de natureza para o de associação, submeteram-se os homens a uma limitação externa, livre e publicamente acordada, surgindo, assim, a autoridade civil, o Estado.⁸⁰ Expoente do contratualismo científico.

Thomas Hobbes entendia ser a sociedade civil um produto artificial de um pacto voluntário, admitindo a existência de Deus, sendo que Deus fala aos homens pela boca do Estado.

Para ele, o estado natural primitivo era de guerra mútua.

Sua máxima foi: o homem é o lobo do próprio homem.⁸¹ Consequentemente, os homens realizaram o pacto voluntário constitutivo do Estado, delegando cada um, ao governo organizado, a totalidade dos seus direitos naturais de liberdade e autodeterminação.

Sua maior obra, *O Leviatã*, distingue duas categorias de Estado: o Estado real, formado historicamente e baseado sobre as relações da força e o estado racional, deduzido da razão. O título do livro foi escolhido para mostrar a onipotência que o governo devia possuir, já que leviatã é aquele peixe monstruoso de que fala a Bíblia, o qual, sendo o maior de todos os peixes, impedia os mais fortes de engolirem os menores.

Benedito Spinoza defendeu as mesmas ideias de Hobbes, embora com conclusões diferentes: os indivíduos cedem os seus direitos ao Estado para que este lhes assegure a paz e a justiça.

John Locke desenvolveu o contratualismo em bases liberais, desenvolvendo os seguintes princípios: o homem não delegou ao Estado senão os poderes de regulamentação das relações externas na vida social, pois reservou para si uma parte de direitos que são indelegáveis. As liberdades

⁷⁹ MALUF, Sahid, Op. cit., p. 82.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Id, p. 83.

fundamentais, o direito à vida, como todos os direitos inerentes à personalidade humana, são anteriores e superiores ao Estado.⁸²

Foi o precursor da teoria dos três poderes fundamentais, desenvolvida posteriormente por Montesquieu.

Jean Jacques Rousseau deu ao contratualismo sua máxima expressão.

Para ele, o Estado é convencional, sendo o governo instituído para o bem comum e só suportável enquanto justo.

Diferentemente de Hobbes e Spinoza, Rousseau entendia ser o estado de natureza do homem a felicidade perfeita. A aquisição das virtudes da resistência e do aperfeiçoamento e seus conseqüentes é que levaram ao problema social.

Entendia que a liberdade consistia em trocar cada um a sua vontade particular pela sua vontade geral, nos seguintes termos: “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”.⁸³

Assim, ser livre é obedecer ao corpo social, o que equivale a obedecer a si próprio.

Foi o primeiro alicerce do Estado liberal. Foi ela, a liberdade, a base filosófica da revolução francesa, que proclamou: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

As teorias idealistas abrangem o panteísmo, sistema filosófico monista que integra em uma só realidade Deus e o mundo⁸⁴, o organicismo, que entende ser o Estado um organismo natural, como um homem grande⁸⁵ e o neopanteísmo, que compara o Estado aos organismos psicológicos ou éticos, em vez de compará-los aos organismos biológicos.⁸⁶

As teorias socialistas ou totalitárias abrangem os princípios da força e do interesse patrimonial, justificando o Estado na supremacia de classes.

⁸² MALUF, Sahid. Op. cit., p. 85.

⁸³ ROUSSEAU, J.J., tradução de Antônio de Pádua Danesi. *O Contrato Social*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22

⁸⁴ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 95.

⁸⁵ Id, p. 96.

⁸⁶ Id, p. 97.

E as teorias social-democráticas baseiam-se no princípio cooperativo e associativo.

Passa-se à análise dos entendimentos que culminaram na visão contemporânea do Estado e do Direito.

2.4.2 O Estado e o Direito contemporâneos

O que se entende como justiça é algo que sofreu variação ao longo da história.

Para os gregos, justiça tinha a ver com igualdade.

Já Aristóteles falava em equilíbrio e harmonia. Foi o formulador do que se entende hoje pela teoria da justiça. Influenciado pelo pensamento pitagórico no que se refere aos pesos, às medidas de igualdade e proporcionalidade, situou a questão da proporcionalidade não do ponto de vista estritamente aritmético, matemático, mas da igualdade de razões. Foi Aristóteles quem primeiro falou sobre a possibilidade de o juiz adaptar a lei à situação concreta.⁸⁷

A função judicante, no auge da democracia, é também exercida pelos cidadãos. É exemplo eloquente o julgamento de Sócrates.⁸⁸

Os romanos entendiam a justiça como ordem pacificadora, chegando à máxima de dar a cada um o que é seu.⁸⁹

Ao examinar a Bíblia, o Antigo Testamento fala em obediência à palavra de Deus e no Novo Testamento fala-se em amar o próximo como a ti mesmo.

A variação terminológica é grande, seja no tempo e no espaço.

A justiça está umbilicalmente ligada ao conceito de direito e este também sofreu mutação ao longo da história no concernente a seu significado, seu fundamento.

Numa sintetização breve, tem-se o direito justificado na natureza, pelos gregos da Antiguidade, considerados a matriz da civilização contemporânea;

⁸⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: Tutela Coletiva de Direitos pelo Ministério Público: Uma Nova Visão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 20.

em seguida, o direito do medievo assume feição teleológica com os romanos (que tinham um vínculo forte com a religião) e o cristianismo que passa a conceber Deus como ser único, universal⁹⁰, é o jusnaturalismo; passa-se ao juspositivismo em que vale a lei posta pelo ser racional que o homem é, até chegar-se no direito contemporâneo que, numa crise de fundamento ou de razão, pressupõe um sistema de princípios a reger os casos e as pessoas, vistas como seres históricos, processuais, num constante construir e reconstruir de uma sociedade laica ou secularizada, em que se busca o reconhecimento, na maior medida possível, de iguais liberdades a todos os homens, livres e iguais.

A autonomia da vontade privada tem grande destaque, respeitada, concomitantemente a autonomia pública num novo paradigma de justiça, numa justiça mais participativa e que leva à solidariedade social.

A cidadania é entendida como a consciência dos direitos e deveres, mas também como diminuição do formalismo.

Assim é que o Poder Judiciário volta a ocupar o poder de destaque na busca para a realização dos direitos.

Também existe uma tendência de se adotarem resoluções alternativas de conflito, de natureza pública e privada.⁹¹

2.5 O Estado Brasileiro

Pode-se dizer que os principais elementos do Estado moderno são de duas ordens: material, abrangendo o povo e o território e formal, correspondendo ao poder (ou alguma de suas expressões).⁹²

E o Estado brasileiro não foge a essa regra.

⁹⁰ COULANGES, Fustel de. Tradução de Roberto Leal Ferreira. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Martin Claret, 2009, p.378 e 404.

⁹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit., p. 25.

⁹² ROBERT, Cintia. MAGALHÃES. José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 7.

É um Estado de formação originária, pois seu território não resultou de conquista, anexação ou divisão; não pertenceu antes a nenhum outro Estado, mas aos próprios povos nativos ameríndios.⁹³

Sua população resultou da fusão de três raças: europeus, africanos e americanos, o tipo nacional, com predomínio da cultura colonizadora portuguesa.

É uma federação, surgida de forma natural, atendendo às conveniências políticas de determinado momento histórico, diferentemente, por exemplo, dos Estados Unidos da América.

Como Estado federal, tem soberania, sua base jurídica é uma Constituição.⁹⁴

Passa-se à análise dos marcos histórico-jurídicos na construção do Estado brasileiro.

2.5.1. Constituições brasileiras: momento histórico e social, principais características e concepção do humano

Esta parte da pesquisa se propõe a analisar o contexto em que cada Constituição brasileira foi editada, com foco nas características da sociedade e em como o legislador concebia o humano em cada uma delas.

Uma primeira observação cabível é no sentido de justificar a importância da presente análise usando, para tanto, da observação de José Luiz Quadros de Magalhães *in verbis*: “Um aspecto fundamental para a correta compreensão do constitucionalismo liberal e de qualquer idéia ou teoria é a necessidade de sua inserção no contexto histórico em que ela surge”.⁹⁵

O Brasil, em sua história, já teve oito Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988). Fala-se em duas Constituições provisórias, relativas a dois momentos históricos, após a proclamação da República e após a Revolução de 1930, em que a ordem constitucional foi substituída por instrumentos jurídicos emanados de governos revolucionários.

⁹³ MALUF, Sahid. Op. cit., p. 385.

⁹⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 254 e 255.

⁹⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006, p. 13.

Segundo Paulo Bonavides,

Quem se propuser a uma análise em profundidade da evolução constitucional do Brasil não terá dificuldade em distinguir três fases históricas perfeitamente identificáveis em relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos que tiveram influxo preponderante na obra de caracterização formal das instituições: a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do séc. XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe, com toda a evidência, a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do corrente século” (na verdade, séc. XX).⁹⁶

A divisão proposta pelo autor é a seguinte:

- a) o constitucionalismo do Império: a presença da inspiração francesa e inglesa;
- b) o constitucionalismo da Primeira República: a adoção do modelo americano, com o federalismo e o presidencialismo, e, finalmente,
- c) o constitucionalismo do estado social: o advento da influência das Constituições de Weimar e Bonn.

Passa-se ao exame das Constituições uma a uma.

1) Constituição de 1824 – 1ª. Constituição Brasileira – Constituição do Império

Proclamada a independência do Estado brasileiro em 1822, impunha-se a elaboração de uma Constituição sob os influxos das ideias do liberalismo político então em voga na Europa.

Principais características:

- a) o catolicismo era considerado a religião oficial do Estado, sendo assegurado somente o culto doméstico de outras crenças, sem forma alguma exterior de templo; b) o sufrágio era censitário, pois para participar do processo eleitoral era exigida renda mínima anual e, para ser eleito, uma renda ainda maior, graduando-se conforme o cargo: para ser eleitor: cem mil-réis, deputado: quatrocentos mil-réis, senador: oitocentos mil-réis⁹⁷; d) única no mundo com quatro poderes políticos: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador (Poder delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo de toda a Nação

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 361.

⁹⁷ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização, do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições*. v.18. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154.

e considerado a “chave de toda a organização política”⁹⁸, com poderes quase absolutos, significando a troca do modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant). Tratava-se, na verdade, de um parlamentarismo *sui generis*, preservando dissimuladamente o princípio absolutista;

Embora o texto garantisse os direitos individuais e políticos, a visão do humano era compartimentada, considerando-se a feitura desta Constituição numa sociedade escravocrata, em que também era exigida renda mínima anual para se candidatar e até para ser eleitor. Foi o início formal de um Estado liberal.

2) Constituição de 1891 - 2ª. Constituição Brasileira e 1ª. Constituição Republicana

Momento histórico de alteração dos fatores reais de poder, culminando na proclamação da República do Brasil em 15 de novembro de 1889. A nova forma de governo impunha a elaboração de uma nova Constituição, bastante influenciada pelo modelo norte-americano, seguido por Rui Barbosa, o que se evidencia pela própria denominação adotada: “Estado Unidos do Brasil”. O novo Estado constitucional, enfim, converteu-se num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais.⁹⁹

Principais características:

a) território brasileiro dividido em estados-membros, que substituíram as antigas províncias; b) ampla liberdade de culto, deixando o catolicismo de ser a religião oficial do Estado; c) tripartição de poderes políticos: Executivo, Legislativo e Judiciário (foi instituído o STF); d) ampliação dos direitos individuais, com a inclusão do *habeas corpus*;

Prolongamento do humano compartimentado da era colonial: do escravo ao imigrante, além da plenitude formal das instituições sociais, valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade.

3) Constituição de 1934 - 3ª. Constituição Brasileira e 2ª. Constituição Republicana

A nova Constituição é fruto da Assembleia Nacional Constituinte convocada antes da Revolução Constitucionalista de 1932. Inaugura o Brasil a

⁹⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. Op. cit., p. 155.

⁹⁹ Id., p. 156.

3ª. fase constitucional de sua história, marcada por: crises, golpes de estado, etc. Foi bastante influenciada pela Constituição alemã de Weimar.

Principais características:

a) Estado interventor na economia; b) incorporação de direitos sociais, com nova modalidade de direitos fundamentais, como jornada de 8 (oito) horas de trabalho, licença-maternidade, etc.; c) ampliação dos direitos e garantias individuais, com a introdução do mandado de segurança e da ação popular no texto constitucional.

A concepção de intervenção do Estado na economia veio a substituir a antiga ideia liberal do *laisser-faire*, com a implantação da política do *new deal* nos EUA e o planejamento nos países socialistas. Aparecimento da classe do proletariado dada a Revolução Industrial. Um destaque é que, com a extensão do direito de voto às mulheres, pelo Código Eleitoral de 1932, pela primeira vez uma mulher foi eleita para compor uma Assembleia Nacional Constituinte do Brasil, no caso, Bertha Lutz.¹⁰⁰

4) **Constituição de 1937 - 4ª. Constituição Brasileira**

Foi imposta por Getúlio Vargas, numa época de avanços totalitários em todo o mundo. Sob o nome de “Estado Novo”, tal regime ditatorial não cumpriu a necessidade de plebiscito para a Carta Constitucional, suspendeu direitos individuais e governou baseado em decretos-legislativos. É conhecida como “A Polaca”, dada a influência que recebeu da Constituição da Polônia.

5) **Constituição de 1946 - 5ª. Constituição Brasileira**

Essa Constituição é fruto de uma Assembleia Nacional Constituinte convocada após o afastamento de Getúlio Vargas do poder. Perdurou até 1967, tendo sobrevivido ao golpe militar de 1964, embora desfigurada por sucessivos atos institucionais, que concentravam poderes nas mãos do Presidente da República.

6) **Constituição de 1967 - 6ª. Constituição Brasileira**

Foi outorgada, institucionalizando os ideais e princípios da Revolução militar. Prevaleceu por somente dois anos.

¹⁰⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. Op. cit., p. 158.

Considerando a ideologia da “segurança nacional”, houve redução dos direitos individuais, admitindo-se a possibilidade de suspensão desses direitos em caso de abuso.

7) Constituição de 1969 - 7ª. Constituição Brasileira

Embora esse texto tenha sido promulgado em época de desenvolvimento econômico, a época era de grande radicalização política. Foi chamada de “anticonstituição”, pois admitia duas ordens, uma constitucional e outra institucional, com a subordinação da primeira à segunda.¹⁰¹

Os direitos nominalmente tutelados pela ordem constitucional eram sobrepostos por um interesse único e autoritário.

8) Constituição de 1988 - 8ª. Constituição Brasileira (Atual)

Novo momento histórico, processo inicial de redemocratização do Estado brasileiro.

Características principais:

- a) manutenção da federação, da república e do presidencialismo;
- b) elevação dos municípios à condição de entidades federativas, com autonomia política preservada;
- c) valorização do Poder Legislativo;
- d) outras mudanças decorrem das emendas posteriores, abrangendo desde a possibilidade de reeleição para Presidente da República até a flexibilização de monopólios estatais e reformas administrativa, do Judiciário, etc.

Houve: valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana com o surgimento de novas ações constitucionais, como *habeas data*, mandado de injunção e mandado de segurança coletivo, com a tutela de novos interesses como os coletivos e difusos, com a valorização dos direitos sociais (licença-paternidade, férias acrescidas de 1/3, etc.).

Porque a sociedade brasileira contemporânea vive uma fase de redemocratização, que é um verdadeiro “Chamado à Cidadania” em que há relação direta com a exigência de uma releitura da experiência democrática para aprendizado de novas formas de convivência e de sociabilidade, de recriação permanente e de renovação das instituições que resulta na

¹⁰¹ PINHO, Rodrigo César Rebello. Op. cit., p. 165.

determinação de novos espaços públicos e condições para debate, negociações e formação de novos consensos.¹⁰²

Concluindo, o constitucionalismo brasileiro seguiu as bases do constitucionalismo moderno, cujo conteúdo principal contém sempre dois elementos: limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O nascimento do constitucionalismo moderno coincide com o nascimento do Estado liberal, fundamentado na omissão estatal e na propriedade privada, em contraposição ao estado absolutista, que teve seu papel delimitado de unificador das relações.

Num segundo momento do Estado liberal em que a igualdade e a liberdade proclamadas eram na realidade para uma parcela reduzida de ricos e proprietários, é que vai surgir o Estado social. Como os direitos sociais e econômicos eram entendidos como meras normas programáticas, só posteriormente, com grande transformação jurídico-política, inclusive com o rompimento do paradigma patrimonialista no direito privado, é que foi possível chegar ao estado democrático e social de direito, tendo como ápice a Constituição Federal de 1988 no Brasil.

A Constituição passa a ser vista como centro de todo o direito, assumindo seus princípios caráter normativo, gerando um intenso trabalho de reconstrução doutrinária e jurisprudencial em curso em todas as searas jurídicas.¹⁰³

Essa visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar, por exemplo, a segurança jurídica (=respeito à legalidade) e a igualdade perante a

¹⁰² APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.12.

¹⁰³ CERQUEIRA, André Liguori de; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A refundação da ordem jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito: reconstrução não essencialista do princípio da dignidade da pessoa humana*. P. 3397. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/andre_liguori_de_cerqueira.pdf>. Acesso em 17 de junho de 2012.

lei, valores associados ao Direito formal, com a segurança e igualdade das situações em que se encontram inseridos os indivíduos na sociedade, a qual se pretende seja democrática.¹⁰⁴

Talvez o maior desafio seja colocar essa nova visão em prática.

O exame dos direitos fundamentais como garantia do Estado faz parte desse processo.

¹⁰⁴GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 23.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO GARANTIA DO ESTADO

Inicia-se o capítulo com a análise dos direitos do homem e da sociedade, como introdução à teoria dos direitos fundamentais.

3.1 Os direitos do homem e da sociedade

No tocante aos direitos do homem e da sociedade, Norberto Bobbio atesta a diferença entre a teoria e a prática. A mudança social tem estreita conexão com o surgimento de novos direitos: multiplicação ou proliferação de direitos.

Ele atribui a três razões: mais bens, mais sujeitos, mais *status* de indivíduo.¹⁰⁵

Dos direitos de liberdade passou-se aos direitos políticos e sociais. Da consideração do indivíduo singularmente passou-se para o indivíduo enquanto grupo (família, minorias étnicas...) ou até mesmo para sujeitos diferentes do homem, como os animais. No tocante ao homem de per si, passou-se a analisar seu *status* social, ou seja, sexo, idade, condições físicas: a mulher é diferente do homem, a criança do idoso, o sadio do doente, etc.¹⁰⁶

Os direitos de liberdade, inicialmente, valiam para todos os homens, ou seja, para o homem em abstrato: por exemplo, a liberdade religiosa era para todos. O princípio da igualdade correu paralelo ao da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro (estado de natureza de Locke). Assim, o art. 1º. da Declaração Universal afirma: “os homens têm igual direito à liberdade”. Percebe-se uma universalidade ou não discriminação.¹⁰⁷

Todavia, tal universalidade não vale para os direitos sociais e os políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente. Por

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Carlos Nelson Coutinho (Trad.). Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

¹⁰⁶ Id., p. 69.

¹⁰⁷ Id., p. 70.

exemplo, durante séculos, só os homens do sexo masculino tiveram o direito de votar¹⁰⁸. Ou ainda, trabalho para crianças não é permitido.

Aí surge a necessidade de intervenção ativa do Estado, produzindo uma nova forma de Estado, o Estado social. Os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado, ao passo que os direitos sociais exigem ampliação dos poderes do Estado.

Vê-se que o fato de que os direitos foram ampliados não só demonstra que o ponto de partida do hipotético estado de natureza perdeu toda plausibilidade, mas nos deveria tornar conscientes de que o mundo das relações sociais de onde essas exigências derivam é muito mais complexo, e de que, para a vida e para a sobrevivência dos homens, nessa nova sociedade, não bastam os direitos fundamentais, como os direitos à vida, à liberdade e à propriedade.¹⁰⁹ Tem-se como exemplo as proteções hoje existentes para os idosos e a preocupação com o meio-ambiente.

A efetivação é que a grande questão. As Cartas ou Declarações de Direito são documentos, a realidade é diferente, dependente e resultante das forças políticas.

Inclusive, no momento em que a globalização econômica leva a outras globalizações como a jurídica, por exemplo, em que o diálogo Europa-América faz-se necessário, quando não natural.

Passa-se à abordagem da teoria dos direitos fundamentais, especificamente.

3.2 A Teoria dos direitos fundamentais

O direito é produto da história e da cultura¹¹⁰ para justificar a ideia dos direitos fundamentais.

Os gregos já enxergavam um direito natural ao lado do direito positivo.¹¹¹

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 71.

¹⁰⁹ Id, p. 75.

¹¹⁰ VILLELA, João Baptista. *Apontamentos sobre Direitos Humanos e sua Garantia Judicial*. Belo Horizonte, 2009, p. 2. Não publicado.

¹¹¹ Id, p.4. Ressalta-se que há quem entenda de forma diferente, não aceitando a tese de que o Mundo Antigo, seja ele egípcio, babilônico, hebreu, grego ou romano, ou seja ele oriental, assumiu como olhar fundamental das coisas o de que os indivíduos tinham direitos contra o Estado. Tal doutrina atesta que o

A distinção entre direito natural e direito positivo tem por força remota os ensinamentos de Aristóteles a Nicômacos, seu filho, quando diferencia-os por sua origem, sua eficácia, e a característica de bondade intrínseca ou não de suas disposições.¹¹²

Segundo Aristóteles,

A justiça política é em parte natural e em parte legal; são naturais as coisas que em todos os lugares têm a mesma força e não dependem de as aceitarmos ou não, e é legal aquilo que a princípio pode ser determinado indiferentemente de uma maneira ou de outra, mas depois de determinado já não é indiferente.¹¹³

Os romanos, ao tratar do direito à prova, já vislumbravam o direito fundamental à personalidade.

Talvez a grande contribuição da história seja o processo de revelação dos direitos fundamentais.

Exemplos: direito a voz (até que fosse possível seu registro, não havia questionamento a respeito), direito a imagem (tutela deferida com a utilização da foto do indivíduo a sua revelia, origem: final do séc. XVIII, em relação à foto da morte de uma atriz francesa, chamada Rachel), direito a autodeterminação (direito relativo à bioética, referente a precedente dos EUA em que tipo sanguíneo especial de paciente que gerou medicamento novo levou à discussão se ela teria ou não direito a royalties), direito a identidade genética (haja vista a possibilidade científica da clonagem; advém da Convenção de Bioética de Oviedo, de âmbito europeu, mas de aplicação ampla).

Na discussão entre direitos individuais e coletivos, afirma-se que os direitos fundamentais só fazem sentido se contextualizados no palco da sociedade, ainda que individuais.

A terminologia é oscilante. Ora se fala em direitos fundamentais, ora em direitos humanos.

que havia de avançado nas civilizações antigas é que nestas sociedades a liberdade se realizava pela participação: WYZANSKI, Jr., Charles E. The Philosophical Background of the Doctrines of Human Rights. In: HENKIN, Alice H. (Ed.). *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*. Cleveland: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979, p. 10.

¹¹²ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 28.

¹¹³ARISTÓTELES, tradução de Mário da Gama Kury. *Ética a Nicômacos*. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, p. 103.

Uma diferenciação é no sentido dos direitos fundamentais serem assim chamados quando relacionados ao ambiente nacional (Constituição Federal de 1988, art. 5º.) e serem chamados de direitos humanos quando relacionados ao ambiente internacional (Constituição Federal de 1988, art. 4º.).¹¹⁴ Nesse particular, advoga-se a ideia de que “é importante que exista um acordo internacional sobre o catálogo de direitos humanos, com uma definição mínima do que a comunidade internacional entende por direitos humanos e liberdades fundamentais”¹¹⁵.

Cumpra-se notar que há quem afirme que, na verdade, a defesa dos direitos humanos como direitos de aplicação universal é consequência da imposição dos valores ocidentais a outros povos.¹¹⁶

De qualquer forma, um elemento essencial de uma política de direitos humanos envolverá a construção de sua base filosófica e religiosa em termos de que deve falar para pessoas de diferentes culturas.¹¹⁷

Outra terminologia utilizada é a de direitos do homem, relacionados aos direitos inatos da corrente jusnaturalista.

Especificamente quanto aos direitos da personalidade, há uma certa dificuldade na distinção em relação aos direitos fundamentais, considerados ambos figuras secantes.¹¹⁸ Um critério sinalizador da diferenciação é no sentido de que os primeiros são emanações da esfera individual, de âmbito civilista e que os segundos, poderes subjetivos políticos, encontram no direito público a sua matriz de expressão e defesa. Uma nota típica que se manifesta no confronto entre uns e outros é a essencial extra-patrimonialidade dos direitos da personalidade. Por exemplo, o direito à privacidade, à honra, ao nome, à imagem etc..¹¹⁹

¹¹⁴ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 6.

¹¹⁵ BUERGENTHAL, Thomas. Codification and Implementation of International Human Rights. In: HENKIN, Alice H. (Ed.). *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*. Cleveland: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979, p. 16.

¹¹⁶ WALLERSTEIN, Immanuel Maurice. Tradução de Beatriz Medina. *O Universalismo Europeu – A Retórica do Poder*. Boitempo: São Paulo, 2007, p.26.

¹¹⁷ PAGELS, Elaine. The Roots and Origins of Human Rights. In, HENKIN, Alice H. (Ed.). *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*. Cleveland: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979, p. 8.

¹¹⁸ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 7.

¹¹⁹ Ibid.

Fala-se em gerações¹²⁰ e dimensões¹²¹ de direitos humanos, a partir do estudo dos seus diferentes tipos e de sua conexão com o período histórico de seu aparecimento, com utilidade didática precipuamente.

As diversas gerações de direitos põem em destaque seu caráter histórico e aberto.¹²²

O mais importante é entender que o movimento não é estanque, os direitos humanos manifestam-se ao longo da história, de forma lenta e gradual.¹²³

Somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem.¹²⁴

Outra questão afeta ao tema é a da eficácia de tais direitos. São contrapostos ao Estado (eficácia vertical), havendo discussão acerca da possibilidade de sua contraposição aos particulares (eficácia horizontal), sendo que o problema que surge aqui é a possibilidade de se impor às consciências individuais um pensamento único ou negar espaço para as diferenças.¹²⁵

Uma vez proclamados, necessitam de instrumentos de defesa e de proteção. É o que ocorrem com as ações afirmativas e com os remédios judiciais, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de injunção, este abrangendo direitos ainda não definidos concretamente, sob o entendimento subjacente de que a Constituição é um organismo vivo, que se expande na sua compreensão e faz crescer suas proclamações embrionárias.¹²⁶

Como a pessoa, sujeito dos direitos fundamentais, é de suma importância no contexto, segue-se a análise da evolução histórica de seu conceito jurídico.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 563.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.54.

¹²² BALLESTEROS, Jesús. Derechos? Humanos? *In: Persona y Derecho – Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos – Multiculturalismo y derechos humanos*, 2003, p. 28.

¹²³ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 7.

¹²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 12.

¹²⁵ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 8

¹²⁶ Id, p. 10.

3.3 A implicação do conceito jurídico de pessoa na compreensão dos direitos fundamentais

A palavra “pessoa” é de origem latina. Em lugar dela, os gregos tinham *prósopon*, que significa rosto, tal como em latim *persona* significa o disfarce ou a aparência exterior de um homem, imitada no palco.¹²⁷

Os gregos não tinham a noção do indivíduo, enquanto ser destacado da sua coletividade. Eles até percebiam a singularidade, a peculiaridade de cada homem. A questão é que não podia ter valor destacado.

Os gregos tinham visão instrumental do homem. No caso da batalha de Salamina, dos atenienses contra os persas, vencida pelos gregos, a primeira coisa foi expulsar Temístocles, o chefe dos persas de então. Curioso: ele era herói de guerra. Ao se configurar ameaça, perde valor. Então significa que, para os gregos, o homem “serve” enquanto obedecer ao *status quo*, devendo ser banido da sociedade se representar ameaça, ainda que seja um herói de guerra, cheio de virtudes. É o chamado coletivismo ético dos gregos.

Completamente diferente dos tempos atuais em que um imigrante, mesmo que deportado, não perde sua condição de pessoa.

Aristóteles entendia que todo ser humano é parte de um todo. Para ele, não há vida fora da vida coletiva, da cidade, sob pena de ser peça fora do tabuleiro.

O homem é, por natureza, um animal político.¹²⁸

Sócrates tinha o mesmo pensamento.

Em Roma, a palavra *persona* passou por evolução semântica: máscara teatral, ator e sujeito social.

E do palco a palavra foi transferida para qualquer representante da palavra ou ação, tanto nos tribunais como nos teatros.¹²⁹

Assim, significou o homem, enquanto ser social. Para os romanos, o homem é ator da sociedade, representando vários papéis, como os de pai, comprador, marido, negociante, senador, etc.

¹²⁷ MALMESBURY, Thomas Hobbes de, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, in: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1999, p. 135.

¹²⁸ ARISTÓTELES, tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. Política. In: *Poética. Organon. Política. Constituição de Atenas (Os pensadores)*. São Paulo: Nova Cultural, 1990, p. 146.

¹²⁹ MALMESBURY, Thomas Hobbes de, Op. cit., p. 135.

Até esse momento, a palavra designa o homem, mas ainda sem valor universal.

O Cristianismo destaca a valorização do indivíduo – possui valor em si mesmo - coloca identidade entre todos os homens

Gerou conceitos, levando a mudança brutal na forma de pensar.

Segundo os primeiros padres-patristica, ainda que sofra e morra, o valor do indivíduo continua inalterado, o que justifica, por exemplo, o martírio – sou valioso, pois essa é minha natureza, e não porque pertenço a uma coletividade.

Assim, o valor não vem da sociedade, vem de Deus, que o criou livre.

Poder-se-ia dizer, assim, que o cristianismo é base do conceito de pessoa.

Santo Agostinho cita a especificidade do cristianismo enquanto fé, enquanto teologia, é Deus que procura o homem, diferentemente das outras religiões em que os homens procuram Deus.

Boécio, séc. VI, é o primeiro a dar o conceito de pessoa. Pessoa é uma substância individual de natureza racional.¹³⁰ Embora primitivo, o conceito serve de base, ainda que tenha matriz cristã.

Santo Tomás de Aquino explica que o homem é uma substância racional porque tem o *domínio de seus atos, agindo por si mesmo* e não pelo comando de outros seres. Em outras palavras, o homem é *livre*.¹³¹

Na filosofia moderna, que começou com Descartes (filosofia) e Grotius (Direito), passando por Kant (que define pessoa pelo lado da autonomia - o indivíduo é o ser com o fim em si mesmo), a liberdade, a capacidade de autodeterminação do sujeito no mundo é que define pessoa.

Conclui-se afirmando que o termo surge no ambiente greco-romano, invade o período medieval, chegando à ideia contemporânea de pessoa.

Se da Idade Antiga até a Idade Média, o fundamento era teológico, seja por parte dos filósofos, seja por parte dos juristas, a partir daí vêm novos questionamentos, o fundamento inalterado não serve mais.

Com a Idade Moderna, algo muda, surge algo diferente, já que a natureza humana deixa de ser ligada a Deus e passa a ser autônoma.

¹³⁰ LACERDA, Bruno Amaro. A dignidade humana em Giovanni Pico della Mirandola, in: *Revista Interdisciplinar de Direito*, volume 6, 2009, p. 78.

¹³¹ Ibid.

Destaque para os seguintes pensadores.

Giovanni Pico della Mirandola, grande expressão do Renascimento, é o primeiro a dedicar obra ao tema dignidade (*Discurso sobre a dignidade do homem*).

O homem foi criado como ser de “natureza indefinida”. Para realizar a si mesmo, para se determinar, o homem foi colocado no centro do mundo, ou seja, em uma posição que lhe permite buscar o mais adequado para definir sua própria essência.¹³²

Não se limita a dizer que o homem é livre para escolher seus próprios fins, mas que, ao escolhê-los, o homem *encontra a sua própria essência*. O homem não é apenas o “animal racional” capaz de escolher, mas o ser *que está fadado a escolher*.¹³³

Descartes, ao entender o homem como coisa pensante, inverte completamente a filosofia medieval, pois quem vem em primeiro lugar é o homem e não Deus.¹³⁴

Deu início a toda uma era do desenvolvimento da técnica, pois tudo deve servir ao homem. Em termos de materialismo, os inventos a partir do séc. XVI são inegáveis.

Em contrapartida, do ponto de vista moral, a questão ficou perdida. A falta de ética comum leva a pluralismos dificultosos.

Os contratualistas, para quem o homem é autônomo para construir sua política, levaram à separação entre Igreja e Estado. A visão medieval da Política e do Direito é a Teoria das Duas Espadas: há duas formas de poder no mundo, o temporal e o espiritual, que deveriam ficar com o Papa. O contratualismo rompe com isso, já que a política e o direito são vistos como regras humanas, independente de Deus.

Destaques para Hobbes e Locke, anteriormente citados (item 2.4.1).

Assim, na visão pós-moderna ou contemporânea, a pessoa é livre, capaz de direitos e obrigações. Os homens nascem dotados de direito.

¹³² LACERDA, Bruno Amaro. Op. cit., p. 79.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ DESCARTES, René. Discurso do Método. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 162.

A pessoa é vista como sujeito de direitos, diferente da visão primária como mero ser racional.

Conforme Elza Maria Miranda Afonso:

Desde que os antigos conceberam a existência de direitos naturais e inalienáveis, desde que proclamaram, em Códigos, que todo direito foi constituído por causa do homem, o conceito de pessoa se prenunciou na história, foi ganhando seus contornos e a crença na dignidade da pessoa humana se consolidou e atravessou os tempos. A pessoa humana se tornou o fundamento e o centro de todos os direitos.¹³⁵

O conceito que apareceu e evoluiu ao longo da história tornou-se elemento da teoria dos direitos fundamentais.

Passa-se ao exame dos direitos fundamentais no Estado brasileiro, especificamente do direito fundamental ao acesso à justiça.

3.4 Os direitos fundamentais no Estado brasileiro

3.4.1 Do direito fundamental ao acesso à justiça

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 dispõe expressamente: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Trata-se de comando constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1946 (art. 141, parágrafo 4º.), acostado também na de 1967 (art. 135, parágrafo 4º.).¹³⁶

Nota-se que tais dispositivos na origem tinham endereço certo: miravam o legislador constituinte para impedir que a lei e não as partes contratantes pudessem estabelecer matéria que ficasse excluída de qualquer apreciação do Poder Judiciário.¹³⁷

¹³⁵ AFONSO, Elza Maria Miranda. *Elos de Solidariedade*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos/Belo Horizonte/n. 103/ jul-dez 2011, in: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/revista.asp>>, p. 322. Acesso em 13 de julho de 2012.

¹³⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Coord.) *Arbitragem. 15 Anos da Lei n. 9.307/96*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.18-19.

¹³⁷ COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 48.

3.4.1.1 Evolução histórica

A expressão acesso à justiça, além de difícil definição, também passou por vários momentos.

Desde a compreensão pela assistência judicial para os pobres,¹³⁸ passando pela representação dos interesses difusos (coletivos ou grupais)¹³⁹ até a concepção mais ampla,¹⁴⁰ abrangendo a reforma dos procedimentos judiciais, a adoção de medidas alternativas, a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causa de particular importância social (como as pequenas causas e os consumidores), além dos convênios para assistência em grupos.

Não se pode olvidar que o acesso à justiça sempre foi um desafio para as sociedades de todos os tempos, sendo aqui destacado o momento atual em que as exigências de um mundo dinâmico e complexo como o em que se vive demandam mudanças no comportamento, nova consciência e atitude jurídicas.

Numa visão mais atual, poder-se-ia resumir o acesso à justiça da seguinte forma: no aspecto formal, significa a resolução de conflitos pelo Judiciário. No aspecto material, significa o acesso a todo e qualquer órgão de informação e prestação de serviços públicos, assegurando condições humanas de cidadania.

Há quem afirme inclusive que o acesso à justiça, ao lado dos direitos fundamentais à educação, à saúde básica e à assistência no caso de necessidade, faz parte da concretização do mínimo existencial, que tem em conta a ordem constitucional brasileira.¹⁴¹

Seja de qual ângulo visto, a questão é instigante, exigindo e não podendo dispensar, ao mesmo tempo, a participação de todos aqueles que exercem uma função pública, especialmente no que afeta ao Poder Judiciário.

¹³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto: Sérgio Fabris, Alegre, 1998, p. 31.

¹³⁹ Id, p. 49.

¹⁴⁰ Id, p. 67.

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

Na verdade, o Poder Judiciário também deve se reciclar para tornar efetivo o seu acesso, bem como para atender as novas exigências e demandas da sociedade, seja pela celeridade e conteúdo nas decisões, seja pela diversidade dos temas enfrentados. Seja pela Reforma, constitucionalmente prevista e ocorrida, seja por um novo debate, o Judiciário deve ser reavaliado e passar a ser visto como agente político ativo na construção de uma nova ordem legal adequada aos tempos pós-modernos nos quais o Direito e a Justiça são objeto de permanente luta, discussão e contextualização.

Essa concepção resulta na necessidade de se reestruturar o Poder Judiciário, criando um processo de desjudicialização e resolução alternativa de litígios, de forma a evitar acesso generalizado e, por vezes, injustificado à justiça estatal. É retirar da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades e salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional.¹⁴²

A desjudicialização também pode ser chamada de democratização do Poder Judiciário no sentido de possibilitar uma prestação jurisdicional mais efetiva e sintonizada com os anseios de toda a sociedade, que possui desigualdade em vários setores, além de acesso a todo e qualquer órgão de informação e prestação de serviços públicos, assegurando condições humanas de cidadania.¹⁴³

Exemplos nesse sentido são: a possibilidade de realização de inventários, separações e divórcios perante o tabelião de notas, conforme disposições da Lei n. 11.441/07; a habilitação do casamento perante o registrador civil de pessoas naturais, sem a participação do juiz (não havendo impugnação), nos termos da Lei n. 12.133/09, e, ainda, as retificações de registro perante a própria serventia extrajudicial, sem intervenção prévia do Judiciário, conforme Lei 12.100/09.

No particular, cabível a afirmação de José Frederico Marques, de 1952, quando da publicação de sua monografia para concurso da Cátedra de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito Paulista da PUC, no sentido de que:

¹⁴² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 106.

¹⁴³ Id, p. 33.

O oficial de registro que faz uma matrícula, ou o notário que lavra uma escritura de compra e venda, estão praticando atos de todo semelhantes ao que o magistrado togado leva a efeito quando homologa uma separação consensual. Em todos esses casos, que alguns processualistas (Kisch, Prieto Castro e outros) catalogam na categoria de jurisdição voluntária, mesmo quando praticados por outros órgãos estatais que não os juízes, somente *ratione auctoritatis* é que se pode estabelecer uma distinção específica, visto que os atos de tutela praticados pelos órgãos a que está confiada a jurisdição, embora não sejam jurisdicionais, possuem a característica de atos judiciais. Aliás, o notariado se confundia, por isso mesmo, com os juízes cartulários quando a *confessio in jure* foi substituída pelos *instrumenta guarentigiata* do direito intermédio; e em alguns países do Continente latino-americano (em Cuba, por exemplo), ainda o tabelião é olhado como integrante da magistratura, por força mesmo dos atos de tutela administrativa, idênticos aos da jurisdição voluntária, que no seu ofício pratica.¹⁴⁴

Até porque um dos objetivos dos registros públicos é a segurança, na medida em que, a partir da lavratura, existe uma certeza de que o ato existe e que do assento se poderá extrair a consequência prevista na lei que o reclamou.¹⁴⁵

Nesse sentido, é a afirmação de que, se o fim da sociedade é buscar o equilíbrio, a solidariedade e a paz social e a segurança jurídica faz parte desse processo, os serviços extrajudiciais fomentam a cidadania na medida em que são porto seguro para a vida em comunidade.¹⁴⁶

Mais uma visão atual atinente ao acesso à justiça: a informação e a educação, especialmente a jurídica, ao cidadão comum são o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o ponto de chegada para o acesso a uma ordem jurídica justa no país do desequilíbrio social e da desinformação legal.¹⁴⁷

3.4.1.2 O Acesso à Justiça no Brasil

A evolução foi lenta.

¹⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000, p. 39.

¹⁴⁵ NALINI, José Renato et al. *Registros Públicos e Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 42.

¹⁴⁶ ASSIS, Ana Cristina Koch Torres de. A Segurança dos Registros Públicos como Garantia da Cidadania. In: *Autêntica. Revista dos Notários e Registradores*, 9 ed. Belo Horizonte: ESNOR, 2012, p.9. (Aguardando publicação).

¹⁴⁷ GAIO JÚNIOR Antônio Pereira. *Informação e Educação para um Acesso à Justiça*. In: <<http://www.gaiojr.adv.br/artigos>>, acesso em 15 de julho de 2012.

Da época do descobrimento até os séculos XVII e XVIII, período em que fervilhava nos países centrais¹⁴⁸ a ideia de democracia, nada de relevante acontecia no Brasil.

Durante o Império e a República, pouco ou nada se desenvolveu.

A noção de acesso à justiça como atividade caritativa, como favor prestado aos pobres única e exclusivamente no campo da litigância, do processo, e em especial na área penal, foi a tônica dominante durante grande parte do século XX, retratando o ideário do Estado liberal.¹⁴⁹

O conteúdo das Constituições brasileiras atesta o desenvolvimento gradativo deste direito.

Por oportuno, acrescentam-se alguns destaques, pós Constituição de 1988: Lei 8.069/90 (Criança e adolescente), Lei 8.078/90 (Consumidor), Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), Lei 9.307/96 (Arbitragem), Leis 11.232/05 e 11.382/06 (Execução) e Lei 11.441/07 (Inventário e Separação por via administrativa).

3.4.1.3 Questões afetas ao acesso à justiça

3.4.1.3.1 A crise do fundamento

Em cada época, o homem busca um fundamento ou razão para a sua existência.

Apresenta-se na sequência pensadores importantes na construção do entendimento jurídico-filosófico.

Em primeiro lugar, destaca-se a ideia inicial do Direito Natural, segundo a qual há uma “convicção de que, além do Direito escrito, há uma outra ordem, superior à aquela e que é a expressão do Direito justo”.¹⁵⁰

O episódio de Antígona é sempre lembrado como referência. A peça de Sófocles, escrita por volta de 440 a.C., trata da personagem que dá nome à

¹⁴⁸ Boaventura de Souza Santos e outros utilizam a expressão “países centrais” como aqueles mais desenvolvidos do sistema mundial (*Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Edições Afrontamento, 1996).

¹⁴⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 37.

¹⁵⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 366.

obra e que questiona o rei Creonte pelo fato de ter determinado que Policines, irmão daquela e morto em batalha, não fosse sepultado, diferentemente do outro irmão, Etéocles, que teria sepultura honrosa, por inspiração política. A questão levantada por Antígona é que o édito do rei não foi promulgado por Zeus nem pela justiça. E um mortal não poderia sobrelevar os preceitos não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram.

Um direito para além da criação humana era tudo que Antígona estava afirmando¹⁵¹.

Beccaria tem o seu *Dos Delitos e das Penas* considerado importante documento do comportamento do humano e da sociedade no rumo à modernidade. O sistema penal contra o qual ele combatia era o expiatório; para ele a prisão deveria apenas acautelar o criminoso, *in verbis*,

a razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em vez da justiça; é que se atiram na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é que a prisão entre nós é antes de tudo um suplício e não um meio de deter o acusado; é que, enfim, as forças que estão, externamente, em defesa do trono e os direitos da nação estão separados daquelas que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar intimamente ligadas.¹⁵²

A concepção do humano na obra era a de que o indivíduo deveria ser considerado isoladamente; anteriormente era membro de família, de religião (ex. cristão, católico), de uma cidade (ex. grego). Antes era a concepção familiar, então não era fulano que matou sicrano, mas a família de um que matou a família do outro.

O espírito de família é outra fonte geral de injustiças na legislação.¹⁵³

A concepção da sociedade deveria ser a de congregação, de justaposição de indivíduos, que existem antes da comunidade.

Em 1763, Voltaire, reconhecido na Europa ocidental como dramaturgo e poeta, publica seu livro *Tratado sobre a Tolerância*: um marco importante nos

¹⁵¹ VILLELA, João Baptista. Op. cit., p. 4.

¹⁵² BECCARIA, Cesare, tradução de Torrieri Guimarães. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Hemus Editora Ltda, 1983, p. 22.

¹⁵³ Id, p. 87.

confrontos de ideias sobre religião e sobre o sistema penal. A tolerância nunca provocou guerras civis; a intolerância cobriu a terra de morticínios.¹⁵⁴

Jean Calas, personagem da obra, é um comerciante de Toulouse, é acusado de assassinar por estrangulamento seu filho mais velho. O que poderia ser a razão da acusação era o boato que Marc Antoine teria intenções a se converter ao catolicismo. Por debaixo de interrogatório, Jean Calas ainda professava sua inocência; no fim do suplício, foi enforcado e queimado em frente à Catedral de Toulouse.¹⁵⁵

Voltaire passa a ser reconhecido dentro do discurso pós Revolução de 1789 como defensor da razão e da liberdade de culto, contrário ao fanatismo e às superstições, típicos do consciente e das leis francesas da época.

Para o Iluminismo, a razão pode construir um mundo novo; dele vem, por exemplo, o Direito Urbanístico. Mundo esse a ser exercido por juristas e estadistas e políticos. A visão anterior era a de que, pela função expiatória, e através do suplício, o indivíduo deveria ter a carne expiada para confessar e atingir a salvação da alma. Agora, a razão exigia uma nova forma. A guilhotina, por exemplo, foi inventada por eles. Como era rápida e indolor, era considerado método limpo e racional.

Ao fundamento religioso contrapôs-se, portanto, o fundamento racional.

Outro destaque a ser feito é em relação a Kant, talvez o maior filósofo moderno, que apresenta seu pensamento por meio de suas três *Críticas*, além do seu *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos*, sobre o qual enfatiza-se o que se segue.

Começa diferenciando sua ética da ética eudamonista, aristotélica, comprometida com a felicidade (o bem comum ou sumo bem). Cabe a cada um procurar sua própria felicidade, não por inclinação, mas por dever.¹⁵⁶

A ética kantiana é diferente; vale apenas o cumprimento do dever. É formal, considerando que algo está certo ou errado quando obedece ou não a ética do dever. O dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei.¹⁵⁷

¹⁵⁴ VOLTAIRE, tradução de William Lagos. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas*. Porto Alegre: L & M:2011, p. 35.

¹⁵⁵ Id, p. 11-21.

¹⁵⁶ KANT, Immanuel, tradução de Leopoldo Holzbach. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*, São Paulo: Martin Claret, 2008, p.27.

¹⁵⁷ Id, p. 28.

Para ele, o senso moral está distribuído nas pessoas.

Aponta o lugar da filosofia na razão prática: o mundo real está além da nossa compreensão sensória, mas não está além da nossa compreensão intelectual. O emprego de nosso intelecto, de nossa razão, serve para captar impressões e criar ideias. Porque o nosso intelecto não é apenas um cientista que observa, mas um filósofo que classifica. A ciência e a filosofia são necessárias se quisermos familiarizar-nos com a verdade.

Vai estabelecer o conceito fundamental de liberdade.

Não basta atribuir liberdade à nossa vontade, seja com o fundamento que for, se não tivermos razão suficiente para atribuí-la também a todos os seres racionais.¹⁵⁸

O que distingue o homem dos demais? O fato de que ele determina a si mesmo, e os demais são determinados por leis naturais, o que para Kant é a natureza, sendo inevitável. Podemos sentir fome e não comer. Já os animais não funcionam assim. A diferença então é a não submissão total às leis da natureza.

Concebe-se a vontade como uma faculdade de se determinar a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis.¹⁵⁹

A liberdade é o poder do humano de agir para além de uma lei da natureza, dando uma resposta não automática, não instintiva. Cria-se outra cadeia de causalidade. Tudo na natureza é causa e efeito. No homem pode-se ser causa incausada. Para ele, inauguram-se dois mundos, dois universos, é a dualidade do humano, causa e efeito da natureza (fenômenos) e numênico, instituído pela razão; razão e natureza; liberdade e natureza. O humano é ser híbrido, daí sua especificidade.

O desafio da ética é fazer justiça a essa especificidade, viver nessa dimensão, de seres livres e não de seres animais. Agir como um animal é agir imoralmente. Agir como um homem é agir moralmente. E ação moral boa é ação na boa vontade, ação do ser racional, que não se curva à natureza.

¹⁵⁸ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 80.

¹⁵⁹ Id, p.57.

Nem neste mundo nem fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação, a não ser uma só coisa: uma *boa vontade*.¹⁶⁰

A ética e a doutrina moral de Kant são muito severas. Para ele, a vontade boa só pode ser mobilizada pela razão, pelo dever, mais por nenhum outro sentimento. Agir bem é agir como ser racional, exclusivamente com base na razão. Portanto, quem ajuda por piedade, quem cuida por amor, quem se cuida porque se gosta, não age bem. Deve-se tirar todos os móveis sensíveis, que negam a liberdade.

O valor moral da ação não reside no efeito que dela se espera.¹⁶¹

Daí vem o questionamento: como saber se a razão do indivíduo é pura?

Pois, no exercício do pensar sempre se liga a coisas do mundo. Então, deve esvaziar o pensamento de qualquer objeto. Deve excluir toda a natureza, toda a sensibilidade. Deve excluir toda razão pensada, restando a razão como pura forma. A ética kantiana é a formalista. Resulta da simples dinâmica do pensar, da simples razão.

Só que a liberdade é o poder do homem determinar-se a si mesmo, e não simplesmente de raciocinar. O homem institui o fim para si mesmo, essa é a função da razão. O poder de autodeterminação. A razão é o poder de se autodeterminar na pureza. A razão serve para legislar. Isso é certo se for resultado da razão pura, sem interferência exterior. Ao transformar algo em lei, transforma-se esse algo em bom e racional. Kant não quer ética subjetivista, mas critério objetivo, universal.

O imperativo categórico, princípio cardinal da liberdade, eixo de todo o mundo ético na filosofia de Kant, resume-se no célebre aforismo: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.¹⁶²

O imperativo categórico seria o que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com nenhum outro fim.¹⁶³

¹⁶⁰ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 21.

¹⁶¹ Id, p.28.

¹⁶² Id, p. 51.

¹⁶³ Id, p. 45.

É o princípio da universalização: age de tal forma para que tua ação se torne uma lei universal, pois, segundo ele, ao agir dessa forma, qualquer pessoa, de qualquer classe ou condição, chega à mesma conclusão. E o círculo se fecha e a harmonia se encontra. Não é princípio de reciprocidade, pois uma pessoa pode querer ser maltratada.

Ele indaga: Posso prometer o que sei que não vou cumprir? Ou devo mentir para salvar alguém?¹⁶⁴

Não, pois não seria possível dar validade a essas situações. Até porque a decisão que não subsiste à universalização não vale. A questão é que esse critério falha. É preciso outro critério para as pessoas agirem bem.

Roubar dinheiro público é mal para Kant pois se tal fato se tornar lei universal, acaba o dinheiro público. Age imaginando sempre como o legislador, preconizando o respeito à lei e à razão. Propõe uma ética racionalista, formalista e individualista (qualquer ser é dotado da mesma razão; assim o índio chegaria à mesma conclusão que um esquimó e um doutor). É também universalista, pois é a mesma em todos os indivíduos. É objetivista, entendendo não ser certo desobedecer a uma lei, há dever moral de obedecer o direito, seja ele qual for.

Embora considerada revolucionária e paradigmática, vê-se que é uma ética com muitos problemas, pois é não consequencialista, é exigente, examinando a possibilidade de a coisa ser ruim se ela não for universal.

Hegel é outro filósofo a ser citado. Adepto do sistema panteísta, faz grande esforço para pensar e justificar a história como totalidade, ou seja, como espaço do aparecer da liberdade. Não se trata de considerar a história como simples amontoado de fatos, a serem explicados por sua sucessão temporal, mas de dar-lhe unidade de explicação lógica total.

Para ele, o direito não busca fora de si uma ideia que lhe dê suporte de validade denominada justiça. A justiça é o próprio direito que se efetiva na história, cuja efetividade se dá pelos elementos dialeticamente articulados e que à época de Hegel se manifestaram como valores fundamentais da cultura

¹⁶⁴ KANT, Immanuel. Op. cit., p. 30.

ocidental e que são a igualdade, a liberdade e o trabalho. A partir da díade kantiana da igualdade e liberdade, acrescenta terceiro elemento, o trabalho.

Como é o ser humano o elemento da liberdade, não é essa considerada nele como mera forma, mas ideia, resultado dialético do fazer-se livre. E o direito como justiça só pode se revelar depois de o homem produzir-se como livre. Daí sua projeção no mundo exterior pelo trabalho e no mundo interior pela educação.¹⁶⁵

Dessa dialética em que o “exteriorizar-se” e o “interiorizar-se” se processam, resulta o ser humano livre.

E o estado democrático de direito é capaz de realizar o fluxo dos componentes, pois o exercício do poder se faz por um sistema fundamental de leis, edificado segundo a regra de justiça, em que cada um é livre em si e para si.

Karl Marx, por sua vez, entendia que o direito é fruto da ideologia da classe dominante, cujas raízes se encontram na origem da humanidade.¹⁶⁶

Para ele, a compreensão do homem não é feita pelo critério racional ou social, mas por sua capacidade de produzir suas condições de existência.

Entende que a pessoa não tem um direito contra o Estado, mas um direito aperfeiçoado pelas operações do Estado. O alargamento da oportunidade pessoal do indivíduo é considerado dependente da ação estatal.

Já em 1845, ou seja, antes do *Manifesto Comunista*, em *A Sagrada Família*, que é um título irônico, Karl Marx atacou a noção de direitos naturais.

O que ele reconheceu foi que a maioria dos direitos civis e políticos são sem sentido a menos que se tenha fundamentação econômica e educacional adequada para se tirar proveito deles.

Chega-se a Hans Kelsen, importante filósofo, influenciado por Kant, e frequentemente considerado a grande referência do direito formalista, moderno.

¹⁶⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Hegel*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 467.

¹⁶⁶ MARX, Karl; ENGLS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. Vol. 1. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1983, p. 301.

Kelsen, grande representante do positivismo jurídico, por meio de sua *Teoria Pura*, reduz o objeto da ciência do Direito a um só elemento, qual seja, a norma jurídica.

A respeito dela, vale observar explicitação feita por Paulo Nader no seu *Introdução ao Estudo do Direito*:

A estrutura normativa, que é objeto da Ciência do Direito, apresenta-se hierarquizada. As normas jurídicas formam uma pirâmide apoiada em seu vértice. A graduação é a seguinte: constituição, lei, sentença, atos de execução. Isso significa, por exemplo, que uma sentença, que é uma norma jurídica individualizada, se fundamenta na lei e esta, por seu lado, apóia-se na constituição. Acima desta, acha-se a Norma Fundamental ou Grande Norma, ou ainda, Norma Hipotética, que pode ser uma outra constituição anterior ou uma revolução triunfante. E a primeira constituição, onde se apoiaria? A primeira constituição, diz Dourado de Gusmão, *não é um fato histórico, mas hipótese necessária para se fundar uma teoria jurídica.*¹⁶⁷

Denota-se aí um dos problemas da teoria, qual seja, a pressuposição do valor ou da legitimidade do que se encontra no topo da pirâmide.

Ele parte da diferença entre ser (fatos) e dever ser (normas). Para ele, há mundo dos fatos e mundo das normas. O que é e o que deve ser. Parte para outra diferença: entre ciências causais, que descrevem fatos e ciências normativas, que descrevem normas.

Para ele, positivista, toda ciência é descritiva. Direito é norma, embora haja estudo científico a seu respeito; seu estudo foi a proposta da sua Teoria Pura do Direito.

O estudo positivista abrange o objeto de estudo próprio (direito) e o método científico (descritivo, em similitude com a lógica científica da época, como a botânica que dispõe sobre a natureza das plantas, descrevendo-as pura e simplesmente).

No caso de Kelsen, ele apresenta a descrição do seu objeto de estudo, sem juízo valorativo, apenas descrevendo-o enquanto conhecimento: a teoria pura do direito. O direito não é puro, pois atos políticos e econômicos o influenciam, mas a ciência do direito deve ser pura.

¹⁶⁷ NADER, Paulo. Op. cit., p.380.

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.¹⁶⁸

A partir da diferença entre as ciências normativas e as causais, em que as primeiras descrevem normas a partir do princípio da imputação, descrevendo atribuição da sanção a ato ilícito, e em que as segundas seguem o princípio da causalidade, apresenta sua teoria do direito, ciência normativa, descrevendo o direito de uma forma neutra, por meio de proposições: se é A, deve ser B (se alguém comete um crime, deve ser-lhe aplicada uma pena).

Na descrição de uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como imputação. Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, o Direito – quer seja um Direito nacional ou internacional -, é aplicado efetivamente um princípio que, embora análogo ao da causalidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica.¹⁶⁹

Então há uma fórmula geral: sob determinados pressupostos, fixados pela ordem jurídica, deve efetivar-se um ato de coerção, pela mesma ordem jurídica estabelecida. A ligação da lei natural ou da causalidade que segue os elementos de causa e efeito (quando A é, B é), independe de ato de vontade. Diferentemente, a ligação da lei jurídica advém de norma estabelecida pela autoridade jurídica, através de um ato de vontade (quando é A, deve ser B).

Chama de Estática Jurídica a Teoria Geral do Direito (o que é norma, sanção, direito, etc.) e Dinâmica Jurídica o processo de produção legislativo, a criação do direito.¹⁷⁰

O problema da liberdade em Kelsen¹⁷¹: O homem é imputado não porque ele é livre, mas é livre porque é imputado: a liberdade de ação está vinculada ao princípio da causalidade. Ele inverte o raciocínio do

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1.

¹⁶⁹ Id, p. 86.

¹⁷⁰ Id, p. 79.

¹⁷¹ Id, p. 102.

jusnaturalismo, que entendia que havia liberdades e direitos naturais (as normas se justificam na medida que há liberdade natural anterior); para ele antes não existia nada, as normas é que criam a liberdade. Kelsen faz isso para se desvincular do jusnaturalismo e apresentar fundamento diverso.

Outra questão é que, se, pela teoria de Kelsen o Direito passou a ser entendido como um sistema de regras convencionadas (por isso a alusão à moldura¹⁷² de um quadro), seja pelo legislativo, seja pelos costumes, e como não se pode convencionar tudo, diante de regra não clara, ele admite a discricionariedade do juiz, enquanto autoridade competente para decidir “fora da moldura”, reduzindo a validade do direito a sua eficácia.

Várias outras teorias foram apresentadas ao longo da história, sempre buscando um significado para o homem e suas instituições.

Pode-se, então, dizer que a sociedade se encontra num momento de crise do positivismo, do fundamento ou crise da razão, que tenta ser “resolvida” por algumas teorias, como a da argumentação, segundo a qual a saída é a tolerância, a convivência.

3.4.1.3.2 A crise do Judiciário

O acesso à justiça é tido por alguns como problema sistêmico, entendendo que o judiciário é subsistema do sistema jurídico, que é subsistema do sistema social.¹⁷³

Sob essa perspectiva, os cinco principais sintomas são: o bloqueio está mais na saída das decisões do que na entrada dos conflitos, a maior oferta de sentenças levará à perda de público e ‘a perda de força das formas alternativas de resolução de conflitos, entre elas a lei do mais forte, a violência e a passividade (maior eficiência operacional do Judiciário satisfará a oferta), os direitos das minorias não de ser implementados, há abundante gama de soluções técnicas disponíveis, há paralisia dos que detêm a responsabilidade pelas reformas.

¹⁷² KELSEN, Hans. Op. cit., p. 390.

¹⁷³ FALCÃO, Joaquim. Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento. In: *Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB (Org.). Tradução de Carola Andréa Saavedra Hurtado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 272.

Para os adeptos a tal raciocínio, as causas são: os monopólios do juiz em dizer a lei, do advogado representar em juízo e do Ministério Público defender os direitos sociais individuais indisponíveis.¹⁷⁴ Entendem que, embora os interesses particulares e corporativos sejam legítimos, e indispensáveis ao processo democrático, o cuidado é para que não se transforme o individual no coletivo, o particular no comum, a parte no todo.

Apresentam as seguintes estratégias de solução: pressão externa sobre o sistema judicial e a liderança interna.¹⁷⁵

Outros fazem a seguinte leitura: “a atividade jurisdicional tem sido deveras incipiente, isto em decorrência de uma série de fatores, quer de origem procedimentais, administrativas ou operacionais e até mesmo de quadros”.¹⁷⁶

Inclui-se no tema a crise do processo. Apesar das seguidas reformas implantadas no Código de Processo Civil, ainda se está longe de obter um mecanismo judicial que possa ser considerado funcional e eficaz para resolver os litígios. Por enquanto, o processo judicial continua a ser uma antevisão da eternidade, e é preciso encontrar nas vias alternativas, fórmulas de solucionar controvérsias que dependam cada vez menos da intervenção estatal.¹⁷⁷

Ainda que medidas venham sendo adotadas, como o constante das Leis 11.232/2005 e 11.282/2006¹⁷⁸, que tratam de uma execução mais célere, resultante de um sincretismo processual em que a visão original de separação entre cognição e execução vem sendo revista, o resultado ainda é ineficaz.

Assim, abre-se a possibilidade para a experimentação de novos caminhos e institutos.

Desde a década de 90, o Brasil vem passando por reformas econômicas. A primeira rodada significou introduzir competição, austeridade fiscal e novas formas de governança corporativa. É necessário um segundo

¹⁷⁴ FALCÃO, Joaquim. Op. Cit., p. 276.

¹⁷⁵ Id, p. 279.

¹⁷⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte, Del Rey: 2011, p.846.

¹⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. XX.

¹⁷⁸ BARROSO, Darlan e Marco Antonio Araújo Júnior. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

estágio de reformas mais voltada para as instituições, o que demanda maior número de atores fora e dentro do Estado e maior complexidade técnica.¹⁷⁹

Em seu último *World Development Report*, o Banco Mundial mostra que um processo leva 1500 dias para ser concluído em países como o Brasil. A lentidão da justiça é o defeito mais evidente.¹⁸⁰

A Emenda 45 levou 12 anos para ser aprovada.¹⁸¹

Os estudos sobre eficiência das instituições judiciais, a concepção de que a justiça também deve ser vista como um serviço público e as discussões sobre o consequencialismo jurídico são importantes contribuições para o avanço e a modernização do sistema de justiça como um todo.¹⁸²

A ineficiência do Judiciário resulta em custos econômicos elevados. Aumentados os riscos e os custos das transações, o banco custa a reaver as garantias e necessita de burocracia para cobrar as dívidas.¹⁸³ Fora os custos ocultos, em função da não geração de empregos, investimentos e negócios.¹⁸⁴

Dois soluções: maior informatização, mais juízes ou redução do número de casos que chegam ao Judiciário.

A nova lei de arbitragem é um passo nesse sentido.¹⁸⁵

Antônio Hespanha, nessa linha, faz abordagem sobre o acesso à justiça, abrindo a possibilidade dos litígios não serem resolvidos apenas pelos tribunais.

O fato de se reconhecer a um organismo competência para conhecer de certas causas não significa que as causas vão poder apenas ser resolvidas por esse organismo. O “centralismo jurídico” não é a única solução. Até porque o direito é “vivo”. O acesso à justiça não pode ficar à “sombra do direito”¹⁸⁶.

¹⁷⁹ PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. (Orgs.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 1999, p.384 e 387.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ CUNHA, Luciana Gross. Governança da Justiça. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Pádua Lima (Coord.) et al. *Agenda Contemporânea: direito e economia, trinta 30 anos de Brasil*, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 358.

¹⁸² Id, p. 368.

¹⁸³ PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit., p.389 e 390.

¹⁸⁴ Id, p.392.

¹⁸⁵ Id, p.395.

¹⁸⁶ HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 70.

O Estado Leviatã não tem sustentabilidade nos dias atuais, sendo incompatível com o constitucionalismo neoliberal, que lança um olhar transformador sobre a jurisdição.¹⁸⁷

Diante do fenômeno da crise do direito, juntamente com um quadro de inefetividade da ordem social, o surgimento de novos espaços público-privados de inclusão e de concreção de direitos fundamentais sociais, por meio de procedimentos substantivos que refletem uma nova dimensão do Direito Subjetivo contemporâneo de aproximação do Direito Processual em relação ao material, que é o *Leitmotiv* entre o devido processo legal substantivo e o acesso à justiça, acarretando na fixação de um novo paradigma para a interpretação jurídica, que se deve basear na compreensão do caso concreto.¹⁸⁸

Para isso, no entanto, será preciso antes de mais nada aliviar o Estado de parte dos encargos sob os quais corre perigo de ficar soterrado.¹⁸⁹

A intervenção estatal deve ser atenuada – principalmente quando se trata do contexto da esfera íntima total – a concepção de Estado mínimo é de cariz pós-moderno, o que nos leva a refletir sobre a indisponibilidade de direitos que, naturalmente, vem cedendo diante da mudança de paradigmas, como a equiparação entre o público e o privado e a legitimação, pela democracia deliberativa, num exercício de auto-legislação onde a pluralidade social cumpre as regras do jogo democrático, reformulando a extensão do domínio da jurisdição arbitral, por exemplo, que não se limita mais às questões empresariais, abrangendo também os negócios jurídicos estatais bem como as relações jurídicas laborais.¹⁹⁰

Passa-se ao exame do instituto da arbitragem.

¹⁸⁷ SOARES NETO, Júlio. *Direito Registral e Arbitragem. A Nova Jurisdição Extrajudicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 295.

¹⁸⁸ Id., p. 292.

¹⁸⁹ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4 ed., São Paulo: Globo, 2008, p. 160.

¹⁹⁰ SOARES NETO, Júlio. Op. cit., p. 294.

4 A ARBITRAGEM

4.1 Os meios propícios (alternativos) à solução de conflitos

Diante da convivência, surgem as controvérsias. Diante das controvérsias, necessária a solução pelos meios capazes de trazer a paz social.

“Os métodos de solução de controvérsias, mesmo após a obtenção do monopólio jurisdicional pelo Estado, não alteraram em sentido metodológico as formas que já eram praticadas em nível de resolução de conflitos.”¹⁹¹

Os métodos de solução de controvérsias podem ser enquadrados como de autotutela, autocomposição ou heterocomposição.

A autotutela, também chamada de autodefesa, equivale à defesa própria ou a defesa por si mesmo, tida como a forma mais primitiva de solução dos conflitos.

Conforme Raquel Mota Dias, “a autotutela não possui terceiro, nem imparcial, nem com poder de decisão”.¹⁹²

A autocomposição representa uma forma mais evoluída que a autotutela.

No dizer de Antônio Pereira Gaio Júnior, abrange comportamentos de renúncia ou mesmo reconhecimento em benefício da pretensão do adversário.¹⁹³

Dá-se em três formas: desistência (renúncia à pretensão), submissão (reconhecimento à pretensão) e transação (concessões recíprocas).

Na heterocomposição, há um terceiro com poder de decisão. Quando estatal, tem-se o processo judicial, e, quando privada, tem-se a arbitragem.

¹⁹¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte, Del Rey: 2011, p.28.

¹⁹² DIAS, Raquel Mota. A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos. *In: Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011, p. 135-136.

¹⁹³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Op. cit.*, p.28.

Os métodos alternativos de solução dos conflitos, consonantes ao movimento universal do acesso à justiça, aparecem como novos rumos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados.

São representados pela expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* – forma alternativa de resolução de disputa -, abrangendo não só a sede extrajudicial, mas também a judicial, na medida em que contrapõem-se aos tipos ortodoxos de processo e prestação jurisdicional.¹⁹⁴

Talvez mais adequado seja o termo “propício” para designar as formas de resolução dos conflitos que se agregam ao aparato existente, já que o termo “alternativo” tem um significado vulgar da coisa que foge do oficial, tradicional, tendo menor valor. Ademais, dizer que algo é propício significa dizer que algo estimula, colabora, dá esperança.

Cumprir notar a observação de Athos Gusmão Carneiro no sentido de que “determinados atos, embora não provindos de autoridade judiciária brasileira, condizem, sob certas condições, ao mesmo resultado, ou seja, à composição definitiva da lide, que seria obtido mediante o uso das vias jurisdicionais.”¹⁹⁵

A autocomposição abrange três meios propícios à solução dos conflitos: a conciliação, a mediação e a negociação.

A conciliação é um meio propício à resolução de conflitos em que o terceiro (conciliador) atua, com poder de decisão.

Pode ser endoprocessual (nos termos dos arts. 447 e 448 do Código de Processo Civil brasileiro, que dispõem sobre a conciliação antes da instrução processual no procedimento ordinário) ou extraprocessual (como dispõe a Lei n. 9.958 de 12/01/2000, ao tratar das Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho).

Cabe ressaltar que tal medida de solução de conflitos teve grande apoio do CNJ – Conselho Nacional de Justiça – que, no ano de 2006, lançou o

¹⁹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 17.

¹⁹⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 55.

Movimento Nacional pela Conciliação, cujo slogan “Conciliar é legal”, com o objetivo de mudar o comportamento dos agentes da Justiça.¹⁹⁶

A mediação é um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos no qual o terceiro imparcial orienta as partes, que se mantêm autoras de suas próprias decisões.¹⁹⁷

No Brasil, o Projeto de Lei n. 4.827/98 institucionaliza e disciplina a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil.

A negociação é meio propício à solução de conflitos que independe da figura do terceiro, compreendendo um processo de comunicação bilateral com o objetivo de se chegar a uma decisão conjunta.¹⁹⁸

A heterocomposição abrange uma forma propícia à solução de conflitos, qual seja, a arbitragem, que será detalhada a seguir.

4.2 A arbitragem

Um dos meios propícios à solução de conflitos, abrange direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis¹⁹⁹, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes, produz título executivo judicial.

No Brasil é regulada pela Lei 9.307/96.

Importante ressaltar que, embora o art. 1º da lei específica fale em “direitos patrimoniais disponíveis”, há ressalva no sentido de que, ainda que o direito possa ser indisponível, não significa que seja impossível de ser transacionado como, por exemplo, os alimentos. Embora o direito a alimentos seja indisponível, seu *quantum* pode ser objeto de transação, porque disponível nestes termos.²⁰⁰

4.2.1 Evolução histórica

¹⁹⁶ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 15 de julho de 2012.

¹⁹⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p.29.

¹⁹⁸ FISCHER, Roger et al, tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005, p. 50.

¹⁹⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 845.

²⁰⁰ Ibid.

A arbitragem antecedeu a jurisdição estatal.

É instituição antiga, exercida tanto como forma de solução de conflitos internos como forma de abrandar litígios entre cidades-Estado da Babilônia.²⁰¹

Presente também na Grécia clássica, representando concepção diferenciada em face da justiça do direito comum.

No Tratado de 445 a.C., entre Esparta e Atenas, havia estipulação de cláusula compromissória expressa, remetendo as partes para a via arbitral quando surgisse uma eventual disputa.²⁰²

Presente no direito romano, conforme disposição do Digesto no sentido de que o compromisso assemelha-se ao juízo, e tende a encerrar os litígios. A regra era em tudo semelhante ao juízo arbitral hoje praticado: as partes celebravam o compromisso e escolhiam o árbitro, que proferia a decisão após “exame e reexame do caso”, pelos informes das partes.

Embora tenha passado por fases de pouco reconhecimento, entre outras razões por confrontar com a justiça togada, especialmente, na Idade Média, o instituto é bastante reconhecido e utilizado na atualidade.

No caso brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824, já consta em nosso ordenamento jurídico.

Com o advento do Código Comercial de 1850, foi instituído o juízo arbitral necessário para causas entre sócios de sociedades comerciais, locações, entre outras. A Lei n. 1.350 de 1866 revogou o sistema de arbitragem compulsória.²⁰³

Em 1894, a Lei n. 221 dispôs sobre o procedimento arbitral no âmbito da Justiça Federal, regulamentado pelo Decreto n. 3.084 de 1898, sendo que as partes seriam livres para recorrer das decisões sem embargo de cláusula impeditiva inserta no compromisso.

Vale ressaltar que, com a Proclamação da República, os estados federados foram autorizados a legislar sobre processo, incluindo a arbitragem,

²⁰¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 850.

²⁰² CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 38-39.

²⁰³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p.851.

tendo os Códigos Processuais de Minas Gerais, São Paulo e Bahia, regulado dispositivos acerca do instituto da arbitragem.²⁰⁴

O Código Civil de 1916, nos arts. 1.037 a 1.048, dedicou-se ao compromisso arbitral, assim como à solução de pendências judiciais e extrajudiciais condicionadas à escolha de árbitros, expressando a irrecorribilidade dos julgamentos, salvo se pactuado pelas partes.

A Constituição de 1934 concentrou na União a competência legislativa relativa a processo civil, sendo que, promulgado o Código de Processo Civil de 1939, a via arbitral foi admitida para composição de pendências judiciais e extrajudiciais, desde que relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis.

A Constituição Federal de 1937 permitiu aos estados federados legislar sobre as organizações públicas, objetivando-se ainda a possibilidade de conciliação extrajudicial dos litígios ou mesmo decisão arbitral.

Embora as Constituições de 1946, 1967 e EC de 1969 não tenham contemplado a arbitragem, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 a ratificou no Livro IV (Dos procedimentos especiais), Título I (Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), Capítulo XIV (Do juízo arbitral), atualmente revogado.²⁰⁵

A Constituição Federal de 1988 ratifica, explicitamente, a arbitragem, ao fazer referência expressa à mesma nos parágrafos 1º. e 2º. do art. 114, possibilitando o exercício da via arbitral no que se refere aos dissídios coletivos do trabalho.²⁰⁶ Assim como no art. 12, parágrafo 2º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando antevê a utilização da arbitragem na demarcação das linhas divisórias entre Estados e Municípios.

Atualmente, a arbitragem no Brasil é regulamentada pela Lei 9.307/96.

Até isso acontecer, um longo caminho teve de ser percorrido.

A cláusula arbitral ou cláusula compromissória – dispositivo contratual em que as partes prevêm que resolverão eventuais disputas surgidas em determinado negócio jurídico por meio da arbitragem – foi totalmente

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p.852.

²⁰⁶ O TST já possui alguns julgados admitindo a arbitragem inclusive nos dissídios individuais de trabalho: TST-AIRR-22761/2002-900-02-00.5, DJ-20/04/2007e TST-RR 144300-80. 2005.5.02. 0040, DEJT 04/02/11, in:< <http://tst.jus.br>>, acesso em 17 de julho de 2012.

desprestigiada no direito interno brasileiro até o advento da Lei 9.307/96, de tal sorte que o Código de Processo Civil não permitia a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral, único instrumento a autorizar a exceção de que tratava o art. 301, IX, do Estatuto de Processo, em sua versão original.²⁰⁷

Isso fez com que o desrespeito à cláusula arbitral não permitisse uma execução específica de obrigação de fazer, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos, de difícil liquidação.

Outro ponto importante: a necessidade de homologação para validade do laudo arbitral tirava várias vantagens do instituto como a celeridade, o sigilo e o custo.

Em 1981, apareceu o primeiro anteprojeto de lei modificando a situação em favor da arbitragem, equiparando os efeitos do compromisso e da cláusula arbitral e entendendo desnecessária a homologação do laudo arbitral.

Apesar de cuidadoso em alguns pontos, sofria de imprecisão técnica, ficando abandonado em Brasília, a despeito de sugestões de aperfeiçoamento enviadas para o Ministério da Desburocratização.²⁰⁸

Em 1986, um segundo anteprojeto foi apresentado, contendo tópicos de ajuste, como a confusão entre os termos arbitragem e arbitramento (meio de integrar um elemento faltante no contrato) e a falta de disciplina adequada no tocante ao laudo proferido no exterior.²⁰⁹ Acabou arquivado.

Em 1988, o último anteprojeto apresentou equívocos do tipo a exigir da cláusula compromissória definição quanto ao objeto do litígio, o que não é razoável, pois ela estabelece a solução arbitral para litígios eventuais e futuros; do tipo a estabelecer recurso de apelação para o laudo arbitral, em dissonância com o próprio objetivo do instituto, além da obrigatoriedade da qualificação do árbitro como bacharel em direito. Acabou arquivado, como os anteriores.

Até que, no final de 1991, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, lançou-se a *Operação Arbiter*,²¹⁰ a qual, juntando entidades de

²⁰⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

²⁰⁸ Id, p. 6.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 9.

classe e juristas, culminou num projeto de lei viabilizador efetivo da arbitragem, consoante os princípios constitucionais da liberdade e igualdade no acesso à justiça.²¹¹

Foi guiada pelo que havia de positivo nos anteprojetos anteriores, e com influência de legislações estrangeiras como as da Espanha, Uncitral (Comissão da ONU sobre o Direito Comercial Internacional), Nova Iorque e Panamá.²¹²

A tramitação culminou na promulgação da Lei 9.307/96, publicada em 24/09/96, entrando em vigor sessenta dias após sua publicação.

Dessa forma, o Brasil acabou por adotar o instituto que há décadas é utilizado nos países mais desenvolvidos, especialmente nas relações de natureza comercial e de comércio internacional.²¹³

Desde 1985, mais de trinta países incorporaram no seu direito interno a lei-modelo sobre a arbitragem comercial internacional, aprovada pela Comissão das Nações Unidas e para cima de cento e trinta são hoje partes da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

A arbitragem vem sendo reconhecida como o método mais eficiente de resolução de conflitos, contribuindo, dentre outros, para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Passa-se ao exame de suas principais características.

4.2.2 Características

O art. 1º. da Lei 9307/96 concede a utilização da arbitragem por pessoas civilmente capazes de contratar. Abrange pessoas físicas e jurídicas, abrangendo entes despersonalizados como o espólio.

²¹¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 854.

²¹² CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 11.

²¹³ Na Inglaterra, por exemplo, a instância pública para julgamento tornou-se um dos últimos recursos, e uma das explicações é de origem econômica, já que não se quer gastar grandes quantias em questões litigiosas. In: ANDREWS, Neil. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

Além das partes, o terceiro partícipe é o árbitro. Não há exigência técnica quanto à pessoa do árbitro, bastando ser pessoa física com capacidade cível e que possua confiança das partes envolvidas.

Destaca-se o seguinte entendimento de Antônio Pereira Gaio Júnior:

Sob o ponto de vista qualitativo da solução arbitral, seria razoável e de bom grado, que por parte do julgador, este tivesse, ao menos, noções de conteúdos jurídicos basilares, tendo em vista ser considerado juiz de fato e de direito pela própria *lex arbitral*, agravando aí o fato de sua decisão (Sentença Arbitral) não ficar condicionada ou sujeita a recurso algum ou mesmo a uma possível homologação pelo Poder Judiciário, conforme, firmemente, expressa o art. 18 da supracitada lei.²¹⁴

O árbitro deve agir sempre com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

A ele são aplicados os casos de impedimento e de suspeição previstos no Código de Processo Civil.

O árbitro ou árbitros devem ser sempre em número ímpar, para evitar impasse ou empate na decisão.

Os árbitros devem ser os guardiões da ordem pública. De forma que a instância arbitral deve se desenvolver com respeito estrito às garantias fundamentais da boa justiça, incluindo os direitos de defesa, do contraditório, enfim, garantindo igualdade aos litigantes.²¹⁵

Nos termos do art. 2º. da lei em comento, a arbitragem pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Em outras palavras, as partes podem autorizar os árbitros a julgar de acordo com a equidade, fora das regras estritamente de direito; se não fizerem, o julgamento se fará com base nas regras de direito.²¹⁶

As partes podem escolher o direito aplicável, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública. Ou ainda, convencionar que se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

²¹⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 871.

²¹⁵ CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001, p. 616.

²¹⁶ ALVIM, J.E.Carreira. *Direito Arbitral*. 3 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007, p. 161.

Destaque, ainda, para a convenção arbitral, nos termos do art. 3º. da Lei ora examinada: “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 primeira é "a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" (art. 4º da Lei). O segundo consiste na "convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial" (art. 9º da Lei).

Dito de outro modo, a cláusula compromissória é previamente inserida em um contrato, para ser aplicada na eventual ocorrência futura de litígio, enquanto que o compromisso arbitral é firmado diante de uma controvérsia específica, surgida durante ou após a realização de um negócio jurídico entre as partes.

A ideia da cláusula compor contrato entre as partes sobre relação obrigacional específica vem tendo interpretação extensiva por parte da doutrina no sentido de se admitir cláusula compromissória a relações jurídicas preexistentes, desde que não encontrem óbices na Lei de Arbitragem.

É o caso de Carreira Alvim que admite a convenção de cláusula compromissória sobre relação jurídica “que não nasça de contrato, como, por exemplo, uma relação de vizinhança ou uma servidão”.²¹⁷

A cláusula compromissória arbitral pode ser "cheia", quando fixa inclusive qual o órgão arbitral com atribuição para resolver o litígio, ou "vazia", que se limita a prever a utilização da arbitragem como forma de solução do conflito (sem eleger alguma entidade arbitral especializada, e sem fixar o modo de escolha dos árbitros).

No tocante ao compromisso arbitral, este pode ser firmado extrajudicial (na forma escrita, levada a registro público ou assinada por duas testemunhas) ou judicialmente (por termo nos autos, caso em que a demanda será extinta sem resolução do mérito).

De toda forma, uma vez eleita a via arbitral, as partes terão que celebrar a convenção arbitral.

²¹⁷ ALVIM, J.E. Carreira. Op. cit., p.223.

Como não há arbitragem compulsória no Brasil, sempre será necessária essa convenção.²¹⁸ Com os cuidados da forma escrita, determinada e com o adequado preenchimento dos requisitos essenciais aos contratos, dada sua natureza contratual.

A respeito da convenção de arbitragem, colaciona-se o seguinte entendimento de Antônio Pereira Gaio Júnior:

Mesmo que a lei não a defina de forma exata, é perfeitamente razoável admitir a convenção de arbitragem como o instrumento pelo qual as partes manifestam a vontade de suprimir o Poder Judiciário da apreciação do mérito de um litígio que envolva direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis para entregá-los ao juízo de um árbitro por eles escolhido.²¹⁹

O processo arbitral inicia-se com a aceitação do árbitro acerca de sua nomeação. Em seguida tem-se a escolha do procedimento pelo qual o juízo arbitral deva trilhar, a postulação das partes (sem ou com intermédio de advogado), envolvendo iniciativa, defesa (a revelia não configura pena de confissão) e conciliação. Resolvidas eventuais questões prejudiciais (pelo Poder Judiciário), passa-se à instrução, que envolve prova oral, pericial e qualquer outra que se reputar necessária. Chega-se à sentença, a ser proferida no prazo estipulado pelas partes, ou no máximo de seis meses, cabível prorrogação.

Em sua gênese, a arbitragem tem natureza contratual, de direito privado, mas a eficácia de sua decisão equivale à de uma sentença judicial, com as mesmas exigências, tipo fundamentação, devida apreciação das provas, pertinência lógica entre premissas e conclusão.

Entre os avanços da Lei de Arbitragem destaca-se a abolição da necessidade de homologação da decisão arbitral pelo Poder Judiciário (que constitui título executivo judicial) e a possibilidade da elaboração judicial do compromisso arbitral.

A possibilidade do próprio árbitro determinar medidas cautelares e/ou coercitivas, nos termos do art. 22, parágrafo 4º. da Lei (Ressalvado o disposto

²¹⁸ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e Convenção Arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 151.

²¹⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 877.

no parágrafo segundo, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa), suscita posicionamentos antagônicos na doutrina.

Entendendo não haver óbices, tem-se Paulo César Pinheiro Carneiro.²²⁰ Já no sentido contrário, tem-se Humberto Theodoro Júnior.²²¹

Da leitura do art. 18 da Lei n. 9.307/96, extrai-se ser o árbitro um juiz de fato e de direito, sendo que, da sentença por ele proferida, não haverá sujeição a recurso.

Revisão judicial, quando houver, envolverá questões de formalidade, como ausência de requisito essencial, inobservância do contraditório e da imparcialidade do árbitro, etc..

Um aspecto importante diz respeito ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Questão de fundamental importância para o país, dada a implicação jurídica, que leva em conta os modelos e as convenções aderidas pelo Estado brasileiro, e a implicação econômica, envolvendo relações de investimento, comércio, concorrência de bens e serviços oferecidos ao cidadão comum, beneficiando, em última análise, o consumidor pátrio²²².

Nos termos da legislação em vigor, a homologação da sentença arbitral estrangeira dá-se pelo Superior Tribunal de Justiça, independente de homologação pela autoridade judiciária do país de origem, tal qual se observa com qualquer sentença jurisdicional estrangeira.

Necessário o pedido de homologação, instruído com o original do laudo e da convenção arbitral ou cópia consularizada, ao qual será oportunizado o direito de contradita, com hipóteses limitadas (exemplo, partes incapazes).

Nota-se significativa influência a respeito da Convenção de Nova York, de 10/06/58, reconhecida no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 4311, publicado no *DOU* em 24/07/2002. Cumpre notar que o art. III da Convenção dispõe que

²²⁰ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. Arbitragem, a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997, p. 151.

²²¹ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 348.

²²² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *A Proteção do Consumidor no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 2004, p. 107.

“cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada”.

Portanto, dispondo o Brasil de lei específica, seus ditames deverão ser seguidos, juntamente com outros dispositivos aplicáveis, como a Resolução n. 09 do STJ²²³, na homologação para reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

A arbitragem apresenta vantagens específicas, quais sejam, a prevalência da autonomia da vontade (haja vista a liberdade de escolha do árbitro e da norma a ser aplicada), a celeridade, a informalidade, o menor custo, o sigilo e a conciliação.

Na arbitragem impera a autonomia da vontade das partes envolvidas, manifestada na medida em que são elas que definem os procedimentos que disciplinarão esse processo, que estipulam o prazo final para sua condução, que indicam os árbitros que avaliarão e decidirão a controvérsia instaurada.

Resumidamente, é como se fossem criadas regras particulares e de comum acordo entre os interessados. Isso garante, além de uma boa solução para o caso, sigilo, economia, a certeza de que o julgamento do problema será realizado por pessoas com profundo conhecimento do assunto em questão e, além de tudo, rapidez, já que a arbitragem deve ser concluída no prazo máximo legal de cento e oitenta dias, se outro prazo não for acertado pelas próprias partes.

A celeridade abrange o abandono de solenidades formais e a redução dos prazos para manifestação.²²⁴

A informalidade é consequência de um procedimento desburocratizado. Os procedimentos previstos nos regulamentos dos órgãos institucionais arbitrais favorecem sobremaneira o princípio da oralidade.²²⁵

Quanto ao menor custo, ressalta-se que os tribunais arbitrais institucionais, geralmente, mantêm uma tabela de honorários dos árbitros e das

²²³ Disponível em <<http://stj.jus.br>>. Acesso em 15 de agosto de 2012.

²²⁴ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. cit., p. 84.

²²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 74.

custas do procedimento que não ultrapassa 20% do valor da causa, não resultando em custo para o Erário Público.²²⁶

No tocante ao sigilo, as partes têm o poder de determinar se o procedimento será ou não público.

No que diz respeito à conciliação, Rodrigo Magalhães ressalta que

a Arbitragem cria um clima de colaboração entre as partes, o que facilita a composição da lide. Não existe tanto desgaste no relacionamento entre as partes, porque desde o início do conflito as partes se encontram, conversam, combinam o processo arbitral, que deverá ser rápido, enxuto, sem burocracias e, menos maçante.²²⁷

De qualquer forma, alberga características presentes na jurisdição estatal como o contraditório, a igualdade das partes, o convencimento racional do julgador.

Portanto, ainda que não esteja sendo amplamente aplicada no Brasil, seja porque desconhecida, seja porque exige nova postura de cada cidadão, operador do direito ou não, deve ser debatida, incentivada e experimentada, para que a esperança de uma nova era²²⁸ possa se tornar realidade.

Passa-se ao exame de questões afetas ao instituto.

4.2.3 Constitucionalidade

Bastante discutida quando da entrada em vigor da lei específica, mas já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5.206-7), a questão da constitucionalidade da Lei 9.307/96 é trazida à tona, por conta da importância dos debates que gerou.

Os argumentos principais fundamentavam-se no fato de que a adoção da arbitragem levaria à exclusão de certos conflitos da apreciação do poder judicante estatal. Alcides Mendonça Lima advogava tal ideia.²²⁹

Mas havia os defensores da constitucionalidade, dentre eles, Carvalho Santos, no sentido de que: “A Constituição não tolera é que os indivíduos,

²²⁶ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. cit., p. 84.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei no. 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 151.

²²⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, jul/set, 1969, p. 383-385.

ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, por não lhes permitir a lei”.²³⁰

É de se ressaltar que o crivo do órgão judicial se não exigido para homologação da sentença arbitral, faz-se presente de outras formas: para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos especificados (art. 33), para a execução forçada da sentença arbitral (art. 41), para medidas cautelares ou tutelas de urgência (art. 25), para o caso de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória acerca de seu cumprimento (art. 7º.) e para a homologação de sentença arbitral estrangeira (feita pelo Superior Tribunal de Justiça), etc.

A própria Constituição Federal de 1988 admite o instituto, sendo que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais que abrangem o tema, como a Convenção de Nova York de 1958, a Convenção Interamericana do Panamá de 1975, o Acordo sobre Arbitragem de Buenos Aires de 1998 e o Protocolo de Olivos de 2002, que prevê a criação de um Tribunal Arbitral Permanente de Revisão, objetivando maior estabilidade jurídica à decisões arbitrais no seio do bloco mercosulino.²³¹

4.2.4 Natureza jurídica

Dizer a natureza jurídica de um instituto significa dizer o que ele é, o que significa para o Direito, enfim, a qual ser jurídico ele corresponde.

Que ser jurídico é a arbitragem?

Há quatro diferentes correntes para responder a pergunta:

a) É um contrato, tendo em vista o caráter privado de sua origem e a vinculação à autonomia da vontade privada.

Segundo esta teoria, a opção pela arbitragem é um acordo e o árbitro obtém seus poderes da vontade das partes, e não da lei (os árbitros compromissados não têm juízo nem jurisdição, são particulares).

²³⁰ SANTOS, J.M. Carvalho. Juízo Arbitral – Compromisso – Constitucionalidade – Juros de Mora. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 164, mar/abr, 1956, p. 115-116.

²³¹ GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira(Coord.).*Arbitragem.15 Anos da Lei n. 9.307/96*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.26.

Principais defensores: Salvattore Satta, Chiovenda, Elio Fazzalari, Jean Robert, Guasp.²³²

Críticas: os árbitros são designados pelas partes, mas o poder de julgar vem da lei; o compromisso arbitral visa a subtrair à jurisdição a solução de uma dada controvérsia e o acordo de vontades visa a adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.²³³

b) É verdadeira jurisdição, considerando o fato de que possui a mesma finalidade da jurisdição estatal, qual seja, a realização da justiça, a pacificação social. Fazendo-se uma comparação, poder-se-ia dizer que os árbitros são verdadeiros juízes no exercício privado de funções públicas; o compromisso arbitral é uma ampliação da jurisdição; o antigo laudo (atual sentença) uma verdadeira sentença e a responsabilidade dos árbitros uma responsabilidade análoga à dos juízes togados.²³⁴

São adeptos desta teoria: Carlos Alberto Carmona, Paulo Furtado, Uadi Lammêgo Bulos, Pedro Antônio Batista Martins, José Eduardo Carreira Alvim, Juan Montero Aroca.²³⁵

Crítica: Dos tradicionais componentes da jurisdição – *notio* (conhecimento), *vocatio* (chamamento), *coertio* (coerção), *iudicium* (julgamento) e *executium* (execução) – a Arbitragem não possui a coerção e a execução, logo, não cabe a ela ser jurisdição.²³⁶

c) É um misto de contrato, dado seu momento inicial de exercício da autonomia da vontade, em que há a escolha e o pacto convencional da arbitragem e de jurisdição, com a sentença arbitral.

São adeptos desta teoria: Pierre Lalive, Philippe Fouchard, José Carlos Magalhães, Bernard G. Poznanski, Luis Martinez Vasquez de Castro.²³⁷

Críticas: o somatório das anteriores.

d) Equivalente jurisdicional, na medida em que apresenta todas as

²³² MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. cit., p. 74.

²³³ BARROS, Hamilton de Moraes. Comentários ao Código de Processo Civil., Rio de Janeiro: Forense, IX vol., 1976, p. 374-375.

²³⁴ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. cit., 74.

²³⁵ Id., p. 78.

²³⁶ Id., p. 73.

²³⁷ Id., p. 74.

funções basilares da jurisdição estatal, buscando a pacificação social e a realização da justiça.

São defensores desta teoria: Francesco Carnelutti, César Fiuza, Cândido Rangel Dinamarco.²³⁸

Críticas: a arbitragem não possui caráter acautelatório e executivo, a função dos árbitros é de ordem privada e de natureza contratual.

A natureza jurídica da arbitragem, portanto, ainda é um tema não pacificado, dependendo da contextualização histórica do próprio instituto da jurisdição.²³⁹

Aí está um dos motivos pelos quais a jurisdição não deva ser considerada conceito fechado, ao contrário, em construção, até porque a sociedade está em constante mutação, assim como seus valores, de modo que todas as instituições devem, dentro do possível, fazer as adequações necessárias.

²³⁸ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Op. cit, p. 83.

²³⁹ GAIO JÚNIOR. ANTÔNIO PEREIRA. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte, Del Rey: 2011., p. 863.

5 A ARBITRAGEM COMO EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

5.1 Os novos paradigmas

5.1.1 Da jurisdição

Certo é que as transformações da sociedade contemporânea estão a impor o repensar de valores e de instituições.

A visão tradicional do Direito como regulador de condutas vem sendo superada por uma nova visão no sentido de constituir um processo de desenvolvimento de um país, de forma a proporcionar melhorias à vida social e econômica do homem. Vale notar que não se está falando de simples crescimento econômico, mas no avanço das políticas públicas voltadas à melhoria das condições de vida da sociedade destinatária de tais políticas. Desta forma, o Direito é o instrumento hábil a tornar as pessoas mais felizes ou menos infelizes.²⁴⁰

Fala-se em direito ao desenvolvimento e direito para o desenvolvimento.

Direito ao desenvolvimento é o direito positivado.

É o caso da Resolução no. 2.625, de 24-10-1970, da ONU, segundo a qual, em virtude do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos consagrados na Carta das Nações Unidas, todos os povos têm o direito de determinar livremente, sem interferência externa, o seu estatuto político e de buscar seu desenvolvimento econômico, social e cultural, e cada Estado tem o dever de respeitar esse direito em conformidade com as disposições da Carta.²⁴¹

Vale notar que em 1990, o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) introduziu universalmente o conceito de Desenvolvimento

²⁴⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 2-3.

²⁴¹ Disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

Humano, que parte do pressuposto de que para aferir o avanço na qualidade de vida de uma população é preciso ir além do viés puramente econômico e considerar três dimensões básicas: renda, saúde e educação. Esse conceito é a base do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), publicado anualmente pelo PNUD.²⁴²

Direito para o desenvolvimento significa que não basta só regular é necessário regular com qualidade: por exemplo, a lei consumerista brasileira.

Amartya Sen é o principal expoente do desenvolvimento como ideia de liberdade. Ele diz que desenvolvimento é a oportunidade que o país oferece à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania. E isso não inclui apenas a garantia dos direitos sociais básicos como saúde e educação, mas também segurança, liberdade, habitação e cultura.

Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.²⁴³

O foco é regular para avançar e melhorar, com certeza uma grande dificuldade do jurista.

E isso afeta diretamente a jurisdição.

Surge uma questão: pode-se considerar a jurisdição um conceito em construção?²⁴⁴

A jurisdição, como um dos atributos do Estado moderno, sofre com a quebra de paradigmas, ou seja, com as novas visões de mundo advindas de uma série de evoluções nos modelos construídos, evoluções essas que se dão em caráter pendular, ou seja, por força de fatores sociais, econômicos, políticos e mesmo jurídicos.²⁴⁵

As “verdades científicas” de outrora não se coadunam ou aderem à dinâmica jurídica e ao tecido social hodierno.²⁴⁶

O Direito é um “*continuum*”.²⁴⁷

Diante da globalização na economia, nas comunicações e, conseqüentemente, nos direitos, ajustes devem ser feitos.

²⁴² Disponível em <http://www.pnud.org.br>. Acesso em 17 de junho de 2012.

²⁴³ SEM, Amartya, tradução de Laura Teixeira Motta. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 26

²⁴⁴ ASSIS, Ana Cristina Koch Torres de. Jurisdição: um novo conceito em construção? In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.). *Direito Processual em Movimento*, vol. II. Curitiba: CRV, 2012, p. 25.

²⁴⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 38.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 394.

Antônio Pereira Gaio Júnior exemplifica com a flexibilização do conceito de soberania.²⁴⁸

Apresenta minucioso estudo sobre tal flexibilização, a partir dos “novos endereços jurisdicionais”.²⁴⁹

Com o advento do Tratado de Paris, em 1951, com a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), houve complexo processo de integração econômica, findando em uma quebra paradigmática na evolução do Direito Internacional com a construção do Direito Comunitário.²⁵⁰

Se o mercado interno passou a espaço sem fronteiras, com livre circulação de pessoas, houve quebra de conceito. Também apareceu nova noção de pessoa: ao se falar em cidadão comunitário, e não povo italiano, alemão ou grego. Assim, flexibilizou-se a soberania.

Este movimento gerou evolução no Direito Internacional com a construção do Direito Comunitário, relacionando matérias de Direito Público e Privado e construindo entidades supranacionais, como o Parlamento e o Tribunal de Justiça Europeus, com autoridade, eficácia e efetividade sobre os Estados que compõem a denominada, hoje, União Europeia.²⁵¹

O direito comunitário é autônomo em relação à ordem jurídica internacional, ainda que a independência não seja total.²⁵²

Seu objetivo não é coordenar soberanias estatais, mas criar Comunidade autônoma, dotada de autoridade institucional própria.²⁵³

Os destinatários do direito comunitário são os Estados-membros e Instituições da Comunidade, bem como os simples particulares. Diferentemente, os destinatários do direito internacional são, normalmente, apenas os Estados.

²⁴⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 38.

²⁴⁹ Id, p.70 a 73.

²⁵⁰ Id, p. 39.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² CAMPOS, João da Mota de. *Direito Comunitário*. v. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 217 .

²⁵³ Id, p.225.

A autonomia também atinge a ordem jurídica, com tribunais e órgãos próprios. É um direito supranacional, autônomo e superior, que acaba sendo incorporado na ordem jurídica interna dos tribunais.

Com o chamado princípio da aplicabilidade direta o particular pode questionar perante tribunal nacional violação a regra de direito comunitário. Exemplo: um agricultor alemão pode questionar exigência do governo francês para se estabelecer comercialmente neste país se as regras comunitárias proibem qualquer restrição a tal liberdade.²⁵⁴

Os Estados-membros comunitários assumiram uma limitação a seus direitos soberanos, diferentemente das regras de um tratado internacional clássico em que é feito acordo se limitando a criar obrigações recíprocas entre os Estados contratantes.

O direito conferido aos particulares de invocar qualquer norma comunitária para apoio da sua posição em juízo só conhece, no fim das contas, os limites do seu interesse em agir em justiça, como demandante ou demandado, que é pressuposto da legitimidade processual.²⁵⁵

Outro exemplo de integração regional, o MERCOSUL busca fortalecer os países do Cone Sul.

O Tratado visa a integração econômica.

O sistema de solução de controvérsias²⁵⁶ atinge os Estados-partes como os particulares, abrangendo três fases: negociações diretas, intervenção do Grupo Mercado Comum e o procedimento arbitral.

Não há ainda um Tribunal de Justiça Supranacional. Quando existir esse tribunal permanente, a integração restará mais segura para todos.

Há organismos intergovernamentais, em que os Estados-partes se comprometem a cumprir as normas comunitárias, sem qualquer sanção no caso disso não ocorrer.

O futuro deverá mudar essa condição.

²⁵⁴CAMPOS, João da Mota de. Op. cit., p. 235.

²⁵⁵Id, p. 249.

²⁵⁶GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 92.

Propostas nesse sentido já existem como a de harmonização legislativa mínima à proteção e defesa do consumidor no MERCOSUL, de autoria de Antônio Pereira Gaio Júnior.²⁵⁷

A construção de um verdadeiro e efetivo mercado comum impõe a explicitação de critérios comuns como: consumidor, fornecedor, relação de consumo, produtos, serviço.

Um projeto de Protocolo foi assinado em 1997 estabelecendo a unificação das legislações, mas não foi aceito por várias entidades brasileiras.

Em 2000 foi apresentada Declaração com diretrizes mínimas, em que a defesa do consumidor foi elevada a condição de elemento essencial para o desenvolvimento do MERCOSUL.

Novas realidades exigem novos direitos que exigem novas soluções, ainda que demoradas ou difíceis.

Como afirma Zaffaroni, “a impossibilidade do ideal não poder perverter o real”.²⁵⁸

Conceitualmente, jurisdição é a função de compor litígios, de declarar e realizar o Direito. Exercida pelo Poder Judiciário, um dos alicerces do Estado Moderno, assim como os Poderes Executivo e Legislativo.

Fazendo um retrospecto histórico da jurisdição, baseando em Luiz Guilherme Marinoni, o que se apresenta é o que se segue.

Há duas teorias clássicas tratando da jurisdição.

A de Chiovenda, segundo a qual a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei e a de Carnelutti, que prega a justa composição da lide, segundo a qual o juiz cria a norma individual para o caso concreto.

Ambas estão subordinadas ao princípio da supremacia da lei, “beberam na mesma fonte”.²⁵⁹

Sob tais fundamentos e na esteira de Kelsen, não se pode dizer que o juiz cria direitos, pois o juiz não cria direito quando atua com base em uma norma superior.

²⁵⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p. 175.

²⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 23.

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 22.

Assim, não existe substancial diferença entre a declaração da norma geral no caso concreto e a criação da norma individual mediante a particularização da norma geral para as partes.

Numa época em que as relações são homogêneas, em uma sociedade legalmente igualizada, falar em lei genérica e abstrata é confortável. Todavia, numa sociedade pluralista e de relações complexas, necessário ao juiz compreender e atribuir sentido e valor aos casos concretos.

No Estado Constitucional²⁶⁰, também chamado de pós-moderno contemporâneo ou pós-providência, não mais prevalece o princípio da supremacia da lei e esta não é mais vista como produto perfeito e acabado. Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

As normas jurídicas compõem-se das regras e dos princípios, não hierarquizados, mas priorizados diante do caso concreto.

Portanto, se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele cria a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, o controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto.²⁶¹ Norteado sempre pelo objetivo de dar tutela às necessidades de direito material, não apenas editando a sentença, mas dando o meio executivo adequado.

O art. 461 do Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar da possibilidade de imposição de multa diária para o constrangimento de obrigação de fazer ou de não fazer, é exemplo.

O contexto abordado aumenta a subjetividade do juiz pelo que um dos meios de se demonstrar a racionalidade da decisão judicial dá-se pela argumentação.

Acrescenta-se, por pertinente, mais uma observação a respeito:

Como sustentáculo de um universo de normas principiológicas de status constitucional (princípios do contraditório, ampla defesa, provas lícitas, igualdade de “armas”-oportunidades), o “*Due Process of Law*” – Devido Processo Legal, assim como o acesso à justiça e

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 49.

²⁶¹ Id, p. 53.

mesmo a instrumentalidade processual quer extra, quer judicialmente, são escopos fundamentais que dão a diretriz, o contorno e a solidez nos mais diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos, a despeito de quaisquer ordens, seja social, econômica e /ou política a que estejam submetidos.²⁶²

Passa-se a analisar a jurisdição mais detalhadamente com novas lentes, as lentes da contemporaneidade, dos novos paradigmas:

5.1.1.1 Prestação jurisdicional estatal como exercício de governo

Zaffaroni afirma que o poder judiciário é “governo”²⁶³, haja vista a explosão de litigiosidade, o aumento da burocracia estatal, a produção legislativa impulsionada pelo clientelismo político, provocando maior protagonismo político dos juízes, com aumento de suas faculdades discricionárias e maior visibilidade perante o público, cada vez mais informado e crítico em relação à instituição.

Uma análise por parte de agentes multidisciplinares da função que compete aos magistrados e a que ocorre na realidade otimizaria a crise em que se encontra a jurisdição, que necessita de independência real.

A memória e a investigação histórica do Poder Judiciário também são apresentadas como fator de fundamental importância para melhorar a questão.

Ao analisar a dinâmica dos modelos de seleção, formação e modelos da magistratura, tal como é conhecida na atualidade, vê-se que é um produto europeu, que, com a revolução francesa, consolida a figura do juiz como funcionário público, mas com antecedentes na Inglaterra e na Alemanha. A dinâmica originária não foi efeito de teorização, mas da experiência política diferenciada nesses três países. Nos EUA também o modelo foi empírico.²⁶⁴

Com a dinâmica das sociedades, houve necessidade de qualificar tecnicamente os juízes, de forma que apareceu a carreira verticalizada, governada por cúpulas, com as funções de resolver os conflitos e

²⁶² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *CPIs e o Devido Processo Legal*. Disponível em <www.gaiojr.adv.br/Artigos>. Acesso em: 18 de Agosto de 2011.

²⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995, p. 24.

²⁶⁴ Id, p. 100.

autogovernar-se em certa medida. Vigeu durante o século XIX e até a Segunda Guerra Mundial.

Posteriormente, surgiram os modelos horizontalizados, pluralistas e com distribuição orgânica funcional, o que vale para as democracias modernas, desenvolvidas na última metade do século XX.

Sintetizando a questão, Zaffaroni apresenta três modelos básicos²⁶⁵:

a) Modelo empírico-primitivo: a seleção dá-se por arbitrariedade seletiva, carecendo de nível técnico. Não é assegurada independência ao juiz, sendo que o controle de constitucionalidade é ineficaz;

b) Modelo técnico-burocrático: ao erradicar-se a arbitrariedade seletiva (instituindo-se concursos de provas e títulos, por exemplo) garante-se o nível técnico da magistratura. Só que a independência do juiz é externa e o controle de constitucionalidade tem baixo nível de incidência, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. O modelo se move por trilhos muito formalizados no Estado de Direito;

c) Modelo democrático-contemporâneo: conserva a seleção técnica do anterior, aprimorando os mecanismos seletivos. Com a redução da formalização, com o controle permanente da constitucionalidade, a qualidade do serviço melhora. O perfil do juiz tende a técnico politizado (não partidarizado nem burocratizado). Aí é o Estado Democrático de Direito.

Apresenta, ainda, um adendo no que toca às estruturas jurídicas inglesa e norte-americana: correspondem basicamente ao modelo empírico (impulsionados pela pura experiência política), sendo que a primeira, por caminho lento, secular e original evoluiu, inovando com a participação popular direta e a segunda tem como destaque o combate a corrupção pecuniária.

5.1.1.2 Prestação jurisdicional estatal como serviço público

Outro paradigma é o da atividade jurisdicional como serviço público.

A atividade jurisdicional deve ser eficiente, o que não acontece, fato público e notório. Importante é discutir as causas, que são variadas, dependendo da ótica de quem analisa a questão, desde o número insuficiente

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 102-103.

de magistrados e servidores, as estruturas físicas dos órgãos, a carência de material, o despreparo de alguns patronos, etc., mas também propor soluções e experimentar novos caminhos, meios alternativos ou propícios à solução dos conflitos.

Há, portanto, um contraponto ao dogma da unidade da jurisdição, função exclusiva do Poder Judiciário, que fazia sentido na era do Estado Nacional: “um só Direito, uma só Jurisdição”.²⁶⁶

Se na Antiguidade grega e romana, a integralidade do sistema é o que vigorava, com a desagregação do Império Romano e o advento do sistema medieval, a jurisdição fracionou-se em pluralidade de estamentos (corporações de ofício, classes, etc.). Com o surgimento do Estado Moderno, necessário o retorno à unidade jurisdicional. O poder se fortalece na centralização. Já o processo mais recente de globalização, traz à tona a “sociedade aberta”, integrada pela pluralidade de pessoas e interesses.²⁶⁷

É o Estado Democrático de Direito, ou mais acertadamente, Estado Democrático dos Direitos Humanos. A Constituição é o centro normativo e diretivo do sistema, conferindo à jurisdição papel promotor e garantidor da justiça material, dizendo o direito das minorias e maiorias.

Repartindo-se, torna-se retributiva (justiça social).²⁶⁸

Para atingir esse objetivo assume novos formatos, novos direitos exigem novas Cortes (qualquer pessoa poderá recorrer a qualquer uma dessas Cortes de Direitos Humanos: uma jurisdição para o homem).

Veja o exemplo brasileiro: O Brasil, ao reconhecer na Constituição Federal (art. 5º, parágrafo 4º.) o Tribunal Penal Internacional, admitiu instituição acima do Supremo Tribunal Federal em questão indisponível. O Brasil se submeteu a decisão internacional extraterritorial: caso Maria da Penha.

A integração nacional que passava por uma fonte única da ordem jurídica vê-se diante de um momento de reconstrução, na medida em que a miragem da codificação, a completude, uma regra para cada caso, servindo de prontuário infalível do juiz, não responde de forma eficaz às novas demandas.

²⁶⁶ NOGUEIRA, Alberto. Op. cit., p. 341.

²⁶⁷ Id, p. 343.

²⁶⁸ Id, p. 344.

Com a mudança da nova matriz mundial e a passagem do paradigma “Estado Nacional” para o do Estado Democrático de Direito, o cenário jurisdicional se altera profundamente, exigindo novas definições e focos de soluções.²⁶⁹

Após longo processo em que se destaca a revolução gloriosa inglesa de 1688, a norte-americana (Declaração de 1787), a francesa (de 1789) e a Declaração dos Direitos dos Homens (ONU, 1948), o que importa agora são as garantias dos direitos fundamentais.

Adentra-se na era do que se tem convencionado chamar “bloco de constitucionalidade”, termo francês da década de 70, chegando à Espanha na década de 80. Basicamente corresponde aos princípios e regras de valor constitucional.

Diante do fato incontestável da globalização, a despeito de discussões acerca de seu conteúdo eminentemente econômico ou ideológico, a questão que se coloca é como fica o Estado diante do novo contexto.

Com a superação do paradigma da lei, que cede lugar à supremacia da Constituição e aos princípios supraconstitucionais de dignidade ainda maior, surgem novos paradigmas do Direito de vocação universal.²⁷⁰ É o Direito da globalização. Exemplo: discussão acerca de uma Constituição para a União Europeia.

Questões que surgem²⁷¹:

1-Quem procurar?

a) A divindade, endereço do passado, ainda procurada no presente, como na área judaica e islâmica e mesmo de forma paralela ao direito profano ou laico. Exemplo: a influência da Igreja Católica no Brasil, país laico;

b) A autoridade, seja o Rei, a Presidenta ou os Órgãos Internacionais;

c) O Bispo, não pelo contexto divino, mas como autoridade moral e social;

d) o Juiz: endereço de todas as épocas e lugares, embora o acesso não seja facilitado.

²⁶⁹ NOGUEIRA, Alberto. Op. cit., p. 363.

²⁷⁰ Id, p. 381.

²⁷¹ Id, p. 385-394.

Com a globalização e a nova matriz social, novos tipos (e as correspondentes funções) emergem no cenário local, nacional, comunitário (blocos) e planetário (Cortes internacionais, ONU).

Fala-se em duas características: alternatividade e diversidade. Abrange não apenas a escolha “para o jurisdicionado”, mas também “pelo jurisdicionado”. Ou seja, passa o cidadão, ele próprio, e segundo sua vontade, a escolher o endereço de sua preferência: qualquer ser humano (mais que cidadão ou jurisdicionado) tem personalidade jurisdicional (leia-se legitimidade processual ativa) para “frequentar” os endereços das Cortes de Direitos Humanos (Planetárias ou Regionais), sem prejuízo dos endereços tradicionais ou antigos.

5.1.1.3 Prestação jurisdicional estatal como instrumento de garantia de direitos

Outro paradigma que afeta a jurisdição é a visão do processo que, mais do que instrumento pelo qual se realiza a função jurisdicional estatal, é instrumento social e democrático de garantia dos direitos, refletindo o estágio histórico vivenciado pela sociedade em questão.

Fazzalari apresenta considerações importantes.

O procedimento se apresenta como uma sequência de atos como previstos e avaliados pelas normas. Deve, também, ser considerado como uma série de faculdades, poderes, deveres que são muitas, tantas quantas são as posições subjetivas que podem ser deduzidas das normas do discurso.²⁷²

Para ser um processo e não um procedimento, necessário ter a estrutura dialética do procedimento que é o contraditório. Esta estrutura consiste na: participação dos destinatários dos atos finais na fase preparatória; na simétrica igualdade das posições; na mútua ligação entre suas atividades; na relevância das mesmas para o autor do procedimento.²⁷³

Há “processo” quando em uma ou mais fases do *iter* da formação do ato é contemplada a participação do autor, mas também dos destinatários de

²⁷² FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994, p. 77.

²⁷³ Id, p. 82.

seus efeitos, em contraditório. Há contraditório quando há um conflito de interesses ou quando, na formação do ato, há um sujeito que tenha um interesse distinto daquele do autor do ato. Pode-se falar de processo quando houver a estrutura e o desenvolvimento acima apresentado.

Assim, o processo não é só o judicial, é o procedimento em contraditório; procedimento (conjunto de atos praticados de forma lógica buscando determinado fim) mais relação jurídica processual (ônus, direitos, obrigações e deveres das partes em um procedimento).

Numa relação de locação há locador e locatário, no processo passam autor e réu a outra relação jurídica processual, com outros direitos e deveres.

O Supremo Tribunal Federal começa a entender a adaptação da ideia do Fazzalari em várias situações práticas.

É o caso do RE 201.819-8: decidiu-se pela não concessão de recurso à União Brasileira de Compositores que excluiu um de seus sócios do quadro da entidade sem o amplo direito de defesa.²⁷⁴

5.2 Da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade privada²⁷⁵ e da política do consenso

Dentre as várias teorias apresentadas ao longo da história, chegou-se, recentemente, na proposta de Ronald Dworkin (cuja teoria foi iniciada na década de 70, com a sua obra *Levando os Direitos a Sério* e reafirmada na década de 80, com a obra *Integridade no Direito*), em que propõe o direito como um sistema de princípios, e não mais num sistema de regras, acordadas convencionalmente, já que, segundo ele, o problema do direito não é de leis, mas de práticas, fundamentadas em princípios, numa reinterpretação coerente da sociedade.

Utiliza das metáforas do romance em cadeia, do juiz Hércules, para possibilitar o ideal de Integridade no Direito.²⁷⁶

²⁷⁴ Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 17 de junho de 2012.

²⁷⁵ Termo alcunhado por Pontes de Miranda, *apud* GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 4 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 46.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Beknap Press, 1986, p. 239.

O romance em cadeia, em metáfora com a literatura (análise feita com base no “Conto de Natal” de Dickens) significa que os fatos não são aleatórios, eles são encadeados e o direito deve assim ser interpretado, sendo que as novas interpretações não configuram invenção ou criação, mas reconstrução do direito.

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.²⁷⁷

A utilização do princípio no caso concreto advém do exame da coerência e harmonia das normas jurídicas. Entre os direitos à vida e à saúde (como no caso da recusa à transfusão de sangue pelo testemunha de Jeová, por exemplo), só se saberá qual deve ser aplicado, diante do caso concreto, e não de um exame apriorístico do que é mais valioso. Vale o melhor argumento e não aquele que tem o maior valor.

Ou ainda, se a lei trabalhista estabelece intervalo de 11 (onze) horas entre uma atividade laborativa e outra (art. 66 da CLT), por questões de saúde, o trabalhador individualmente poderia discordar, sob o argumento do que ele entende ser digno? Por exemplo, um professor que leciona no turno da noite e da manhã em determinada instituição de ensino?

A quadra atual é assinalada pela superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias sob o rótulo genérico de pós-positivismo.²⁷⁸

Pode-se dizer, então que o direito constitucional está diante de um novo marco filosófico: o pós-positivismo.²⁷⁹

²⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 72.

²⁷⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 247.

²⁷⁹ Autores pioneiros na matéria: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997 (1. ed. Alemã 1986). No Brasil: Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 2004; Ricardo Lobo Torres, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1999; Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, *Revista Forense*, 358:91,2001.

O pós-positivismo, alavancado pelos princípios, propõe-se como o novo paradigma para a experiência jurídica, em que as conquistas individuais e sociais do Estado Liberal e do Estado Social recebem uma nova fundamentação e passam a dispor de novos instrumentos hermenêuticos, necessários à sua efetividade e legitimidade.²⁸⁰

As normas são o gênero do qual são espécies as regras e os princípios. O alto grau de abstração destes últimos permite a abertura do sistema e a sua rápida adaptação à realidade social, eis que fundamentos do sistema de fontes (outro capítulo da Teoria do Direito também em reconstrução neste momento de revisão paradigmática.).²⁸¹

Pretende-se que a posição hegemônica dos princípios permita ao Poder Judiciário dizer o direito com legitimidade em contextos altamente complexos como o da sociedade contemporânea, além de virem, os mesmos princípios, ainda a continuar a nortear as atividades legislativa, governativa e administrativa, sem colocar em risco a segurança do direito.²⁸²

O reconhecimento da força normativa de toda a Constituição (e dos princípios como normas) coincide com a afirmação de um paradigma não patrimonialista do direito, com valorização do ser ao invés do ter. O princípio que ocupa o cume do sistema normativo da ordem jurídica passa a ser o da dignidade da pessoa humana.²⁸³

Se o conjunto dos direitos fundamentais não se reduz àquele em que se encontram as normas que o consagram, também neste último conjunto se encontra mais do que normas de direitos fundamentais. Aqui se deve levar em conta a circunstância de que a teoria de direito contemporânea, ao expandir o seu objeto de estudo da norma para o ordenamento jurídico, terminou por incluir nele espécie de normas que antes sequer era considerada como tal, o que, por via consequência, acarretou uma ampliação também no conceito de norma até então corrente, e é precisamente essa nova espécie de norma que

²⁸⁰ CERQUEIRA, André Liguori de; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de – *A refundação da ordem jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito: reconstrução não Essencialista do princípio da dignidade da pessoa humana.*, p. 3399. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/bh/andre_liguori_de_cerqueira.pdf>. Acesso em 17 de junho de 2012

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Ibid.

se irá incluir aquela de direitos fundamentais, bem como, juntamente com elas, outras, dotadas da mesma fundamentalidade, mas que não conferem direitos, nem configuram qualquer outra situação subjetiva.²⁸⁴

Chega-se ao princípio da dignidade humana, que é atributo do humano, expressando o caráter absoluto do humano, que não tem preço, diferentemente das coisas. Decorre a dignidade do fato do humano não ser meio para alcançar determinado fim, não ter valor de troca. O preço é valor relativo de algo em relação a outro algo. O homem é fim em si mesmo, não pode servir de meio para algo. O que é humano não é dado pela natureza, mas pelo próprio humano.

Porque o homem é racional, é digno, é livre.

Na verdade, o conceito de dignidade humana vem sendo construído historicamente.

Já na Grécia encontra-se representação da dignidade humana. Vide novamente a peça Antígona, citada anteriormente (item 3.4.1.3.1). O destaque agora em relação à peça não é a existência de um direito para além da criação humana, mas sim o fato de que a determinação contra a qual a personagem-título se insurgiu, de deixar insepulto um homem, para ser consumido pelos cães e pelas aves de rapina, fere a dignidade humana.

A visão contemporânea do humano pressupõe seu poder de autoconstituição e autoconstrução.

Há quem apresente os seguintes elementos como substrato material da dignidade: a) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; b) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; c) é dotado de vontade livre, de autodeterminação;

²⁸⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001, p. 43.

d) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.²⁸⁵

É necessária e possível uma nova “metafísica do humano” que não mais recorra a sentidos do humano ontologicamente disponíveis, do humano tomado em sua historicidade absoluta, na lembrança sempre de que o homem não está decidido de uma vez por todas, pois não há uma natureza do homem que permita derivar uma certa dignidade, mas de que o homem é projeto de que se decide sempre a cada vez.²⁸⁶

A dignidade da pessoa humana deixa de ser apenas um conceito transcendental para aplicar-se concretamente ‘as necessidades da condição humana.’²⁸⁷

A abertura ao reconhecimento da pluralidade, seja na esfera pública, seja na esfera privada, pressupõe a não assunção de uma hierarquização de valores que se lança como pretendente de todos.²⁸⁸

As dificuldades não podem impedir de buscá-la do ponto de vista pragmático, do ponto de vista de atender aos reclamos sociais imediatos, de conferir força normativa ao princípio fundamental que lhe privilegia, mas sem recorrer a marcos metafísicos já não mais disponíveis nos quadros da autocompreensão contemporânea do humano.²⁸⁹

Há hoje duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à ideia de sua dignidade, de um lado, há a concepção insular e, de outro, na capacidade do homem sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem dialogar, chamado a transcendência.²⁹⁰

²⁸⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

²⁸⁶ CERQUEIRA, André Liguori de, COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 3404.

²⁸⁷ JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 25.

²⁸⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 251.

²⁸⁹ CERQUEIRA, André Liguori de, COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Op. cit., p. 3409.

²⁹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In: RT/Fasc. Civ., ano 91, volume 797, março 2002, p. 12.

O estudo da dignidade leva a considerar o homem em sua globalidade.²⁹¹

A cidadania múltipla, em suas diversas dimensões, que é entrecruzada, permite ainda a integração dos direitos assim como da liberdade, da justiça social, da solidariedade, nos espaços local, nacional e mundial, bem como no virtual.²⁹²

Do ponto de vista jurídico parece não haver outra forma de enfrentar as marcantes divisões sociais da sociedade brasileira, buscando superar a *cidadania de baixa intensidade*, senão conferindo prioridade aos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.²⁹³

As Constituições dão pontos de partida e não de chegada.²⁹⁴

As mentalidades precisam se adaptar aos novos tempos e às exigências hodiernas.²⁹⁵

Cabível a transcrição do pensamento de Cappelletti pela sintonia:

Numa época em que se falou demasiadamente e com frequência sobre revoluções culturais, vale a pena sublinhar o caráter genuinamente revolucionário do movimento em prol do acesso à justiça, não somente no âmbito da ação prática, senão também quanto ao método de pensamento e mais particularmente do método de análise jurídica. Se, na verdade, no terreno da ação, a mudança aportada e projetada foi radical, tendo-se dado um sentido novo e com conteúdo à ideia já por si mesma revolucionária, no plano do pensamento, em troca, foi tal, que transformaram completamente os temas e modos de análise científica do jurista moderno.²⁹⁶

Para tanto, mister também analisar o princípio da autonomia da vontade privada.

²⁹¹ MAURER, Béatrice et al.; org. e trad. Ingo Wolfgang Sarlet. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 143.

²⁹² TORRES, Ricardo Lobo (org.) et al. A Cidadania multidimensional na Era dos Direitos, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 330.

²⁹³ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 231.

²⁹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena e DIMOULIS, Dimitri. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua Lima (Coord.) et al. *Agenda Contemporânea: direito e economia, trinta 30 anos de Brasil*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 392.

²⁹⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 15.

²⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, tradução de Elicio de Cresci Sobrinho, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 391.

Autonomia esta fortemente afetada pela questão cultural, como atestam os seguintes entendimentos:

(...) Por razões, talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode-expiatório e do salvador da pátria. Por via de conseqüência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.²⁹⁷

O estado ampliou, em demasia, sua pesada longa-manus, apacando com rigidez a iniciativa privada. Viveu-se intenso período onde imperava, sempre, a vontade do Estado, não raro, inadequada ou impropriamente aplicada.

Com isso, soçobrava o princípio democrático da autonomia da vontade que, normalmente, sobrevive em clima de maior liberdade para o cidadão.

Bloqueado em sua livre iniciativa, negava-se o particular, em contrapartida, a assumir as responsabilidades que seus atos produziam. Assim, uma vez mais, ao Estado-Providência cabia a tarefa de intervir nas relações jurídicas pessoais.

A identificação do indivíduo é com o Estado, único ente capaz de gerar direitos e impor deveres e obrigações. Perde-se o contacto com o princípio basilar do ser humano, isto é, a autonomia da vontade.

A liberdade de contratar remanesce abafada e o *pacta sunt servanda*, com freqüência, flexibilizado de modo a atender aos ditames estatais.²⁹⁸

Ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido.²⁹⁹

Isto porque, segundo a Lei de Arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito – material e processual – aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais.

Prestigiou-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei.³⁰⁰

²⁹⁷ FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 217.

²⁹⁸ MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma Maria Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 31-32.

²⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 64.

³⁰⁰ *Id.*, p. 15.

Assim, via arbitragem, pode-se evitar a solução judicial dos conflitos, e principalmente selecionar a lei material aplicável no caso de litígio, prática constante no comércio internacional.

Ainda que tal prática encontre resistência em sistemas jurídicos como o brasileiro, fato é que “a Lei de Arbitragem aumenta consideravelmente o campo de incidência da vontade das partes e permite maior segurança nas contratações”³⁰¹.

Por derradeiro, mas não menos importante, cabe trazer ‘a lume aspectos relativos ‘a política do consenso.

Esta política deve ser estimulada como tônica essencial na formação jurídica do operador do direito hodierno, sendo perceptível, sem exigir muitos esforços, o despreparo deste, sobretudo no campo prático, com as mais diversas modalidades instrumentais fora do aparato jurisdicional estatal, v.g., conciliação, mediação e arbitragem.³⁰²

Os operadores do Direito são formados sob a égide da “bandeira do conflito”, desconhecendo ou menosprezando as formas alternativas de composição das lides jurídicas e sociológicas. São legiões e legiões de operadores-guerreiros no direito e não de pacificadores pelo Direito e para a justiça.³⁰³

Mais de 50% (cinquenta por cento) das trinta e uma maiores instituições de ensino superior do país não oferecem disciplinas relacionadas à mediação, arbitragem e conciliação, em desacordo às estratégias traçadas para o Poder Judiciário pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça.³⁰⁴

Em contrapartida, a política do consenso não tem base na polarização do processo judicial, por ser “tendente à obtenção de consenso, antes do que uma condenação, evitando o acirramento de ânimos entre pessoas que tenham

³⁰¹ CARMONA, Carlos Alberto, Op. cit., p. 65.

³⁰² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 846.

³⁰³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 12.

³⁰⁴ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira e RIBEIRO, WESLLAY, Carlos. *O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos*. In: Revista Jurídica, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 13-25, 2010-1, p. 20.

que persistir convivendo, coexistindo na mesma comunidade, no mesmo meio”.³⁰⁵

“Afasta da justiça tradicional muitos conflitos para que possam ser solucionados através do consenso entre as pessoas”.³⁰⁶

E representa o novo enfoque da resolução de conflitos em que a via tradicional se mostrou insatisfatória: a justiça coexistencial ou conciliatória.

A respeito, Cappelletti³⁰⁷ observa que embora a luta pelo direito, com base em Ihering, tenha sido glorificada pelas civilizações ocidentais nos dois últimos séculos, um enfoque diferente, a que ele chama de “Justiça coexistencial”, pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à justiça.

Assim, deixará de decidir e definir, passando a remendar o litígio, aliviando as situações, vislumbrando um valor maior: a preservação de um bem durável, da convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou que possuam relações complexas.³⁰⁸

Se nas discussões relativas ao meio-ambiente, a reciclagem e reaproveitamento são temas recorrentes, por que não no que diz respeito ‘a solução de conflitos entre as pessoas?’

Até porque:

Tempos são outros, mas o fortalecimento na crença de ser o próprio homem o responsável por seus atos volitivos no âmbito do tecido em que vive, faz permanentemente viva a esperança de que possa entre os seus, encontrar forças para entregar, desejos, conflitos, dissoluções e soluções, vislumbrando, indubitavelmente, maior felicidade ou quiçá, menor infelicidade (ponto de exclamação).³⁰⁹

³⁰⁵ LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 21.

³⁰⁶ CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça Conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: Barral, Welber; ANDRADE, Henri Clay (orgs.). *O Judiciário em Sergipe: análise crítica*. Aracaju, OAB, 2000, p. 108-109.

³⁰⁷ Id., p. 108.

³⁰⁸ SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário. Barueri: Manole, 2005, p. 89.

³⁰⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Teoria da Arbitragem. 1 ed., São Paulo, Rideel, 2012, p. XV.

5.3 Algumas leis, projetos e práticas

O Ministério da Educação e Cultura, por meio das Portarias 1886, de 30/12/94 e 840, de 04/07/2008³¹⁰, determinou que as Faculdades de Direito devem dispor, em sua grade curricular, de disciplina referente a formas não contenciosas de solução de conflitos.

O art. 11 da Portaria 1886 é expresso: “As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, visitas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica”.

A Portaria 840, por sua vez, estabelece no item 3.3.2 que o núcleo de prática jurídica deve ter atividade de arbitragem, conciliação e mediação.

Há o Projeto de lei n. 5243, de 2009, que permite que titular de delegação do Poder Público possa ser designado como árbitro.³¹¹

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125, de 29/11/10³¹², ao tratar da política pública para tratamento adequado dos conflitos de interesse, discute a formação dos mediadores e admite formas alternativas de composição.

O Decreto n. 45.989/12, do Estado de Minas Gerais, dispõe sobre o não ajuizamento de execução fiscal e a instituição de novas formas de cobrança dos créditos do Estado, suas autarquias e fundações. O art. 3º diz expressamente que a Advocacia Geral do Estado deverá utilizar meios alternativos de cobrança.³¹³

A arbitralidade de causas envolvendo o Estado - de forma direta ou indireta – sempre suscitou debates.³¹⁴

³¹⁰ Disponíveis em <<http://www.mec.gov.br>>. Acesso em 01º de agosto de 2012.

³¹¹ Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 01º de agosto de 2012.

³¹² Disponível em <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 01º de agosto de 2012.

³¹³ Disponível em <<http://www.fazenda.mg.gov.br>> . Acesso em 02 de agosto de 2012.

³¹⁴ Paradigmático o julgamento do “caso Lage”, pelo qual o Supremo Tribunal Federal atestou a possibilidade de o Estado firmar compromisso arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3 ed., São Paulo:Atlas,2009, p. 45.

Carmona defende a arbitralidade de causa que envolva a União, suas autarquias e as empresas públicas e sociedades de economia mista, pois, quando o Estado atua fora de sua condição pública, praticando atos de natureza privada, não se pode pretender aplicáveis as normas dos contratos administrativos, de direito público.³¹⁵

Defende, ainda, sua aplicação nas relações de consumo, seja pela compatibilidade dos sistemas, seja pelo princípio de incentivo a mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.³¹⁶

O instituto tem sido cada vez mais utilizado por empresas brasileiras e há dados da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) mostrando que o Brasil é o maior usuário do instituto na América Latina e o quarto no ranking mundial, atrás apenas dos Estados Unidos, França e Alemanha.³¹⁷

Vê-se que a arbitragem é um método propício à solução de litígios, cuja implementação vem sendo estimulada, “configurando-se, verdadeiramente, em instrumento hábil para satisfação do direito molestado”.³¹⁸

5.4. A arbitragem como efetivação ao direito fundamental ao acesso à justiça

Na Idade antiga, a natureza era o fundamento. Na Idade medieval, era Deus. A partir da Idade moderna, Deus não é mais o critério do fundamento humano, pois tem-se a razão (daí a ligação com a ciência e pensamentos como o niilismo, o iluminismo). Por fim, na Idade contemporânea ou pós-moderna, o entendimento é que não há um fundamento específico, o homem é resultado do que ele faz consigo mesmo.

³¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 45.

³¹⁶ Id., p. 53.

³¹⁷ Disso bem noticia Arnoldo Wald: “A exemplo dos últimos anos, o de 2007 representou uma fase de Consolidação da arbitragem nacional e internacional no Brasil.”: WALD, Arnold. *Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina*. In: Revista Consultor Jurídico, disponível em <<http://www.consultorjuridico.com.br>> Acesso em 17 de julho de 2012.

³¹⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 847.

Pode-se perguntar: o homem tem valor?

Uma primeira resposta é que ele não tem valor intrínseco. O valor, no caso, resulta de uma decisão do homem para se compreender. Como ele compreende o mundo é o modo como ele vive e daí dá o valor. Vale mais porque assim se compreende.

Agora a compreensão também é resultado da evolução histórica.

Por exemplo, no contexto medieval (séc. XIII), havia grande discussão sobre o que é ser feito à imagem e semelhança de Deus, embora as ideias partissem de um mesmo critério.

Como não há mais conceito de homem definido (não há mais critério), assim, a definição acontece quando se julga. O “julgador” não declara, mas constitui o conceito. E também condena. O Direito não é apenas receptáculo dos valores, mas também criador da decisão ética. A liberdade está na responsabilidade: o futuro depende do presente.

A visão contemporânea é a de que os valores são individuais, portanto, indiscutíveis. É questão ética e não moral. Assim, os princípios pretendem uma universalidade, permitem discussão racional, nunca de forma absoluta, valendo sempre o caso concreto.

Alexy apresenta proposta de solução em relação a conflitos entre os princípios por meio da proporcionalidade.

Segundo ele, o “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”.³¹⁹

Uma crítica a essa jurisprudência de valores leva em conta as seguintes questões: a) Será que existem valores estáveis na sociedade?; b) Será que o juiz, em nome da comunidade, acaba impondo seus valores pessoais, quando o julgar não pode simplesmente espelhar valores estáveis?

Já Habermas, propõe o reconhecimento de iguais liberdades a todos os indivíduos na medida do possível, por meio de um discurso dialético em que a comunidade jurídica se coloca como destinatária e co-autora de todo o processo, pelo respeito à autonomia pública e privada dos indivíduos.

³¹⁹ ALEXY, Robert, tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed., São Paulo:Malheiros, 2011, p. 95.

Solo com ayuda del principio del discurso muéstrase que cualquiera tiene derecho a La mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción. Solo son legítimas aquellas regulaciones que satisfagan a esta condición de la compatibilidad de los derechos de cada uno con iguales derechos de todos.³²⁰

Somente se pode interpretar o sistema jurídico como um sistema de princípios compartilhados intersubjetivamente.³²¹

A história é aberta, não tem princípio, meio e fim. Não existe lei do progresso do humano. A história é feita por todos, sendo tudo revisável, a cada tempo e lugar.

Numa sociedade que se remodela, num ambiente normativo em que há o redesenho legislativo, a busca de alternativas para o acesso à justiça e o respeito à liberdade e à igualdade de todos em seus sentidos mais amplos, é imprescindível, desafiador, mas também possível, se começarmos a nos utilizar das ferramentas e instrumentos disponíveis, ainda que, com o passar do tempo e com a evolução, ajustes devam ser feitos.³²²

O frequente movimento pelo qual vivencia-se hoje a sociedade, em um contexto multiplicador e criativo das relações sociais, sobretudo naquelas searas ditas “vivas”, reclama uma nova postura do Estado.³²³

Em especial do Estado brasileiro porque, sob a égide da Constituição Federal de 1988, assumiu novos desafios, em função da falta de um fundamento pré-determinado a justificar o direito e a justiça, fazendo com que a efetivação da democracia numa realidade complexa e mutante, seja alcançada de modos menos tradicionais, mais alternativos, plurais e multidisciplinares.³²⁴

A jurisdição é um conceito em transformação, sendo, hodiernamente flexibilizado, em sua gênese, a fim de funcionar como elemento catalizador e

³²⁰ HABERMAS, Jürgen. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. *Facticidad y validez: sobre El derecho y El estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p.188.

³²¹ CHAMON JUNIOR, Lucio Antonio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade. Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 138.

³²² ASSIS, Ana Cristina Koch Torres de. Eficácia do termo de quitação da comissão de conciliação prévia: enfoque histórico e filosófico da efetividade dos direitos sociais a partir de um caso judicial trabalhista. In: COELHO, Nuno Manoel Morgadinho S. e tal. *Fundamentos do Direito na Contemporaneidade. Estudos em homenagem ao Professor Paulo Nader*. Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2011, p. 112.

³²³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira, LEITE JÚNIOR, Flávio Lúcio, FERNANDES, Leonardo Costa. *Estado e o Predicado da Segurança Jurídica – Breves Reflexões*. Estação Científica. Ed. Esp. Direito: Juiz de Fora, 2007, p. 14.

³²⁴ ASSIS, Ana Cristina Koch Torres de. Acesso à Justiça: uma Contribuição dos Serviços Extrajudiciais. In: *Autêntica. Revista dos Notários e Registradores*, 8 ed., Belo Horizonte: ESNOR, 2011, p. 60.

mesmo, aglutinador de interesses mútuos das nações no convívio dentro da sociedade internacional.³²⁵

O cidadão do Estado de Direito repudia a imposição de regras que coíbam a liberdade de escolher o caminho para a realização de seus objetivos, ainda que bem-intencionada.³²⁶ Liberdade e responsabilidade levam ao desenvolvimento.

Cappelletti afirma que o processo civil contemporâneo possui três tendências evolutivas que formam as “Dimensões do Direito da Justiça”³²⁷: a dimensão constitucional, a transnacional e a social do processo.

Especificamente quanto à dimensão social, representada pelo problema do acesso à justiça, é apresentada sob dois aspectos principais: a) a efetividade dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão devem, efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade que exige um vasto aparato governamental de realização; b) a busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, conseguinte, para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente.³²⁸

Outra consciência que vem crescendo é a de pacificação, mesmo que esta não decorra de obra eminentemente estatal desde que seja por método eficiente e protetor das liberdades fundamentais do cidadão.³²⁹

A realidade social pujante está a exigir mecanismos hábeis e eficazes que suplementem a atividade estatal. “Se assim é, não há também por que excluir desses mecanismos a arbitragem, em atenção aos interesses de

³²⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 863.

³²⁶ SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009, p. 66.

³²⁷ “Trata-se, em primeiro lugar, da dimensão “constitucional”, que consiste na busca de certos valores fundamentais que muitos ordenamentos modernos afirmaram com normas às quais assina-se força de *Lex superior*, vinculando o próprio legislador (ordinário)... (...).Uma segunda dimensão é a “transnacional”, quer dizer, a tentativa de superar os rígidos critérios das soberanias nacionais com a criação do primeiro núcleo de uma *Lex universalis*... (...). Esta tentativa reflete-se, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e nos Pactos que na mesma Declaração vieram, in CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, tradução de Elício de Cresce Sobrinho, vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 379-381.

³²⁸ Id, p. 385.

³²⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p.846.

importantes segmentos sociais, aos quais a Justiça oficial não tem dado abrigo satisfatório.”³³⁰

Estar diante dos tribunais deve ser uma opção do indivíduo, e, não, uma imposição.³³¹

Até porque um Judiciário moroso, ineficiente e dissociado da realidade, coloca em risco a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, elemento de um Estado Democrático de Direito.

Especialmente considerando o significado de efetividade, qual seja, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.³³²

Oportunas as palavras de Joel Dias Figueira Júnior

Somente com uma visão ampla e voltada para o futuro, o qual já se faz presente, com a virada para o terceiro milênio, é que poderão emergir deste novo contexto experiências e resultados absolutamente positivos, ao encontro dos interesses dos consumidores do direito, além de fazer renascer a crença no Judiciário e no ideal de justiça, o que se coaduna perfeitamente com a prestação de tutela por intermédio da jurisdição privada ao lado da jurisdição estatal e em sintonia com ela.³³³

Pode-se dizer que representa a política do consenso, medida de fundamental importância na contemporaneidade e que vai de encontro à política da litigância, vigente até então.

É um olhar da justiça para o futuro e não para o passado: ao invés de se buscar a verdade de quem teve ou não razão (no passado), encaminha-se para a possibilidade de permanência e convivência (no futuro).

³³⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

³³¹ SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009, p.77.

³³² BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

³³³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 16.

E que busca conservar as instituições integrais, conforme assinalado por José Sebastião Fagundes Cunha.³³⁴

Com a arbitragem, vê-se que a proteção das liberdades fundamentais do cidadão não decorre apenas de obra eminentemente estatal.³³⁵

Conforme Carmona, sabe-se que no Brasil o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação, em sede de arbitragem 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 de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto.³³⁶

No tocante à autonomia da vontade privada, vale a observação de Fazzalari no sentido que o processo arbitral emerge da experiência do direito privado, realizando uma espécie de justiça privada, com estrutura processual adequada e propícia a instrumentalizar um conflito de interesses.³³⁷

Absolutamente pertinente, portanto, a observação de La China no sentido de que “a arbitragem, antes e mais do que uma instituição jurídica, é um ambiente: ambiente humano, lugar e modo das relações entre os julgados e os juízes, livres da oposição, ainda real, entre as duas categorias que marcam a experiência do processo judicial”³³⁸.

Mais uma vez, pertinentes as palavras de Joel Dias Figueira Júnior:

O mito do monopólio da jurisdição estatal há de ser quebrado e alardeado com a boa nova que os ventos trazem para os próximos tempos. A jurisdição privada, isto, o juízo arbitral, ao lado de outras formas alternativas de solução de conflitos, inspiram aos jurisdicionados e operadores do direito a tão esperada bonança no recebimento da prestação das tutelas.³³⁹

A expressão mito tem aqui o sentido de que a imagem do Estado onipotente e centralizador não pode (e, talvez, não mereça) ser cultivado,

³³⁴ CUNHA, J. S. Fagundes. *Da mediação e arbitragem endoprocessual*. Disponível em <<http://www.uepg.br>> Acesso em 25 de julho de 2012.

³³⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. cit., p.846.

³³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 15.

³³⁷ FAZZALLARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 7 e. Padova: CEDAM, 1994, p. 11-12.

³³⁸ LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato. Il sistema e L'esperienza*. Genova: Giuffrè Editore, 1995, p. XIII.

³³⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 17.

assim como a ideia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juízes.³⁴⁰

Até porque se queremos soluções para a vida atual, não podemos consentir que as nossas heranças fiquem estagnadas, cristalizadas, engessadas no tempo.³⁴¹

Vê-se que a arbitragem é um instrumento ou instituto que viabiliza o acesso à justiça, na medida em que tem a voluntariedade como seu engendro e representa feito diferenciado na resolução de conflitos, não tendo vínculo com o formalismo do sistema processual tradicional.³⁴²

Finaliza-se esse tópico com o seguinte entendimento de Antônio Pereira Gaio Júnior:

A criatividade do homem frente a obstáculos, a princípio intransponíveis, faz valorizar a via arbitral como uma fonte de fé no humano e em suas habilidades rumo ao enfrentamento da vida, do direito, do justo, da arte de buscarmos a felicidade aristotélica, representada aqui pela resolução satisfatória de contendas através do manejo dessa via efetiva e democrática – porque de escolha.³⁴³

³⁴⁰ VERDE, Giovanni. *Arbitrato e Giurisdizione in L'Arbitrato secondo La Legge 28/83*. Nápoles: Jovene Ed., 1985, p. 168.

³⁴¹ AFONSO, Elza Maria Miranda. *Elos de Solidariedade*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos / Belo Horizonte*/n. 103/ jul-dez 2011/ p. 316. Disponível em [http: <www.pos.direito.ufmg.br/revista.asp](http://www.pos.direito.ufmg.br/revista.asp). Acesso em 13 de julho de 2012.

³⁴²BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 92.

³⁴³In: SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009, p. 11.

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação teve como objeto a pesquisa acerca do instituto da arbitragem como contributo na efetivação do direito fundamental do acesso à justiça.

No primeiro capítulo, com a introdução ao tema e a explicitação da linha de pesquisa, foi indicado o perfil do trabalho.

No segundo capítulo, o estudo da origem e formação do Estado denotou variação quanto ao seu nascimento, abrangendo as vinculações familiar, patrimonial e da força. Embora havendo discussão acerca de sua existência contínua ou descontínua, certo é que em cada um dos grandes estágios da civilização há traços característicos dominantes da organização estatal, seja na seara oriental, seja na ocidental, do Estado grego até o social.

Apresentou-se os três elementos do Estado: população, território e governo. Avaliando a evolução histórica, abrangendo os Estados antigo, grego, romano, medieval, tomou-se o Estado moderno como paradigma, pelo fato de representar uma nova visão de mundo, em que a concentração de poder culminou na teoria da separação dos poderes, verdadeiro embrião do Estado contemporâneo, que vincula a atividade do governante aos preceitos predeterminados pela Constituição.

. Em seguida, foram examinados o Estado e o Direito, por meio das teorias justificadoras de suas relações, desde as que discutem se as duas realidades são distintas ou únicas (Monista, Dualista, do Paralelismo e Eclética – visão que busca o equilíbrio, entendendo que o Estado é uma realidade cultural constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem, que encontra a sua integração no ordenamento jurídico), até as justificadoras do Estado (teológico-religiosas, racionalistas, idealistas, socialistas e sociais democráticas – estas que baseiam-se no princípio cooperativo e associativo).

No ponto seguinte, foram analisados os entendimentos que culminaram na visão do Estado e do Direito contemporâneos: a variação ao longo da história do que se compreende como justiça abrange desde o direito justificado na natureza, pelos gregos da Antiguidade, considerados a matriz da civilização

contemporânea, passando pelo direito do medievo, que assume feição teleológica com os romanos (com forte vinculação com a religião e o cristianismo que passa a conceber Deus como ser único, universal, é o jusnaturalismo; pelo juspositivismo, em que vale a lei posta pelo ser racional que o homem é, até chegar-se no direito contemporâneo que, numa crise de fundamento ou de razão, pressupõe um sistema de princípios a reger os casos e as pessoas, vistas como seres históricos, processuais, num constante construir e reconstruir de uma sociedade laica ou secularizada, em que se busca o reconhecimento, na maior medida possível, de iguais liberdades a todos os homens, livres e iguais.

Viu-se que o Estado brasileiro possui os principais elementos do Estado moderno e que o exame de suas oito Constituições atesta o momento histórico e social por que passava o país e qual a concepção do humano consequente. A 1ª, de 1824, garantiu direitos individuais e coletivos, mas era compartimentada, dada a sociedade escravocrata; a segunda foi inspirada pela proclamação da República e pelo modelo americano; a terceira foi influenciada pela Constituição alemã de Weimar, e a quarta foi a primeira da era Vargas; já a quinta foi fruto de Assembleia Nacional Constituinte convocada após o afastamento de Vargas do poder, sendo substituída pela de 1967, que seguiu a ideologia da “segurança nacional”; a sétima admitia uma ordem constitucional e outra institucional, até chegar-se à de 1988, resultado do processo de redemocratização do Estado, com valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana, passando a ser vista como o centro de todo o direito, como uma verdadeira obra aberta, assumindo seus princípios caráter normativo, de forma a reescrever a doutrina e a jurisprudência em todos os âmbitos.

Assim, partindo da análise do Estado como legitimador de direitos, e tendo o Estado moderno como paradigma, viu-se que o Estado brasileiro, a partir de suas Constituições, se coaduna com o Estado e o Direito contemporâneos, em que novas demandas, em qualidade e quantidade, exigem novos olhares e práticas.

No terceiro capítulo, o exame dos direitos fundamentais como garantia do Estado permitiu verificar a necessidade e a dificuldade de efetivação desses

direitos, especialmente, do direito fundamental do acesso à justiça, notadamente em função da crise do fundamento e da crise do Judiciário.

Tendo em conta os direitos do homem e da sociedade, verificou-se a mudança social e jurídica: mais bens, mais sujeitos, mais demandas. Dos direitos de liberdade, passou-se para os direitos políticos e sociais, com necessidade de intervenção ativa do Estado. A multiplicação e a complexidade das questões passaram a demandar novas formas de efetivação.

A teoria dos direitos fundamentais foi apresentada, como resultado da história e da cultura, compreendendo o estudo do direito natural e do direito positivo, dos direitos individuais e coletivos, dos direitos humanos, das gerações e dimensões, da sua eficácia. Porque a pessoa é sujeito dos direitos fundamentais, discorreu-se sobre a evolução histórica de seu conceito jurídico, que, de ser não destacado da coletividade, chegou a indivíduo valorizado, com base em Deus, no primeiro momento, até basear-se na capacidade de autodeterminação, passando, desta forma, a ser autônomo. Em decorrência desses fatos, a pessoa passou a ser vista como sujeito de direitos, diferentemente da visão primária de mero ser racional.

Dos direitos fundamentais no Estado brasileiro, destacou-se o do acesso à justiça, previsto no art. 5º., inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que dispõe expressamente que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Como apresentado, sua evolução histórica abrange desde a compreensão pela assistência judicial para os pobres, passando pela representação dos interesses difusos (coletivos ou grupais) até a concepção mais ampla, que abrange a reforma dos procedimentos judiciais, a adoção de medidas alternativas, a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causa de particular importância social (como as pequenas causas e os consumidores), além dos convênios para assistência em grupos.

Numa visão mais atual, pode-se resumir o acesso à justiça da seguinte forma: no aspecto formal, significa a resolução de conflitos pelo Judiciário. No aspecto material, significa o acesso a todo e qualquer órgão de informação e prestação de serviços públicos, assegurando condições humanas de cidadania.

Diante do pesquisado, essa concepção resulta na necessidade de se reestruturar o Poder Judiciário, criando um processo de desjudicialização e resolução alternativa de litígios, de forma a evitar acesso generalizado e, por vezes, injustificado à justiça estatal. É retirar da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades, salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional.

A desjudicialização também pode ser chamada de democratização do Poder Judiciário no sentido de possibilitar uma prestação jurisdicional mais efetiva e sintonizada com os anseios de toda a sociedade, que possui desigualdade em vários setores.

Exemplos nesse sentido foram citados, dentre eles, a possibilidade de realização de inventários, separações e divórcios perante o tabelião de notas, conforme disposições da Lei n. 11.441/07.

O acesso à justiça no Brasil teve evolução lenta. Ademais, tal direito fundamental foi afetado pelas crises do fundamento e do Judiciário.

Conforme exposto, a crise do fundamento resultou das diversas razões apresentadas pelo homem no decorrer dos tempos para fundamentar sua existência: a religiosa, a racional (grande destaque para Immanuel Kant e Hans Kelsen), a argumentativa, que busca a tolerância e a convivência.

Já a crise do Judiciário engloba a insuficiência da atividade jurisdicional, a crise do processo, a crise das instituições, culminando na ideia de que a intervenção estatal deve ser atenuada – inclusive para se alcançar maior efetivação dos direitos – admitindo-se institutos como a arbitragem.

No quarto capítulo, apresentou-se especificamente o instituto da arbitragem. Como método propício (alternativo) à resolução de conflitos, é espécie da heterocomposição, diferentemente da autocomposição que abrange a conciliação, a mediação e a negociação. De histórico bem longo, presente já na Babilônia, antecedeu a jurisdição estatal, sendo que, no caso brasileiro, já constava da Constituição Imperial de 1824. Embora constando do Código Comercial de 1850, aceita na Justiça Federal (em 1894), nos estados federados (com a Proclamação da República), constando, ainda, do Código Civil de 1916, do Código de Processo Civil de 1939 e de 1973 (atualmente

revogado no particular), das Constituições de 1937 e de 1988 (para dissídios coletivos do trabalho e demarcação de linhas divisórias entre Estados e Municípios), o grande destaque é para a Lei 9.307/96, que a regulamenta, após extenso trâmite legislativo.

Por abranger: pessoas físicas e jurídicas, a eleição de um árbitro, a possibilidade de escolha do direito aplicável e do julgamento por equidade, a desnecessidade de homologação da decisão arbitral pelo Poder Judiciário, o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras, representa um grande passo na desjudicialização, na efetivação da cidadania, no acesso à justiça.

A sua constitucionalidade, pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, e a natureza jurídica de equivalente jurisdicional, por apresentar todas as funções basilares da jurisdição estatal para realizar a justiça, contribuem para esse entendimento.

Portanto, tem-se o instituto da arbitragem como apto a cumprir a função de grande aliado na busca da paz social, tendo em vista seu histórico, suas características, notadamente, a celeridade, a informalidade, o custo e o sigilo, sintetizadores da conciliação almejada e necessária para quem vive em sociedade, sociedade esta cada vez mais pluralista e complexa.

No quinto capítulo, chegou-se à ideia de que, com a arbitragem, a efetivação dos direitos fundamentais não decorre de obra eminentemente estatal e que ela é instrumento propício à satisfação das contendas em uma diversidade de matérias.

Para tanto, foram apresentados os novos paradigmas.

Da jurisdição, destacou-se o direito para o desenvolvimento (representado pela oportunidade que o país oferece à população de fazer escolhas e exercer a cidadania) e a jurisdição como um conceito em construção, dada a flexibilização do conceito de soberania, a partir dos novos endereços jurisdicionais e dos movimentos regionais e comunitários. Listadas foram também as lentes da contemporaneidade, especificamente, a prestação jurisdicional estatal como exercício de governo, como serviço público e como instrumento de garantia de direitos.

Da dignidade da pessoa humana, enfatizou-se a importância histórica da nova doutrina que eleva os princípios constitucionais a status normativo, buscando a efetivação dos direitos, a partir da constatação de que o homem é um fim em si mesmo, com poder de autoconstituição e autoconstrução, com reconhecimento da pluralidade e não assunção de valores, sem olvidar o caráter global em que o homem está inserido.

Da autonomia da vontade privada, sublinhou-se o fato de que, a despeito do Estado brasileiro ter ficado vinculado à ideia do Estado-Providência, a arbitragem quebra com este paradigma, ao aumentar consideravelmente o campo de incidência da vontade das partes.

Por fim, da política do consenso – que se distancia da política da lide, prática ainda reinante entre os operadores do Direito, desde os bancos da Faculdade - mostrou-se que ela afasta da justiça tradicional muitos conflitos, representando um novo enfoque na resolução de conflitos, qual seja, a justiça coexistencial ou conciliatória.

Esses elementos procuraram atestar que a arbitragem, ao permitir a realização da pessoa, por meio da autonomia da vontade privada, do respeito à dignidade humana e na linha de uma política de consenso, representa um novo olhar e uma nova prática na sociedade contemporânea.

Leis, projetos e práticas trazidos à tona, como a determinação do MEC (Portaria 840/2008) de que as Faculdades de Direito devem dispor de disciplinas referentes a formas não contenciosas de conflitos e o Decreto do Estado de Minas Gerais (D. n. 45.989/12), determinando a utilização de meios alternativos de cobrança, reforçam a tese.

Constatou-se, portanto, que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito que preconiza a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, notadamente a partir dos parâmetros da modernidade e da Constituição de 1988. Os novos paradigmas que se apresentam em face da crise do fundamento e do Judiciário, indicam que meios propícios (alternativos) à solução de conflitos são importantes e essenciais, especialmente se aplicam o direito ao caso concreto, colocam fim à lide, atendem a dimensão social do processo civil contemporâneo, pacificam as partes, estimulam a voluntariedade

e fomentam o consenso, criando um novo ambiente, como é o caso da arbitragem.

Diante de todo o exposto nesta dissertação, é de se afirmar, por tudo, que a arbitragem contribui na efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. *Elos de Solidariedade*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos/Belo Horizonte/n. 103/ jul-dez 2011, in: <http://www.pos.direito.ufmg.br/revista.asp>. Acesso em 13 de julho de 2012.

ALEXY, Robert, tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVIM, J.E.Carreira. *Direito Arbitral*. 3 ed., Rio de Janeiro:Forense, 2007.

ANDREWS, Neil. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARANHA, Marcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2000.

ARISTÓTELES, tradução de Mário da Gama Kury. *Ética a Nicômacos*. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

_____, tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. *Política. In Poética.Organon.Política. Constituição de Atenas (Os pensadores)*. São Paulo: Nova Cultural, 1990.

ASSIS, Ana Cristina Koch Torres de. A Segurança dos Registros Públicos como Garantia da Cidadania. In: *Autêntica. Revista dos Notários e Registradores*, 9 ed., Belo Horizonte: ESNOR, 2012. (Aguardando publicação).

_____.Acesso à Justiça: uma Contribuição dos Serviços Extrajudiciais. In: *Autêntica. Revista dos Notários e Registradores*, 8 ed., Belo Horizonte: ESNOR, 2011.

_____.Eficácia do termo de quitação da comissão de conciliação prévia: enfoque histórico e filosófico da efetividade dos direitos sociais a partir de um caso judicial trabalhista.In: COELHO, Nuno Manoel Morgadinho S. et al.*Fundamentos do Direito na Contemporaneidade.Estudos em homenagem ao Professor Paulo Nader*.Juiz de Fora: Editora Associada Ltda, 2011.

_____. Jurisdição: um novo conceito em construção?. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.) *et al. Direito Processual em Movimento*, vol. II. Curitiba: CRV, 2012.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4 ed., São Paulo: Globo, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In: RT/Fasc. Civ., ano 91, volume 797, março 2002.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Direito Civil: Introdução e Teoria Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009.

BALLESTEROS, Jesús. Derechos? Humanos? In: *Persona y Derecho – Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos – Multiculturalismo y derechos humanos*, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Hamilton de Moraes. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, IX vol, 1976.

BARROSO, Darlan; Marco Antonio Araújo Júnior. *Vade Mecum*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BECCARIA, Cesare, tradução de Torrieri Guimarães. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Hemus Editora Ltda, 1983.

BOBBIO, Norberto. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. *Estado, Governo e Sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____; MATTEUCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 9 ed., Brasília: Universidade de Brasília: 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BUERGENTHAL, Thomas. Codification and Implementation of International Human Rights. In: HENKIN, Alice H. (Ed.). *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*. Cleveland: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei no. 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, João da Mota de. *Direito Comunitário*. v. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*, tradução de Elicio de Cresci Sobrinho, vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____; GARTH, Bryant, tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. Saraiva: São Paulo, 2010.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio De Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. Arbitragem, a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: Tutela Coletiva de Direitos pelo Ministério Público: Uma Nova Visão*. São Paulo: Atlas, 2006.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *A Democratização do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CERQUEIRA, André Liguori de; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A refundação da ordem jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito: reconstrução não essencialista do princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/andre_liguori_de_cerqueira.pdf. Acesso em 17 de junho de 2012.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CHAMON JUNIOR, Lucio Antonio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade. Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica. Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

COULANGES, Fustel de. Tradução de Roberto Leal Ferreira. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Martin Claret, 2009, ps.378 e 404.

CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça Conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: Barral, Welber, ANDRADE, Henri Clay (orgs.). *O Judiciário em Sergipe: análise crítica*. Aracaju, OAB, 2000.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, J. S. Fagundes. *Da mediação e arbitragem endoprocessual*. Disponível em: <http://www.uepg.br>. Acesso em 25 de julho de 2012.

CUNHA, Luciana Gross. Governança da Justiça. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Padua Lima (Coord.) et al. *Agenda Contemporânea: direito e economia, trinta 30 anos de Brasil*, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DESCARTES, René. Discurso do Método. *In: Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

DIAS, Raquel Mota. A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos. *In: Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011.

DWORKING, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Beknap Press, 1986.

FALCÃO, Joaquim. Acesso à Justiça: Diagnóstico e Tratamento. *In: Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos*. Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB (Org.). Tradução de Carola Andréa Saavedra Hurtado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999.

FISCHER, Roger et al., tradução Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2 ed.. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2005, p. 50.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *A Proteção do Consumidor no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. (Coord.) *Arbitragem. 15 Anos da Lei n. 9.307/96*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. *CPIs e o Devido Processo Legal*. Disponível em: www.gaiojr.adv.br/Artigos. Acesso em 18 de agosto de 2011.

_____. Estado e o Predicado da Segurança Jurídica – Breves Reflexões. *In: Estação Científica*, V. 1, n. 02, Ed. Esp. Direito: Juiz de Fora, Ago/Set 2007.

_____. *Informação e Educação para um Acesso à Justiça*. *In: http://www.gaiojr.adv.br/artigos*.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *Teoria da Arbitragem*. 1 ed., São Paulo: Rideel, 2012.

_____. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. 4 ed., Curitiba: Juruá Editora, 2012.

_____; RIBEIRO, Wesley Carlos. *O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos*. In: *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 13-25, 2010-1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HABERMAS, Jürgen, tradução de Manuel Jiménez Redondo. *Facticidad y validez: sobre El derecho y El estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana: princípio constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, Immanuel, tradução de Leopoldo Holzbach. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans, tradução de João Baptista Machado. *Teoria Pura do Direito*. 8 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato. Il sistema e L'esperienza*. Genova: Giuffrè Editore, 1995.

LACERDA, Bruno Amaro. A dignidade humana em Giovanni Pico della Mirandola, in: *Revista Interdisciplinar de Direito*, v.6, 2009.

_____. *Direito Natural em Platão. As Origens Gregas da Teoria Jusnaturalista*. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, jul/set, 1969.

LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do Estado*. 7 ed. Rio de Janeiro: Casa do Livro Ltda, 1953.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Arbitragem e Convenção Arbitral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MAGEE, Bryan. *História da Filosofia*. 3 ed., São Paulo: Edições Loyola, 2001.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, *in*: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda: 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre Jurisdição Voluntária*. Campinas: Millenium, 2000.

MARTINS, Pedro A. Batista, LEMES, Selma Maria Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARX, Karl; ENGLS, Friedrich. *Obras Escolhidas*. Vol. 1. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1983, p. 301.

MAURER, Béatrice(org.) et al.; trad.Ingo Wolfgang Sarlet. *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV, 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU, tradução de Roberto Leal Ferreira. *Do Espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NALINI, José Renato et al. *Registros Públicos e Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PAGELS, Elaine. The Roots and Origins of Human Rights. In: HENKIN, Alice H. (Ed.). *Human Dignity. The Internationalization of Human Rights*. Cleveland: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.

PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. (Orgs.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da Organização, do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições*. Volume 18, São Paulo: Saraiva, 2008.

PLATÃO, tradução de Enrico Corvisieri. *A República*, in: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda: 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ROUSSEAU, J.J., tradução de Antônio de Pádua Danesi. *O Contrato Social*. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes: 1996.

SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SANTOS, J.M. Carvalho. Juízo Arbitral – Compromisso – Constitucionalidade – Juros de Mora. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 164, mar/abr, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SEM, Amartya, tradução de Laura Teixeira Motta. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOARES NETO, Júlio. *Direito Registral e Arbitragem. A Nova Jurisdição Extrajudicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo (org.) *et al.* A Cidadania multidimensional na Era dos Direitos, in: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERDE, Giovanni. Arbitrato e Giurisdizione. in: *L'Arbitrato secondo La Legge 28/83*. Nápoles: Jovene Ed., 1985.

VIEIRA, Oscar Vilhena e DIMOULIS, Dimitri. In: LIMA, Maria Lúcia L.M. Padua Lima (Coord.) *et al.* *Agenda Contemporânea: direito e economia, trinta 30 anos de Brasil*, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILLELA, João Baptista. *Apontamentos sobre Direitos Humanos e sua Garantia Judicial*. Belo Horizonte, 2009. Não publicado.

VOLTAIRE, tradução de William Lagos. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas*. Porto Alegre: L & M: 2011.

WALD,Arnold. Brasil lidera o uso da Arbitragem na América Latina. Disponível em:<http://www.conju.com.br/2007>. Acesso em 17 de julho de 2012.

WALLERSTEIN, Immanuel Maurice.Tradução de Beatriz Medina. *O Universalismo Europeu – A Retórica do Poder*. Boitempo: São Paulo, 2007.

WYZANSKI, Jr., Charles E. The Philosophical Background of the Doctrines of Human Rights. In: HENKIN, Alice H. (Ed.). *Human Dignity.The Internationalization of Human Rights*.Cleveland: Aspen Institute for Humanistic Studies, 1979.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

Sites eletrônicos

<http://www.camara.gov.br>

<http://www.cnj.jus.br>

<http://www.cristovam.org.br>

<http://www.fazenda.mg.gov.br>

<http://www.mec.gov.br>

<http://www.pnud.org.br>

<http://www.stf.jus.br>

<http://stj.jus.br>

<http://tst.jus.br>

<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>

Anexo

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

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

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

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.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

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.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º 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.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

